

76



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANALISIS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN RAZON DEL PARENTESCO CONFORME A LOS POSTULADOS DE LA ACTUAL TEORIA JURIDICA DEL DELITO Y DE LA POLITICA CRIMINAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

OMAR BECERRIL FLORES

ASESOR DE TESIS: DR. JUAN CARLOS RAYO MARES





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno BECERRIL FLORES OMAR, ha elaborado en este Seminario mi cargo y bajo la dirección del LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES, la tesis profesional intitulada "ANÁLISIS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO CONFORME A LOS POSTULADOS DE LA ACTUAL TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y DE LA POLÍTICA CRIMINAL", que presentará como trabajo recepcional obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES, en su calidad de asesor, comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANÁLISIS DEL DELITO DE HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO CONFORME A LOS POSTULADOS DE LA ACTUAL TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y DE LA POLÍTICA CRIMINAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del II. Jurado que ha de examinar al alumno BECERRIL FLORES OMAR.

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

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria. D. F., 11 de marzo de 2002

DR. LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A MIS PADRES :

Con mi amor sincero y mi infinita gratitud, por sus sacrificios realizados, que hoy me permiten alcanzar uno de mis anhelos.

A MI ESPOSA :

Con todo mi amor, agradezco su sacrificio, apoyo incondicional y su amor que siempre me ha brindado en los momentos más difíciles de mi vida.

A MIS HERMANOS:

**AZUCENA
HUMBERTO
CECILIA
MARCO ANTONIO
ALEJANDRA Y
JOSE ALBERTO**

AL DR. JUAN C. RAYO MARES :

**Mi más sincero y eterno
agradecimiento, por el
apoyo que me sirvió
brindar para alcanzar
tan importante meta.**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. El Concepto Jurídico de la Vida Humana en la actualidad	3
1.2. La Función Vital como Objeto de Protección	4
1.3. Vida Lograda Fuera del Vientre de la Mujer	4
1.4. Permanencia de Funcionamiento Vital. Vida Sostenida Artificialmente	5

CONCEPTOS GENERALES

1.2.1. Concepto y Etimología	6
------------------------------	---

CONCEPTO

1.3.1. Etimología	10
1.3.2. Evolución Legislativa	11

CAPITULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DESDE LA OPTICA FUNCIONALISTA

2.1. Conducta	45
2.2. El Concepto de Acción en la Doctrina Alemana	45
2.3. Finalidad y Causalidad	48
2.4. Problemática de la Voluntad en el Finalismo	49
2.5. Fundamento de la Acción Finalista	49

TIPICIDAD

2.1.1. Adecuación al Tipo Penal	53
2.1.2. Clasificación en Orden al Tipo	55
2.1.3. Elementos del Tipo	56
2.1.4. Clasificación de este Delito en Orden a la Conducta	60
2.1.5. Clasificación de este Delito en Orden al Resultado	61

2.1.6. Bien Jurídico Protegido	64
2.1.7. Objeto Material	65
2.1.8. Sujeto Activo	66
2.1.9. Autoria y Participación	66
2.2.1. Sujeto Pasivo	67
2.2.2. Medios	67
2.2.3. La Imputación Objetiva del Resultado	67
2.2.4. El Dolo	79
2.2.5. Atipicidad	84

CAPITULO III

ANTI JURIDICIDAD

3.1. Algunas Reflexiones Sobre la Antijuridicidad	93
3.2. La Antijuridicidad en el Delito de "Homicidio en Razón del Parentesco o Relación"	96
3.3. Exclusión de la Antijuridicidad o Causas de Licitud	96
3.4. Fundamento de las Causas de Licitud	96

3.5. Problemática de los Elementos Subjetivos de la Justificación	97
3.6. Aplicación de Sanciones en este Caso	98

CAPITULO IV

CULPABILIDAD

4.1. Algunas Reflexiones sobre la Culpabilidad	100
4.2. Culpabilidad y Reproche	101
4.3. Culpabilidad Jurídica y Culpabilidad Moral	104
4.4. La Separación entre Antijuridicidad y Culpabilidad	104
4.5. El Criterio del Juicio de Culpabilidad	105
4.6. Las Características de la Culpabilidad	107
4.7. Inculpabilidad	111
4.8. Error de Prohibición Directo e Indirecto	111
4.9. Problemática Relativa a la Ignorancia del Vínculo de Parentesco o Relación	117

CAPITULO V

PUNIBILIDAD

5.1. Punibilidad en este Delito	118
5.2. Reflexiones y Respuestas	118
5.3. Causas Especiales de Exclusión de la Pena	121

CAPITULO VI

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

6.1. Los diversos Tipo de Tentativa	123
6.2. Algunas Consideraciones Sobre la Tentativa	123
6.3. El Desistimiento	126
6.4. Consumación	128
6.5. Concurso de Delitos	129

CONCLUSIONES 130

(Análisis, reflexiones y Propuesta al Tipo Penal)

BIBLIOGRAFIA 142

INTRODUCCION

Sin duda el Derecho Penal es la expresión máxima del derecho, la razón es sencilla, pues se distingue por ser el arma más eficaz del mundo jurídico para restablecer el orden cuando este ha sido violado por su creador, el hombre.

El Derecho Penal vive hoy con gran intensidad, toda vez que la diversidad de criterios existentes en la materia provocan conceptos diferentes y en ocasiones encontrados respecto de un mismo concepto que se traducen en la necesidad de un constante análisis y dedicado estudio por parte del abogado penalista.

Las crecientes reformas sustantivas y procesales que en materia penal se realizaron en nuestro país, son muestra clara y objetiva de lo antes expuesto y consecuencia de dicha evolución jurídica, nace este sencillo trabajo, utilizando como base la reforma realizada al artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal que anteriormente tipificaba el delito denominado parricidio y hoy el delito de homicidio en razón del parentesco o relación.

Debo afirmar que la razón más importante por la cual elegí realizar mi tesis en el marco del Derecho Penal, es sin duda el interés en conocer los resultados derivados de aplicar la nueva sistemática de la teoría jurídica del delito, dejando de lado los sistemas causalistas, al delito contenido en el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales tendrán que ser novedosos y acordes con el Estado Democrático Social de Derecho, así como analizar de manera objetiva, directa y sin mentiras, el pensar del delincuente y el sentir de la víctima.

Para los efectos de esta tesis y su respectiva defensa ante el sínodo elegido para mi exámen profesional, he considerado por ser absolutamente indispensable lo establecido por el artículo 122 de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Al elaborar la presente tesis, persigo fundamentalmente dos objetivos el primero es lograr obtener el título; el segundo es por naturaleza muy superior y consiste en integrarme al universo jurídico-penal de manera absoluta completa y para siempre para ello, es indispensable realizar una tesis que plasme mis ideas, y las derivadas de la ciencia jurídico penal y la política criminal, que sea capaz de defenderlas ante cualquier sínodo, posteriormente el camino correcto es ejercer como profesionista de Licenciado en Derecho.

Esta tesis debe lograr los señalados objetivos, y que igualmente como hoy sucede los estudiantes de derecho en México deseamos continuar nuestros estudios.

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL A 6 DE FEBRERO
DEL 2002.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

Los delitos contra la vida amparan la vida humana, la animal y la vegetal se contemplan en el mismo Código o en leyes especiales, como son los casos de protección de la fauna, regulación de la explotación forestal, etc.

1.1. EL CONCEPTO JURÍDICO DE VIDA HUMANA EN LA ACTUALIDAD.

En general puede decirse que hay vida humana allí donde una persona existe, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo: desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales que marca el punto inicial de ese desarrollo, hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico vital (muerte). Las precisiones de estos conceptos se ven complicadas en la actualidad a causa de los adelantos de las ciencias biológicas que han trastocado los criterios clásicos sobre la vida humana, al influir (artificialmente) tanto sobre la concepción del ser (inseminación artificial, vida in vitro) como en su extinción (viabilidad autónoma de órganos utilizados en trasplantes). Sin que importe un rechazo de estas nuevas realidades sociales, hay que estudiarlas dentro del marco de los criterios jurídicos de nuestro sistema positivo, de conformidad con las posibilidades de interpretación progresiva que ellos nos permiten.

1.2. LA FUNCIÓN VITAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN.

Inicialmente debemos tener presente que lo protegido es la función vital y no cualquier manifestación de vida. Se destruye una vida humana cuando se hace cesar la actividad del complejo orgánico del ser humano, en cualquier estado de su evolución, desde el más simple hasta el más complejo. La ley no tutela la actividad autónoma de un órgano ni de un conjunto de órganos separados del organismo que constituye el ser (quien destruye un cerebro que se está haciendo funcionar en un baño fisiológico o un corazón que se está haciendo funcionar por medios mecánicos, totalmente separados del cuerpo, no mata en el sentido de la ley).

1.3. VIDA LOGRADA FUERA DEL VIENTRE DE LA MUJER

Como la ley protege la vida desde su forma más simple, es decir, desde el momento en que el ser ha sido concebido; pero, de acuerdo con los conceptos civiles de vida y con las nociones que surgen de su protección penal por medio de los tipos de aborto, tiene que tratarse de una vida que esté en el vientre de la mujer, cualquiera que sea el medio que se haya utilizado para lograr la concepción (natural o artificial). El producto de una concepción lograda fuera del vientre materno, que no ha sido implantado todavía en él, que se sostiene artificialmente fuera del mismo (vida in vitro) aunque biológicamente pueda catalogarse como una vida humana, no es la que la ley protege bajo este título aún cuando su destrucción puede afectar otros intereses y constituir otros delitos; pero si ese producto ha sido implantado ya en el vientre materno la protección legal por medio del delito de aborto se da hasta el momento en que se produce el alumbramiento cualesquiera que sean las posibilidades de viabilidad de él: basta que funcione como complejo vital.

1.4. PERMANENCIA DE FUNCIONAMIENTO VITAL. VIDA SOSTENIDA ARTIFICIALMENTE.

Esa protección la extiende la ley, por medio del delito de Homicidio, desde aquel momento hasta que la vida se acaba como complejo vital a lo largo de toda su evolución, fuere cual fuese su capacidad de subsistencia (tanto da que sea una vida en plenitud, como la más precaria: el homicidio del que va a morir inmediatamente no deja de ser homicidio) o la conformación que haya alcanzado (aun que sea un ser monstruoso) no abra vida humana cuando el complejo orgánico haya dejado de funcionar como tal, aún que algunos órganos sigan haciéndolo autónomamente; pero sigue existiendo vida cuando dicho complejo funciona precariamente, aún que haya cesado el funcionamiento de alguno de los órganos que lo componen (por ejemplo: que se haya paralizado los riñones o el estómago); conceptos éstos que nos permiten resolver las cuestiones que puede plantear el trasplante de órganos.

En principio no interesa si ese funcionamiento se debe a la actividad natural del organismo o es mantenido por medios artificiales, en cuanto éstos no reemplacen todo el funcionamiento orgánico: vive quien lo hace ayudado por un pulmón, con un marcapasos, con un aparato que supla el funcionamiento de los riñones pero no se puede decir que vive aquel cuyas funciones orgánicas han sido remplazadas en su totalidad por medios artificiales (quitar el pulmón a quien sólo puede respirar por ese medio será homicidio, pero puede no serlo hacer cesar el funcionamiento artificial de todo el complejo orgánico si médicamente ello fuese posible-, aunque en este último caso pueden plantearse problemas con relación a otros delitos).

CONCEPTOS GENERALES

1.2.1. CONCEPTO Y ETIMOLOGIA

El objetivo de este apartado es comprender el significado de cada una de las palabras que integran la denominación del tipo, así como el texto del delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", toda vez que este tipo penal contempla algunos términos jurídicos que si bien son conocidos comúnmente, en el Derecho tienen significados diferentes y en ocasiones contrarios a la costumbre, por lo que es indispensable definir cada uno de ellos.

Homicidio.-Del latín Homicidium (De homo, hombre y caedere matar), el hecho de dar muerte a un ser humano".¹

Los Códigos Penales del Distrito Federal y el Código Penal Federal, señalan en el libro segundo, título décimonoveno "Delitos contra la vida y la integridad corporal", capítulo II:

Artículo 302.- *Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.*

Parentesco.- (De parens, pariente) Vínculo jurídico existente entre dos personas, una de las cuales desciende de la otra (Ej. hijo y padre, nieto y abuelo: parentesco en línea recta), o ambas de un autor común (Ej. Hermanos, primos: parentesco en línea colateral)".²

¹ Capitant, Henri. "Vocabulario Jurídico". Traducción de Aquiles, Horacio. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986. p.306.

² Idem, p.413

Parentesco.- Vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco".³

Parricidio.- (Del latín parricidium).-Homicidio del padre o de la madre, legítimos, o adoptivos, naturales o adoptivos, o de otro ascendiente legítimo".⁴

Parricidio.- El parricidio en términos generales, es un tipo particular de homicidio individualizado, por la relación de parentesco entre el sujeto pasivo y activo del hecho.

En el Derecho Romano se entendía como parricidio a cualquier homicidio, dado que este término deriva de "par" que significa semejante".⁵

Par.- Latín par (adjetivo), parejo, igual".⁶

Ascendientes.- Del latín ancesor (antecesor), la persona que precede (compuesto de ante y cedere, marchar)".⁷

Ascendientes.- Parientes de quien depende una persona".⁸

Descendiente o Descendente.- Participio presente de descendente, latín descendere. Persona nacida de otra. Ej. Sucesión transmitida a los descendientes".⁹

Cónyuge.- Participio del antiguo verbo conjoindere, latín conjungere. Sinónimo de esposo".¹⁰

³ "Enciclopedia Jurídica Omeba ". Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Tomo XXI, Argentina, 1982, p.467.

⁴ Capitant, op. Cit. p.413.

⁵ Omeba, op. Cit. Tomo XXI. p.469.

⁶ Capitant, op.cit. p. 412.

⁷ Omeba, op. Cit. Tomo I. p. 810

⁸ Capitant, op. Cit. P.60

⁹ Idem, p.217.

¹⁰ Idem, p.217.

Concubina.-(Del latín concubina), que se acuesta con otro¹¹.

Concubinato.- Estado resultante de las relaciones sexuales habituales y continuadas entre un hombre y una mujer no unidos entre sí en el matrimonio”.¹²

Concubinato.-La palabra concubinato alude etimológicamente a la comunidad de lecho. Es así que sugiere una modalidad de relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre”.¹³

Menoscabo.- En el lenguaje vulgar es la disminución o deterioración de alguna cosa, de modo que es igual a daño según el Diccionario de la Academia; pero en el lenguaje legal hay gran diferencia entre daño y menoscabo, pues daño no es otra cosa que la pérdida que sufre en alguna cosa, y menoscabo la ganancia que se deje de hacer por culpa del otro”.¹⁴

Adopción.- Latín jurídico adoptio derivado del verbo adoptare. Acto jurídico que crea un vínculo de filiación ficticia entre dos personas, una llamada adoptante y otra llamada adoptado”.¹⁵

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su Libro Primero, Título Sexto denominado “Del parentesco y de los alimentos”, señala:

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

¹¹ Idem, p.137.

¹² Capitant, op.cit., p.138.

¹³ Ormea, op. Cit. Tomo III. P.616

¹⁴ Diccionario de Jurisprudencia y legislación. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1982. pag.1232.

¹⁵ Capitant, op.cit.p.33

Artículo 293.-*El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden del mismo progenitor.*

Artículo 294.-*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.*

Artículo 295.-*El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.*

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

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

Artículo 298.-*La línea recta es ascendente o descendente: 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 descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.*

Artículo 299.- *En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas excluyendo al progenitor.*

Artículo 300.- *En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las líneas o descendiendo por otra, o por el número de personas que hay de uno otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.*

CONCEPTO

Considerando los términos antes señalados y el texto del delito contemplado en el libro segundo, título décimonoveno, "Delitos contra la vida y la integridad corporal" del Código Penal Vigente, el cual señala:

Artículo 323.-*Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltará dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menos cabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refiere los capítulos II y III anteriores.*

Podemos entonces decir que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", consiste en privar de la vida a alguno de los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta sin límite de grados, a algún hermano al marido o la esposa, a la concubina o concubinario, al adoptante o adoptado, siempre que exista en el sujeto activo del delito, el conocimiento del parentesco o relación que lo une con la víctima.

1.2.2.

ETIMOLOGIA

Al término "Homicidio se le hace derivar de las voces latinas homo, (hombre) y coedere, (matar), ocasionar la muerte de una persona; en el caso específico que nos interesa, al ascendiente o al descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado.

1.2.3. EVOLUCION LEGISLATIVA

El objeto de este inciso es señalar de forma clara y específica, los diversos tipos penales que han sido contemplados en diferentes Códigos Sustantivos de la materia y que sirven de alguna manera como antecedente al delito de **“Homicidio en razón de parentesco o relación”**, considerado que este en un tipo de reciente creación comparativamente con los más de setenta años que tienen de existir el Código Penal Federal, y que en la historia de nuestras leyes no ha existido algún delito denominado específicamente con ésa expresión, por lo que debemos remitirnos a la parte especial de cada uno de los Códigos Penales en México en los cuales se muestra una evolución desde la denominación del capítulo respectivo así como a los elementos del tipo penal en cuestión. A continuación se señalan los que consideramos de mayor trascendencia; es prudente precisar que omitimos aquellos ordenamientos penales que creemos no aportan datos útiles al tema en cuestión:

“CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835”

Este Código que tomamos como primer antecedente en México acerca de nuestro delito, señala en su capítulo “De los delitos en particular”, específicamente en el Título I “De los delitos contra las personas”, Sección I Del suicidio, homicidio, y de los delitos que con estos se adquieran”, lo siguiente:

Artículo 548.- Son parricidas para los efectos de que trata el artículo 15, los que matan con premeditación a sus ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, a su mujer o marido, a su tutor, curador o menor a su amo, al hijo

adoptivo o huérfano, al padre adoptivo o putativo, aquel a quien el amador haya debido el salvar la vida en otra ocasión.

El artículo 15, al que se hace referencia en este tipo penal, señala que al parricida se le aplicara la pena capital.

Artículo 549.-*El que por cualquiera de los estímulos de que trata el artículo 546 quitare la vida sin premeditación a cualquiera de sus ascendientes por consanguinidad, no haciéndolo en acto de propia defensa sufrirá la pena capital, no obstante lo prevenido en los artículos anteriores.*

El referido artículo 546, señala las causas por las cuales no se entiende que en un Homicidio haya premeditación.

Artículo 550.-*La misma regla se observará con la mujer que mata a su marido, o el marido que mata a su mujer sin premeditación, a no ser acto de propia defensa, o en un momento de ira ocasionado por los celos y capaz de perturbar la razón.*

Artículo 556.-*El homicidio que alguno cometa en la persona de su hijo, nieto o descendiente en línea recta al encontrarlo en acto carnal con otra persona con otra persona, se le castigará con pena que no baje de dos años de prisión ni exceda de quince años de trabajo forzado. Si matara solamente a la otra persona no llevará por ese hecho pena alguna, a no ser que por su conducta anterior haya él dado ocasión a que se cometa la falta, en cuyo caso se le podrán imponer hasta dos años de prisión.*

Artículo 557.-*Las mismas disposiciones rigen respecto al hermano o suegro para con la hermana o nuera.*

Artículo 558.-*No esta sujeto a pena acometa e los casos siguientes:*

Fracción IV.- *Cuando cualquiera de los Cónyuges encuentra a su Cónyuge en el acto de adulterio, o en acción preparatoria y próxima a este.*

Fracción V.- *En el de matar a cualquiera de los Cónyuges al Cónyuge que sabe que a faltado o a la persona con quien sabe le faltó; más si se verifica el homicidio dejando pasar tiempo después que llegó á su noticia, y que cuando por lo mismo debe presumirse que procede de hecho pensado, se impondrán al matador hasta cinco años de prisión.*

Observamos en la primera instancia, por lo que respecta al artículo 548 del referido Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, que si bien, no contienen los mismos elementos típicos que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", algunos de ellos son claros antecedentes de éste, tal es el caso del término "Parricidio".¹⁶

Que desde entonces se utilizaba en el Código Penal, palabra que se le hace derivar de las voces latinas pater (padre), de parens (pariente), de par (semejante) y de caedere (matar) delito que consiste dice Maggiore".¹⁷

"En dar muerte a un pariente" y que podría definirse, indica Castro Ramírez hijo, "como un homicidio particularmente agravado por las relaciones de parentesco".¹⁸

Título Décimonoveno "Delitos contra la vida y la integridad corporal", Capítulo IV, Artículo 323, tipificaba como delito:

Esta denominación de "Parricidio", fue utilizado desde entonces hasta hace algunos años en el Código Penal que era para

¹⁶ Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, Sexta edición, tomo I, Traducción directa del Italiano por Juan Rosal y Angel Torio, Ed. Uteha, Argentina, 1960, p.45.

¹⁷ Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal", Cuarta Edición, tomo IV, Ed Temis, Bogotá 1955. p.293.

¹⁸ Antolisei, op.cit.p.176

el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal de 1931, actualmente dividido, ya que existe un ordenamiento para cada uno de los fueros, antecedente que se remonta hasta el día nueve de enero de 1994 en su Título Décimonoveno "Delitos contra la vida y la integridad corporal", Capítulo IV, artículo 323, tipificaba como delito:

"Se da el nombre de parricidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco".

Posteriormente, señala el artículo 548 del Código Penal de Veracruz, "Los que matan", (expresión que fuera substituida por la de privar la vida) haciendo referencia al sujeto activo en forma plural para después señalar la calidad de sujeto pasivo enumerándolos uno por uno

Es importante señalar que aún y cuando el texto del delito hace alusión a la "premeditación", el artículo 549 (transcrito), del mismo ordenamiento, señala que aún y cuando no exista ésta, el tipo penal se colmaría íntegramente y el responsable se haría acreedor a la pena capital.

"HOMICIDIO EN RAZON DEL PARENTESCO ATENUADO"

El artículo 556, señala una circunstancia que al agregarse al tipo, disminuye la penalidad, tal es el caso que el autor del delito, lo hiciera bajo la hipótesis de haber encontrado a su hijo, nieto o descendiente en línea recta, en acto carnal con otra persona, en tal caso, la pena sería de máximo de dos años de prisión y no excedería de 15 años de trabajo forzados.

“CAUSAS EXPRESAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO”

El artículo 558 del mismo ordenamiento señala de manera específica dos causas de exclusión del delito, señalado en primer término que el sujeto activo no sería sancionado en caso de haber encontrado a su cónyuge en el acto de adulterio o en acción preparatoria y próxima a éste, así como en su fracción V señala que no se aplicara pena alguna en la hipótesis de privar de la vida a cualquiera de los cónyuges, al cónyuge que sabe le ha faltado o a la persona con quien sabe le faltó, siempre que no haya transcurrido un tiempo que el Código no determina en el texto del artículo.

Como se aprecia en el texto de los artículos transcritos anteriormente, si bien es cierto que incurre en algunas exageraciones dignas de la época en que fueron creados, pueden considerarse como un antecedente claro y concreto del delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”.

“PROYECTO DEL CÓDIGO CRIMINAL Y PENAL DE VERACRUZ DE 1851-182

Este proyecto del Código Penal nos presenta algunas modificaciones tanto en el texto del delito como en la penalidad, siendo importante señalar que continúan existiendo las causas expresas de exclusión del delito por las mismas causas que el Código Penal para el Estado de Veracruz . Este proyecto en su capítulo de “Delitos contra las personas”, Título III “Del homicidio”, señala:

Artículo 514.- Son parricidas los que matan a sus ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad; o a

su mujer o marido; o a sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad computados civilmente al hijo adoptivo, o al padre adoptivo o putativo; o aquel al quien el matador haya debido salvar la vida en alguna ocasión, el condenado por parricida será conducido al patíbulo, descalzo, atadas las manos atrás y cubierta la cara con un crespón negro; su cadáver se entregará separadamente de los demás ciudadanos observándose religiosamente respecto de ellos lo prevenido en la primera parte del artículo 500.

El artículo 500 de este proyecto de Código Criminal señala que no se le dará pública sepultura al cadáver, no se pondrá inscripción alguna en su sepulcro y su nombre será borrado de las listas de corporaciones, cuerpos y sociedades públicas a que hubiese pertenecido.

Artículo 515.-*El que quitare la vida sin premeditación a sus ascendientes o descendientes por consanguinidad no haciéndolo en acto de propia defensa, o en un momento de ira ocasionado por los celos en virtud de encontrarlos en acto carnal o en acción preparatoria o próxima a este, con el cónyuge del matador o una hija suya, sufrirá la pena capital como homicida con premeditación. La misma regla se observará con la mujer que mate a su marido o el marido que mate a su mujer sin premeditación, a no ser en acto de propia defensa, o de encontrar el occiso en acto carnal o en acción preparatoria o próxima a este con él adúltero.*

“CAUSAS EXPRESAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO”

El artículo 519 del mismo proyecto señala expresamente diversas causas de exclusión del delito de homicidio y en su fracción IV especifica que: “no estará sujeto a pena alguna el que cometa dicho delito, cuando cualquiera de los cónyuges encuentre

a su cónyuge en el acto de adulterio o en acción preparatoria o próxima a este; más si se verifica el homicidio pasado algún tiempo de haber cogido in fragante a los adúlteros, o después de haber llegado a su noticia la perpetración de este delito, sufrirá el homicida desde tres años de prisión a seis años de trabajos forzados”.

Notamos una reforma en el texto del delito por lo que respecta a la penalidad, agregándose a la pena de muerte diversas circunstancias bajo las cuales debería efectuarse la misma, así como después de ser sancionado el condenado, tales como ser conducido el acusado a través del patíbulo descalzo y con las manos atadas y cubriendo su cara con un crespón negro, tal vez, como símbolo de reprobación y rechazo social no solo a un delincuente, sino a aquel que ha cometido un homicidio en agravio de algún familiar, sufriendo consecuencias aún después de fallecido, pues ya conocemos las disposiciones del artículo 500 de este proyecto del Código Criminal y Penal.

“CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1869”

Este nuevo ordenamiento legal presenta algunas reformas respecto al tipo penal y sus sanciones, específicamente en su Libro Tercero, Delitos contra los particulares y las propiedades, el cual en su Título Tercero “Del homicidio”, no completa el delito de “Parricidio”, tal y como lo hemos visto en los anteriores cuerpos normativos, sin embargo, esto no significa que estuviera sancionado con la misma pena el homicidio de algún pariente con el homicidio de cualquier otra persona, pues aparece por primera vez la característica de ser pariente del agresor como circunstancia agravante, tal y como lo señala de manera clara el artículo siguiente:

Artículo 581.- *Para graduar las penas establecidas en los artículos anteriores, se tendrán como circunstancias agravantes*

Fracción II.- *Ser el occiso cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano, suegro, yerno, o cuñado del reo, o su amo, criado, tutor o tutelado, maestro o discípulo del delincuente, o depositario de la autoridad pública, o ministro de algún culto, o mujer niño o anciano.*

Se advierte de manera inmediata la reforma sufrida por este delito en cuanto a los sujetos del mismo, pues ahora encontramos no solo a los parientes sino también a determinadas personas que por sus características de debilidad o indefensión provocan un agravamiento en la pena aplicada al agresor, así como también la aplicación del tipo, incluyendo a sujetos reconocidos en la sociedad por alguna circunstancia que les otorgara prestigio dentro de la comunidad, tal es el caso de la hipótesis del “maestro”, del “discípulo”, “ministro de algún culto” e inclusive “depositario de la autoridad pública”. Encontramos también que en relación a los primeros ordenamientos penales analizados, ya es sancionado el homicidio del cónyuge aún y cuando se le sorprenda en el acto carnal con otro sujeto, esta disposición la encontramos en el artículo siguiente:

“CAUSAS EXPRESAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO”

Artículo 574.- *Se exime de pena al homicida, cuando el homicidio se cometa en alguno de los casos siguientes:*

Fracción IV.- *Cuando cualquiera de los cónyuges encuentra a su cónyuge en acto de adulterio o en acción preparatoria y próxima a esté; más si se verifica el homicidio pasado algún*

tiempo de haber sorprendido in fraganti a los adúlteros, o después de haber llegado a su noticia la perpetración de este delito, sufrirá el homicida desde dos años de prisión a seis de trabajos forzados.

Artículo 583.- *El que quitare a otra persona la vida al encontrarlo en el acto carnal o en acción preparatoria o próxima a él con su hija, nieta, hermana o nuera no llevara pena alguna por este hecho, a no ser que por su conducta anterior haya dado el mismo ocasión a que se cometa este delito de incontinencia, en cuyo caso sufrirá desde seis meses de prisión a cinco años de trabajos forzados. Si en las circunstancias referidas, quita la vida a su hija, nieta, hermana o nuera, sufrirá de dos a diez años de prisión o de trabajos forzados.*

“CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1871”

Encontramos en este nuevo ordenamiento una nota importante, pues en su Capítulo V “Reglas Generales”, define ya claramente el homicidio como lo conocemos actualmente con algunas modificaciones:

Artículo.- *Es homicida: el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga.*

“PARRICIDIO EN RIÑA”

En el capítulo VI “Homicidio Simple”, encontramos por primera vez una especie de “Parricidio en riña”, aplicándose a éste una sanción diversa al del “parricidio simple”:

Artículo 553.- *El homicidio ejecutado en riña se castigará con las penas siguientes:*

Fracción I.- *Con diez años de prisión si lo ejecutare el agresor;*

Fracción II.- *Con seis años de prisión si el homicida fuere el agredido;*

Fracción III.- *Alas personas señaladas en las dos fracciones anteriores se agregarán dos años mas de prisión, si el culpable ejecutare el homicidio en un descendiente suyo sabiendo que lo es, o en su cónyuge con conocimiento de haber sido a él a quien ofendía.*

Por riña se entiende el combate, la pelea o la contienda de obra, y no la de palabra, entre dos o más personas.

Es trascendental para el delito analizado en este Ensayo Dogmático, hacer notar la evolución que muestra de manera específica la fracción tercera de éste artículo, pues por vez primera dentro del presente tema, nos encontramos con la exigencia de conocer por parte del sujeto activo la relación del parentesco, que en el actual tiempo del desarrollo dogmático del delito, tal conocimiento debe ser abarcado por el dolo, ya que si hubiera tal desconocimiento de tal circunstancia estaríamos ante una causa de atipicidad del "Homicidio por relación o parentesco, pero ante la presencia de un delito de homicidio del artículo 302 de Código Penal.

Artículo 554.- *Se impondrán cuatro años de prisión al cónyuge que, sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en caso próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros.*

Artículo 556.- *Las penas de que hablan los dos artículos anteriores solamente se aplicarán: cuando el marido o el padre*

no hayan procurado, facilitado o disminuido el adulterio de su esposa, o la corrupción de su hija, con el varón con quienes las sorprendan ni con otro. En caso contrario quedarán sujetos los reos a las reglas comunes sobre homicidio.

Se advierte en estos artículos disposiciones diversas que tienen relación directa con el delito analizado en un nuevo ensayo, sin embargo, veremos que además de estas disposiciones que tienen alcance con parientes o sujetos con los que se tiene algún tipo de relación, existente en este Código Penal de 1871 un Capítulo VII dedicado expresamente al parricidio:

PARRICIDIO

Artículo 567.- Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente del homicida, sean legítimos o naturales.

Artículo 568.- La pena de parricidio intencional será la muerte, aunque no se ejecute con premeditación, ventaja o alevosía, ni traición, si el parricida comete el delito sabiendo el parentesco que tiene la víctima.

Aparece también una innovación en el texto del delito por lo que a la pena se refiere, pues apreciamos en el artículo 568, que es ya intrascendente la existencia de alguna calificativa que se sumara al tipo como lo es la premeditación, alevosía o ventaja, siempre que existiera el presupuesto del delito (relación del parentesco), al igual que el ya comentado elemento subjetivo del tipo (conocimiento de dicha relación), situación que como analizaremos en el tipo penal actual, subsistente hasta el texto vigente (artículo 323 del Código Penal en vigor).

Importante es la existencia en este Código de un capítulo porque regula de manera específica el delito de infanticidio:

INFANTICIDIO.

Artículo 199.- *Llamase infanticidio: la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes.*

Artículo 201.- *El infanticidio causado por culpa, se castigará conforme a las reglas establecidas en los artículos 199 a 201, pero si el reo fuere medico cirujano, comadrón o partera, se tendrá esta circunstancia como agravante.*

Artículo 583.- *El infanticidio intencional, sea causado por un hecho o por una omisión, se castigará con las penas que establecen los artículos siguientes.*

Artículo 584.- *La pena será de cuatro años de prisión cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonra y concurren además estas cuatro circunstancias:*

- I.- Que no tenga mala fama:
- II.- Que haya ocultado su embarazo:
- III.- Que el nacimiento del infante halla sido oculto y no se halla inscrito en el registro civil;
- IV.- Que el infante no sea hijo legítimo.

Artículo 585.- *Cuando en caso del artículo anterior no concurren las tres primeras circunstancias que en él se exigen; se aumentará por cada una de las que falten, un año más de prisión a los cuatro que dicho artículo señala.*

Pero si, faltara la cuarta, esto es, si el infante fuere hijo legítimo, se impondrán ocho años de prisión a la madre infanticida, concurran o no las otras tres circunstancias.

Artículo 586.-*Cuando no sea la madre la que cometa el infanticidio se impondrán en todo caso, ocho años de prisión al reo; a menos que este sea médico, comadrón, partera o boticario, y como tal cometa el infanticidio: pues entonces se aumentará un año a los susodichos, y se le declarara inhabilitado perpetuamente para ejercer su profesión.*

Encontramos ya un antecedente claro y preciso del delito objeto de nuestro estudio, pues existe en este Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871, un Capítulo dedicado especialmente al parricidio y al infanticidio, delitos que sirven de fundamento al contemplado actualmente el artículo 323 de nuestro Código Sustantivo Vigente. Apreciamos una evolución notoria, primeramente en cuanto a la estructura del ordenamiento, pues están divididos los delitos referidos en capítulos separados con penas divididas, elementos subjetivos del injusto claramente especificados y elementos normativos con valoración jurídica también claros, como lo son en el parricidio (artículo 567) el parentesco de padre, madre o de cualquier otro ascendiente sin señalar límites y sin ser trascendente la característica que hasta hace poco fue derogada en nuestros ordenamientos, como lo es la de considerar a algún pariente, legítimo o natural.

Por lo que se refiere a la penalidad encontramos que continúa aplicándose la pena de muerte al parricida, siempre que este sea internacional circunstancia que actualmente no encontramos en el Código Penal Sustantivo Vigente, debido a que para la integración del delito de "Homicidio en razón de parentesco o relación", se requiere de manera indispensable el dolo específico, que no era todavía complementado en este Código de 1871.

Por lo que se refiere al delito de infanticidio encontramos, tal y como lo señalamos al momento de transcribir el artículo referente, que por vez primera se dedica un capítulo exclusivo para este delito, tipificando la conducta delictuosa de manera muy semejante a la del Código de 1931, encontramos en este artículo 582 de este antiguo ordenamiento penal, se considera al infanticidio atenuado por culpa y en el mismo artículo, el mismo delito calificado, característica que tal y como lo hemos apreciado en el transcurso de este capítulo primero de nuestra tesis, era usual por el legislador de estos tiempos el considerar las circunstancias agravantes y atenuantes dentro del mismo tipo penal. Encontramos también dentro del ordenamiento analizado, el artículo 583 que señala la forma de realización de la conducta del delito, apareciendo en el mismo artículo lo que podríamos considerar una pequeña clasificación del delito en orden a la conducta, pues no señala que el infanticidio intencional puede ser causado por una acción o por una omisión, indicando para ambos casos la pena respectiva en el artículo siguiente (584).

“PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1871”

Subsisten en este proyecto de reformas al Código sustantivo penal, los tipos autónomos o independientes por lo que al parricidio y al infanticidio se refiere, contemplados, el primer o, en el capítulo VII “Del Parricidio”, en el artículo 567 y tipificándolo como el homicidio del padre, de la madre, o de cualquier otro ascendiente del homicida, sean legítimos o naturales, imponiendo al parricida la pena de muerte, siendo importante señalar que efectivamente se propone una reforma a la pena capital, señalando este proyecto en su artículo 143, dentro del capítulo XII del mismo proyecto, que la pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida y no podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes

o en el acto de verificarse la ejecución, sin embargo, esta pena no se aplicaría a las mujeres ni a los varones mayores de 60 años.

“CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929”

Notables y positivos avances se verifican en este nuevo ordenamiento penal, así lo consideramos toda vez que primeramente conserva la estructura del anteproyecto de 1930, situando fácilmente y de manera ordenada cada delito en particular, aunque en el caso de parricidio todavía aparecen algunas reglas aplicables a este dentro del capítulo dedicado al homicidio, sin embargo cabe señalar que se suprime la pena de muerte para el parricida, imponiéndose la pena de 20 años de relegación al que lo cometiere, tal y como lo señala el siguiente artículo:

Artículo 993.- *La sanción del parricidio intencional, será de veinte años de relegación, aunque no se ejecute con premeditación ventaja, o alevosía, ni a traición, si el parricida comete el delito sabiendo el parentesco que tiene con su víctima.*

Por lo que se refiere al texto del delito, éste se conserva sin reforma alguna, siendo importante señalar que se mantienen las denominadas “Causas expresas de exclusión del delito”:

Artículo 979.- *No se impondrá sanción alguna: al que sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un acto próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros o a ambos; salvo el caso de que el matador haya sido condenado antes como reo de adulterio por acusación de su cónyuge, o como responsable de algún homicidio o delito de lesiones.*

Como ya señalamos anteriormente, se encuentra en este Código un capítulo específicamente para el delito de parricidio, también para el infanticidio, tal es el caso del Capítulo VIII:

Artículo 994.- *Llámase infanticidio: la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta horas siguientes.*

Por lo que hace al tipo penal descrito en este artículo no encontramos reforma alguna, sin embargo, llama la atención la tipificación de un nuevo tipo penal que como antecedente al mismo, podemos decir que es contemplado actualmente por el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación":

FILICIDIO

Este innovador tipo penal, lo encontramos por primera vez en este ordenamiento sustantivo penal y al parecer su finalidad es sancionar el homicidio de parientes siendo el sujeto activo el ascendiente consanguíneo en línea recta y el sujeto pasivo su descendiente en primer grado:

Artículo 994.- (párrafo segundo).- *Filicidio es: el homicidio causado por los padres, en la persona de alguno de sus hijos.*

Aún y cuando es un nuevo tipo penal, que al parecer es autónomo, no contempla una marcada diferencia con el parricidio, pues si bien es cierto, que la denominación del delito llama la atención en primera instancia, los elementos típicos del mismo se basan en el parricidio. Por lo que a la pena se refiere, ésta no pasaría de 8 años de prisión, dependiendo la misma de la calidad del sujeto activo.

**“ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES
DE 1931”**

Continuamos con las reformas y apreciamos que en este anteproyecto se conserva ya definitivamente en capítulos y artículos separados, el parricidio y el infanticidio, siendo derogado el filicidio para ser incluido en las diversas hipótesis del infanticidio encontramos también diferencias en lo que a las penas se refiere, pues si bien es cierto que ha desaparecido la pena de muerte, al parricida se le aplicarán hasta treinta años de prisión, sin importar, según el mismo ordenamiento, las circunstancias bajo las cuales se cometa:

Artículo 309.- *Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, la madre, o de cualquier otro ascendiente, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.*

Artículo 310.- *Al que cometa el delito de parricidio se le aplicarán de veinte a treinta años de prisión cualquiera que sean las circunstancias que concurren, salvo el caso de imprudencia punible.*

Referente al infanticidio, igualmente se advierte un aumento en la penalidad que varía de acuerdo a las circunstancias, según se cometa el delito, tal y como lo dispone el artículo siguiente:

Artículo 312.- *Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión salvo lo dispuesto en el artículo siguiente:*

Artículo 313.- *Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias:*

- I.- Que la madre no tenga mala fama;
- II.- Que haya ocultado su embarazo;
- III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el registro civil, y
- IV.- Que el infante no sea legítimo.

Advertimos ya, un texto similar al que no se encontraba hasta principios del año de 1994 en nuestro Código Penal para el fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, hoy Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal.

“CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931”

Es precisamente en este ordenamiento donde se vierten las disposiciones del tipo penal que nos ocupa, bifurcado hoy del Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal. Los antecedentes inmediatos del delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, su ubican en este cuerpo normativo, en el que puede contemplar la evolución del mismo y que culmina con el precepto que se estudia. Transcribimos en este apartado, los artículos que por su importancia no pueden pasar desapercibidos:

CAPITULO IV

Parricidio

Artículo 323.- *Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo*

y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.

Artículo 324.- Al que cometa delito de parricidio se le aplicarán de trece a cuarenta años de prisión.

CAPITULO V

Infanticidio

Artículo 325.- Llámese infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

Artículo 326.- Al que cometa delito de infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 327.- Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- I.- Que la madre no tenga mala fama;
- II.- Que haya ocultado su embarazo;
- III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el registro civil, y
- IV.- Que el infante no sea legítimo.

Artículo 328.- Si en el infanticidio tomare participación un médico cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que les correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión.

Este era el texto de los delitos de parricidio e infanticidio hasta antes de la reforma de enero de 1994, en la cual, como analizaremos posteriormente el libro segundo, título duodécimo "Delitos contra la vida y la integridad corporal", Capítulo IV en su artículo 323, fue reformado para que en dicho capítulo se tipifique actualmente el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", siendo derogado el artículo 324 del mismo ordenamiento. Por lo que respecta al capítulo V del mismo Código y libro, fue derogado íntegramente incluyéndose en él los artículos 325, 236, 327, y 328, ello debido a que el infanticidio y sus diversas penalidades han quedado integrados al texto vigente del artículo 323 del Código Penal.

Posteriormente al Código Penal para el Distrito y territorios Federales de 1931 se realizó un "Anteproyecto de reformas de 1934 al libro primero del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931", en el cual efectivamente se realizan diversas reformas al ordenamiento referido sin afectar éstas al Homicidio, Parricidio e Infanticidio que en esa época se encontraban vigentes en el Código sustantivo de la materia.

"PROYECTO DE REFORMAS DE 1942 AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931"

En este nuevo proyecto de reformas, encontramos que los artículos referentes a los delitos de parricidio e infanticidio no son contemplados por el mismo, sin embargo, es prudente señalar la intención de los creadores de éste proyecto, pues no existe ya un claro propósito de lograr una técnica jurídica intensa en el ordenamiento penal, como ejemplo de la misma y formando parte de delitos contra la vida y la integridad corporal, mencionaremos la siguiente:

**Texto del Código Vigente
(1931)**

Artículo 310.- *Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.*

Texto de la Reforma

Artículo 310.- *Se impondrán de tres días a diez años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en acto carnal con otra persona o en un acto próximo a su consumación o en actos por lo que no pueda dudarse de la existencia de un trato sexual ilícito entre ambos, mate o lesione a cualquiera de los culpables o a los dos; salvo que el delincuente haya contribuido a la corrupción de su cónyuge.*

En este último caso se impondrán las sanciones que correspondan al homicidio o a las lesiones cometidas.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Por las dificultades que en la práctica se han suscitado a la aplicación del precepto tal como está concebido, se modifica su redacción y se consigna además el caso de la comprobación de actos por los que no pueda dudarse de la existencia de un acto sexual ilícito entre los ofendidos.

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1944

El Código Veracruzano presenta una marcada diferencia respecto al Código de 1931 para el Distrito Federal en materia de fuero común, al contemplar en su Capítulo II "Del Homicidio", el texto ya conocido de este delito incluyéndose en el mismo capítulo una figura delictiva derivada del homicidio que contiene en relación al Código de 1931, los elementos del tipo penal de parricidio:

Artículo 236.- *Se impondrá prisión hasta de veinticinco años, al que mate a su madre o a su ascendiente o descendiente, a su cónyuge o concubino, sabiendo que los son.*

"CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1948"

Este nuevo Código Penal para Veracruz de 1948, se considera como una reforma importante pues la penalidad por privar de la vida a un ascendiente aumenta hasta treinta años, reformándose en este caso, la hipótesis de "Descendiente", "Cónyuge" o "Concubino", subsistiendo únicamente el "Ascendiente", siendo indispensable para la integración del delito, el dolo genérico y específico:

Artículo 241.- *Se impondrá prisión de quince a treinta años y multa de mil a diez mil pesos, al que matare a un ascendiente, sabiendo que lo es.*

**“ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN
MATERIA DE FUEROCOMUN Y PARA TODA
LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO
FEDERAL DE 1949”**

En este nuevo anteproyecto hay innovaciones interesantes, tales como la intencionalidad en el delito de parricidio contemplada expresamente en el tipo, la relación de ascendencia consanguínea y en línea recta, característica esta última, no contemplada en el Código anterior, así como el elemento subjetivo del injusto o dolo específico.

Se divide dentro del Capítulo III y “Reglas comunes para lesiones y homicidio” una circunstancia atenuante para el homicidio de un pariente que podemos considerar un claro antecedente para el delito objeto de esta tesis:

Artículo 302.- (Párrafo segundo).- La misma pena se impondrá (De tres días a tres años de prisión) al ascendente que en las circunstancias antes mencionadas, diere muerte o lesione al varón que fuere sorprendido con la descendiente sujeta a la patria potestad de aquél y siempre que no hubiere procurado la corrupción de aquélla.

“CAUSA EXPRESA DE PERDON AL DELINCUENTE”

El artículo 303 de este anteproyecto señala una causa expresa de perdón al delincuente, que sin ser una causa de exclusión del delito, tiene al parecer la misma consecuencia de no imponer pena alguna al acusado, aún y cuando en la primera hipótesis se integra plenamente el homicidio:

Artículo 303.- *Los autores de los delitos previstos en el artículo anterior, podrán ser perdonados, cuando las circunstancias personales del autor y objetivas del hecho así lo ameriten.*

PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1954

Encontramos en este proyecto que no existe un capítulo ni artículo expresamente dedicado al parricidio o infanticidio, sin embargo en el capítulo II "Disposiciones comunes a los delitos de LESIONES y/o HOMICIDIO" se advierte lo siguiente:

"HOMICIDIO AGRAVADO POR PARENTESCO O RELACION"

Artículo 216.-*Si el ofendido fuere ascendiente, descendiente, cónyuge del autor de lesiones u homicidio o persona ligada a él por relación del concubinato se aumentará hasta en dos terceras partes las sanciones que corresponderían con arreglo a los preceptos de este título.*

"PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NORTE DE 1954"

Aparece en éste proyecto, ún antecedente relevante pera la legislación penal actual, especialmente para el actual Capítulo III, del Libro II, del Código sustantivo de la materia vigente "Reglas comunes para las lesiones y homicidio", toda vez que este proyecto refiere lo siguiente:

Artículo 207.- *Será sancionado con prisión de dos a ocho años el homicidio cometido:*

I.- En estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable.

II.- En vindicación próxima de una ofensa grave que causaren al autor del delito, su cónyuge, concubino, ascendientes descendientes o hermanos.

**“ANTEPROYECTO CHICO-GOERNE DE CODIGO
PENAL FEDERAL
DE 1958”**

No se ha comentado dentro del presente capítulo alguna circunstancia o reforma respecto al bien jurídico tutelado por el delito hoy analizado, ni ha sido objeto de crítica todavía en nuestra tesis, sin embargo, tenemos ya en este anteproyecto el primer antecedente de una opinión diversa por lo que al tema se refiere, pues en el libro segundo, primera parte, “Delitos contra la vida y la integridad personal de las personas”, Capítulo I, han sido excluidos el parricidio y el infanticidio formando parte de otro título, tal y como lo señala la exposición de motivos de este anteproyecto:

En el título primero “De los delitos contra la vida y la integridad corporal”, comprende las figuras de homicidio, lesiones y auxilio o inducción al suicidio. Se excluyen el parricidio y el infanticidio, por que son delitos que vulneran la integridad de la familia, se comprenderán en el primer título de la parte segunda.

**“ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN
MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA
LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO
FEDERAL DE 1958”**

Encontramos nuevamente un capítulo expreso para el delito de parricidio y otro igualmente dedicado al infanticidio, con elementos típicos avanzados previendo dolo genérico, específico y aumentando la penalidad en sus respectivos casos, tal y como se muestra a continuación:

CAPITULO QUINTO

Parricidio

Artículo 238.- *Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente consanguíneo y en línea recta, sea legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco se le aplicarán de 15 a 40 años de prisión.*

CAPITULO SEXTO

Infanticidio

Artículo 239.- *Se aplicaran de tres a cinco años de prisión a la madre que, para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo, en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes*

“CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO DE 1961”

Respecto a este primer Código Penal en la década de los sesentas, habremos de señalar que aún y cuando incluye en un mismo Capítulo V al parricidio y al infanticidio, sin hacer referencia expresa al tipo penal señalado al último, es cierto que marca un antecedente aún más claro para el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, toda vez que advertimos en el texto del delito que ya se contempla como sujeto pasivo del delito de parricidio a cualquier descendiente consanguíneo en línea sea legítimo o natural.

CAPITULO V

Parricidio

Artículo 240.- *Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco o al cónyuge, se le aplicará de 15 a 30 años de prisión.*

Artículo 241.- *Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que, para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido.*

“CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE 1962”

En este nuevo ordenamiento Penal, ya no se contempla el Parricidio del descendiente, sujetándose a los elementos típicos usuales en este delito conservando el elemento subjetivo del

injusto, presupuesto del delito así como dolo genérico y específico para la integración del tipo:

Artículo 283.- *Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente consanguíneo y en línea recta, sea legítimo o natural, sabiendo el delincuente ese parentesco se le aplicará de quince a treinta años de prisión.*

“PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA”

Elementos normativos con valoración jurídica en mayor número es la innovación de este proyecto dentro del delito de parricidio, aunado ello, a un aumento en la penalidad del delito, conservando, los elementos actuales indispensables de la culpabilidad como los son el dolo genérico y específico, sumándose a la pena de prisión la multa respectiva:

Parricidio

Artículo 282.- *Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta o a cónyuge o concubino sabiendo el delincuente esa relación se aplicarán de veinte a treinta años de prisión y multa de 12 a veinticuatro mil pesos.*

“CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO DE 1978”

Aparece nuevamente el descendiente como sujeto pasivo del delito de parricidio al igual que el ascendiente requiriendo ser el parentesco consanguíneo en línea recta, aparece una nueva figura

el parricidio simple, el parricidio calificado y el parricidio atenuado por diversas circunstancias que a continuación se señalan:

CAPITULO SEXTO

Parricidio

Artículo 221.- *Comete el delito de parricidio el que priva de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta sabiendo el delincuente esa relación.*

PARRICIDIO SIMPLE, PARRICIDIO ATENUADO POR RIÑA Y PARRICIDIO CALIFICADO

Artículo 222.- *Si el parricidio se cometiere en forma simple, se castigará con prisión de nueve a diecisiete años.*

Si se cometiere en riña o en duelo, se aplicará la mitad o cinco sextos de la pena señalada en el párrafo anterior, según sea el delincuente el provocado o el provocador.

Si se cometiere con alguna de las calificativas señaladas en el artículo 219, se impondrá de diecisiete a veinticinco años de prisión.

CAPITULO SÉPTIMO

Infanticidio

Es realmente relevante la hipótesis contemplada en el segundo párrafo del artículo 223 de este Ordenamiento Penal,

pues aún y cuando la madre privara de la vida al producto de una violación, ésta, sería sancionada con prisión de tres a ocho años:

Artículo 223.- *Se aplicará de tres a ocho años de prisión a la madre que para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes.*

Igual pena se le aplicará si el infante es producto de una violación

“PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE DE 1979”

En este proyecto se deroga Infanticidio, previéndose la muerte del descendiente dentro del tipo penal de parricidio, ampliando además los elementos normativos, con valoración jurídica, siendo éste tipo penal, el que consideramos más cercano al contemplado actualmente en el artículo 323 de nuestro Código sustantivo;

Artículo 125.- *Al que prive de la vida dolosamente a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, sabiendo el delincuente esta relación, se le impondrá, de quince a treinta años de prisión.*

Es este tipo penal el antecedente que más se identifica con el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, la razón es sencilla, pues contempla la misma conducta típica, protegiendo idéntico bien jurídico tutelado, la misma conducta y solamente deja de considerar al “hermano”, como sujeto pasivo del delito, conservado el mismo elemento normativo referente al parentesco por consanguinidad en línea recta y, sobre todo estimando el elemento subjetivo integrado a éste en dolo genérico y el dolo

especifico, siendo la pena en este tipo penal de quince a treinta años de prisión, mientras que en nuestro delito analizado, es de diez a cuarenta años de prisión.

Durante la presente tesis criticaremos positivamente y propondremos una reforma a nuestro Código sustantivo respecto a la parte final del artículo 323, de los Códigos Penales, Federal y del Distrito Federal. Es prudente señalar, que dicha reforma contempla como parte de su fundamento el artículo 125 anteriormente referido.

**ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO
COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN
MATERIA DE FUERO FEDERAL, DE 1983**

Artículo 102.- *A quien dolosamente prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta hermano, cónyuge, concubina concubinario, adoptante o adoptado con conocimiento de ese parentesco o relación se le impondrá prisión de veinte a cuarenta años.*

**ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1989 EN
MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA
REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL
ELABORADO POR LA COMISION DEL MARCO
JURÍDICO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA
PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL.**

Artículo 115.- *(Agravación de la pena por razón del parentesco o relación) Al que prive de la vida a su descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o*

concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de ese parentesco o relación se le impondrá prisión de quince a veinticinco años.

**PROYECTOS DE CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL., PRESENTADOS POR LAS
FRACCIONES PARLAMENTARIAS DE LOS
PARTIDOS REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL,
DE LA REVOLUCION DEMOCRATICA Y DE
ACCION NACIONAL**

El Partido Revolucionario Institucional presenta la segunda legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, su proyecto de Código Penal, que por lo que hace al tipo penal que nos ocupa, dice:

Artículo 114.- *Al que prive de la vida al ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, quebrando la fe o la seguridad que el pasivo debía esperar del activo por la relación de confianza existente entre ambos, se le impondrá prisión de veinte a cuarenta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto al ofendido, incluyendo los de carácter sucesorio.*

ARTICULO 115.- *Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas siguientes a su nacimiento, al Juez, tomando en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta, impondrá de cinco a diez años de prisión.*

El Partido de la Revolución Democrática presenta el siguiente tipo penal:

Artículo 137.- *Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación quebrantando la fé o la seguridad que el pasivo debía de esperar de él por la relación existente entre ellos, se le impondrá prisión de veinte a cuarenta años y pérdida de los derechos que tenga respecto al ofendido, incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el HOMICIDIO SIMPLE, sin menos cabo de observar alguna circunstancia que agrave o que atenúe la sanción.*

Por otra parte el partido Acción Nacional en el artículo 109 del proyecto que presenta a la asamblea legislativa indica:

Artículo 109.- *Al que dolosamente prive de la vida a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea directa o colateral hasta el segundo grado con conocimiento de ese parentesco, se le impondrá de 10 a 30 años de prisión.*

Artículo 110.- *Al que dolosamente prive de la vida a su cónyuge, concubinario o concubina, adoptante o adoptado, con conocimiento de ese parentesco o relación, se le impondrá de 10 a 30 años de prisión.*

CAPITULO II

Elementos Constitutivos del Delito desde la Optica Funcionalista.

“EVOLUCION DE LA TEORIA JURIDICA DEL DELITO DESDE LA BASE DEL CONCEPTO DE ACCIÓN”

La teoría del delito se ocupa del estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse del mismo, razón por la cual al realizar un ensayo dogmático debemos enfocar nuestro análisis hacia las siguientes hipótesis existencia de delito, su inexistencia y sus formas de aparición:

Hans-Heinrich Jescheck¹⁹, en su "Tratado de Derecho Penal" Parte General, señala al analizar el sentido de la doctrina general del delito, que ésta no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos del concepto del delito que son comunes a todos los hechos punible, se trata, dice el autor alemán de las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se dividen a su vez en numerosos subconceptos.

La doctrina, con la finalidad de analizar la teoría del delito ha recurrido principalmente a dos teorías, la totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora.

En la actualidad es prácticamente aceptada por los autores más reconocidos la segunda, pues ésta, estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos en razón de la unidad del delito".²⁰

De tal manera creemos que el análisis de cada uno de los elementos del delito no se traduce en la negación de la unidad de éste sino que es el medio para realizarla".²¹

Es difícil concebir un trabajo en materia penal sin antes hacer referencia al término "Delito", que ha provocado numerosas críticas y opiniones: el artículo 7º del Código Penal vigente define

¹⁹ Jescheck Hans-Heinrich. "tratado de Derecho Penal", Parte General. Cuarta edición ed.Comares-Granada, Traducción del Dr. Jose Luis Manzanares Samaniego, España 1993. p.175.

²⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de derecho penal", Undécima edición ed. Porrúa, S.A. México 1987, p.197.

²¹ Idem, p.197-198.

al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Uno de los proyectos mencionados en el primer capítulo de esta tesis lo define como “Las infracciones previstas en el libro tercero de este Código y las demás designadas por la ley bajo esta denominación” (Proyecto de reformas al Código de 1871). El Código penal de 1929 establece que delito es la lesión de un derecho protegido igualmente como una sanción penal. Jans-Heinrich Jescheck al tratar el concepto de delito dice que éste, ha de ajustarse al fin y a los medios del derecho penal, haciendo referencia a Radbruch, y señala que el fin del Derecho Penal es la protección de la convivencia de los hombres en la comunidad frente a graves infracciones del derecho y el principal medio del Derecho Penal para lograr este fin es la pena que consiste en la conminación e imposición de un mal merecido según la gravedad de la lesión jurídica y dirigido al mantenimiento del orden jurídico. Consideramos que si bien es cierto no es indispensable un concepto de Delito, el Código penal Mexicano en su artículo referido, cumple su objetivo.

2.1. Conducta

La conducta o hecho es el primer elemento dentro de la prelación lógica de los elementos del delito, pues es indudable que para la existencia de un delito se requiere de una conducta, en sus formas de acción u omisión. Para definir el elemento material nos dice el maestro Porte Petit²². Se utilizan diferentes términos tales como; acción, acto, acaecimiento, acontecimiento, mutación en el mundo exterior, hecho o bien conducta de los cuales, tal y como lo señala el distinguido maestro. Consideramos, como término más adecuado el de “Conducta” pues aquí se incluye la acción, la omisión.

²² Idem, p.235.

2.2. El Concepto de Acción en la Doctrina Alemana

Es importante señalar que en el continente europeo y específicamente en Alemania aún y cuando se advierte claramente la crítica al término de "acción" para definir al primero de los elementos del delito, se continúa utilizando el mismo, tal es el caso del reconocido autor Beling quien señala que "Delito es la acción típica, antijurídica y culpable, sometida a una conminación penal".²³

El problema de estas definiciones fundamentadas de manera totalmente naturalística tal y como critica Hans-Heinrich Jescheck, es que no se completa la omisión que en el derecho penal debe ser integrada al igual que el hacer positivo dentro del concepto de acción, pero que notoriamente no es un movimiento corporal, sino todo lo contrario. Posteriormente con la finalidad de salvar esta omisión, se sustituyó este concepto por el de "comportamiento", entendiendo éste como efectividad de la voluntad humana en el mundo exterior.

En algunos casos se utiliza el concepto de acción, entendido como "Comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario) que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquél en un sólo movimiento corporal (delitos de actividad) o en un movimiento corporal con el resultado ocasionado por el mismo en dicho mundo exterior (delitos de resultado) es lo que se conoce como en concepto causal de la acción. Este concepto causal es criticado en Alemania pues se dice que ciertamente la voluntad "como causa" distingue la acción humana de los puros procesos naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, puesto que las fuerzas de la naturaleza actúan también causalmente, si no en la "finalidad", y es aquí donde nos encontramos con la fuente de las corrientes alemanas que dominan

²³ Jescheck, op. Cit. P.296.

en el Derecho Penal actual, pues según la teoría final de la acción humana que ha provocado desconcierto en unos y ánimo en otros, la acción humana no es sólo un curso causal llevado por la voluntad, si no de acuerdo con su esencia, ejercicio de la actividad final.

La finalidad, agregan los postulantes de esa corriente, “descansa en la capacidad del hombre para prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en sus recursos, dirigir el proceso hacia la meta deseada” tal y como lo dice el destacado autor Hans-Heinrich Jescheck, es la voluntad “la espina dorsal de la acción final” la cual se realiza en tres fases: comienza con el adelantamiento mental, sigue con la elección de los medios precisos para alcanzarla y termina con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del acaecer real”.²⁴

Edmund Mezger, también distinguido autor alemán, en su “Derecho Penal”.²⁵

Parte general al tratar el concepto de acción afirma que es sin duda la base del derecho penal y de la pena y afirma que el concepto de acción abarca toda conducta humana concreta que pueda y deba consistir el punto de partida de consideraciones jurídico-penales y como tal, abarca los dos conceptos siguientes:

2.2.1.- El fundamento de la voluntad de acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de la voluntad. Toda acción señala el tratadista, es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente es una conducta dirigida a un fin, a una meta. El que actúa debe siempre querer “algo” y el que omite, “no querer algo”. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza “ontológica” (esencial),

²⁴ Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán” Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Ediciones Depalma, Argentina, 1956, p.33.

²⁵ Mezger, Edmund. “Derecho Penal”, Parte General, libro de estudio, Segunda Edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1990. p.88.e

“final”. Está siempre dirigida a una “meta” determinada, por ello el autor advierte lo siguiente:

“Por lo tanto, la cuestión de si uno es, en el derecho penal, “finalista” o “no finalista”, es una insensatez. Lo único dudoso es que si uno sustenta un “finalismo” “acertado” o no.”

2.2.2.-El movimiento corporal con su resultado, como suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad.

Este concepto de acción jurídico-penal, es como lo dice el autor referido, un concepto “final” de la acción y es una condición del mismo, la de ser un acto de voluntad “dirigido a un fin y a una meta” y esta dirección hacia una meta es, como tal, con arreglo a su esencia, de naturaleza finalista, es decir, tiende hacia un movimiento corporal determinado y a ulteriores resultados ocasionados por el mismo.

La teoría de la acción finalista de Hans Welzel”.²⁶

Subraya de manera muy específica el carácter “finalista” de la acción, en su texto “Das neue Bild des Strafrechtssystems”, señala que la acción humana es ejercicio de actividad final, por eso la acción es un suceso <finalista> y no solo un suceso <causal> la “finalidad” o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever, hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro y fijarse por tanto, distintas metas, dirigiendo su actuar de un modo sistemático hacia su consecución. En virtud de su conocimiento causal previo, él puede gobernar los distintos actos de su actividad en forma tal de conducir hacia la meta, el suceso externo causal y dirigirlo así en forma final.

²⁶ Welzel, op.cit. p.9.

2.3.- Finalidad y Causalidad

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde la meta, mientras que la pura causalidad no es guiada desde la meta, si no que es la resultante accidental de los componentes causales existentes de manera consciente. Esta "finalidad" es penalmente importante porque todo derecho penal se refiere a ella".²⁷

"Impide la realización de acciones cuya finalidad se dirige a una situación socialmente indeseable (en los hechos punibles dolosos) y "reclama" que la conducta finalista sea gobernada en forma tal que no se produzcan consecuencias reprobadas (en los hechos punibles culposos).

2.4. Problemática de la Voluntad en el Finalismo

La cuestión que se plantea —dice Bacigalupo— es, sino improbable la libertad de voluntad, ¿cómo es posible que el Derecho Penal se apoye en un concepto de culpabilidad que presupone la libre determinación de la voluntad.?

Al respecto afirman los tratadistas, el *Derecho penal de culpabilidad no requiere para su legitimación la prueba de la libertad de voluntad*".²⁸

El derecho penal de culpabilidad consiste en un derecho penal en el cual las consideraciones preventivas que son de esperar de la aplicación de una pena encuentran un límite en la proporcionalidad que desde un punto de vista ético-social la pena debe guardar con la gravedad de la reprochabilidad del autor.

²⁷ Welzel, op. Cit. P.30.

²⁸ Jescheck, op. Cit. P. 184.

"Por un derecho penal de culpabilidad se entiende, en definitiva un derecho penal que fundamenta la pena en la culpabilidad, pero que admite razones de prevención especial y general para no agotar la retribución que implica todavía la pena".²⁹

2.5. Fundamento de la Acción Finalista

El fundamento de la acción finalista, es un querer del agente. Pero querer "señala el acto particular de voluntad", o sea, "un acto interno psíquico en virtud del cual el agente se coloca asimismo como causa de la realización de un resultado que se ha presentado".³⁰

Con otras palabras: la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, la marcha de los acontecimientos externos con un acto psíquico, que anticipa la representación interna, la marcha de los acontecimientos externos causales y los determina, de tal manera, en su curso futuro".³¹

Edmund Mezger, aún siendo partidario de esta concepción, la critica, pues esta omite —dice el tratadista— una distinción suficiente entre la finalidad ontológica de la acción y su relación con la finalidad de vida y esta falta tiene su origen en una errada concepción del hecho culposo, y distingue así:

a) La finalidad del propio autor.- Esto es, lo que este requiere. Tal finalidad es esencial en toda acción que desempeña un papel en el Derecho Penal. Toda acción jurídico-penal está "dirigida" a un fin de acuerdo a su consecuencia.

²⁹ Bacigalupo, Enrique "Estudios del Derecho Penal y Política Criminal", Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989 p.24.

³⁰ Mezger, op. Cit. P. 91.

³¹ Idem, p. 118.

b) La finalidad de la ley.- Es decir, lo que la ley exige del autor y a lo cual se mide el valor de la acción.

Hans Welzel, en su "Nuevo Sistema del Derecho Penal".³²

Explica que en los delitos "culposos" la dirección finalista es constitutivamente "exigida" respecto ante la antijuridicidad.

Maurach, refiere que "es finalista sólo aquel que, en los hechos punibles dolosos, incluye al dolo como parte subjetiva del tipo".³³

Hoy puede afirmarse con seguridad que cuando el hombre determina un suceso, este proceso no es meramente causal, sino fundamentalmente dirigido".³⁴

Queda entonces claro que el objeto de la norma penal es una actuación.

Más importante, de acuerdo a la De La Cuesta Aguado, es la tendencia iniciada por Roxin en 1970 con su monografía "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal" que partiendo de un punto de vista teleológico del derecho penal intenta superar por un lado la división entre finalistas y causalistas y por otro, el análisis puramente sistemático del concepto de delito, introduciendo como criterio rector para la resolución de problemas dogmáticos la política criminal (derecho penal orientado político criminalmente a sus consecuencias). A partir de su concepción preventiva de los fines de la pena intenta reenfocar los problemas que plantean la dogmática penal. Para Roxin el fin de la pena es la prevención tanto general (positiva o integradora) como especial, pero, en aras a la libertad limitada por el principio de culpabilidad. A partir de

³² Welze, op. Cit. P.430.

³³ Mezger, op. Cit. P.92. "En referencia a Maurach".

³⁴ Bacigalipo, op. Cit. P.76.

estos criterios reintroduce el concepto de "imputación" en la tipicidad: la imputación objetiva como sistema superador del dogma causal para Roxin " el tipo objetivo no se puede reducir a la conexión de condiciones entre comportamiento y resultados, sino que los resultados, conforme a pautas político criminales, tendrían que ser imputadas al autor como su obra". A la antijuridicidad corresponde la catalogación de valores ordenadores de la vida en sociedad, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, etc., que sirven para comprobar si un hecho típico puede ser admitido por el ordenamiento jurídico como permitido. Y la culpabilidad trataría de averiguar si el sujeto es "responsable" del hecho cometido, y si existen razones de prevención que justifique la imposición de una pena.

Roxin vincula a cada uno de los diferentes niveles o elementos del concepto de delito diversos valores rectores. Así, a la tipicidad asocia la determinación de la ley penal, conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas. Estas nuevas tendencias favorecen la superación de luchas de escuelas entre finalismo y neokantismo, aceptando las modificaciones estructurales introducidas por el finalismo, pero fundamentándolas en principios cercanos en cuanto al método al neokantismo (teoría neoclásica). Actualmente en esta línea se están introduciendo factores que anuncian una nueva e importante reforma del concepto de delito.

a).- Se vuelve a un sistema bipartito del concepto de delito - propio del neoclasicismo- en el que los elementos fundamentales del sistema del derecho penal vienen constituidos por dos juicios de desvalor el injusto penal -que incorpora el concepto tradicional de antijuridicidad- y la responsabilidad - que hace lo propio con la culpabilidad-.

Tipicidad y antijuridicidad (Teoría de los elementos del tipo) se engloban en un único elemento (el injusto penal) en el que se distinguen elementos que han de concurrir positivamente (realización típica) y aquellos que deben estar ausentes como elementos negativos (causas de justificación).

b).- El concepto de injusto en los delitos de resultado ha de ser definido a partir de la creación de un riesgo prohibido por el ordenamiento que produce como consecuencia propia la lesión de un bien jurídico. Desvalor de acción consistirá en la puesta en peligro objetivo y desvalor de resultado en la imputación puramente objetiva desvinculándose de concepto de injusto personal propio del finalismo.

c).- Frisch redefine el dolo como concepto funcional. El objeto del dolo no es el tipo sino el comportamiento típico, basado en la creación de un riesgo de ahí que basta con que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento y de que tal puesta en peligro es contraria al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la culpabilidad, Roxin redefine el concepto de reprochabilidad como de responsabilidad. Para fijar la responsabilidad del autor parte del "criterio de la normalidad" que le permite explicar las causas de exclusión de la culpabilidad. Jacobs sin embargo a partir de entender que es importante constatar la capacidad de actuar de otro modo y que el fin y el fundamento de la culpabilidad es la prevención general positiva (estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por el comportamiento delictivo), define y mide la culpabilidad según las necesidades preventivas generales".³⁵

Una vez referidos de manera sencilla algunos aspectos importantes de nuestro primer elemento del delito y del desarrollo

³⁵ Cfr. De La Cuesta Aguado Paz M. Tipicidad e Imputación Objetiva. Concordado por doctor Carlos Parma. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina, Páginas. 57 a 61.

que ha tenido en la evolución jurídica del delito, podemos afirmar que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" contiene los elementos esenciales de todo delito mas los suyos en particular y que requiere indudablemente de una de las especies de comportamiento humano para poder integrarse, tal comportamiento puede consistir en una acción (comportamiento positivo), o en una omisión (comportamiento negativo o acción esperada) dirigida finalmente a privar de la vida al pariente o relacionado requerido por el tipo.

TIPICIDAD

2.1.1. Adecuación al Tipo Penal

La tipicidad implica que haya adecuación al tipo penal analizado, en nuestro caso, el de "Homicidio en razón del parentesco o relación" contemplado en el artículo 323 del Código Penal; para tales efectos, recordaremos algunas opiniones de destacados tratadistas:

"Toda vez que el contenido del injusto de cada clase de delito se encierra en el tipo, el hecho individual para ser penalmente antijurídico, ha de corresponderse con los elementos de un tipo legal. Esta coincidencia se denomina tipicidad".³⁶

"Un derecho penal que no describiera esquemas firmes de conductas, no permitiría hablar de la adecuación típica como elemento general del delito".³⁷

Debemos advertir, que al investigar la existencia de la tipicidad no podemos limitarnos a la conducta, por que puede

³⁶ Jescheck, op. Cit.p.246.

³⁷ Bacigalupo, op. Cit.p118.

suceder y en nuestro caso así es, que el tipo penal contemple elementos normativos y subjetivos, consecuentemente, tal y como lo señala el maestro Porte Petit, la tipicidad consiste “en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo”.

Con fundamento en ello podemos afirmar que en el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación” existirá “Tipicidad” cuando la muerte de una persona se presente en términos de lo previsto por el tipo penal, encontrando perfecto encuadramiento dentro de una de la diferentes hipótesis contempladas por el tipo en el caso, la muerte del ascendiente o descendiente, consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina, o concubinario, adoptante o adoptado, todos ellos contemplados claramente por el artículo 323 del Código sustantivo de la materia.

2.1.2. Clasificación en Orden al Tipo

En orden al tipo, el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, es:

a) Especial cualificado.- En tanto que nace al sumarse al tipo simple, fundamental o básico, el requisito de parentesco o relación, circunstancia que implica un aumento o agravación en la pena. El tema de la punibilidad en el delito estudiado será objeto de un capítulo específico considerando la importancia que ésta adquiere ante la sociedad.

b) Autónomo o independiente.- El delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, es un delito autónomo o independiente en tanto que tiene vida propia.

c) De formulación libre.- El delito analizado es de formulación libre toda vez que la ley no señala de manera alguna, el medio para producir el resultado contenido en el tipo,

considerando que no existen tipos de formulación libre en forma absoluta, toda vez que el delito debe realizarse con aquella actividad que sea idónea para ese fin, lo cual toma suma importancia en el caso de que nuestro delito se cometa en grado de tentativa imposible, hipótesis que será analizada en el momento oportuno.

d) Anormal.- Conforme a la sistemática causalista, la hipótesis que estamos analizando se estimaba de la forma precisada, por la concurrencia del elemento normativo: "parentesco o relación", concretamente: ascendiente o descendiente consanguíneo en la línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, así como por el dolo específico que se decía requería el tipo, en el cual se analizaba tradicionalmente en el capítulo dedicado al elemento "culpabilidad".

Respecto a los elementos normativos el maestro Hans-Heinrich Jescheck señala que debe existir por parte del autor, pleno conocimiento de su significado, esto significa que *"debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación"* que la valoración hecha por el legislador".³⁸

e) Acumulativamente formado en cuanto al dolo genérico y específico.- En atención a la sistemática causalista el tipo penal analizado requería invariablemente la concurrencia del dolo genérico y del dolo específico elementos de la culpabilidad indispensables en nuestro delito y que serán estudiados en el subcapítulo denominado "características de la culpabilidad".

f) Acumulativamente formado en cuanto a los elementos normativos.- Referidos cada uno de ellos en el inciso, "e" de este capítulo.

³⁸ Jescheck, op. Cit.p265-266.

g) De ofensa simple.- Toda vez que se lesiona un sólo bien jurídico en el caso la vida. No obstante esta afirmación cabe considerar la posible lesión a la moral de la sociedad y consecuentemente a la familiar, toda vez que nos encontramos ante un delito en el que se priva de la vida a un pariente o relacionado.

2.1.3. Elementos del Tipo

a) Presupuestos del delito

Al igual que en todos y cada uno de los temas que abarca el Derecho Penal, encontramos aquí críticas al respecto. Autores como Antolisei consideran específicamente al parentesco, cuando habla del delito de parricidio, como una "circunstancia,"³⁹ nosotros lo estimamos en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" como un presupuesto del delito de naturaleza jurídica, advirtiendo que en el caso de ausencia de dicho presupuesto nos encontraríamos ante la integración de otro tipo penal, en el caso, el contemplado en el artículo 302 del Código sustantivo de materia.

a.1) Prueba del presupuesto del delito

Afortunadamente para los que hemos optado por el Derecho Penal no es indispensable que el sujeto interesado en comprobar el parentesco o relación, con el objeto de demostrar el presupuesto del delito, dependa de las reglas establecidas en el derecho civil, toda vez que para este fin, podemos asistir a todo y cada uno de los elementos de prueba que el Derecho Procesal Penal nos otorga para ello y que deben ser suficientes para logra nuestro objetivo.

³⁹ Antolisei, op.cit.p.308.

b) La conducta. Que en nuestro caso podrá consistir en una acción o en una omisión, dando lugar este último caso “Homicidio en razón del parentesco o relación” de comisión por omisión o bien de resultado material por comisión.

Al respecto Mezger en su “Derecho Penal” cuando trata las formas de acción, dice que el hecho punible como acción en sentido amplio abarca dos formas de conducta humana: los hechos de comisión (actividad positiva) y los de comisión por omisión u omisión impropia. Para ejemplificar esta última hipótesis, el autor propone el siguiente ejemplo: La madre que deja morir de hambre a su hijo (mediante omisión) comete una acción (en sentido amplio), pero ella no mata a su hijo con una acción (en sentido estricto), sino con una omisión”.⁴⁰

Nuestro Código Penal, tanto Federal como del Distrito Federal, en el párrafo segundo del artículo séptimo establecen una fórmula de la llamada comisión por omisión, al determinar que “en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico al que omita impedirlo si éste, tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omita impedirlo tenía él deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Una acción que realiza el tipo de una ley penal, se denomina, “hecho antijurídico”.⁴¹

Respecto a la omisión, señala el autor, detrás de todo hecho jurídico-penal de omisión se halla una “acción esperada”(en sentido estricto).

⁴⁰ Mezger, op. cit. p.93.

⁴¹ Jescheck, op. Cit. P.249.

c) El resultado. Que consiste en el delito analizado, en privación de la vida humana de un pariente o relacionado de los requeridos por el tipo. Al respecto debemos agregar que el resultado en cualquier delito será siempre jurídico y en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", por la existencia del tipo, el resultado será necesaria e invariablemente, jurídico y material.

d) La relación causal. Entre la conducta y la mutación en el mundo exterior. Esta relación causal nos dice el maestro Porte Petit, es el nexo entre el elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho. Es decir, utilizando la fórmula de la *conditio sine qua non*, podemos asegurar la existencia del nexo causal cuando suprimiendo una de las condiciones no se produce el resultado, de tal manera que si la suprimimos y no obstante se produce el resultado, quiere decir que no hay nexo de causalidad.

En los delitos de resultado, la estimación del delito consumado depende de la producción del resultado típico. Sin embargo, la acción y el resultado no se presentan desconectadamente, si no que deben ofrecer una relación suficiente para que el resultado pueda ser atribuible al autor como efecto de aquélla. En la descripción de la conexión entre acción y resultado, la ley parte claramente de que esa relación consiste en la causalidad".⁴²

El problema de la causalidad plantea así en el Derecho Penal la cuestión del modo en que haya de configurarse la relación entre acción y resultado para que éste pueda ser imputado al autor como un hecho propio. En Alemania y México, la teoría causal dominante en la doctrina es la teoría de la condición y que en su versión mayormente aceptada se plantea así: **Un resultado es**

⁴² Jescheck, op. Cit. P.249.

causado por una acción, si esta no puede ser suprimida mentalmente sin que aquél desaparezca. La acción debe constituir por ellos, para ser causal, en una “*Conditio sine qua non*” del resultado. Todas las condiciones que producen un resultado, se consideran como de igual valor (equivalentes), por lo que la teoría de la condición se denomina también “*teoría de la equivalencia de las acciones.*”

Al respecto, Mezger señala: La causalidad o relación de la causalidad presupone que no se puede suprimir un suceso determinado (la “causa” y por consiguiente, el acto de voluntad y su actuación) sin que con ello desaparezca también el “efecto” del mismo en su forma concreta, es decir, aquel suceso es la “*conditio sine qua non* del resultado”.⁴³

En consecuencia debemos afirmar que la conducta en el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación” consiste esencialmente en privar de la vida al ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación. Comportamiento que sólo se puede ejecutar mediante una acción, pues con ésta sólo es posible modificar el acontecer causal, como es producir la muerte a una de las personas que reúnan la calidad exigida por el tipo penal en estudio. No obstante, también es posible valorativamente hablando, “privar de la vida” a alguno de los sujetos pasivos cualificados ya citados, relacionando lo dispuesto en el artículo 323, con el contenido del segundo párrafo, del numeral 7º, ambos del Código Penal, estando en esta hipótesis ante un delito de comisión por omisión, donde la calidad degradante surge de la ley o de un contrato.

⁴³ Mezger, op. Cit. P. 108 y 109.

2.1.4. Clasificación de este Delito en Orden a la Conducta

Para lograr el objetivo de clasificar un delito en orden a la conducta, debemos entender a la actividad o inactividad con independencia del resultado, lo cual es una consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito. Dentro de la doctrina advertiremos las siguientes clasificaciones: 1) Acción; 2) Omisión; 3) Comisión por omisión; 4) Delitos de conducta plural; 5) Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento; 6) Omisión de resultado; 7) Doblemente omisivos; 8) Unisubsistentes y plurisubsistentes; 9) Habitual.

Atendiendo a la conducta desplegada por el sujeto activo en nuestro delito, y basándonos en los criterios antes expuestos, podemos señalar la siguiente clasificación del "Homicidio en razón del parentesco o relación":

1.- De acción.- En el caso de que la privación vida del sujeto pasivo se realice con una actividad o hacer voluntarios. (Ej. El concubinario que queriendo privar de la vida a su concubina, toma un filoso cuchillo de la cocina y corta la cabeza de su víctima, y ésta muere).

2.- De comisión por omisión.- En el caso de que por una omisión del probable responsable se produzca el resultado de muerte. (Ej. La madre que estando obligada a suministrar el medicamento a su hija, no lo hace, y consecuentemente ésta muere).

3.- Unisubsistente.- En el caso de que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" se ejecute con un solo acto. (Ej. El adoptado que queriendo privar de la vida al adoptante, atraviesa con una espada, el corazón de su víctima).

4.- Plurisubsistente.- En la hipótesis de que el delito en estudio, se realice con varios actos (Ej. La hermana que queriendo privar de la vida a su hermano, lo lanza incansablemente y en diversas ocasiones por las escaleras de la casa, hasta que el sujeto pasivo, producto de la ferocidad de su agresor, muere).

2.1.5. Clasificación de este Delito en Orden al Resultado.

La doctrina señala la siguiente clasificación por lo que hace al resultado:

- 1) Delito instantáneo.
- 2) Delito instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio.
- 3) Delito Permanente.
- 4) Delito necesariamente permanente.
- 5) Delito eventualmente permanente.
- 6) Delito alternativamente permanente.
- 7) Delito de simple conducta o formal y de resultado material.
- 8) Delito de daño y peligro.

Con base en esta clasificación, podemos asegurar que el Delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" es un delito;

1.- Material o de resultado.- Los delitos de resultado presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separado en el tiempo y en el espacio.”⁴⁴

El resultado en el delito objeto de nuestra tesis, consiste en la muerte de una de las personas, específicamente señaladas por el artículo 323 del Código Penal, por ello es de carácter material, “por cuanto hay perfecta coincidencia entre el resultado jurídico (anulación del derecho de la vida) y el resultado material (muerte)”.⁴⁵

Aún y cuando ello no presenta mayor crítica, el autor italiano Manzini apoya este criterio al señalar que es delito material por que su noción requiere la verificación de un resultado (muerte de la víctima)”⁴⁶ en este sentido se refieren también autores como Mendoza”⁴⁷.

2.- Instantáneo.- Con el objeto de definir el delito instantáneo, la doctrina se basa generalmente en dos criterios, es decir, fundándose en la instantaneidad de la consumación o en la naturaleza del bien jurídico lesionado. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, ya que consiste en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos sin poder prolongarse, tal como el Homicidio o el Incesto. Así podemos señalar que los requisitos para la integración de un delito Instantáneo son la indispensable existencia de una conducta y una consumación.

⁴⁴ Idem, p.250.

⁴⁵ Maggiore, op. Cit. P.222

⁴⁶ Manzini, Vicenzo. “Tratado de derecho penal”, tomo VII Traducción de Santiago Sentis Melendo, España, 1947, p.18.

⁴⁷ Mendoza Troconis, José Rafael, “Curso de Derecho Penal Venezolano”. Compendio de parte especial, Tercera Edición, Ed. Empresa el cojo, Venezuela 1967, p.370.

El Código Penal vigente, tanto Federal como del Distrito Federal, en el artículo 7° fracción I, señala: que el delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

Podemos concluir por lo que a este aspecto se refiere, que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" es definitivamente instantáneo, por que tan pronto se produce la muerte de alguno de los sujetos cualificados, se agota la consumación. Así lo ratifica el reconocido autor Bettiol, quien opina que *"el homicidio que es delito instantáneo aunque puede requerir con frecuencia un proceso ejecutivo que dure en el tiempo y que se desenvuelva a través de frases sucesivas y lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico dure en el tiempo. El homicidio es delito instantáneo, por que la destrucción de la vida de un hombre no puede prolongarse en el tiempo, ya que hay un momento en que el hombre pasa de la vida a la muerte y precisamente en ese momento se consume el homicidio"*.⁴⁸

El asunto de la comisión en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", parece no tener mayor problema, pues ya estudiado el tema, hemos concluido que es un delito instantáneo, sin embargo es prudente preguntarnos ¿cuándo estamos muertos?

3.-De daño.-Toda vez que lesiona el bien jurídico tutelado por la ley, en nuestro caso, la vida. Es prudente recordar que respecto al bien jurídico tutelado existen diversas opiniones, toda vez que reconocidos autores agregan la moral familiar a la vida, como bienes jurídicos tutelados en este tipo de delitos, pues si bien es cierto que se priva de la vida a una persona, no menos es

⁴⁸ Maggiore, op. Cit. P.470-471.

cierto es que el agresor tiene con la víctima un vínculo que lo une con ésta: el parentesco o relación.

2.1.6. Bien Jurídico Protegido

El Bien Jurídico protegido es un interés vital de la comunidad al cual el Derecho Penal otorga su protección".⁴⁹

Y protección en el derecho penal significa que mediante normas jurídicas se prohíben utilizando amenazas de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso los intereses vitales de la comunidad. El bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social. Por otro lado el tratadista Hans-Heinrich Jescheck ve en el bien jurídico la "Pretensión de Respeto", que emana frente a todos, de los bienes en la vida de la comunidad".⁵⁰

Así, el bien jurídico es además de todo criterio decisivo para la agrupación de los tipos y aquél no debe entenderse como objetos posibles de percibir a través de los sentidos, si no que son valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad.

El objeto substancial o bien jurídico protegido en el delito de homicidio, es la vida".⁵¹

Y es este sin duda el más importante de todos.

Con base en las opiniones antes vertidas podemos afirmar que el bien jurídico tutelado en el delito de "Homicidio en razón del

⁴⁹ Jescheck, op.cit. p.231.

⁵⁰ Idem, p.232.

⁵¹ Maurach, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Prólogo de Octavio Pérez y notas de Derecho Penal Español por Juan Cordova Roda, Ed. Ediciones Ariel, España.1962 p.253.

parentesco o relación” es la vida sin embargo, insistimos en que no es equivocada la opinión de que en el delito analizado, existe pluralidad en el objeto substancial, pues se sostiene por algunos autores que además de la vida este tipo de delitos protegen la moral familiar.

2.1.7. Objeto Material (objeto de la acción)

*En el Derecho terrenal nunca se castiga por sí misma la mala voluntad”.*⁵²

Lo que el autor ha deseado necesita siempre proyectarse al exterior, sea mediante una acción sea mediante la omisión de una acción esperada, y es esta manifestación externa del hecho la que se describe por los elementos objetivos del tipo.

El objeto de la acción, es el objeto del mundo exterior sobre el que recae o en relación con el cual se realiza, la acción del hecho. Pueden ser objetos de la acción las personas, las cosas e incluso objetos incorporeales.

No existe mayor controversia a este respecto, pues si entendemos el objeto material como la cosa o sujeto sobre el que se realiza el delito, entonces concluimos que el delito de, “Homicidio en razón del parentesco o relación” lo es el hombre o la mujer, siempre que se encuentre dentro de las hipótesis exigidas por el tipo, coincidiendo en nuestro delito el objeto material con el sujeto pasivo.

2.1.8 . Sujeto Activo

El sujeto activo, dice la doctrina, es aquel que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. En nuestro

⁵² Mezger, op. Cit.p.230.

caso el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" es en consideración al sujeto activo y su calidad propio, especial o exclusivo, toda vez que la ley restringe de manera específica al posible sujeto activo: Ascendiente o Descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado.

En cuanto a numero el sujeto activo es monosubjetivo o de sujeto único, toda vez que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos.

2.1.9. Autoría y Participación

En el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" puede darse las siguientes formas de participación:

- a) Autoría material o inmediata;
- b) Cuautoría;
- c) Autoría mediata;
- d) La instigación y
- e) La complicidad.

Respecto al autor material, al coautor y autor mediato, debemos considerar que sólo puede serlo quien posea las características exigidas por el tipo en el caso, ser pariente o relacionado de la víctima.

Tocante al instigador y al cómplice, cualquier persona puede llevar a cabo esa función, toda vez que al ser la participación de naturaleza accesoria a la autoría, aquellos no requieren tener la calidad exigida por el tipo.

2.2.1. **Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo lo entendemos como el titular del bien jurídico protegido por la ley y que en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" coincide con el objeto material y de igual manera el sujeto pasivo, del delito coincide con la calidad que puede tener en el caso concreto el sujeto activo, (*ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado*) razón por la cual, lo consideramos en cuanto a la calidad, personal.

2.2.2 **Medios**

El delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" no requiere de manera concreta algún medio por el cual deba cometerse, por lo que puede realizarse por cualquier medio, siempre que sea el idóneo.

2.2.3. **La Imputación Objetiva del Resultado.**⁵³

1.- Para constatar la existencia de nexo causal entre acción y resultado se realiza por el juzgador un juicio ex -post de carácter naturalístico. Es decir, el juzgador que se encuentra con todos los acontecimientos desarrollados en el mundo exterior los ordena atendiendo al principio lógico de la causalidad, según hemos explicado y constata una relación exterior y objetiva entre un comportamiento humano que actúa como causa y unas consecuencias derivadas de ella, que responderán a las características del resultado típico. Pero, aún, el juzgador no ha efectuado ningún juicio de carácter normativo. La constatación de

⁵³ Cfr. De la Cuesta Aguado, Paz, M. Tipicidad e Imputación Objetiva. Concordado Dr. Carlos Parma. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina, pag. 143 a 158.

tal relación entre acción y resultado cuando se requiera será el requisito previo para, a continuación, investigar si tal relación de acontecimientos puede generarse una responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que tal resultado es imputable a su autor como consecuencia de su comportamiento. Para ello la doctrina ha arbitrado una serie de criterios orientativos tendentes a excluir aquellos comportamientos que, pese a ser causales, no pueden ser imputables ya desde un punto de vista objetivo antes de pasar a un tipo subjetivo. Estos criterios de carácter normativo y derivados de un fin del Derecho Penal han sido agrupados y sistematizados por la denominada teoría de la imputación objetiva, como criterios de imputación.

El concepto de imputación lo reintroduce a la teoría del delito Larenz. Por aquel entonces, a diferencia de Kant y de los juristas del siglo XIX, el concepto de imputación sólo hacía referencia a la culpabilidad.

Larenz cuya obra, “la teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva,” marca el inicio de la teoría de la imputación objetiva, toma como punto de partida la teoría la doctrina del idealismo crítico y, en especial, la teoría de la imputación de Hegel. Para este autor, el concepto de imputación objetiva tiene la función de “separar el hecho propio del accidente” denominando imputación objetiva al “juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio”.

Larenz fundamenta la imputación objetiva en la “voluntad” capaz de dirigir y prever el curso causal para conseguir una determinada finalidad. En este sentido acepta la teoría de la adecuación, pero no como teoría causal sino como principio de imputación. La teoría de la imputación objetiva se convierte en un juicio teleológico, en el que habrá que determinar si el

acontecimiento puesto en marcha por el autor estuvo dirigido por la voluntad hacia la consecución de un determinado fin.

Pero la teoría de la imputación objetiva, tal como ha sido mayoritariamente admitida por la doctrina, pronto abandona estas fundamentaciones ontológicas y se basa en consideraciones teleológico-normativas derivadas del fin que se atribuye al Derecho Penal y a las normas penales. El sistema del cual se deriva esta concepción, es pues, un sistema "funcional" o "teleológico-racional".

La teoría de la imputación objetiva fue fundamentada posteriormente en 1970 por Roxin. Dentro de ella se puede distinguir, al menos, dos o tres corrientes:

A) Restrictiva: intenta sistematizar el conjunto de reglas existentes según las cuales se puede considerar que un resultado es objetivamente imputable a una acción de un autor.

En este sentido, Jescheck formula la teoría de la imputación objetiva de la siguiente forma: "un resultado causado por una acción humana en este sentido de la teoría de la condición sólo es objetivamente imputable cuando dicha acción ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico".

Esta corriente doctrinal concibe los criterios que propone la teoría de la imputación objetiva como criterios teleológico-normativos tendentes complementarios y restrictivos de la causalidad entendida según la teoría de la condición. Para ello distinguen entre los elementos y conocimientos de carácter ontológico, en el sentido fundamentado de conocimientos nomológicos de carácter empírico, de criterios normativos que permitan excluir la imputación dentro de la atipicidad objetiva sin manipular el concepto de causa (por lo que su ámbito de actuación

se centraría en los delitos de resultado y en especial en los delitos imprudentes, pues en los delitos dolosos muchos de estos problemas podrían ser resueltos al analizar el elemento subjetivo (dolo).

B) Amplia: según la cual, la teoría de la imputación objetiva se enmarca en una visión funcionalista del Derecho Penal y responde a unos parámetros que trascienden el ámbito del tipo objetivo y se manifiestan en todas las categorías del delito.

2.- La doctrina, siguiendo a Roxin, basa la imputación objetiva en el denominado principio de riesgo. Este principio es consecuencia de la ponderación propia de un Estado de Derecho entre los bienes jurídicos y los intereses de libertad individuales, según la medida del principio de proporcionalidad.

La imputación objetiva del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, no amparado por un riesgo permitido, creado por el autor dentro del alcance del tipo objetivo.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que en la imputación objetiva puede diferenciarse tres niveles de imputación:

- 1.- La creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido.
- 2.- La realización del riesgo imputable en el resultado.
- 3.- El fin de protección del propio tipo penal fringido o alcance del tipo penal.

En la imputación objetiva de los diferentes tipos de injusto según sean dolosos o culposos, de acción o de omisión, se observan especialmente que se analizarán en su momento.

1.- Creación del riesgo permitido

La función de la norma primaria es la protección de bienes jurídicos a partir de la resolución de conflictos sociales. Por ellos toda conducta típica, en el primer lugar, ha de crear un peligro como mínimo para el bien jurídico protegido. Esta afirmación cobra vital importancia en una **sociedad de riesgos** como la que vivimos: Pocos ejemplos se necesitan para aclarar tal afirmación: la manipulación de alimentos, el transporte, procesos industriales peligrosos, etc. Más aún, se podría decir que toda la vida en sociedad supone la presunción de ciertos riesgos, los cuales están admitidos por la sociedad y permitidos por el ordenamiento jurídico. La intervención penal sólo empieza a partir del momento que se excede el riesgo permitido.

La cuantía del riesgo permitido no puede ser establecida con carácter general *a priori* sino que viene dada por dos tipos de factores: la trascendencia social, de la conducta a mayor utilidad social, mas riesgo se admite y la proximidad de la lesión de bienes jurídicos así como la importancia de éstos (capacidad de control del riesgo, dependiendo del avance en las técnicas de control y sus costos, importancia del bien jurídico puesto en peligro, etc.). Ahora bien, ninguno de estos dos criterios, y sobre todo el segundo, no puede en ningún momento autorizar la lesión de bienes jurídicos como la vida, la salud o el medio ambiente en base a los costos empresariales o a una supuesta utilidad social y sobre todo empresarial.

Ejemplos de abuso de los ámbitos de riesgo permitido por poderosas empresas multinacionales o estados, en detrimento de los más básicos derechos de la humanidad, están saltando todos los días a los periódicos, poniendo de manifiesto la desigualdad material de trato por parte de las instancias sociales y jurídicas entre quienes detentan el poder y quienes no. La supuesta e incluso importantísima utilidad social que puede reportar el

desarrollo de la energía nuclear, por ejemplo, no puede ampliar el ámbito del riesgo permitido hasta la puesta en peligro prevista e incluso calculada de la vida y la salud de personas. Tampoco lo elevados costos de desmantelamiento de una institución contaminante para una empresa puede ampliar el ámbito del riesgo permitido hasta permitir la destrucción del medio ambiental, de la misma forma que el costo de las medidas de prevención de riesgos de los trabajadores no puede permitir que se ponga en peligro grave la vida de los mismos de forma generalizada.

La determinación de la utilidad social de la conducta puede dar lugar también a controversias importantes, cuando entran en conflicto intereses de muy distinta consideración.

Por ejemplo, cuando el psiquiatra deja en libertad a un enfermo peligroso sin saber exactamente si puede atentar contra alguna persona, o cuando el juez ordena la puesta en libertad condicional al condenado por violación sin saber si volverá a atentar contra la libertad sexual o no.

Con la inclusión del riesgo permitido en el ámbito del tipo, se introducen cuestiones no sólo normativas sino o que es uno de los instrumentos más activos de acercamiento de la norma social a la realidad, al permitir adecuar continuamente y en cada caso, el acontecimiento concreto, objeto de juicio a los principios de igualdad material y proporcionalidad y a los avances de la técnica y de la sociedad. En contrapartida conlleva un importante factor de indeterminación que hace que su aceptación sea una cuestión muy debatida en la doctrina.

La determinación del riesgo permitido ha de hacerse para cada caso concreto, sin que sea posible generalizar, ni siquiera entre supuestos similares. Para ello habrá de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad, si es

que existen, así como las normas técnicas escritas consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rige la actividad, etc. Por ello éste criterio tiene especial importancia en el ámbito de los delitos culposos para el que fue inicialmente creado y en el que desarrolla criterios especiales que han de ser incluidos en el tipo objetivo del injusto culposo (previsibilidad objetiva y diligencia de vida). Parte importante de la doctrina considera que estos criterios han de ser valorados también en el tipo de injusto doloso. A mi modo de ver sin embargo, éstas son categorías específicas del injusto culposo que no sólo no sirven, sino que desvirtúan la tipicidad en los delitos de lesión dolosos.

El problema se plantea especialmente en el caso Tyren: una persona inexperta en el manejo de armas dispara con intención de matar a un hombre que se encuentra a una distancia tal que incluso aún tirador experto le hubiera resultado difícil dar en el blanco ¿se puede imputar tal resultado?. Desde mi punto de vista tal supuesto no es pensable de forma culposa, pues "culposamente" no se dispara contra nadie, todo lo más, se dispara a otro sitio y se da a la víctima, de tal forma que querer equiparar el trato entre conducta dolosa y culposa es imposible, por que el supuesto es completamente distinto ya en el ámbito objetivo, por lo cual ha de ser tratado de distinta forma. Distintos son los siguientes supuestos: A ofrece a B unas pastillas contra el dolor de cabeza, que están permitidas e indicadas para los dolores de cabeza sabiendo que existe una posibilidad remota de que al interactuar con otros medicamentos mate a B, lo cual efectivamente sucede. Creo que aquí no es problema de previsibilidad objetiva, sino de sí el riesgo asumido excede o no lo permitido. Si en la valoración acorde al ordenamiento jurídico el riesgo de lesiones es escaso y por ello se permite la ingestión de tales pastillas la conducta no será imputable.

2.- A construye un muñeco para realizar practicas budú contra la vida de B, que efectivamente muere. Salvo en el

supuesto de que la muerte fuera provocada por que B sufrió un infarto ante el terror absoluto que le produjeron las prácticas de A, no cabe imputar el resultado, pero según entiendo no en base al criterio del riesgo permitido, sino por que el comportamiento de A no puede ser considerado causa de la muerte de B, según lo criterios ya expuestos.

Cuando el resultado ha sido producido por una conducta amparada por el riesgo permitido, no se imputa por que falta el desvalor de acción. El sujeto no responde ni siquiera por tentativa o frustración. Especiales supuestos en ésta fase son los de disminución del riesgo y falta de elevación de riesgo.

1.1.- Disminución del riesgo

A aparta a B para que no reciba un disparo mortal pero en lugar de evitar totalmente el disparo, B lo recibe en el hombro.

1.2.- Falta de elevación del riesgo

A envía a su tío millonario al bosque sabiendo que va haber tormenta, con la esperanza de que un rayo lo mate. Efectivamente el tío muere al sufrir la caída de un rayo. En este supuesto la conducta del sobrino (enviar el tío al bosque sabiendo que va haber tormenta), no supone una elevación prohibida del riesgo, por lo que en base a este criterio no se puede imputar al sobrino la muerte del tío como un acto propio. En realidad, en este supuesto falta la evitabilidad o dominabilidad esencial de la acción por parte del sobrino, con lo que realmente este supuesto debía de tratarse como un supuesto de ausencia de acción. Un supuesto especial de este primer nivel de imputación los sustituyen aquellas conductas formalmente típicas, pero escasamente lesivas: el ejemplo que suele manejar la doctrina es el del regalo al funcionario en navidad. Estas conductas cumplen formalmente el tipo, pero son escasamente lesivas para el bien jurídico por lo que

no existen las mismas antijuridicidad material que fundamente su consideración como típicas. Algunos autores, las consideran atípicas en base al criterio de la adecuación social, que sin embargo conlleva un amplio margen de vaguedad e imprecisión. Este supuesto habría que analizarlo en este primer nivel de imputación para juzgar desde el punto de vista del bien jurídico y de la norma de conducta, si tal comportamiento ha creado o no un riesgo.

2.- Realización del riesgo imputable en el resultado:

1.- Para que un resultado sea imputable es preciso que, además de la relación de causalidad exista una "relación de riesgo", es decir, que como consecuencia del riesgo creado por la conducta se produzca el resultado. Si no existe esa relación de riesgo no se puede imputar el resultado aunque en algún caso pueda existir responsabilidad por frustración o tentativa.

El juicio sobre la realización del riesgo en el resultado ha de realizarse ex -post y no podrá imputarse la conducta:

a) Si el resultado es consecuencia de la realización de otro riesgo distinto al creado por el comportamiento del autor (cursos causales anómalos o desviaciones del curso causal).

Tradicionalmente estos supuestos se intentaban solucionar en el ámbito subjetivo como error del curso causal.

Cuando la víctima de la puñalada muere a causa del incendio del hospital. La aportación causal del agresor es saber "sido causa de que la víctima ingresara en el hospital", pero el riesgo que origina la muerte es totalmente independiente del comportamiento del agresor por lo que no le puede ser imputado. Sólo responderá de las lesiones que ocasionara su agresión.

Lo mismo sucede en el caso de que la víctima no cuide sus heridas o un error en el tratamiento médico derive en su muerte. Está es consecuencia de riesgos nuevos creados por comportamientos ajenos al agresor (la falta de cuidado de la víctima o del médico).

b) Si no existe incremento del riesgo de producción del resultado en relación con la conducta real.

“A” deja abierta la llave del gas de la cocina, con la esperanza de que su esposa muera asfixiada, pero sin que él, lo supiera la conducción del gas que tenía una picadura permitió la salida por otro sitio y a mayor velocidad de todo el gas, provocando la muerte de la esposa por asfixia.

2.- Al margen de estos supuestos, en los delitos culposos, ámbito para que originariamente fue creada la teoría del incremento del riesgo por su especial conexión con la norma del cuidado surgen supuestos nuevos y mas conflictivos. En estos casos, tanto la existencia como incremento y su cuantificación del riesgo no puede realizarse al margen de la norma de cuidado infringida. Por ellos tales supuestos requieren un tratamiento específico del problema del incremento del riesgo en relación con el fin de protección de la norma de cuidado. Pero es preciso advertir que el fin de protección de la norma a que ahora nos referimos no puede confundirse con el criterio que analizaremos a continuación como tercer nivel de imputación y que siguiendo la formulación más reciente realizada por el propio Roxin, designaremos bajo el epígrafe alcance del “tipo penal”. Es preciso realizar esta advertencia por que muchos autores denominan a dicho tercer nivel de imputación “fin de protección de la norma”, con lo cual se puede producir una importante confusión teminológica. Ahora plantearemos someramente la cuestión con algunos ejemplos. Se plantea aquí si cave la imputación: 1. cuando, en los delitos culposos el resultado producido es

consecuencia de otro riesgo distinto al riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado y que ésta trata de proteger (incremento de riesgo en relación con el fin de la norma de cuidado lesionada).

2.- Cuando no puede comprobarse un incremento del riesgo como consecuencia de una conducta alternativa hipotética adecuada a derecho en los delitos culposos.

Se analizan bajo este epígrafe aquellos supuestos en que el resultado se hubiera producido igualmente aun que quien actuó infringiendo la norma de cuidado hubiera actuado con forme a derecho. Para solucionar estos casos gran parte de la doctrina siguiendo a Roxin acude a la denominada teoría del incremento del riesgo. Para este autor el comportamiento culposo tiene que haber creado u riesgo mayor que el permitido, incrementando la probabilidad de producción del resultado. Para averiguarlo, se llevará a cabo una comparación entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto. Para ello se tendrán en cuenta no sólo los factores reconocibles ex -ante sino los conocidos una vez producido el resultado.

3.- Alcance del tipo penal

Consiste en la reducción teleológica de los tipos penales, pudiéndose negar la imputación objetiva en determinados casos, pese a haberse afirmado previamante la creación de un riesgo relevante y su realización en el resultado, bajo este epígrafe se trata de un innumerable supuestos de casos en los que no existe imputación en base en diferentes consideraciones normativas que sirven en la interpretación del tipo en cuestión. Pero entiendo que su ubicación sistemática no es muy correcta como tercer criterio o nivel de imputación pues en realidad se trata de un intento de introducir criterios de política criminal en la interpretación de los tipos, lo cual ha de realizarse supuesto por supuesto en la parte

especial, sin que puedan darse criterios genéricos aplicables a todos los tipos penales. La doctrina en este nivel de imputación analiza los siguientes supuestos:

1.- Auto puesta en peligro dolosa.

Se hace entrega a "A" de estupefacientes para consumo propio y sobreviene la muerte de "A" como consecuencia de tal consumo.

2.- Puesta en peligro consentida por otro.

Contacto sexual con posterioridad a la contracción del virus del SIDA.

3.- Contribución culposa a la conducta dolosa de otro.

Provocación culposa de suicidios, autolesiones y auto puestas en peligro.

4.- Daños sobrevenidos con posterioridad en caso de lesiones permanentes shock.

De hecho si se analiza con detenimiento el sustrato de los casos que la doctrina analiza en este tercer nivel de imputación, podemos observar que responden al parámetro del consentimiento. En este sentido el tercer nivel de imputación puede venir constituido por el consentimiento como causa de exclusión del tipo.

2.2.4.

El Dolo

El derecho vigente conoce dos formas de dolo, la cual a la vez, son grados del elemento subjetivo del tipo.

a) En la sistemática causalista, la forma legal básica de la culpabilidad denominada habitualmente dolo (dolus) según Edmund Mezger,⁵⁴ más correcto “dolus malus”.

b) La forma más leve del injusto penal es llamada “culpa.”

El Código Penal en vigor, las reconoce:

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

Con la precedente declaración legal se pretende erradicar toda posible responsabilidad objetiva por el resultado. Esto es, los caos en los cuales se imponía la sanción correspondiente al delito doloso por la simple y llana afectación de bienes jurídicos penalmente tutelados, sin que para ellos importara comprobar si ese hecho había sido realizado de manera dolosa o de forma culposa. Con ellos se logra un gran avance en lo que antiguamente se consideraba como parte integrante del principio de culpabilidad.

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

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

El dolo en el Código Penal Alemán

⁵⁴ Mezger, op. Cit. P. 304.

El Código Penal Alemán, contiene en su parte general, conceptos básicos del dolo:

Artículo 15.- (Acto doloso y culposo)

Punible es sólo la acción dolosa, excepto cuando la ley comine expresamente con pena la acción culposa.

Doloso, en el sentido de esta ley es el hecho que realiza un tipo delictivo que presupone el dolo en cuanto a la acción, incluso cuando en lo relativo a una consecuencia especial causada por ella sea suficiente la culpa.

El dolo en el Código Penal Español

El Código Penal Español, contempla en su parte general, algunas disposiciones respecto del dolo y la culpa:

Artículo 1.- Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

No hay pena sin dolo o culpa.

Es importante destacar el contenido del segundo párrafo de este artículo, toda vez que proclama, como hemos dicho, de manera contundente lo que se estimaba, para las posturas causalistas, como el principio de culpabilidad al afirmar que no hay pena sin dolo o culpa.

Ahora bien, encontramos que en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" se exige invariablemente un obrar doloso, es entonces indispensable, entrar al estudio de este elemento subjetivo de todo tipo penal doloso.

El dolo según el Dr. Zaffaroni, *"Es el de núcleo central y básico de todos los tipos subjetivos, al punto de que la mayoría de ellos con él se agota éste; dolo es entonces, el fin de cometer un delito"*.⁵⁵

El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad. La expresión más correcta –dice Mezger– es "dolus malus" y pertenecen a esta forma básica los elementos siguientes:

- 1) La voluntad del hecho o elemento emocional, afectivo o volitivo (querer o aceptar el resultado).
- 2) El conocimiento del hecho o elemento intelectual.

Hans- Heinrich Jescheck, señala que la voluntad (elemento volitivo del dolo), consiste en la decisión de realizar la acción típica y en la ejecución de esa decisión. Mediante la decisión, el dolo se diferencia de la pura ilusión, del deseo y la esperanza. El dolo debe asimismo concurrir al tiempo del hecho, careciendo de relevancia el dolo que le precede o le sigue (dolus antecedens o subsequens)".⁵⁶

El estado de indecisión no es aún dolo, porque éste exige la decisión definitiva de la voluntad".⁵⁷

Así carece de dolo de muerte quien al esgrimir el arma ignora todavía si quiere disparar o solo amenazar.

Se llama finalidad (capacidad de dirección) a la facultad del hombre para prever el curso de las cosas, adelantar mentalmente

⁵⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratados de Derecho Penal", parte general; tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988. p.297.

⁵⁶ Jescheck, op.cit. p. 265.

⁵⁷ Jescheck, p.273.

los procesos causales y dirigir el acaecer hacia una meta gracias a su propia actuación".⁵⁸

El dolo constituye en los delitos dolosos el núcleo del injusto personal de la acción y puede conceptuarse como el elemento subjetivo general del tipo: El dolo determina el inicio, el curso, la dirección y la meta de la acción.

El dolo en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación"

El maestro Celestino Porte Petit Candaudap. En su dogmática sobre los delitos contra la vida y salud personal."⁵⁹

Al tratar del delito de parricidio, nos explica que este delito, requiere necesariamente un doble dolo: genérico y específico, además de implicar el dolo genérico (elemento esencial psíquico), requiere un elemento especial psíquico, o sea "una determinada dirección subjetiva de la voluntad".

Nosotros diferimos de la opinión de Porte Petit, por que si bien antiguamente los autores causalistas, sobre todo los pertenecientes a la dogmática Italiana, indicaban la existencia en algunos delitos, de un doble dolo, llamado uno genérico y otro específico, este último identificado por los autores alemanes como elemento subjetivo del injusto, lo cierto es que en el delito de "Homicidio por relación o parentesco" así como en el antiguo delito de parricidio, no es verdad que existan dos momentos subjetivos del tipo. Por que lo que señalan como dolo genérico, refieren que es "querer matar", y como dolo específico "querer matar al ascendiente, al descendiente, al hermano, etc., " no es

⁵⁸ Idem, p. 274.

⁵⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", Novena edición, ed. Porrúa S:A., México 1990, p. 446.

otra cosa que una interpretación errada si partimos del hecho, de que el dolo se conforma con el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo los elementos objetivos de un tipo penal, lo cual se traduce en que al ser la "relación" o el "parentesco" calidades que debe tener el sujeto pasivo, que a demás se traducen en elementos normativos, es claro que en esta clase de delitos el dolo debe abarcar el conocimiento de esa relación o parentesco. En otros términos para que actúe dolosamente el sujeto activo en el delito de "Homicidio por relación o parentesco" debe saber que esta privando de la vida a su ascendiente, descendiente, hermano, concubina o concubinario, etc., y a demás debe querer realizar eso que conoce.

Problemática del delito por relación o parentesco por relación al dolo:

a) ¿Puede existir un homicidio en razón del parentesco o relación con dolo eventual?

b) ¿Puede realizarse este delito de manera culposa?

Respecto al primer cuestionamiento, existen algunos problemas para resolverlo, toda vez que hay reconocidos autores que al hablar del delito de parricidio son partidarios de la idea de que si puede darse con dolo eventual, es decir, no querer privar de la vida al ascendiente, sino aceptar su muerte en caso de que se produzca, tal es el caso de *Cuello Calón*, quien señala que "no es menester la concurrencia del dolo directo, bastando el dolo eventual, sosteniendo que él que golpea a su padre previendo la posibilidad de que la muerte se produzca, es culpable."⁶⁰

Cuestión con la que estamos evidentemente de acuerdo.

⁶⁰ Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal", Tomo II, Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Decimotercera edición, Ed. Bosch, Casa Editorial, España, 1980, p. 481.

Nosotros creemos que para resolver el segundo de los problemas, debemos atender al elemento básico del dolo, el cual se traduce en el delito a estudio, en el saber del sujeto activo de que está privando de la vida a alguna persona con la cual tiene un parentesco o relación, por lo que de manera definitiva afirmamos que no es posible la existencia del delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" en forma culposa.

Consideramos que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" existirá dolo, cuando el sujeto activo (requerido por el tipo), conociendo y queriendo realizar los elementos objetivos del tipo penal, quiere privar de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación."

2.2.5. Atipicidad

No hay delito sin tipicidad y el aspecto negativo de esta se entiende como "la no adecuación al tipo, es decir, cuando no se integre el elemento o los elementos del tipo descritos por la norma".⁶¹

En el delito estudiado, podemos señalar las siguientes posibles causas de atipicidad:

A) Ausencia de conducta

Cuando se estudia la ausencia de conducta, estamos hablando específicamente de la inexistencia del verbo típico, como antecedente podemos definir este aspecto negativo del delito tal y como lo hace el maestro emérito de nuestra facultad de Derecho

⁶¹ Porte Petit, op. Cit. P.279.

Celestino Porte Petit Candaudap al señalar que *“Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquella, abarcara la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad o no hacer voluntarios”*.⁶²

Estamos en posibilidad de afirmar, que en el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación” es posible la ausencia de conducta, es decir, que se prive de la vida al ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, por una actividad o inactividad no voluntarias.

Para efectos de nuestro trabajo consideramos como hipótesis de ausencia de conducta a la vis absoluta, vis maior y movimientos reflejos:

1.- Vis absoluta (fuerza física irresistible).- Aún y cuando no entremos al estudio de las diversas hipótesis sustentadas por un número indefinido de autores respecto si esta es una causa de imputabilidad o de ausencia de conducta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, que la fuerza física constituye una causa de imputabilidad, sin embargo, podemos sustentar que estamos en este caso, ante el aspecto negativo de la conducta. Con el objeto simplemente de información, señalamos los elementos constitutivos de la vis absoluta:

- a) Una fuerza,
- b) Física,
- c) Humana, e
- d) Irresistible.

⁶² Porte Petit, op.cit. p.322.

Esta fuerza física contempla la situación de que un ser humano haga un hacer o un no hacer, que no quiera ejecutar; es decir, privar de la vida al pariente o relacionado sin querer el hecho antijurídico.

El Código Penal vigente, contempla esta causa de ausencia de conducta en el Capítulo IV, "Causas de Exclusión del Delito", a señalar:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

Fracción I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Podemos entonces afirmar, que la fracción referida es aplicable al delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación".

Edmund Mezger, citado ya varias veces en nuestro trabajo, al tratar la "vis absoluta", manifiesta que ésta consiste en movimientos corporales en los que una persona actúa como instrumento, sin voluntad de la persona, como consecuencia de la fuerza exterior ejercitada sobre ella. Tal es el caso, por ejemplo, de quien cuya mano es llevada con violencia sobre el fusil para que dispare, o sobre un documento para que lo firme. En estos casos puede ser penalmente responsable el forzador, no el forzado".⁶³

2.-Vis compulsiva.- (fuerza moral resistible).- Es importante hacer referencia a la fuerza moral que se puede ejercer sobre una persona con la finalidad de que ésta haga o deje de hacer algo que no quiere ejecutar.

⁶³ Mezger, op. Cit. P.107.

La diferencia entre la vis absoluta y las vis compulsiva, es que en aquélla nos encontramos ante la existencia de una fuerza física y en ésta ante una fuerza moral, por lo que en la primera, la fuerza es irresistible y en la segunda es resistible, toda vez que el sujeto puede exigir entre la realización o no de la conducta, sin embargo, es oportuno aclarar que en este segundo caso de fuerza aplicada a un sujeto, no nos encontramos ante un aspecto negativo de la conducta, si no ante una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad.

3.- Vis maior.- Estamos ahora ante la segunda hipótesis de ausencia de conducta en nuestro delito, se da ésta, cuando el sujeto activo realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana, en caso de privar de la vida al pariente o relacionado y de la cual desprendemos los siguientes elementos:

- a) Una fuerza,
- b) Sub-humana,
- c) Física, e
- d) Irresistible.

Se advierte claramente que la única diferencia entre la vis maior y la vis absoluta, es que en la primera, la fuerza proviene de un hombre y en la segunda proviene de la naturaleza.

Debemos entonces concluir que la vis maior es aplicable como causa de ausencia de conducta al delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación."

4.- Movimientos reflejos.- Debido a la dificultad que presenta el análisis de este tema, diversos autores se han

preocupado por intentar definirlo y comprender sus elementos, nosotros haremos referencia en primer lugar al reconocido tratadista Antón Oneca, quien señala que son movimientos reflejos: "aquellos movimientos musculares que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia".⁶⁴

Aún y cuando se advierte la circunstancia de que diversos autores difieren de que esta sea una causa de ausencia de conducta, argumentando que en un movimiento reflejo puede existir responsabilidad por haber previsto el resultado, con la esperanza de que este no se realizara, podemos concluir que es ésta la tercera hipótesis posible de ausencia de conducta en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", sin desaprobar claro ésta a los autores que opinan lo contrario.

Sobre el particular, Mezger refiere que estos son movimientos en los que los nervios motores no están excitados por influjo psíquicos, sino por un estímulo fisiológico-corporal que se convierte directamente en un movimiento, o sea, sin intervención de la conciencia. En este caso, falta la "acción" (concebida finalísticamente) y por consiguiente, un hecho jurídico penal relevante por ejemplo si una persona encargada de hacer determinadas señales se desmaya en el momento en el que debe actuar, su inactividad no es punible.

Es interesante advertir, que en los casos de ausencia de conducta, si bien se daría en el caso el estudio de la lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado por el artículo 323, tanto del Código Penal Federal como del Distrito Federal, lo cierto es que dada la prelación lógica en el análisis de los elementos del tipo, estaríamos mas bien ante la ausencia de conducta de un

⁶⁴ Antón Oneca, Jose. "Derecho Penal", Parte General, segunda edición, revisada y aumentada Ed. Ediciones Akal S.A., Madrid, 1986, p.161.

delito de homicidio, pues en este estadio para nada se toma en cuenta la calidad del sujeto pasivo.

B) Otros casos de atipicidad se presentan por:

1.- Falta del bien jurídico tutelado.

2.- Falta del objeto material.

3.- Falta del presupuesto del delito, que se traduce en la inexistencia de los elementos normativos del tipo.

4.- Falta de la calidad en el sujeto activo exigida por el tipo.

5.- Falta de la calidad en el sujeto pasivo exigida por el tipo.

6.- Ausencia de relación causal.

7.- Falta de imputación objetiva del resultado.

8.- Al existir error de tipo.

1.- Falta del bien jurídico tutelado (vida).- En este caso nos encontraríamos ante un delito de "Homicidio en razón de parentesco o relación" en grado de tentativa imposible, toda vez que siendo la vida es el bien jurídico protegido y ésta no existe, luego entonces la conducta no sería típica y el delito específicamente sería imposible de cometerse. La tentativa imposible no es contemplada en nuestro ordenamiento penal.

2.- Falta de objeto material (persona).- En esta hipótesis nos encontramos igualmente ante una tentativa imposible.

3.- Falta del presupuesto del delito (parentesco o relación) que se traduce en la inexistencia de los elementos normativos del tipo.- En este caso existe una traslación del delito especial cualificado al fundamental ó básico.

4.- Falta de la calidad en el sujeto activo.- (situación del parentesco o relación).- Entonces existiría otro delito, en el caso, Homicidio.

5.- Falta de calidad en el sujeto pasivo.- (situación del parentesco o relación) Exactamente la hipótesis anterior.

6.- Ausencia de relación causal.- En este caso se dará la no integración del tipo.

7.- Falta de la imputación objetiva del resultado. Puede presentarse la ausencia de la imputación objetiva del resultado, no obstante existir la relación de causalidad, cuando falte algún criterio de imputación valorativa del resultado. Esto es la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido; la realización del riesgo imputable en el resultado; y el fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo.

8.- Al existir error de tipo.- El error de tipo constituye el aspecto negativo del dolo y de culpa, cuando aquel es invencible o insuperable pero a pesar de que sea vencible o superable también anulará al dolo.

Al igual que en el tipo fundamental o básico de homicidio, en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", puede presentarse el aspecto negativo del dolo. El error de tipo.

Al analizar este tema, el ya referido maestro Porte Petit".⁶⁵

⁶⁵ Porte Petit, op. Cit. P.151.

Señala que puede darse el caso de error esencial e invencible sobre uno de los elementos del tipo: por ejemplo, que el sujeto activo desconozca el vínculo de parentesco o la relación que lo liga con el sujeto pasivo, originándose en este caso el tipo fundamental básico de homicidio y no el especial de parricidio, (cuestión aplicable de igual forma al "Homicidio en razón del parentesco o relación") atendiendo ello, a la necesidad expresa formulada por el tipo al señalar: "al que prive de la vida" "con conocimiento de esa relación".

Al respecto nos señala el multicitado autor alemán "Hans-Jecheck", *que la teoría del error de tipo conecta directamente con la teoría del dolo, porque el error del tipo no es otra cosa que la negación del cuadro de representación requerido para el dolo: el autor desconoce los elementos a los que ha de extenderse el dolo según el correspondiente tipo*".⁶⁶

Es este tipo de error al que se refiere el artículo 15 de la fracción VIII del Código Penal en su primer inciso:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

Fracción.- Se realice la acción o omisión bajo un error invencible;

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran al tipo penal.

En cuanto a su contenido, *el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como en la falta de representación, pues error es, en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad*".⁶⁷

⁶⁶ Jescheck, op. Cit. P. 275.

⁶⁷ Jescheck, op.cit. p. 276.

Por su parte el artículo 66 de los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, indican que “en caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización”.

El Código Penal Alemán contempla el error de tipo de la siguiente manera:

Artículo 16.- No obra con dolo el que cometiere el hecho ignorando una circunstancia que pertenezca al tipo legal. Subsistirá en el caso, la punibilidad a título de acción culposa.

El que cometiere el hecho admitiendo por error la existencia de circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a lo preceptuado en la ley más benigna.

Nosotros consideramos que es visible la concurrencia del error de tipo en el delito de “Homicidio en razón del parentesco o relación”, toda vez que es posible el hecho de que un sujeto prive de la vida a un ascendiente o descendiente consanguíneo, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, desconociendo que priva de la vida a uno de los sujetos cualificados aún que objetivamente concurra ésta en el pasivo, o bien, cuando la privación de la vida se realice sin conocimiento de la relación que le une con su víctima.

CAPITULO III

ANTI JURIDICIDAD

3.1. Algunas Reflexiones sobre la Antijuridicidad.

*El primer termino debe existir el tipo descrito por la ley; después la conformidad o adecuación al tipo posteriormente, que la conducta o hecho sean antijurídicos”.*⁶⁸

Antijuridicidad significa “contradicción a derecho”.⁶⁹

Sin embargo, es solo una de las diversas definiciones que al respecto se sostienen, más aún si consideramos la existencia de tendencias diferentes en el Derecho Penal, las cuales sin la finalidad de ser analizadas en el presente trabajo, no pueden pasar desapercibidas; así, el autor alemán Edmund Mezger”.⁷⁰

Al referirse a este tema, señala que en la actualidad los conceptos vagos son preferentes en el mundo jurídico penal, de tal manera que puede utilizar la palabra “Unrecht”, (injusto), literalmente; no derecho, utilizando antijuridicidad e injusto como sinónimos. Esta antijuridicidad o injusto-dice el autor- significa el juicio impersonal –objetivo sobre la contradicción existen entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal del hecho al autor.”

Hans-Henrich Jescheck, en su tratado de derecho penal justifica la existencia de la antijuridicidad señalando que las normas jurídicas no son puros mandatos coactivos, si no

⁶⁸ Porte Petit, op. Cit. 373.

⁶⁹ Jescheck, op. Cit. P.210.

⁷⁰ Mezger, op. Cit. P. 131.

exigencias ajustadas a la exigencia de la comunidad, que por su sentido racional apela a la comprensión de los sujetos de derecho y reclaman consecuentemente obediencia cívica. Continúa el tratadista señalando que hay que ver la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica. Posteriormente clasifica a la antijuridicidad de la siguiente forma:

a) Antijuridicidad formal.- Es aquella en la que existe un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica, y en esta fase, existe solamente una oposición de la acción (finalista) al la orden normativa.

b) Antijuridicidad material.- La antijuridicidad no se agota en la relación entre la acción y la norma, si no que posee también importancia por su contenido, de tal manera que en sentido material, una acción es antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma. Es la antijuridicidad material, la guía del legislador para establecer los tipos penales y es con fundamento en ésta según señala el autor, la que permite escalar el injusto según su gravedad y expresar las diferencias graduales en la medición de la pena.

“La tarea principal del derecho es dirigir al hombre hacia un querer correcto en su contenido”.⁷¹

Ello incluso antes de que haya realizado una acción que pueda ser valorada como antijurídica, dado que el derecho debe actuar en la comunidad y su función como norma de determinación es la preferente y tiene el ordenamiento jurídico de forma simultanea, la misión de juzgar como objetivamente desacertado el comportamiento del autor, siendo por ello norma de valoración de este modo las proporciones jurídicas ofrecen un doble carácter: como imperativos son normas de determinación, y como medida

⁷¹ Idem, p. 265.

de la desaprobación jurídica del comportamiento son normas de valoración".⁷²

Al tratar el concepto y esencia de la antijuridicidad nos enseña el reconocido maestro que un querer incorrecto es toda actuación de voluntad a través de la cual se ponen de manera consciente los valores de la comunidad protegidos jurídico penalmente. El dolo, como voluntad de acción dirigida contra la orden de la norma, es el núcleo del injusto.

Nuestro maestro Celestino Porte Petit, en sus Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal hacer referencia a "L'antigiuridiciá" y nos dice que "La antijuridicidad expresa simplemente una relación entre la contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad".⁷³

Para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos fundamentales de los cuales facultando solo uno de ellos, esta acreditaría en forma alguna: adecuación o conformidad a un tipo penal y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud (actualmente denominadas por los artículos 15 del Código Penal "causas de exclusión del delito").

Por otro lado nos dice Ranieri, "que el homicidio, como delito, no es la simple muerte de un hombre por obra de otro hombre, sino solamente la muerte ilegítima o injusta, no tolerada por la ley, ni legalmente ni casualmente cometida".⁷⁴

Antijurídica- dice Basigalupo".⁷⁵

⁷² Jescheck, op. Cit. 212.

⁷³ Porte Petit, op. Cit. P.372.

⁷⁴ Renieri, Silvo. "Manual de derecho penal", Tomo III, Traducción de Jorge Guillermo, Ed. Temis, Colombia, 1975, p. 188.

⁷⁵ Basigalupo, op. Cit. P.96.

Es la acción típica no justificada. Culpable es el injusto realizado por quien era capaz de actuar conforme a las exigencias de la norma.

Lo injusto señala el tratadista español, queda constituido por dos elementos:

- a) Realización del tipo.
- b) Ausencia de causas de justificación. (antijuridicidad).

3.2. La Antijuridicidad en el Delito de "Homicidio en Razón del Parentesco o Relación".

Podemos concluir que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" existirá antijuridicidad cuando el hecho "muerte", realizado por el sujeto activo exigido por el tipo, siendo típico, no esta protegido por una causa de justificación.

3.3. Exclusión de la Antijuridicidad o Causas de Licitud

La conducta típica fundamental, por lo general, la antijuridicidad del hecho".⁷⁶

Pero una acción típica no es siempre antijurídica. No lo es si existe una causa de exclusión del injusto.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Son la manifestación negativa de la antijuridicidad".⁷⁷

⁷⁶ Mezger, op. Cit. P. 159.

⁷⁷ Antón Oneca, Op. Cit. 1, p.186.

Es decir, el hecho realizado no es contra el derecho sino conforme al derecho.

3.4. Fundamento de las Causas de Licitud

Hans-Heinrichh, en su tratado de derecho penal, explica que la razón para la exclusión de la antijuridicidad de acciones típicas viene dada por cuando al ordenamiento jurídico no solo consta de prohibiciones, sino que contiene también autorizaciones que bajo determinadas condiciones marginan la prohibición”.⁷⁸

Las autorizaciones aparecen en forma de prohibiciones permisivas que, como tipos de justificación, se contraponen al injusto”.⁷⁹

Cuando existe una causa de justificación, la acción típica y en especial, sus resultados no desaparecen, sino que únicamente son aprobados por el derecho lo que no anula la idea de que la tipicidad de la acción se contempla también como indicio de la antijuridicidad”.⁸⁰

Es decir que la realización del injusto determinada la antijuridicidad del hecho concreto en tanto no intervenga excepcionalmente una causa de justificación.

Solamente con la finalidad de informar y no de analizar hemos de referirnos a lo que algunos autores señalan como **“Elementos subjetivos de la justificación”**, según esta opinión, no basta la justificación del actuar típico con que concurren los supuestos objetivos de la correspondiente causa de la justificación. Antes, al contrario, el autor debe haber conocido la presencia de la

⁷⁸ Jescheck, op.cit. p. 290, en referencia Graf Zu dohna.

⁷⁹ Jescheck, op.cit. p.290, en referencia a Noll.

⁸⁰ Idem, p. 191.

de la acción justificadora del hecho, y haber actuado en el ejercicio de la autorización que ello le concede, o para el cumplimiento del deber que ello le impone”.⁸¹

3.5. Problemática de los Elementos Subjetivos de la Justificación

Señala el multicitado tratadista alemán que la diferencia entre las posiciones doctrinales, es decir, entre quienes aceptan la existencia o no de los elementos subjetivos de lo injusto es en realidad mínima, toda vez que los adversarios de los elementos subjetivos de la justificación castigan al autor por tentativa cuando a actuado ignorado de la concurrencia objetiva de la causa de la justificación”.⁸²

3.6. Aplicación de Sanciones en este Caso

La discrepancia entre las concepciones se reúne así a la cuestión de que, faltando la voluntad dirigida al ejercicio de la facultad, ha de castigarse o no y en caso afirmativo, en que grado de comisión del delito ya sea de tentativa o delito consumado, situación que es por demás interesante y trascendente para el probable culpable, dada la punibilidad fragmentaria de la tentativa y la atenuación facultativa de la pena. Algunos autores se han decidido por la pena por justificativos sólo aceptan la tentativa. Lo correcto es según el tratadista alemán, aplicar las reglas de la tentativa.

Nuestro maestro Celestino Porte Petit, respecto a las causas de licitud señala: *“Pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos,*

⁸¹ Idem, p. 295 en referencia a Karlsruhe y Bockelmann.

⁸² Idem, p. 296. en referencia a Buumann.

autorizados o facultados por la ley, en virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante".⁸³

Efectivamente, pensamos que el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" sea posible, en algún momento, la concurrencia de alguna de las siguientes causas del delito:

a) Legítima defensa.

El artículo 15 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, establece: El delito se excluye cuando: IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

b) Cumplimiento legítimo de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.

⁸³ Porte Petit, op. Cit. P. 386.

El artículo 15 determina que: El delito se excluye cuando VI: la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

CAPITULO IV

“CULPABILIDAD”

4.1. Algunas Reflexiones sobre la Culpabilidad.

*“La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido”.*⁸⁴

Culpabilidad significa entonces, que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formulación de la voluntad y que cabe por ello, reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente: *Culpabilidad reprochabilidad de la formación de la voluntad*.⁸⁵

Reconocidos autores como Luis Jiménez de Asúa”.⁸⁶

Se han referido a la culpabilidad estimándola como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”, esto, en sentido amplio y comprendiendo por ello la imputabilidad, que como analizaremos en el presente capítulo, es considerada actualmente como una de las características del elemento de culpabilidad.

En México, autores como Francisco Pavón Vasconcelos, advierten al tratar este tema, que “*el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, por lo que sin duda la*

⁸⁴ Mezger, op.cit. p.189.

⁸⁵ Jescheck, op.cit. p. 364.

⁸⁶ Jiménez de Asúa, Luis. “La Ley del Delito”, principios del derecho penal; tercera edición, Ed. Editorial sudamericana. Argentina, 1958. p. 356.

culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, y sin él, no es posible concebir su existencia".⁸⁷

El principio de culpabilidad sostiene que la pena criminal sólo puede basarse en que quepa reprochar al autor su hecho, que asimismo la pena únicamente es administrable dentro de los límites de la culpabilidad".⁸⁸

El llamado "principio de culpabilidad", consiste en su formulación más simple, según Zaffaroni, en que "no hay delito sin culpabilidad".⁸⁹

4.2. Culpabilidad y Reproche

El principio de culpabilidad tiene en Alemania la consideración de pensamiento rector de la Justicia Penal. *La pena criminal sólo puede basarse en la constatación de que cabe reprochar al autor la formación de la voluntad conducente a la decisión del hecho, y tampoco puede superar nunca a la que el autor merezca según su culpabilidad".⁹⁰*

El principio de la culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues solo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede el autor ser hecho responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales.

Derivado del principio de culpabilidad, se sostienen que la reprochabilidad requiere que el tiempo del hecho, el autor fuera

⁸⁷ Pavón Vasconcelos, Franciso. "Manual de Derecho Penal Mexicano", parte general; decimaprimera edición, debidamente corregida y actualizada. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994, p. 391.

⁸⁸ Jescheck, op.cit. p. 364. "En los fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad".

⁸⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio. "Manual del Derecho Penal", parte general; segunda edición, primera reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 469.

⁹⁰ Jescheck, op.cit. p. 367. En referencia a Roxin, "El principio de culpabilidad no tiene sólo alcance en su función limitadora de la pena, sino también en su fundación como fundamento de aquella".

capaz de impedir la concreta formación de voluntad para la realización del hecho.

La posibilidad de determinación de la actuación de una persona, descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas.

El reproche de culpabilidad como la persona individual únicamente puede formularse (según Hans-Heinrich Jescheck) de la siguiente manera: *El autor, en la situación en la que se encontraba, hubiera podido actuar de otro modo, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia con cosas semejantes, otro en su lugar hubiera podido proceder de otro modo, en esas circunstancias concretas, ejecutando la fuerza de voluntad que quizá le faltase al autor*⁹¹.

La autonomía del Derecho Penal respecto a la Psicología y la utilización de aquél sobre ésta para efectos extraordinarios, queda de manifiesto cuando el autor antes referido señala que el pensamiento de la reprochabilidad del autor adulto y mental y normalmente sano constituye una realidad indudable de nuestra conciencia social y moral⁹².

*El principio de culpabilidad no presupone sólo que el hombre pueda decir libremente, sino también correctamente. Junto a la libertad de querer ha de situarse la capacidad para valorar, por que de otro modo las decisiones humanas no podrían determinarse conforme a las normas de deber*⁹³.

Abundando al respecto y siendo siempre útil la opinión de tratadistas tan prestigiados el mismo autor refiere que la

⁹¹ Jescheck. Op.cit. p. 371.

⁹² Idem, p. 371.

⁹³ Idem, p. cit. p.372.

conciencia constituye el medio a través del cual se perciben lo conceptos valorativos y se enjuician por adelantado las valoraciones propias; esta idea, dice el autor, resulta racionalmente tan poco explicable como la libertad, pero al igual que ésta se acepta como evidente por todo el mundo.

En el ámbito del ordenamiento jurídico es la conciencia del derecho la que capacita al hombre para distinguir entre derecho e injusto, aún considerando como cierto que la vigilancia de la norma jurídica no depende de su reconocimiento por la conciencia del ciudadano".⁹⁴

Es con base en estos razonamientos, que el Derecho Penal exige a todos el esfuerzo de la conciencia para solventar las dudas sobre el derecho y el injusto y para prever posibles decisiones erróneas (*conciencia errónea*), para ello. El derecho a creado la figura del "error".

Al estudiar la culpabilidad y el reproche, el maestro Ignacio Villalobos afirma que, *"se reprocha el acto culpable por que al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y por que teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños se desconoce o se posterga este deber, queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer".⁹⁵*

⁹⁴ Idem, p. 372.

⁹⁵ Villalobos, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", parte general; quinta edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p. 282.

El reproche jurídico-penal de culpabilidad se funda así, esencialmente, en que el autor no se dejó llevar por su conciencia del derecho en formación de la voluntad, o en que no corrigió su conciencia errónea.

4.3. Culpabilidad Jurídica y Culpabilidad Moral

Dice Binding en su "Normen".⁹⁶

Que la culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, culpabilidad en derecho y no culpabilidad en ética. La culpabilidad se refiere a las normas jurídicas y el objeto del reproche está constituido por una diferencia en la actitud interna frente a derecho. Ciertamente es que los mandatos y prohibiciones cubiertos por el derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la moral, pero no obstante, se trata de dos órdenes independientes entre sí.

La culpabilidad jurídico-penal es de más, culpabilidad en el derecho, porque se mide según ciertos criterios jurídicos, finalmente, la culpabilidad penal es culpabilidad jurídica, puesto que tiene que constatarse públicamente ante el foro de los Tribunales del Estado en un procedimiento jurídicamente regulado, mientras que la culpabilidad moral sólo conoce el foro de la propia conciencia.

4.4. La Separación entre Antijuridicidad y Culpabilidad

Importante y trascendental resulta señalar, aún someramente, el fundamento dogmático de la separación entre ambos elementos del delito, sin querer profundizar en el análisis y la correspondencia crítica, recordemos el pensamiento del Hans-Heinrich Jescheck quién en su tratado de Derecho Penal hace

⁹⁶ Idem. Op.cit. p. 365. En referencia a Binding.

referencia al tema cuando menciona que la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* constituyen los dos criterios a cuyo tenor se determina la punibilidad de una acción (finalista)".⁹⁷

El examen de la antijuridicidad –dice el tratadista-, significa que el hecho es estudiado en cuanto a su corrección objetiva desde el ángulo de la cualidad de la acción y del resultado (coincidencia con las normas del deber del ordenamiento jurídico). Así, el injusto (ya definido en esta tesis) consiste en que el hecho contradice al derecho.

El examen de la culpabilidad significa, el cuestionamiento de sí un hecho puede serle reprochado personalmente al autor".⁹⁸

(Coincidencia con las exigencias que el ordenamiento jurídico establece en cuanto a la realización de la actitud jurídica interna del individuo). La culpabilidad consiste entonces en que el autor se le achaca el hecho antijurídico porque la formación de la voluntad descansó en una defectuosa actividad interna frente al derecho".⁹⁹

Consecuencia de ello, es que el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico atendiendo a la actitud interna y jurídicamente desaprobada que él se actualiza.

La culpabilidad es una deficiencia en la actitud interna respecto del derecho, que ha encontrado expresión es una acción, típica, antijurídica. Esta falta puede darse en mayor o en menor medida, sirviendo de base el mayor o menor valor de los motivos de la formación de la voluntad. Por eso, la culpabilidad es un concepto graduable.

⁹⁷ Jescheck, p.244.

⁹⁸ Welzel, op.cit. p. 120. Al injusto se le añade el "poder evitarlo" ("Dafür-Können") del autor'.

⁹⁹ Jescheck, op.cit. p.383 "En referencia a la antijuridicidad y culpabilidad".

4.5. El Criterio del Juicio de Culpabilidad

Debe existir algún criterio o medida en la cual el juez pueda basarse para declarar culpable en determinado grado a una persona, por ello, distinguidos autores como Maurach y Jescheck han determinado una base para ello, al señalar que respecto del reproche de culpabilidad, se estima frecuentemente, debe fundamentarse en el “poder individual” (para evitar algo), lo que los alemanes denominan “Dafür Können” del autor. Se pregunta entonces si la persona individual que aparece ante el Tribunal como acusada, estuvo en condiciones para actuar de otro modo, o sea, de acuerdo con la existencia del ordenamiento jurídico. Derivado de esta premisa es que el Juez tenga que preguntarse si en las circunstancias dadas “se” hubiera podido actuar de otra manera. Para ello no cabe atender al hombre sin más (al género humano con la sola excepción del autor), sino aún **hombre a medida (Massgerechten), vinculado a los valores jurídicamente protegidos**, que debe ser imaginado como igual que el autor en edad, sexo, profesión, características corporales, facultades psíquicas y experiencia vital”.¹⁰⁰

En Derecho Penal encontramos, siempre, diversas teorías que explican los elementos del delito y las características de cada uno de ellos, por esta razón, es necesario y en ocasiones, indispensable, hacer referencia a algunos conceptos fundamentales, los cuales en su ausencia, es prácticamente inútil en un ensayo dogmático.

El término “reprochabilidad”, empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que “reproche”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Jescheck, op.cit. p. 386.

¹⁰¹ Mezger, op. Cit. P. 189.

La imputación considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad “formal”, y el reproche determinado en cuanto al contenido con la culpabilidad “material”.¹⁰²

Mediante el conjunto de culpabilidad, dirigimos un reproche personal al autor con motivo de su conducta antijurídica, por tanto, es culpable en el sentido del derecho penal, el que no cumple las exigencias a él dirigidas:

“La culpabilidad en sentido jurídico-penal existe, y existe tanto, con arreglo a totales circunstancias externas e internas de cada caso se pueda concertar al juicio acerca del hecho antijurídico, el reproche que “se” hubiera podido actuar de otra manera en tales circunstancias”.¹⁰³

La culpabilidad de una persona según –Mezger-”.¹⁰⁴

No está situada en su propia cabeza, sino en la de otros, o sea en las cabezas de aquellos que juzgan al autor, de aquí que el Derecho Penal a pasado desde el criterio de la responsabilidad por el resultado, al de la responsabilidad por la culpabilidad.

4.6. Las Características de la Culpabilidad

I.- Imputabilidad.- El autor debe poseer una constitución mental “normal”.¹⁰⁵

Esta imputabilidad del autor es una característica auténtica de la culpabilidad (elemento de la culpabilidad) y no un simple presupuesto de esta.

¹⁰² Idem, p. 190.

¹⁰³ Idem, p. 190.

¹⁰⁴ Mezger, op. Cit. P. 191.

¹⁰⁵ Idem, p. 199.

*Imputabilidad significa; la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”.*¹⁰⁶

.En este sentido, imputabilidad no significa “capacidad de acción”, pues aún los inimputables pueden actuar, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable. “Imputabilidad” tampoco significa “capacidad jurídica del deber”, pues aún el imputable puede estar obligado jurídicamente. “Imputabilidad” tampoco significa, “capacidad de pena”; en todo caso “Imputabilidad” significa capacidad de culpabilidad.

Son culpables, según Miguel Angel Cortés Ibarra, “*aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal*”.¹⁰⁷

El Código Penal Mexicano contempla la Imputabilidad cuando en la fracción VII del artículo 15 señala:

Artículo 15.- El delito se excluye:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo hubiera previsto o le fuera previsible.

¹⁰⁶ Idem, p. 201.

¹⁰⁷ Cortés Ibarra, Miguel Ángel. “Derecho Penal”, parte general; cuarta edición, Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1992. p. 252.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

Es prudente referir al distinguido maestro Hans-Heinrich Jescheck quien trata el tema al hablar del *"El concepto de la capacidad de culpabilidad."*¹⁰⁸

Afirmando que la capacidad de culpabilidad es el primero de los elementos sobre el que descansa el elemento de culpabilidad. Esta capacidad de culpabilidad debe concurrir para que la deferencia en la actitud interna frente al derecho, de la que ha nacido la decisión de cometer el hecho, pueda resultar, en definitiva, censurable. "Sólo quién ha llegado a una determinada edad y no padece graves perturbaciones psíquicas, posee aquél mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico penal".

*"Cuando falta la capacidad de culpabilidad, el autor puede, ciertamente, actuar, a diferencia de lo que ocurre con la incapacidad de acción en los actos reflejos o en la inconciencia pero no llegar a ser culpable, ya que el hecho no responde a una actitud jurídica merecedora de desaprobación".*¹⁰⁹

El Código Penal Alemán contempla esta característica la inculpabilidad en razón de trastornos mentales:

Artículo 20.- Obra sin culpa el que, al tiempo de la comisión del hecho y a causa de perturbación patológica de la actividad psíquica, o de trastorno intenso o debilidad mental o otros graves defectos de constitución psíquica, fuere incapaz de apreciar y

¹⁰⁸ Jescheck, op. Cit. P. 391.

¹⁰⁹ Jescheck, op. Cit. P. 391.

comprender la ilicitud del hecho o del obrar conforme a esa apreciación.

Debe tenerse presente que el Código Penal Alemán deliberadamente sustituye la expresión “**Unzurechnungsfähigkeit**” (imputabilidad) por la “**Schuldunfähigkeit**”(inculpabilidad), ajustándose de este modo a la doctrina dominante sobre la materia.

El imputable es entonces, incapaz de comprender la licitud del hecho o de obrar según esa comprensión”.¹¹⁰

II.- Conciencia de la antijuridicidad del hecho, de carácter potencial.

El delito por el “Homicidio por relación o parentesco”, es de carácter eminentemente doloso, por lo que esta estructura de la culpabilidad encuadra perfectamente en él, pero no explica el delito culposo. A partir de aquí Welzel, afirma que la diferencia entre delitos dolosos y culposos no se encuentra en la culpabilidad, sino en la propia tipicidad.

III.- No exigibilidad de otra conducta conforme a derecho (causas de exculpación). Se considera que existen situaciones extraordinarias en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y, con ello, la culpabilidad. Son causas fácticas de exculpación en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor.

Es evidente que para que pueda formularse el juicio de reproche de culpabilidad al autor del injusto de “Homicidio por relación o parentesco”, este necesariamente deberá ser imputable, tener imputabilidad disminuida o haberse colocado en una acción libre en su causa, así mismo se requiera tenga conciencia de la

¹¹⁰ Mezger, op.cit. p.207.

antijuridicidad de su hecho, lo cual se hace evidente en la clase de delitos como el que comentamos, señalados por la doctrina de índole natural; finalmente, las circunstancias en las que se desarrolla el evento antijurídico, tienen que ser normales, lo cual significa que sin ningún tipo de presión o violencia el autor se incline libremente a la realización del injusto. Dando lugar todo ello a que se le pueda formular el juicio de reproche personal en razón de no haberse motivado en las normas debiendo y pudiendo hacerlo.

4.7. Inculpabilidad

Si hemos indicado que constituye un requisito indispensable que el sujeto activo sea imputable, es claro que al existir un trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado no tendrá la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho realizado o de conducirse conforme con esa comprensión.

Ahora bien, sistemáticamente si bien la imputabilidad del sujeto activo se analiza después de la acreditación del injusto, lo cierto es que atendiendo a la naturaleza jurídica del delito de "Homicidio por relación o parentesco", un sujeto inimputable no es una persona idónea para colmar los elementos del tipo en estudio, ya que desde nuestro punto de vista si bien fácticamente puede existir relación o parentesco con el sujeto pasivo, la verdad es que muy difícilmente sería afirmar un conocimiento cabal por parte del activo de dicha calidad, en otros términos nos encontraríamos en todo caso ante un delito de homicidio del artículo 302, del Código Penal.

4.8.- Error de Prohibición Directo e Indirecto.

De igual manera, es posible que en nuestro delito se presente el aspecto negativo de la culpabilidad por error de prohibición indirecto, cuando el descendiente se encuentre ante un error invencible que lo haga creer que está ante una circunstancia que fundamente una causa de licitud.

Sobre el particular el citado Maestro de la Universidad Nacional de Freiburg señala que el *error acerca de un determinado comportamiento, advertido correctamente por el autor en su estructura objetiva, se halle jurídicamente prohibido*".¹¹¹

El Código Penal vigente lo contempla:

Artículo 15.- *El delito se excluye cuando*

Fracción VIII.- *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

b) Respecto de la licitud de conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.

El distinguido tratadista alemán Hans Jescheck, sobre el particular señala, que el error de prohibición, el error sobre la antijuridicidad del hecho, de tal manera que el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que esta permitido".¹¹²

Para efectos de estudio de esta causa de inculpabilidad, procede distinguir dos supuestos básicos de error de prohibición.

a) Error Directo de Prohibición.- Puede ocurrir que el autor no contemple como tal la norma prohibitiva que

¹¹¹ Idem, p. 314.

¹¹² Idem, p. 316.

concierno directamente al hecho y, por eso, considere permitida la acción (error directo de prohibición). Este error puede obedecer a que el autor ignore la norma prohibitiva, o a que, aun conociéndola, la estime sin vigencia, o a que la haya interpretado equívocamente y por esta razón la considere inaplicable.

- b) Error indirecto de Prohibición.**-Existe la posibilidad de que el autor, con absoluto conocimiento de la prohibición misma, crea erróneamente que en caso correcto concurre una contra norma justificante, bien por que desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida, bien por que aprecia a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico.

Los Códigos Penales, Federal y del Distrito Federal, en el artículo 66, en lo conducente señalan que “si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate”.

El Código Penal Alemán contempla el error de prohibición de la siguiente manera:

Artículo 17.- Obrará sin culpa el que no tuviere conocimiento de la licitud del acto en el momento de su comisión, siempre que el error fuese visible. Si el agente pudo evitar el error podrá atenuarse la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 49, inc.1

- 1) No exigibilidad de otra conducta.**- No procede culpablemente el autor si se admitiere conforme a derecho, que en las circunstancias del caso en particular, no se le puede exigir otra forma de actuar”.¹¹³

¹¹³ Mezger, op. Cit. P. 272.

El Error de Hecho Accidental

Consideramos que aún y cuando en este tipo de error, no nos encontramos ante una excluyente de la culpabilidad, es importante referirlo para efectos de su conocimiento y análisis de las consecuencias jurídicas que este provoca.

El error de hecho, accidental no tiene relevancia, en cuanto no afecta la culpabilidad y consecuentemente el delito queda intacto, esto es, cualquiera que sea la hipótesis dentro de este tipo de error: *aberratio ictus*, *aberratio in personam* o *aberratio delicti*.

El error ha sido tratado por diversos autores, quienes en la mayoría coinciden en señalar su intrascendencia jurídica por lo que a la inculpabilidad se refiere, tal es el caso de Maggiore¹¹⁴.

Y Manzini¹¹⁵.

Al respecto la opinión de Hans-Heinrich Jescheck es importante, pues al tratar el tema respecto al error sobre el objeto de la acción (error in persona vel in objeto) dice que el autor yerra sobre las características y, en especial, sobre la identidad del objeto de la acción. Aquí lo importante es saber si la valoración jurídico-penal cambiaría en caso de ser acertada la representación del autor.

a) Aberratio ictus en este delito.- Este error consiste en que el acto dirigido contra un determinado objeto de causa, produce su eficacia no sobre él, sino sobre otro equivalente. Al respecto de este tipo de error, pueden presentarse en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", los siguientes supuestos.

¹¹⁴ Maggiore, op. Cit. P. 249.

¹¹⁵ Manzini, op. Cit. P. 30.

1.- Cuando el sujeto activo previsto por el tipo dirige su conducta hacia el pariente o relacionado y el hecho de muerte se consuma en un extraño.

2.- Cuando el sujeto activo previsto por el tipo dirige su conducta en contra de un extraño y se consuma la muerte de su pariente o relacionado sabiendo el lazo que lo liga con el sujeto pasivo.

3.- Cuando el sujeto activo previsto por el tipo dirige dolosamente su conducta en contra del pariente o relacionado y se consume la muerte en otro de sus parientes o relacionados.

Solución:

En el primer caso, no existe el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" por ausencia del presupuesto del delito (situación de parentesco o relación).

En el segundo caso, no existe el delito objeto de este trabajo por ausencia del elemento esencial psíquico, es decir, el dolo específico.

En el tercer caso se presenta una situación muy especial, pues existe el dolo genérico y el dolo específico, el error consiste en este caso, en privar de la vida a otro pariente o relacionado "diverso" a aquel a quien va dirigida la conducta desplegada por el agresor. El maestro Celestino Porte Petit, concluye al tratar este asunto que no se integra el delito (parricidio), pues aún y cuando la muerte se ha causado en un pariente, la conducta va dirigida a otro".¹¹⁶

Nosotros no compartimos otra opinión, pues consideramos que es el dolo en sus dos manifestaciones, la base fundamental

¹¹⁶ Porte Petit, op.cit. p.454.

para reprochar a un sujeto su conducta y en su caso la comisión del delito, y si analizamos el caso referido, advertimos claramente que existen las cualidades exigidas por el tipo respecto a los sujetos, existe también, el presupuesto del delito exigido por el tipo, existen de igual forma el elemento normativo con valoración jurídica requerido por el tipo e igualmente el elemento subjetivo del injusto, así, el aberratio ictus en el que ha incurrido el agresor, no es suficiente para considerarlo como culpable por el delito de homicidio simple o en su caso calificado, pues la intención del acusado, fue siempre la de privar de la vida al pariente o relacionado, conociendo a aquél, el parentesco o relación que lo une con su víctima, y si por error priva de la vida a otro sujeto con las mismas características jurídicas exigidas por el tipo, debe entonces ser juzgado por el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación".

b) Aberratio in persona en este delito.- Respecto al error en la persona, se presentan las siguientes hipótesis en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación":

1.-El sujeto activo previsto por el tipo quiere privar de la vida a un pariente o relacionado y por confusión, priva de la vida a un extraño.

2.-El sujeto activo previsto por el tipo, quiere privar de la vida a un extraño y por confusión priva de la vida a un pariente o relacionado.

3.-El sujeto activo previsto por el tipo, quiere privar de la vida a un pariente o relacionado y por confusión, priva de la vida a otro pariente o relacionado.

Solución:

En la primera de las hipótesis no puede integrarse el tipo de "Homicidio en razón del parentesco o relación" por ausencia del parentesco o relación entre víctima y victimario.

En la segunda hipótesis no se integra el delito en estudio por la clara ausencia del elemento esencial especial psíquico o dolo específico, en el alma del agresor.

En la tercera hipótesis, nuevamente sostenemos que sí existe el "Homicidio en razón del parentesco o relación" argumentando el mismo razonamiento formulado cuando analizamos el *arberratio ictus*.

4.9. Problemática Relativa a la Ignorancia del Vínculo de Parentesco o Relación:

Puede suceder que el sujeto activo incurra fuera de las hipótesis de error ya analizadas, en los siguientes casos:

1.-Cuando el agresor dirige dolosamente su conducta sobre de un sujeto del cual ignora que es su pariente o relacionado.

2.-Cuando el agresor dirige su conducta sobre un individuo que considera ser su pariente o relacionado, por una creencia errónea.

En el primer caso no se integra el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" por ausencia del dolo específico.

En el segundo caso, tampoco se integra la figura delictiva estudiada por el parentesco o relación” por ausencia del dolo del dolo específico.

La diferencia que existe entre estos casos y los expuestos en la hipótesis de error en la persona es que en estos últimos no hay confusión, sino existe una creencia errónea de la víctima es un pariente o relacionado, sin serlo.

CAPITULO V

PUNIBILIDAD

5.1. Punibilidad en este Delito

“La gravedad de este delito es, finalmente, un concepto que se determina por la medida de la culpabilidad”.

Para efectos de analizar este capítulo, consideramos prudente transcribir íntegramente el texto del artículo 323 del Código Penal, toda vez que será necesario realizar diversos comentarios al respecto:

Artículo 323.- *Al que prive de la vida a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con consentimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si falta dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar la circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y II anteriores.*

5.2. Reflexiones y Respuestas

1.- La sanción por la comisión del delito, debe ser en razón del grado de la culpabilidad del agente, y si bien es cierto que en el delito en el análisis no son aplicables las calificativas previstas en el Código Penal para los delitos contra la vida y la integridad corporal, no encontramos razón alguna que haya provocado el legislador la decisión de contemplar una pena menor al “Homicidio en relación del parentesco o relación” (delito especial cualificado) respecto a un homicidio calificado, pues si bien es

cierto que este puede cometerse con alevosía, traición, premeditación o ventaja y que por estas circunstancias el tipo fundamental se vería agravado en cuanto la pena, no menos cierto es que aquél puede también cometerse con los elementos constitutivos de las calificativas referidas tales como: utilizando bombas, minas o explosivos, por medio de venenos asfixia, por tormento, brutal ferocidad (párrafo tercero del artículo 315 del Código Penal), o bien siendo el agresor superior en fuerza física al ordenamiento (fracción I del artículo 316 del Código Penal) o cuando el sujeto activo sea superior por las armas que emplea, por el número de sujetos que lo acompañan (fracción segunda del mismo artículo y ordenamiento penal) o cuando el victimario se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido (fracción III) o cualquier otro de los elementos constitutivos de las calificativas previstas en los artículos 317, 318 y 319 del Código Penal. En este caso consideramos que aún y siendo el delito analizado es ya un delito especial cualificado y que por ello no acepta la concurrencia de circunstancias calificativas, el daño provocado al bien jurídico tutelado es exactamente el mismo que el homicidio simple o calificado, debiendo imponerse al autor del delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" la misma pena que contempla el artículo 320 del Código sustantivo de la materia para un homicidio calificado: "20 a50 años de prisión", considerando que el Juez valorará la culpabilidad del agente según las circunstancias mediante las cuales se haya cometido el delito e impondrá la pena correspondiente dentro del mínimo y el máximo periodo por la ley.

Es muy importante hacer énfasis en que no somos partidarios de la idea de que mientras más grande sea la sanción contemplada por el delito, menos se cometerá este, pues creemos que no es la sanción prevista en la ley, lo que provoca un sentimiento de miedo en el probable autor del delito, sino la certeza de que en caso de cometerlo, será detenido, procesado y sentenciado por la justicia,

por lo que tal y como lo afirma *Beccaria*, "*es mejor evitar los castigos que castigarlos.*"¹¹⁷

Utilizando para ello la prevención, entendida por nuestro maestro Luis Rodríguez Mazanera, como "*el conocer con anticipación la probabilidad de una conducta criminal, disponiendo de los medios necesarios para evitarla*",¹¹⁸ y con ello, *evadir el uso de la fuerza, justificada claro está, por el Derecho Penal.*

Es útil y muchas veces necesario, determinar en las leyes penas de tal forma que el delincuente, por lo menos por miedo a ellas, observe ley."¹¹⁹

Pero en el caso de que el legislador intente dictar una ley jurídico-penal tendrá que observar con mucho cuidado que la pena amenazada no sobrepase la gravedad de la culpabilidad ni sea demasiado cruel, y más importante es aún, la actuación del Juez, pues "*de nada sirve tampoco las leyes, puesto que sean injustas y sabias, si los encargados de aplicarlas, ya por ignorancia, ya por malicia, las consultan, sin que tales conclusiones halle castigo en otra parte que en el fuero de la conciencia*".¹²⁰

Parece el momento adecuado para referimos al maestro *Hans Kelsen*, y sin el ánimo de profundizar en la materia filosófica, recordemos al autor alemán cuando al hablar de la justicia, afirma: "*la justicia es un secreto que Dios confía - si es que alguna vez lo hace - a muy pocos elegidos y que no deja nunca de ser tal pues puede ser transmitido a los demás*".¹²¹

¹¹⁷ *Beccaria*. "Tratado de los delitos y las penas", quinta edición facsimilar, editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

¹¹⁸ Rodríguez Mazanera, Luis "criminología"; séptima edición editorial Porrúa S.A. México

¹¹⁹ Bacigalupo, op. Cit p. 9

¹²⁰ López Moreno, Santiago. "La prueba de Indicios, tercera edición corregida y aumentada, editorial Preciados, Madrid, España, 1897. p. 37

¹²¹ Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia?; cuarta edición, Distribuciones Fontarama, S.A. México, 1994. p.41-42

2.- Continuando con el tema, estamos en condiciones de afirmar que son prácticamente innecesarias todas y cada una de las palabras expresadas en la segunda parte del artículo 323 del Código Penal y su existencia carece de fundamento alguno.

- a) No es necesario y sale sobrando, que el legislador contemple en un tipo penal, la ausencia, tal y como sucede en nuestro caso, del elemento subjetivo del injusto: "*si faltare dicho conocimiento*", pues la ausencia del mismo provoca en el Derecho Penal, una atipicidad por falta del elemento subjetivo del injusto y se crea lo que algunos autores denominan "una traslación del delito", en caso; del artículo 323 al artículo 302 del Código Penal, lo que con o sin la advertencia que no hace el legislador en este caso, y para abundar en el tema, el legislador se vería en la necesidad de ser congruente en su técnica y advertir en cada tipo de todo el ordenamiento sustantivo penal, la ausencia de algún elemento del tipo, lo que sería nuevamente intrascendente.

- b) Posteriormente, el texto legal señala las consecuencias de la inexistencia del elemento subjetivo del injusto, refiriéndose a la aplicabilidad del artículo 307 por lo que respecta a la pena aplicable (*homicidio simple intencional*) y si nos colocáramos en el caso concreto contemplado, ya no sería necesario tal y como lo hace el legislador, prevenimos de la aplicabilidad de las circunstancias agravantes o atenuantes que pudieran existir, pues nos encontraríamos, en ese caso, ante un homicidio simple, al cual le son aplicables las reglas comunes contempladas en el capítulo II y III del Título decimonoveno, lo señalará o no, el artículo 323, razón por la cual nuevamente calificamos esta disposición como intrascendente.

5.3. Causas Especiales de Exclusión de la Pena

Las causas especiales de una exclusión de la pena, provocan la ausencia de sanción a determinada persona, aún y cuando exista el injusto, es decir el hecho es antijurídico y culpable, de modo que un tercero puede participar culpablemente en el mismo pero *la pena no debe aplicarse a las personas mencionadas por la ley*".¹²²

El Código Penal vigente contempla una causa especial de exclusión de la pena:

Artículo 321 bis.- *No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendente o descendente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptada, salvo que el autor se encuentre bajo la influencia de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica o bien que no auxiliare a la víctima.*

Creemos que el artículo 321 bis del Código Penal, demuestra un avance realmente considerable en lo que a justicia penal se refiere, pues en la práctica de cada día, nos hemos percatado en diversas ocasiones, de que sujetos con las características personales requeridas por el artículo 323 del ordenamiento sustantivo, privan de la vida a un familiar o ser querido por violar un deber de cuidado que debían y podían observar según las circunstancias y condiciones personales y a consecuencia de este hecho, los familiares debían sufrir como auténticos criminales por el hecho realizado culposamente, hoy, con base en este artículo criminal tales circunstancias negativas para la materia penal ha sido superadas.

¹²² Mezger, op. Cit. P. 368.

CAPITULO VI

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

6.1. Los Diversos Tipos De Tentativa

Una vez analizados todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito en su aspecto positivo y negativo, debemos atender a las formas de aparición del mismo; el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", puede cometerse en los siguientes grados:

- a) Tentativa inacabada
- b) Tentativa acabada
- c) Tentativa imposible

El Código Penal vigente recoge la tentativa en el Capítulo II del Título Primero:

Artículo 12.- *Existe tentativa punible, la resolución de cometer un delito, se exterioriza realizando cuando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

6.2. Algunas Consideraciones sobre la Tentativa

El solo pensar no es punible, *por ello, la base de cualquier tentativa punible es la resolución del autor y en la cual debe existir siempre, como imagen representativa querida, el total crimen o delito*".¹²³

¹²³ Mezger, op. Cit. P. 279.

Esta resolución, es un proceso subjetivo en el alma del autor, esto es, un elemento subjetivo del injusto, por ello es la vez dolo, o sea, culpabilidad.

Al respecto de la tentativa en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", no existe duda tal y como lo señala *Antolisei* (cuando analiza el delito de homicidio) "*sobre la configurabilidad de la tentativa, la cual puede configurarse no sólo en la forma de tentativa inacabada, sino también en la tentativa acabada*".¹²⁴

a) Tentativa inacabada.- Nos encontramos ante este grado del delito, cuando existe un comienzo de ejecución del delito y sus elementos son:

- 1).- Querer privar de la vida al pariente o relacionado.
- 2).- Un comienzo de realización de actos ejecutivos que deberían producir la muerte u omitiendo los que deberían evitarla.
- 3).- No realización de la muerte por causas ajenas a la voluntad del agente.

b) Tentativa acabada.- Nos encontramos ante este grado de comisión del delito, cuando hay una total realización de los actos de ejecución tendientes a privar de la vida al pariente o relacionado:

- 1).- Querer privar de la vida al pariente o relacionado.
- 2).- Una total realización de los actos ejecutivos que deberían producir la muerte o una total omisión de los que deberían evitarla.

¹²⁴ Antolisei, op. Cit. Tomo I, p. 31

3).- No realización de la muerte por causas ajenas a la voluntad del agente.

c) **Tentativa imposible.**- Es probable la comisión del delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" en grado de tentativa imposible en las siguientes hipótesis;

1).- **Cuando los medios sean no idóneos.**- Es decir, cuando el sujeto activo quiere privar de la vida al pariente o relacionado, pero el medio que ha utilizado para lograr su objetivo no es el idóneo para privar de la vida. Ej: el abuelo quiere privar de la vida al nieto, para ello, lo golpea constantemente con un globo.

2).- **Cuando falte el bien jurídico tutelado.**- Es decir, cuando no exista la vida en la persona a quien se quiere privar de la vida. Ej: la esposa quiere privar de la vida al esposo y a media noche, cuando este se encuentra acostado, le atraviesa el corazón de tres puñaladas por la espalda, sin embargo éste no reacciona, pues había muerto dos horas antes producto de un paro cardíaco.

3).- **Cuando falte el objeto material.**- Es decir, cuando no exista la persona o ser humano a quien se dirige la conducta delictuosa, Ej: El adoptado que quiere privar de la vida al adoptante y sabe que su víctima se encuentra en el sillón de la sala de televisión observando su programa favorito, el adoptante por la oscuridad de la noche, no logra distinguir sólo se percata de la silueta de su adoptante en el referido sillón, el sujeto activo dispara en siete ocasiones el arma de fuego sobre quien está seguro es su adoptante, al encender la luz para ver el resultado de su conducta, se percata que le disparo siete veces a la almohada que se encontraba sobre el sillón y que su adoptante había dejado en el lugar minutos antes.

El Código Penal Mexicano no reglamenta la tentativa imposible.

El Código Penal Alemán, contempla la tentativa de la siguiente manera:

Advertencia: La fracción tercera del artículo 23 es de gran trascendencia, toda vez que regula la tentativa imposible, que en nuestro país no es contemplada:

Artículo 22.- Incurrir en tentativa de hecho punible el que, actuando de conformidad con su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tipo.

Artículo 23.- (Punibilidad de la tentativa)

1.- La tentativa de un crimen es siempre punible, la de un delito, únicamente cuando así lo establezca expresamente la ley.

2.- La tentativa puede castigarse con pena menor de la correspondiente al hecho consumado.

3.- Si el autor ignorase, por grosera incompreensión, que en virtud de la naturaleza del objeto sobre el cual abría que recaer el hecho o de los medios utilizados para su consecución, la tentativa no podía conducir ni absoluto a la consumación, podrá el juez prescindir de la pena o atenuarla según su libre apreciación.

6.3.

El Desistimiento

Puede presentarse el desistimiento en el delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", en el caso de que él sujeto activo no obstante haber querido privar de la vida a su pariente o

relacionado y haber realizado un comienzo de ejecución o inejecución el delito no se consuma por su propia voluntad.

El Código Penal lo contempla:

Artículo 12.- (Ultimo párrafo).- Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar lo que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Al respecto debe subrayarse que es requisito indispensable para configuración del "desistimiento", la espontaneidad del mismo, y lo es, cuando el autor ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución, por circunstancias independientes de su voluntad en otras palabras: si las circunstancias le impedían al autor la terminación del hecho, no puede invocar la aplicación del último párrafo del artículo 12 del Código Penal.

El Código Penal Alemán contempla el desistimiento de la siguiente manera.

Artículo 24.- *No se castigara por tentativa a quien voluntariamente cesarén la ulterior ejecución del hecho o impidiera voluntariamente su consumación. Si el hecho no se consumase sin intervención del desistente su autor quedara impune siempre que empeñase espontánea y seriamente, en impedir la consumación.*

6.4. Consumación

La consumación del delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación" al igual que el tipo fundamental o básico se realizan en el momento en que se priva de la vida al sujeto pasivo, pero bien cabe la cuestión de saber:

¿Cuándo estamos muertos?

El doctor Alfonso Quiróz Cuarón¹²⁵.

Se refiere al tema y expresa su inquietud al respecto y hacer referencia al profesor Torst Gordh que sostenía que "*el hombre muere cuando muere su cerebro*", otros expertos en la materia han afirmado que definitivamente no morimos cuando deja de latir el corazón entonces surge la pregunta de ¿cuándo estamos muertos?.

El reconocido doctor mexicano señala que en realidad la muerte es una sucesión de muertes, el organismo no muere de golpe simultáneamente. Después de la muerte real, prosiguen la funciones glicogénicas y uropoyecticas del hígado, el estomago continua con el proceso de digestión y los espermatozoides viven varias hora después.

"Cuando dejan de funcionar los tres sistemas, eso es muerte"

Los tres sistemas son: el nervioso central el cardiaco y el pulmonar. La medicina moderna toma como criterio, de muerte clínica la desaparición de toda actividad cerebral durante varios

¹²⁵ Quiróz Cuarón, Alfonso. "Revista criminalia, año xxxv, Número 2, México D.F., Febrero de 1969, P.171.

minutos acompañada de un paro cardiaco y ausencia total de reflejos y *es innecesario esperar más pues la muerte aparente no puede engañar al electroencefalograma. Si un cerebro calla durante unos minutos es imposible que reviva.*

6.5. Concurso de Delitos

Es posible cometer varios delitos de “Homicidio en razón del parentesco o relación” con una sola conducta o bien, con varias conductas.

a)Concurso ideal o formal.- Existe cuando con una sola conducta se cometen varios delitos, en el caso diverso de “Homicidio en razón del parentesco o relación”

b)Concurso real o material.- Existe con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, en el caso, se cometen una pluralidad de conductas que tienen como consecuencia dos o más delitos de “Homicidio en relación del parentesco o relación”.

El artículo 18 del Código Penal vigente reglamenta ambos concursos, y en el artículo 64 del mismo Código, se contempla la respectiva sanción.

Artículo 64.- En caso de concurso ideal se aplicara la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

En el caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellas son de diversa especie. Si son de la misma especie, se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, los cuales podrán aumentarse en una

mitad más sin que exceda de los máximos señaladas en este Código.

CONCLUSIONES

(Análisis, reflexiones y propuestas al tipo penal)

1.- Análisis:

De la reforma sufrida por los artículos 323, 324, 325, 326, 327 y 328 del Código Penal, podemos apreciar las siguientes consecuencias:

1.- El texto anterior del delito contemplado como posibles víctimas: al padre, la madre o cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta en caso del parricidio, y al hijo nacido dentro de las setenta y dos horas, en el caso del infanticidio.

El texto vigente, contempla a los siguientes posibles agredidos ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermana, cónyuge, concubina, concubinario, adoptante y adoptado.

2.- El texto anterior marcaba aún la diferencia entre hijos legítimos y naturales.

El texto vigente no.

3.- El texto anterior exigía para la existencia del delito de infanticidio, que la muerte del hijo se consumara dentro de las setenta y dos horas posteriores a su nacimiento.

El texto vigente no exige límite alguno del término de vida.

4.- El texto anterior contemplaba como posibles sujetos activos a:

Los hijos o descendientes consanguíneos en línea recta, en el caso del parricidio y alguno de los ascendientes consanguíneos sin señalar específicamente línea o grado en el caso del infanticidio.

El texto vigente contempla como posibles sujetos activos a:

Al ascendiente o descendiente en línea recta, hermana, cónyuge, concubina, concubinario, adoptante o adoptado.

5.- El texto anterior contemplaba una sanción de trece a cincuenta años de prisión para el parricida y de seis a diez años de prisión al infanticida.

El texto anterior contempla una pena de diez a cuarenta años de prisión.

6.- El texto anterior contemplaba una circunstancia atenuada por lo que respecta al infanticidio, prevista en el artículo 327 del ordenamiento Sustantivo Penal, (Derogado).

El texto vigente no contempla circunstancias atenuantes.

7.- El texto anterior y su respectiva sanción se encontraban reglamentados en seis artículos del Código Penal (323, 324, 325, 326, 327 y 328).

El texto vigente se encuentra tipificado en el artículo 323 del mismo ordenamiento.

De este análisis se advierten, progresos muy positivos en la reforma, como lo es, la ampliación en los posibles sujetos activos y pasivos del delito, la omisión de calificar de legítimos o naturales a los hijos y la derogación de la inhumana circunstancia atenuante antes contemplada por el artículo 327.

2.- Reflexiones:

Consideramos que el tipo penal de "Homicidio en razón del parentesco o relación", tipificado en el artículo 323 del Código Penal sufre algunas imprecisiones dignas de análisis y reflexión.

Para estos sujetos es imprescindible considerar la opinión del reconocido tratadista Alemán *Han- Henrrich Jschez*, quien al estudiar el tema de "la función de garantía de la ley penal", señala:

*"Los tipos penales han de realizarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos elásticos, recogerlas inequívocas consecuencias jurídicas y prever sólo marcos penales de alcance limitado, la razón del mandato de determinación radica por de pronto en que la reserva de ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez".*¹²⁶

a) Denominación del delito creemos que la denominación de "Homicidio en razón del parentesco y relación", es indebida, toda vez que no especifica de manera clara y precisa el objeto de protección de la ley penal, pues aún cuando la palabra "Homicidio", advierte la privación de la vida y por lo tanto la protección del bien jurídico máximo en el ser humano, no encontramos fundamento alguno para que el legislador le haya denominado "En razón de parentesco y relación", apreciando primeramente que el término "En razón" parece no sólo indebido sino ilógico considerarlo la "Razón", como la facultad del hombre de discernir y juzgar utilizando así el legislador, un término inexacto, es quien priva de la vida a su ascendiente -por ejemplo-, no lo hace en "razón" del parentesco sino por

¹²⁶ Jescheck, op, cit. p. 122

cualquier causa o motivo imaginable en un ser humano, y aún suponiendo sin conceder que la voluntad del legislador no hubiera sido plasmar con la palabra "razón" inserta en la denominación del delito, el motivo o causa de la comisión del mismo (lo que sería en materia penal, total y absolutamente inaceptables) sino cualquier otra la utilización de este término en el título de nuestro delito es igualmente imprecisa.

Es prudente citar en este momento, la consideración que al respecto formula el ya referido y distinguido tratadista alemán:

"él verdadero peligro para el principio *nulla poena sine lege* no proviene de la analogía, sino de las leyes penales imprecisas".¹²⁷

Referente a las palabras "*parentesco y relación*", utilizadas igualmente en el título del tipo penal, consideramos que existe diversidad de opiniones en lo que a los "*parientes*" se refiere, pues algunos consideran parientes a la concubina y concubinario y otros no, además, no podemos establecer como fundamento de disposiciones penales algún diccionario jurídico o el mismo Código Civil, pues las reglas de nuestra materia son independientes a las estantes ramas del derecho, razón por la cual, creemos que el término "*parentesco*" adolece de dos problemas:

- 1.- La diversidad de opiniones que existe respecto al mismo,
- 2.- No es aplicable a todas las personas contempladas por el tipo penal

Por lo que se refiere a la palabra "*relación*", creemos que no es la indicada, pues tal pareciera que el legislador no concluyó en su intención de denominar el delito, pues no señala de manera precisa a que tipo de relación se refiere y aún cuando especificara

¹²⁷ Jescheck, op. Cit. P. 122. "En referencia a Welzel y su "Nueva estructura del Derecho Penal"

el tipo de relación, el término no comprendería a todos los sujetos señalados en el tipo.

Creemos que la segunda parte del artículo 323 es totalmente innecesaria pues su contenido solo ratifica lo que en su ausencia de cualquier manera se aplicaría, sin embargo, las reflexiones al respecto, ya fueron expuestas en el capítulo de punibilidad en la presente tesis.

3.- Propuestas:

Considerando al análisis y las reflexiones antes referidas, formularemos nuestra propuesta de reforma al artículo 323 del Código Penal vigente, sin embargo, para efectos de información haremos referencia por sí considerarlo pertinente, al Código Penal Alemán, que en el artículo 11, título segundo de la parte general, señala lo siguiente:

Artículo 11.- Conceptos personales y reales.

1.- allegados, en el sentido de esta ley, son las siguientes personas:

Parientes y afines en línea recta, cónyuges, prometidos, hermanos, cónyuges de los hermanos y hermanos de los cónyuges, incluso cuando la relación de parentesco sea de origen ilegítimo, o cuando no subsista ya el matrimonio en aquella relación:

b) Personas vinculadas entre sí por la adopción.

c) Guardadores y pupilos.

Creemos que la palabra "Allegados", es la correcta, referirnos a las personas contempladas por el delito objeto de

nuestra tesis, en virtud de que este término puede referirse tanto a los parientes considerados por el Derecho Civil, como a los que no lo son, aún y cuando las disposiciones civiles no rijan las penales, por otro lado, no existiría la controversia de considerar a algunos parientes y a otros relacionados sin saber el grado de ése parentesco o el tipo de relación exigida entre el sujeto pasivo en este delito.

Para efectos de apoyar nuestra opinión y con la intención de no dejar duda alguna respecto a la propuesta, es indispensable referirnos al significado de la palabra "*Allegados*", el cual se encuentra contemplado por el "*Diccionario de la Lengua Española*":

1.- *Allegados*, da 1.- p.p. de *allegar*. Adj. Cercano, próximo.
3.- *pariente*".¹²⁸

2.- *Allegar*, 5.- *Conocer carnalmente una persona a otra*".¹²⁹

Con base en el análisis y las reflexiones antes expuestas, y considerando como antecedente el artículo 11 del Código Penal Alemán, proponemos que el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, sea reformado para quedar tipificado de la siguiente manera:

Capítulo IV

Homicidio de allegados

Artículo 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge,

¹²⁸ Diccionario de la Lengua Española, ed. Real Academia Española, vigésima edición, Tomo I, España, 1984, p. 80.

¹²⁹ Idem. P. 80

concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación, se le impondrá prisión de diez a cincuenta años.

Derivado de nuestra propuesta, se reformara la denominación del artículo 323 de Código sustantivo de la materia *"Homicidio en razón del parentesco o relación"* y se substituye por la de **"Homicidio de allegados"**. Se deroga la segunda parte del artículo referido *"si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo, de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores"*, por ser absolutamente innecesaria. Se reforma la pena aplicable al delito *"diez a cuarenta años"* por **"diez a cincuenta años"** de prisión.

4.- El delito de "Homicidio en razón del parentesco o relación", en comparación con algunos ordenamientos penales extranjeros.

Con el objeto de tener un panorama más amplio, respecto de lo analizado en esta tesis, recurriremos a la legislación extranjera, en la cual encontramos una palpable diversidad de criterios utilizados en la aplicación del delito. A continuación transcribimos los artículos de algunos códigos que consideramos como ejemplos indiscutibles de la diversidad de opiniones existentes respecto a lo que en México denominamos: *"Homicidio en razón del parentesco o relación"*:

Código Penal Cubano

Título VIII

Delitos contra la vida y la integridad corporal

Capítulo I

Homicidio

Artículo 263.- *El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.*

Capítulo III

Asesinato

Artículo 263.- *Se sanciona con la privación de la libertad de quince a veinte años o muerte al que mate a otro concurriendo cualquier circunstancia de las siguientes:*

Artículo 264.- *El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre a las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aún que no concurra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación*

Código Nicaragüense

Libro II

Título I

Delito contra las personas

Capítulo I

Parricidio, homicidio, asesinato, infanticidio.

Artículo 126.- *El que ha sabiendas de las relaciones que lo ligan matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o cualquier otro de sus descendientes o ascendientes legítimos o ilegítimos o a su cónyuge, será castigado como parricida, con la pena de diez a veinticinco años de prisión.*

Artículo 127.- *También será castigado como parricida el que, ha sabiendas de las relaciones que lo ligan matare a su padre, madre o hijos adoptivos, con la pena de seis a quince años de presidio.*

Artículo 130.- *Cualquiera de los cónyuges que, sorprendiendo en adulterio a su consorte, da muerte a éste o a su cómplice, o los dos juntos, sufrirá la pena de dos a cinco años de prisión.*

Esta disposición se aplicará cuando los cónyuges hicieran vida marital ordenada.

Código Penal Español

Título VIII

Delitos contra las personas

Del Homicidio

Artículo 405.- *El que matare a cualquiera de sus ascendiente o descendiente, o a su cónyuge será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión.*

Código Penal Italiano

Título XII

Dei Delitti contro la persona

Capo I

Dei delitti

Contro la vita el incolumnitá individuale omisidio

Artículo 575.- Chiunque cagiona la morte di un uomo é punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.

Altre circonstance aggravanti

Artículo 577.- Si applica la pena dell 'ergastolo se il fatto preveruto dall 'articolo 575 é commesso:

1) Contro l'ascendente o il discendente;

La pena é della reclusione da veinticuatro a trenta anni, se il fatto é comeos contro il cónyuge, il fratello ola sorella, in padre o la madre adottivi, o il figlio adoptivo, o contro un affine in linea recta.

1.- Debe reformarse la denominación del capítulo IV del Título Duodécimo del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal que actualmente reza:

“Homicidio en razón del parentesco o relación”

Para ser contemplado de la siguiente manera:

“Homicidio de allegados”

2.-Debe reformarse la primera parte del artículo 323 del Código Penal, en lo referente en la penalidad y que actualmente establece:

“Se le impondrá prisión de 10 a 40 años de prisión”

Para que dar como sigue:

“Se le impondrá prisión de 10 a 50 años”

3.- debe derogarse la segunda parte del Artículo 323 del Código Penal en vigor que actualmente establece:

“Si faltare dicho conocimiento se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menos cabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la

4.- Como resultado de las tres conclusiones referidas, el tipo penal estudiado deberá ser tipificado de la siguiente manera:

Capítulo IV

Homicidio de allegados

Artículo 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge,

cuncubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación, se le impondrá prisión de diez a cincuenta años.

Bibliografía:

Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal" parte especial; Sexta edición, traducción directa del italiano por Juan Rosal y Angel Torio. Editorial Uteha. Argentina, 1960.

Antón Oneca, José. "Derecho Penal", parte general; segunda Edición revisada y aumentada, ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986.

Bacigalupo, Enrique. "Estudios de Derecho Penal y Política Criminal"; Cárdenas editor y distribuidor. México, 1989.

Baumann, Jürgen. "Derecho Penal", conceptos fundamentales y Sistema, introducción a la sistemática sobre la base de casos. Ediciones Depalma, Argentina, 1981.

Beccaria. "Tratado de los Delitos y las Penas"; quinta edición facsimilar, editorial Porrúa, S.A. México 1992.

Cortes Ibarra, Miguel. "Derecho Penal"; parte general; cuarta Edición, cárdenas editor distribuidor. México, 1992.

Cuello Calon, Eugenio. "Derecho Penal"; decimotercera edición, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, Casa editorial . España, 1980.

Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal", parte general; Cuarta edición, traducción del alemán por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego, editorial Comares-granada. España, 1993.

Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito", Principios de Derecho Penal; tercera edición, editorial Sudamérica S.A. Argentina 1990.

Kelsen Hans, ¿Qué es la Justicia?, cuarta edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1994.

López Moreno, Santiago. "La Prueba de Indicios", Tercera Edición corregida y aumentada, editorial precitados. Madrid, España, 1897.

Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal"; cuarta edición, editorial Temis. Bogotá, 1955.

Manzini, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal"; traducción de Santiago Sentís Melendo, España, 1947.

Maurach, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal"; Tomo I, prólogo de Octavio Pérez y notas de Derecho Penal Español por Juan Córdova Roda, ediciones Ariel. España, 1962.

Mendoza Troconis, José Rafael. "Curso de Derecho Penal Venezolano", compendio de parte especial, tercera edición, editorial Empresa el cojo. Venezuela, 1967.

Mezger, Edmund. "Derecho Penal", parte general, libro de estudio, Segunda edición, Cárdenas editor y distribuidor. México 1990.

Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", parte general, décima primera edición debidamente corregida y actualizada, editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal"; undécima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

Porte Petit Candaudap, Celestino. "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal"; novena edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal": traducción al español de Jorge Guerrero, editorial Temis, Colombia, 1975.

Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminología", séptima edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

Villalobos, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano" parte general; Quinta edición, editorial Porrúa S.A. México, 1990.

Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán", Traducción de Carlos Fontan Balestra, Ed. Ediciones Depalma, Argentina, 1956.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. "Manual de Derecho Penal", parte general, Primera reimpresión, Cárdenas editor y distribuidor. México, 1991.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. "Tratado del Derecho Penal", parte general, Cárdenas editor y distribuidor. México, 1988.

Otras fuentes de información

Capitant, Henri. "Vocabulario Jurídico", traducción de Horacio Aquiles, Cárdenas editor y distribuidor. México, 1986.

Criminalia, revista mensual, año XXXV, número 2, México, Febrero de 1969.

Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Edita la real lengua española, España, 1984.

Diccionario de idioma Aleman, segunda edición, Güiter Haensch y Bernard Lechner, editorial heder, Barcelona España, 1991.

Jurisprudencia y Legislación, Diccionario; Cárdenas editor y distribuidor, México, 1982.

Omeba, Enciclopedia Jurídica; editorial bibliografica Argentina, S.R.L. Argentina, 1982.