



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

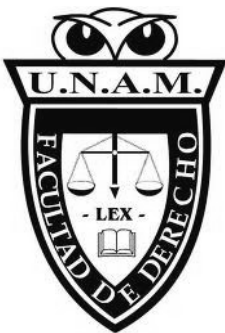
FACULTAD DE DERECHO

**“GÉNESIS, DESARROLLO Y FUNDAMENTO
DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL
FAMILIAR EN MÉXICO”**

**TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

JOSÉ MANUEL OLGUÍN SALINAS



MÉXICO, D. F., 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Universidad Nacional
Autónoma de México

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.

**“GÉNESIS, DESARROLLO Y FUNDAMENTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO
PENAL FAMILIAR EN MÉXICO”.**

PRÓLOGO	i
INTRODUCCIÓN	III
CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL FAMILIAR MEXICANO.	
1. Antecedentes en México	
1.1 Etapa precortesiana	1
1.2 Etapa colonial	14
1.3 Etapa independiente	28
1.4 Etapa revolucionaria	38
CAPITULO II MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO FAMILIAR	
2.1 Denominación: ¿Derecho penal familiar o Derecho familiar penal?	42
2.2 Fundamentos de aplicación de un Derecho Penal Familiar	44
2.3 Naturaleza jurídica del Derecho Penal	51
2.4 Naturaleza jurídica del Derecho Familiar	52
2.4.1 La teoría de Antonio Cicú	53
2.4.2 La teoría de Roberto Ruggiero	54
2.4.3 La teoría de Julián Bonnecase	56
2.4.4 La teoría de Julián Güitrón Fuentesvilla	57
2.5 Conceptos jurídicos fundamentales en el Derecho penal	
2.5.1 Teoría del delito.	
a) Dogmática jurídica	61
b) Evolución	62
c) Fundamentos	63
d) Injusto	63
e) Delito	64
2.5.2 Tipo penal y tipicidad	65

2.5.3 Antijuridicidad	67
2.5.4 Culpabilidad	68
2.5.5 Penas y medidas de seguridad	70
2.6 Conceptos jurídicos fundamentales en Derecho Familiar	72
2.6.1 Familia	73
2.6.2 Parentesco	75
2.6.3 Matrimonio y concubinato	76
2.6.4 Divorcio	79
2.6.5 Patria potestad, tutela, guarda y custodia	82
2.6.6 Alimentos	85
CAPITULO III TIPOS PENALES FAMILIARES	87
3.1 Homicidio	91
3.2 Lesiones	93
3.3 Aborto	96
3.4 Inseminación artificial	98
3.5 Abandono de incapaz	100
3.6 Exposición de incapaces	102
3.7 Simulación de secuestro	103
3.8 Tráfico de menores	105
3.9 Retención de menores	108
3.10 Sustracción de menores	109
3.11 Violación	111
3.12 Incesto	113
3.13 Incumplimiento de la obligación alimentaria	117
3.14 Violencia Intrafamiliar	119
3.15 Alteración del estado familiar	124
3.16 Bigamia	128
3.17 La Delincuencia organizada	130

CAPITULO IV AGRAVANTES, ATENUANTES, EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y PENAS EN EL DERECHO PENAL FAMILIAR

4.1	Agravantes y atenuantes	133
4.1.1	Lesiones	135
4.1.2	Tráfico de menores	136
4.1.3	Abuso sexual	137
4.1.4	Violación, abuso y hostigamiento sexual cometido a menores de doce años de edad	137
4.1.5	Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de menores e incapaces.	140
4.1.6	Incumplimiento de la obligación alimentaria	140
4.1.7	Uso ilegal de atribuciones y facultades	141
4.1.8	Cohecho	143
4.1.9	Evasión de presos	143
4.2	Excusas absolutorias	144
4.2.1	Homicidio o lesiones	147
4.2.2	Aborto	148
4.2.3	Exposición de menores	149
4.2.4	Evasión de presos	150
4.3	Penas	151
4.3.1	Perdida de derechos familiares	151
4.3.2	Creación de derechos familiares	156
4.3.3	Derecho a la reparación del daño	158
4.3.4	Obligados a reparar el daño	162
4.3.5	Individualización de las penas	162
	CONCLUSIONES	165
	PROPUESTA	168
	BIBLIOGRAFÍA	170

PRÓLOGO

La importancia que representa la investigación científica a nivel de la licenciatura es especialmente significativa ya que es útil para toda nuestra vida tanto académica como profesional. Consiste en un proceso complejo en el que se aplican métodos de recopilación y análisis de información, lo cual es importante para obtener un conocimiento que sea relevante y fidedigno, consultando en diversas fuentes lo necesario para la construcción de un marco teórico-conceptual en cualquier materia ya sea jurídica o no.

También es una herramienta útil, encaminada a la resolución de problemas tratando de encontrar la respuesta a ciertas interrogantes (hipótesis) mediante un proceso confiable.

A nivel licenciatura y en específico en la carrera de Derecho, la investigación científica representa un eje toral para el análisis de los fenómenos sociales ya que es a través de la misma por la que se pueden ofrecer soluciones para los diferentes retos en la sociedad, aplicando los conocimientos adquiridos en cualquiera de las materias jurídicas.

Es a través de la investigación, mediante la cual se van demostrando los errores y falta de eficacia de las diversas figuras jurídicas y su aplicación práctica; por medio de la misma se pueden analizar los resultados y lograr desarrollar las teorías que ayudan a resolver los problemas para cualquier área de conocimiento jurídico.

En el presente trabajo de investigación convergen dos importantes materias jurídicas: el Derecho Penal y el Derecho Familiar, las cuales a su vez, representan dos aspectos fundamentales en la sociedad: el poder punitivo del Estado y el núcleo social por excelencia, que es la familia.

Mediante el proceso de la investigación se pueden lograr cambios radicales en materia de política criminológica, así como para analizar delitos que atentan contra la familia y saber cuáles son las mejores opciones para solucionar los retos sociales en materia criminal.

El conocimiento científico se genera no sólo con un objeto y método de análisis, sino con la reflexión a fondo de todos los temas, conceptos, definiciones, instituciones jurídicas, su evolución a través de la historia y la opinión de los expertos. En general se necesita hacer un estudio completo de cada fenómeno o problemática social, para así poder presentar soluciones novedosas a los retos sociales.

Para que una ciencia pueda considerarse como tal necesita un objeto de estudio determinado, un método de investigación, reunir un conjunto de conocimientos y que estos se encuentren ordenados, sistematizados y jerarquizados.

INTRODUCCIÓN

Génesis, desarrollo y fundamento de aplicación, son tres puntos que se plasman en este trabajo de investigación y que se reducen a expresar el nacimiento, la vida y la razón de existencia del derecho penal familiar.

Me refiero a “*génesis*” como el origen o antecedentes de las normas jurídico penales familiares y que se debe conocer ya que no se pueden proponer soluciones a un tema del cual se desconocen sus raíces; el “*desarrollo*” constituye la actual regulación de la normativa penal en materia familiar y el “*fundamento de aplicación*” se refiere a la explicación de la *justificación* que encierra la aplicación del Derecho Penal en la sociedad.

De esta forma en el capítulo **PRIMERO** abordo los antecedentes del derecho penal familiar en épocas importantes de la historia de nuestro país, como lo son la precolonia o época prehispánica, la colonia, la independencia y la revolución. En cada de estas una se analizan los aspectos que las caracterizaron, específicamente en la normatividad penal familiar, v. gr. conductas que se castigaron o códigos y leyes que se aplicaron, así como el estudio de las penas que se aplicaban para cada una de las conductas prohibidas y que se relacionaban con la protección de la familia.

En el capítulo **SEGUNDO** se establece un marco conceptual, el cual abarca desde la denominación de la materia, las figuras jurídicas básicas del Derecho penal y del Derecho familiar, ya que las normas jurídicas de la primera, remiten constantemente a las normas de las segundas, de una forma explícita o implícitamente, por lo que es indiscutible que se deben analizar las dos ciencias antes citadas para saber cuál es la composición del derecho penal familiar.

Para el capítulo **TERCERO** se desarrolla la regulación actual del derecho penal familiar, es decir, los delitos penales familiares los cuales tipifican las

conductas que se intentan proscribir de la convivencia social. Los tipos penales que protegen a la familia son el contenido del derecho penal familiar y su estudio y análisis ha sido, es y será de gran importancia para la dogmática jurídico-penal, en virtud de que protegen un bien que es en sí mismo valioso: la familia.

El capítulo **CUARTO** complementa al que le antecede ya que no sólo existen tipos penales creados especialmente para proteger a la familia, sino que hay otras figuras jurídicas que se integran al derecho penal familiar y que se relacionan con las penas que se aplican en razón de la relación familiar, las cuales son objeto del estudio del último capítulo.

“GÉNESIS, DESARROLLO Y FUNDAMENTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL FAMILIAR EN MÉXICO”.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL FAMILIAR MEXICANO.

1. Antecedentes en México

1.1 Etapa precortesiana

Se utiliza el término de “precortesiano” para denominar a la época que se encuentra antes de la llegada de Hernán Cortés a nuestro territorio, pero más precisamente a la época que se encuentra antes de la conquista española. En estos términos Amuchategui apunta que “en ese periodo, como existían diversas culturas también había una variedad de costumbres y principios jurídicos”.¹

El encuentro de las culturas mexicanas indígenas antiguas y la española produjo que se entremezclaran gran cantidad de aspectos incluyendo los jurídicos, lo que se ha denominado “*sincretismo cultural*”.² Sin embargo la conquista representó la imposición de las costumbres españolas, es por eso que algunos autores le restan valor al estudio de las instituciones jurídicas indígenas. En palabras de Macedo:

*“La conquista de México puso en contacto a dos razas [...] tan distantes en grados de cultura y civilización que a nadie puede sorprender que haya sido imposible la fusión de ambos elementos, de los cuales el español tenía que imponer al indígena su lengua, sus ideas, sus creencias, sus costumbres y sus leyes [...]”.*³

¹ Amuchategui Requena, Griselda. Derecho Penal. 3a edic. Ed. Oxford. México, 2005. p. 11.

² Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. México, 1997. p. 160.

³ Macedo, Miguel S. Apuntes para la historia del derecho penal mexicano. Ed. TSJDF, INACIPE. México, 1931. p. 11.

No obstante lo anterior, para nuestro tema, los antecedentes de la época precortesiana sobre las instituciones jurídicas penales familiares que regían en ese entonces son muy importantes aunque el Derecho español haya absorbido y desplazado al derecho indígena al consumarse la conquista.

Podemos observar que para Carranca existen antecedentes importantes del Derecho Penal, en las civilizaciones mexicanas antiguas:

*“Se ha dicho que, en lo penal, la historia de México comienza con la conquista, pues todo lo anterior, protohistoria y prehistoria, está por descubrir todavía. O los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, o si lo tenían nada les quedó después de la conquista; fue borrado y suplantado por la legislación colonial tan rica. La influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación; los mexicanos, aun el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir, que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos”.*⁴

Sin embargo la gran mayoría de la información sobre el Derecho penal pre-colonial fue sacada de los códices, pues en éstos “se encuentra claramente expresado, con escenas pintadas, cada uno de los delitos y sus penas”.⁵ La mayor parte de los documentos⁶ “fueron destruidos por los propios españoles”.⁷ Lo poco que quedó de las pinturas “fueron interpretadas y plasmadas por los cronistas”.⁸

⁴ Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 22a. edic. Ed. Porrúa. México, 2004. p. 128.

⁵ Esquivel Obregón. Apuntes para la historia del Derecho en México. Tomo I. Ed. Polis. México, 1937. p. 380.

⁶ Códices o pergaminos. “Estos códices fueron hechos con hojas finas de vegetal amate pegadas en tiras, aderezadas con una especie de barniz blanco sobre el cual los aztecas dibujaban y coloreaban sus representaciones e ideas; fueron hechos con el fin de transmitir a la posteridad parte de su historia, de su cultura, de sus sistemas de vida, jurídica y de gobierno tratando de asegurar, además de la tradición verbal, el conocimiento de los sucesos de mayor relevancia y que preocupaban su atención como sociedad avanzada”. Díaz de León, Marco Antonio. Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos. T I. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 39.

⁷ López Betancourt, Eduardo. Introducción al derecho penal. 13a. edic. México, 2007. p. 21.

⁸ Díaz Aranda, Enrique. Derecho Penal, parte general. Ed. Porrúa. 2a. edic. México, 2004. p. 9.

Es cierto también que la mayoría de las normas jurídicas de la antigüedad eran penales ya que “se destinaban más a regular la seguridad de las personas y del Estado que a los bienes, o sea que preferentemente correspondían a la naturaleza penal que a la civil”.⁹

A continuación podremos constatar que sí existían antecedentes del Derecho Penal Familiar en las antiguas civilizaciones, constituyendo así parte importante de la **génesis** de la protección familiar en nuestro país.

Teja Zabre, citado por Díaz Aranda, nos recuerda que algunos de los delitos y sanciones que se imponían en el territorio de la triple alianza eran:

- *“Aborto voluntario: muerte al delincuente y al cómplice.*
- *Adulterio: muerte a los autores.*
- *Homicidio: pena de muerte sin que valiera como atenuante el celo del amante o marido agraviado.*
- *Incesto en primer grado de afinidad o consanguinidad: muerte”.*¹⁰

Por lo que hace a la ley escrita, se tiene como verdad la existencia de un código penal de Netzahualcóyotl, para Texcoco, en donde el juez tenía amplia libertad para fijar las penas encontrándose principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión, o destitución de empleo y hasta la prisión en cárcel, o en el propio domicilio.

En este código “los adúlteros sorprendidos in fraganti delito eran lapidados o estrangulados”.¹¹ Algunas de las ordenanzas (1 y 11) son reproducidas por Carranca de la siguiente manera:

⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos. T I. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 29.

¹⁰ Díaz Aranda. Op. cit. p. 10.

¹¹ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 129.

“1.- La primera que si alguna mujer hacía adulterio a su marido viéndole él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis.

11.- La adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para la justificación fuere bastante la denuncia del marido. Pero si este no los aprehendiese en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados”.¹²

Se observa a continuación, una primigenia justificación a la existencia del Derecho Penal Familiar cuando se expresaba en la antigüedad que:

“Al adúltero, si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospechas del marido y se venían a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por nota y mal ejemplo de la vecindad, el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros y terceras”.¹³

Es decir, que en el pasado aunque no existiera una acusación del marido, se podía castigar por la simple *“nota y mal ejemplo de la vecindad”*, derivándose que el interés protegido en esos delitos, no era individual, sino colectivo.

Lo que hace pensar que el fundamento de aplicación en esa época se basaba en principios de carácter moral, ya que el dar un mal ejemplo a la vecindad con su conducta, hacía acreedora a la mujer adúltera a una sanción.

También de las leyes de los Tlaxcaltecas se desprende que existía la pena de muerte para el que faltara el respeto a sus padres, para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio, para los adúlteros y para el

¹² Idem.

¹³ Ibidem. pp. 129-130.

incestuoso en primer grado. Siendo la forma de ejecución de la pena de muerte el *“ahorcamiento, lapidación, decapitación o descuartizamiento”*.¹⁴

Antecedentes los anteriores de lo que podría ser una primigenia violencia familiar psico-emocional, ya que se castigaba la *“falta de respeto a los padres”*, apuntando que se podía castigar penalmente al menor de edad por esta y otras conductas. A este respecto Díaz De León menciona que *“era de suma importancia el bien jurídico de respeto a los padres, cuya falta se consideraba delito grave merecedor, a veces de la pena de muerte”*.¹⁵

De igual forma, otras conductas como el incesto o el homicidio con relación al parentesco también tienen un antecedente en el Derecho Indígena. *“La mala administración de la fortuna de los padres hacía acreedores a los hijos a la pena del garrote”*.¹⁶

Se puede apreciar que en los delitos que se consideraban graves se encontraba el adulterio y el incesto, siendo que *“estos actos se castigaban con la pena de muerte (mediante lapidación decapitación y descuartizamiento), destierro, la cárcel, los azotes y las mutilaciones”*.¹⁷

El matrimonio en las culturas antiguas se podía celebrar a los *“veintidós años para el hombre y entre los diez y dieciocho para la mujer; contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía a tiempo no podía contraerlo después, y era mal visto”*.¹⁸

Para el hombre era lícita y muy frecuente la poligamia y existieron diferentes rangos para las esposas. *“Se menciona también un matrimonio sujeto a*

¹⁴ Ibidem. p. 131.

¹⁵ Díaz de León. Op. cit. p. 29.

¹⁶ Esquivel Obregón. Op. cit. p. 382.

¹⁷ Betancourt. Op. cit. p. 23.

¹⁸ Ibidem. p. 363.

condición suspensiva [...] si la mujer tenía un hijo de tal unión, los parientes podían exigir al hombre que se casara o la devolviera”.¹⁹

Esquivel nos hace ver que existía también la separación lícita de los que se unían en matrimonio, existiendo causales específicas para el caso del hombre y de la mujer: *“en cuanto al primero lo fundaba el que la mujer fuera estéril o pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe cuáles serían las causas aceptadas de separación”*.²⁰

Es dicho de varios autores que el Derecho Penal Mexicano, específicamente el precortesiano, es testimonio de severidad moral y de concepción dura de la vida²¹, debido a las penas y castigos que se imponían, ya que se establecían *“penas atroces casi siempre la de muerte por faltas a veces ligeras”*.²² En palabras de Malo *“el México Azteca se conformó en una estructura social y política teocrática militar, que en relación con su sistema punitivo, implicó un régimen severo y rígido como orden jurídico”*.²³

De igual forma se tienen antecedentes de que las penas trascendían al ofensor, *“como en el caso de la traición, en que, además de la muerte del traidor, los miembros de su familia hasta el cuarto grado eran reducidos a esclavitud”*.²⁴

Otro caso era el de atribución de funciones que no le correspondían a quien las usurpaba por pertenecer estas a los gobernadores del pueblo, *“todos los parientes del ofensor, hasta el cuarto grado eran desterrados”*.²⁵ Así, AZZOLINI

¹⁹ Idem.

²⁰ Esquivel Obregón. Op. cit. p. 365.

²¹ De ahí que se haga referencia de que el Derecho Penal precortesiano era “Draconiano” significa que era un derecho severo, Draconiano viene de Dracón, un legislador de Atenas que castigaba con la muerte a las personas aunque sus delitos fueren menores. las leyes de Dracón se escribieron en el año 621 a.C. y son conocidas como el Código Draconiano.

²² Esquivel Obregón. Op. cit. p. 379.

²³ Malo Camacho. Op. cit. p. 160.

²⁴ Ibidem. p. 381.

²⁵ Idem.

nos hace ver que “dos son los grupos de delitos sobresalientes: las violaciones a las reglas de la vida antigua y tradicional y las ofensas al soberano”.²⁶

Por lo que la lesión a los valores de las tradiciones sociales conformaban los delitos en la antigüedad, lo que nos da una pista de lo que *justificaba* la aplicación de una pena.

También es importante señalar que en la antigüedad no se conocía el principio de proporcionalidad como lo conocemos en la actualidad, es decir, “*carecían de una correcta proporción entre delito y pena*”.²⁷

Las clasificaciones de los delitos respondían a ciertos aspectos como la seguridad del imperio (seguridad pública); la moral; el gobierno; la milicia; la seguridad de las personas, su integridad, su sexualidad o patrimonio y “el orden de las familias”.²⁸

LOS PUREPECHAS

Para Betancourt esta civilización “es distinta en costumbres, lenguaje y en general en sus rasgos culturales a los otros pueblos”²⁹ sin “perder su inclinación religiosa es profundamente moralista, originando con ello que se identifique más con el derecho”.³⁰

De igual manera su derecho penal fue más rígido y severo que el de las demás culturas, “tan es así que, en materia penal, los purépechas llegan a aplicar sanciones, con extrema crueldad; perseguían con mayor dureza los delitos de homicidio, traición a la patria y adulterio”.³¹

²⁶ Azzolini, Alicia. El Derecho penal ayer y hoy. PGR. México 1993. p. 18.

²⁷ Idem.

²⁸ Ibidem. p. 19.

²⁹ Betancourt. Op. cit. p. 25.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

Las penas más usadas eran la pena de muerte, la confiscación de bienes, destrucción del hogar, el destierro o expulsión, arresto y prisión. “El adulterio se castigaba con la muerte y si el esposo le encontraba *in fraganti*, la podía golpear pero no matar, puesto que la venganza privada estaba prohibida”.³²

LOS MAYAS

En la Civilización Maya “la pena también tenía características de severidad y dureza”.³³ El orden social era fundamental en esta civilización y quien lo transgredía era castigado penalmente con las sanciones más crueles, “la función represora la mantenía el estado, se castigaba basándose en el resultado y no en la intención”.³⁴ La disciplina y el respeto eran valores fundamentales los que se protegían con las más duras penas.

Por lo que hace al derecho de familia de los Mayas, el matrimonio como forma de creación de la familia era monogámico, “pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presenta una especie de poligamia sucesiva”.³⁵

En la civilización maya el hombre tenía un papel muy importante, lo que se refleja hasta en los delitos del orden familiar, ya que en el adulterio solo era castigada la mujer, siendo el hombre el que podía otorgar el perdón o decidir que se ejecutará la pena. La mujer no era tomada en consideración y constantemente era excluida de las actividades de relevancia en la cultura maya:

“El papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente: en la civilización maya no hallamos rasgo alguno del matriarcado, salvo, quizá, la función profetisa que correspondía a algunas mujeres, y la existencia de ordenes de vírgenes con funciones sacrales. Por lo demás la

³² Ibidem. p. 26.

³³ Amuchategui. Op. cit. p. 12.

³⁴ Betancourt. Op. cit. p. 24.

³⁵ Margadant S. Guillermo F. Introducción a la historia del Derecho mexicano. Ed. Esfinge. 18a. edic. México, 2006. p. 21.

*mujer ni siquiera podía entrar en el templo o participar en los ritos religiosos”.*³⁶

En el derecho penal Maya se castigaba con pena capital aquellas conductas que lesionaban las *costumbres más arraigadas* de la comunidad. Uno de los delitos principales era el adulterio.

En el adulterio el marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel solo era repudiada). “También para la violación y el estupro existía la pena capital (lapidación)”.³⁷

Como en la mayoría de las civilizaciones antiguas el juez era un personaje principal de la justicia. En el pueblo maya “el juez local, el batab, decidía en forma definitiva, y los tupiles, (policías-verdugos), ejecutaban la sentencia definitivamente”.³⁸

En tal sentido una clase de justificación para la sanción de las conductas antes descritas era que las sociedades antiguas estaban basadas en aspectos morales y quien no respetaba las costumbres de su comunidad, se consideraba que era un gran peligro a la estabilidad moral.

LOS AZTECAS

La civilización azteca se estableció en el Valle de México, con el paso del tiempo y después de un gran esfuerzo construyeron el imperio de Tenochtitlán, el cual se transformó de una forma de gobierno aristocrática a una monarquía, la cual contó con reyes como Netzahualcóyotl, quien como ya dijimos, es precursor en dictar leyes escritas, como bien describe Margadant:

³⁶ Idem.

³⁷ Margadant. Op. cit. p. 21.

³⁸ Ibidem. p. 22.

*“En vísperas de la conquista parece haberse presentado un modesto movimiento codificador, quizá más bien para el uso de los jueces que para la orientación del público en general, al que suele ligarse el nombre del rey poeta de Texcoco, Netzahualcóyotl”.*³⁹

De tal forma que la civilización azteca “como sistema jurídico dominante, respetó los sistemas jurídicos de la mayor parte de los pueblos conquistados del territorio mesoamericano”.⁴⁰

Por lo que de acuerdo a lo anterior, “este imperio no tuvo un derecho uniforme: la política azteca era la de no quitar a los pueblos subordinados su propia forma de gobierno o su derecho; lo importante era que el tributo llegara en la forma convenida”.⁴¹

La religión era fundamental y central en las culturas prehispánicas. El derecho de familia azteca se basaba en la institución del matrimonio, era una de las instituciones más importantes en las que se basaba la configuración del imperio, aún cuando se permitía la poligamia:

*“El matrimonio fue potencialmente poligámico (en Texcoco y Tacuba solo tratándose de nobles), pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de la repartición de la sucesión del padre”.*⁴²

En cuanto a la celebración del matrimonio “era formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas ocasiones hubo matrimonio por raptó o por

³⁹ Margadant. Op. cit. p. 23.

⁴⁰ González Galván, Jorge A. Derecho Indígena. McGrawhill. México, 1997. p. 16.

⁴¹ Margadant. Op. cit. p. 23.

⁴² Idem.

venta”⁴³ debido a las formalidades religiosas tan rigurosas, la lesión al valor de la unión matrimonial hacía merecedor a una pena a quien lo transgredía. “Los matrimonios podían celebrarse baja condición resolutoria o por tiempo indefinido”.⁴⁴

La disolución del vínculo matrimonial, es decir el divorcio, era posible, en palabras de Margadant:

*“Con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etcétera) solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de los bienes”.*⁴⁵

Ya en materia de delitos, Betancourt expresa que:

*“En materia penal, los aztecas se esforzaron por dividir a los delitos tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, esto es, consideraron como núcleo en la agrupación de los delitos aquello que resaltara alguna característica similar o semejante”.*⁴⁶

Lo que quiere decir que se formaron grupos de conductas que lesionaban el mismo valor como la integridad corporal o el patrimonio.

Se dice que no existió la composición como medio de solución alterna en el Derecho penal azteca, entre ofensor y ofendido y la familia de este, como sí existió en la Edad Media Europea; tampoco existía la venganza privada “en el caso de

⁴³ Idem.

⁴⁴ Margadant. Op. cit. p. 32.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Betancourt. Op. cit. p. 23.

adulterio in fraganti pues el marido que en tal caso mataba a los culpables era muerto también como homicida”.⁴⁷

La severidad fue un punto común en esta y en todas las culturas antiguas, así, “el derecho penal [azteca] era, desde luego, muy sangriento”.⁴⁸ Como formas de ejecución de las penas se utilizaban, como en la mayoría de las civilizaciones antiguas mexicanas, “la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo”.⁴⁹

González Galván nos recuerda que Alcobiz publicó en 1543 una recopilación de leyes en las cuales constaba que la pena de muerte era aplicada a la mala brujería, a los asaltantes de caminos, a los *incestuosos*, *adúlteros*, travestis, traidores, los jueces injustos y otro tipo de “delincuentes”.⁵⁰

Ocupando como recurso para la erradicación de ciertas conductas la combinación de ciertas penas, “a veces la pena capital fue combinada con la con la confiscación”.⁵¹

También nos recuerda Margadant que “otras penas fueron la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad fueron lugares de lenta y miserable eliminación”.⁵²

⁴⁷ Esquivel Obregón. Op. cit. p. 380.

⁴⁸ Margadant. Op. cit. p. 33.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ González Galván. Op. cit. p. 17.

⁵¹ Margadant. Op. cit. p. 33.

⁵² Idem.

En el catalogo de los delitos graves siempre se encontraban delitos del orden familiar como “el adulterio, aborto, incesto, parricidio y filicidio”.⁵³ Cuando el esposo encontraba a su cónyuge en flagrante delito de adulterio y la asesinaba por tal razón “no constituía una circunstancia atenuante”.⁵⁴

Por lo que hace a las relaciones familiares “el respeto a los padres se consideraba esencial para la subsistencia de la sociedad; las faltas respectivas se podían castigar con la muerte”.⁵⁵

Aquí encontramos otra justificación para la aplicación del Derecho penal familiar en las antiguas civilizaciones, la subsistencia de la sociedad, es decir, la preponderancia de los valores sociales a los individuales.

Otro tipo de justificaciones a la aplicación de las penas del derecho penal pre-colonial como bien expresa Esquivel, son que “en la comisión de un delito lo único que se veía era *la transgresión de una costumbre, el desobedecimiento a un mandato expreso o tácito del soberano*, y la base del castigo era la misma que en un ejército: *la violación de la disciplina*”.⁵⁶

El autor referido hace hincapié en una de las justificaciones que encuentra el Derecho Penal mexicano de la antigüedad “ya que el castigo no era basado en un interés social”,⁵⁷ sino en la transgresión al orden social y moral.

De lo anteriormente descrito y expuesto se pueden desprender varias conclusiones:

⁵³ Amuchategui. Op. cit. p. 11.

⁵⁴ Margadant. Op. cit. p. 33.

⁵⁵ Ibidem. p. 34.

⁵⁶ Esquivel Obregón. Op. cit. 380.

⁵⁷ Ibidem. p. 383.

- El derecho indígena constituye el primer gran antecedente del Derecho Penal Familiar mexicano, al tipificar conductas como el adulterio, la violencia familiar y el incesto.
 - Los delitos y conductas que se castigaban con la muerte o con otras penas realmente sangrientas.
 - Los jueces tenían amplias facultades para hacer valer su criterio.
- La justificación que encontraba la imposición de las sanciones era preponderantemente moral.

1.2 Etapa colonial

Una afirmación contundente hace el maestro Carranca al decir que “la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano”,⁵⁸ existiendo muchas normas que a su vez eran dispersas, que regulaban la vida de los territorios descubiertos por España.

De igual forma para la colonización española encabezada por el reino de Castilla constituyó la base de la subordinación de los sistemas jurídicos indígenas americanos, por lo que nada o poco nada quedó del derecho indígena mexicano después de la conquista.

Según Betancourt, “el 13 de agosto de 1521, fecha de la caída de Tenochtitlán, se inicia propiamente la época colonial”.⁵⁹ Los españoles que vinieron a ocupar el territorio indígena estuvieron aproximadamente 300 años, “periodo durante el cual se producen diversas transformaciones tanto en la sociedad como en el ejercicio del poder político”.⁶⁰

Después de la caída de Tenochtitlán se creó el Virreinato de la Nueva España la cual aplicaba tres tipos de leyes: “las destinadas a todo el territorio

⁵⁸ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 132.

⁵⁹ Betancourt. Op. cit. p. 26.

⁶⁰ Azzolini. Op. cit. p. 20.

español, las dirigidas a las colonias de ultramar y las exclusivas de la Nueva España”.⁶¹

Los ordenamientos jurídicos que existieron en esa época eran sin duda Derecho español ya que “*las Indias Occidentales quedaron incorporadas a la Corona de Castilla*”,⁶² siendo el Derecho Castellano o de Castilla el que rigió los primeros momentos de la conquista.

En palabras de Malo “el antecedente directo del orden jurídico actual, es el orden colonial compuesto por un acervo considerable de leyes, no siempre uniformes, leyes dictadas en España para España y aplicadas en la Nueva España (sic)”.⁶³

El casuismo era predominante, leyes y reglas que aparecían según el caso que se presentaba, sin embargo “contemplaba conjuntamente con la definición de delito las reglas probatorias observables”.⁶⁴

Un poco más del derecho de esa época y de los antecedentes penales familiares los observamos en las figuras jurídicas que analiza Azzolini cuando dice que:

“Se distinguía entre los delitos intencionales y los cometidos imprudencialmente y se preveían como circunstancias que eximían de responsabilidad la legítima defensa propia o de un pariente. Tampoco eran responsables los enajenados mentales, los menores, el marido o el padre de la adúltera, que sorprendiéndola, mate a uno o ambos culpables”.⁶⁵

⁶¹ Betancourt. Op. cit. p. 27.

⁶² Ibidem. p. 22.

⁶³ Malo Camacho. Op. cit. p. 160.

⁶⁴ Azzolini. Op. cit. p. 22.

⁶⁵ Ibidem. p. 23.

La religión fue parte importante del derecho colonial, lo que se apreciaba en el derecho indígena de igual forma, solo que era más claro en la colonia ya que *“la normatividad penal estaba embuida [sic] de un alto contenido religioso confundiendo en ocasiones la noción de delito con la del pecado”*.⁶⁶

Una conclusión que es dable a destacar es que algunos delitos penales familiares como el de bigamia o adulterio encontraban su justificación en la religión; lo que se observaba en las sociedades mexicanas antiguas y así también en la colonia.

Por lo que existieron interesantes e importantes antecedentes de lo que es hoy el Derecho Penal Familiar, como nos hace ver Moneva: “en los delitos contra las personas existió el parricidio que se castigaba con cadena perpetua, el infanticidio y el aborto castigados con pena de prisión, y el adulterio cometido por la mujer castigado con destierro”.⁶⁷ Otros delitos atentaban contra la moralidad sexual, ya que se castigaba a quien tenía relaciones “extramaritales”.⁶⁸

Otras figuras jurídicas que no eran delitos pero que aparecieron en la Colonia y que se relacionan con nuestro tema de investigación son el indulto o el perdón, en estos términos Azzolini nos explica que:

“La Corona otorgaba periódicamente indultos generales en ocasión de un matrimonio en la familia real, un nacimiento o un triunfo militar. La Audiencia, por su parte, concedía indultos cuando la familia de la víctima otorgaba su consentimiento”.⁶⁹

⁶⁶ Azzolini. Op. cit. p. 24.

⁶⁷ Moneva y Puyol. Introducción al Derecho Hispánico. 3a. edic. Ed. Labor. p. 386. Barcelona, 1931.

⁶⁸ V. gr. Bigamia o Adulterio. Lo que parece curioso es que quienes eran acusados más por delitos de esta clase eran los propios españoles.

⁶⁹ Azzolini. Op. cit. p. 25.

Por lo que hace a la materia penológica, las sanciones *“eran trascendentes y sobre todo en el caso de herejes pertinentes, se extendían a la familia, la que perdía todos los bienes y ciertos derechos”*.⁷⁰ Existió un catalogo de penas en esa época las cuales consistían en: “pena de muerte, horca, prisión azotes destierro, trabajos forzados en arsenales o en obras públicas, relegación, proscripción, multa, confiscación, castración de negros cimarrones, trabajo en los conventos”,⁷¹

Lo que fue diferente en la época precortesiana es que aunque las penas seguían siendo crueles, más si se trataba de indígenas, existían otras opciones además de la muerte o cercenación de algún miembro, v. gr. los trabajos forzados en favor de la sociedad.

La inquisición tuvo presencia en la Colonia y entre las conductas que eran perseguidas y sancionadas por esta se encontraba la bigamia y el “matrimonio de religiosos”.⁷² El delito fue entonces entendido desde la doble “perspectiva religiosa y política”,⁷³ podía ser un pecado o un atentado contra la seguridad del Estado.

Para unos autores las Leyes de Indias “constituían el principal cuerpo legal de la Colonia que se aplicó en la Nueva España”.⁷⁴ Estas Leyes fueron recopiladas por mandato del Virrey en 1563 y su número llegó en ese entonces a 6447,⁷⁵ sin embargo la recopilación más importante fue la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1680.

Por lo que hace a la regulación del derecho de familia, de éste se hace referencia de en el Libro VII, Título III, pero es en el Título VIII donde se encuentra el catálogo de delitos para esa época.

⁷⁰ Ibidem. Op. cit. p. 27.

⁷¹ Díaz Aranda. Op. cit. p. 12.

⁷² Amuchategui. Op. cit. p. 12.

⁷³ Díaz Aranda. Op. cit. p. 12.

⁷⁴ Amuchategui. Op. cit. p. 12.

⁷⁵ Díaz Aranda. Op. cit. p. 11.

Encontramos el antecedente en la Colonia del delito de adulterio, mismo que siempre ha estado presente en las normas que nos ocupan, transcribiendo lo que se expresaba de ésta conducta en el texto de la Recopilación:

“Libro VII. Título ocho.

Ley iiij. *En el delito de adulterio proceden nuestras lusticias contra las mestizas, conforme a las leyes de estos Reynos de Castilla, y las guarden como disponen, respecto de las mujeres españolas.*

Ley vij. *Los alguaziles no prendan a ninguna mujer por manceba de Clérigo, Frayle, o casado, sin preceder información por donde conste el delito.*

Ley viij. *Ordenamos, que si hubiera sospecha de que algunas Indias viven amancebadas, sean apremiadas por las lusticias a que se vayan a sus pueblos, o a servir, señalándoles salario competente.”⁷⁶*

En esa época regía supletoriamente en las colonias todo el Derecho de Castilla, por lo que las fuentes en ambas eran comunes. Así tuvieron aplicación el Fuero Real (1255), las Partidas (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación.

De las Siete Partidas de Alfonso el sabio, la séptima es la que nos interesa por contener algunas leyes de Derecho Penal Familiar y porque era la que más frecuentemente se aplicaba, encontrando aquí antecedentes importantes de ciertos delitos, como a continuación se transcriben y se explican.

⁷⁶ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

A los que cometían el delito de traición o fueran copartícipes en su comisión se les imponía la pena de muerte y además su familia, “hijos varones quedaban infamados”.⁷⁷ Las hijas de los que cometían el ilícito no perdían ningún derecho.

“Título 2: De las traiciones.

Ley 2: *Cualquier hombre que hiciese alguna de las maneras de traición que dijimos [en la ley 1] o diere ayuda o consejo que la hagan, debe morir por ello [...] y además todos sus hijos que son varones deben quedar infamados para siempre. Pero las hijas de los traidores bien pueden heredar hasta la cuarta parte de los bienes de sus padres; y esto es porque no debe hombre estimar que las mujeres hiciesen traición ni semejasen en esto tan de ligero a su padre como los varones; y por eso no deben sufrir tan gran pena como ellos”.*⁷⁸

La infamia era más bien un tipo de sanción que nacía de los delitos previstos en las Partidas. Esta figura también aparecía si el matrimonio se celebraba sin las formalidades legales de la época o porque así lo dispusiera el padre en su testamento para con sus hijos.

“Título 6: De los infamados.

Ley 2: *Infamado es de hecho aquel que no nace de casamiento derecho según la santa iglesia manda. Eso mismo sería cuando el padre infamase a su hijo en su testamento diciendo algún mal de él”.*⁷⁹

De igual forma la mujer adúltera era infamada si se le hallaba en flagrancia o no esperaba un año después de muerto su marido para volver a relacionarse con un hombre. También si su padre la casaba con otro hombre sin esperar un año después de muerto su yerno.

⁷⁷ La pena de *infamación* era de singular aplicación en esa época, ya que la fama y la honra, eran cualidades de gran valor personal y se pensaba que su conminación en una norma penal, disuadía de la realización de ciertas conductas.

⁷⁸ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

⁷⁹ Idem.

*“Ley 3: Siendo la mujer casada hallada en algún lugar que hiciese adulterio con otro, o si se casase por palabras de presente o hiciese maldad de su cuerpo antes que se cumpliese el año en que muriera su marido, es infamada por derecho. En ese mismo infamamiento caería el padre si antes que pasase el año en que fuese muerto su yerno, casase a su hija que fuera mujer de aquel, a sabiendas. Y moviéronse los sabios antiguos por dos razones a vedar a la mujer que no casase en este tiempo después de la muerte de su marido. La primera es porque sean los hombres ciertos que el hijo que nace de ella es del primero marido. La segunda es porque no puedan sospechar contra ella, pues que casa tan pronto, que fue en culpa de la muerte de aquel con quien estaba antes casada”.*⁸⁰

Otra figura de la cual se encuentra antecedente es la excusa absolutoria cuando se comete homicidio en estado de emoción violenta, ya que según se transcribe *infra*, al padre, hermano o esposo que hallaba a alguien yaciendo con su hija, hermana o esposa a la fuerza y cometía homicidio no se le imponía pena alguna por tal deshonor.

“Título 8: De los homicidios.

Homicidio es cosa que hacen los hombres a veces de manera injusta y a veces con derecho.

Ley 1: Homicidium en latín tanto quiere decir en romance como matamiento de hombre; y de este nombre fue tomado homecillo; según lenguaje de España. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando mata un hombre a otro torticeramente; la segunda es cuando lo hace con derecho en defensa propia, la tercera cuando acaece por ocasión.

Ley 3: Hallando un hombre a otro que trababa de su hija o de su hermana o de su mujer con quien estuviese casado según manda la iglesia, por yacer con alguna de ellas por fuerza, si lo matase entonces cuando lo

⁸⁰ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

*hallase que le hacía tal deshonra como esta, no cae en pena ninguna por ello”.*⁸¹

Las injurias en razón al parentesco aparecían establecidas en ésta séptima partida, en el Título 9, como a continuación se transcribe:

“Título 9: De las deshonras y de los tuertos.

Ley 1: *Iniuria en latín tanto quiere decir en romance como deshonra que es hecha o dicha a otro a tuerto o a desprecio de él.*

Ley 20: *Entre las deshonras que los hombres reciben unos de otros hay muy gran diferencia, pues tales hay de ellas a las que dicen en latín atroces que quiere tanto decir en romance como deshonras crueles y graves, y otras hay que son leves. Y las que son graves pueden ser conocidas en cuatro maneras [...] La tercera manera es por razón de la persona que recibe la deshonra, así como si el padre recibe deshonra de su hijo, o el abuelo de su nieto”.*⁸²

En el Título 15 se encuentra el daño en propiedad o persona ocasionado por las por las bestias propiedad de las personas, quienes tenían la obligación de indemnizar por los destrozos ocasionados por aquellas y en el caso de que muriera alguien los herederos tenían derecho al pago en oro por la pérdida.

“Título 15: De los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otro, de cualquier naturaleza que sean.

Ley 23: *León y oso u onza o leopardo o lobo cerval o jineta o serpiente u otras bestias que son bravas por naturaleza, teniendo algún hombre en casa, débela guardar y tener presa de manera que no haga daño a ninguno; y si por ventura no la guardase así, e hiciese daño en alguna cosa de otro, débelo pagar doblado el señor de la bestia a aquel que lo recibió*

⁸¹ Idem.

⁸² Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

*[...] Y si aquel que las heridas recibió muriere, debe pagar por ello aquel cuya era la bestia doscientos maravedís de oro, la mitad a los herederos del muerto”.*⁸³

El adulterio siempre ha tenido antecedentes importantes constituyendo así uno de los ilícitos que era común penar en épocas pasadas. De esta forma las partidas de Alfonso el Sabio lo consideraba como uno de los mayores yerros que causaba daño y deshonor.

“Título 17: De los adulterios.

Uno de los mayores yerros que los hombres pueden hacer es adulterio, de lo que no se les levanta tan solamente daño, mas aun deshonor.

Ley 1: *Adulterio es yerro que hombre hace yaciendo a sabiendas con mujer que es casada o desposada con otro; y tomó este nombre de dos palabras de latín alterius y torus, que quiere tanto decir en romance como lecho de otro, porque la mujer es contada por lecho de su marido, y no él de ella”.*⁸⁴

Correspondía al marido, al padre, hermano o a su tío hacer la acusación correspondiente por adulterio.

“Ley 2: *Mujer casada haciendo adulterio, en tanto que el marido la tuviere por su mujer y que el casamiento no fuere disuelto, no la puede otro ninguno acusar sino su marido o el padre de ella o su hermano o su tío hermano de su padre o de su madre, porque no debe ser denostado el casamiento de tal mujer por acusación de hombre extraño, pues que el marido y los otros parientes sobredichos de ella quisieren consentir, y sufrir y callar su deshonor”.*⁸⁵

⁸³ Idem.

⁸⁴ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

⁸⁵ Idem.

El procedimiento para los que sospechaban de adulterio de su mujer estaba establecido para los efectos de que la venganza estuviera justificada como a continuación se aprecia:

*“Ley 12: Sospechando algún hombre que su mujer hiciese adulterio con otro o que se trabajaba por hacerlo, debe el marido afrontar por escrito ante hombres buenos a aquel contra quien sospecha, prohibiéndole que entre o se aparte en ninguna casa ni en otro lugar con ella, ni le diga ninguna cosa porque tenga sospecha contra él que se trabaja por hacerle deshonor, y esto le debe decir tres veces. Y si por ventura por tal afrenta como esta no se quisiere corregir, si el marido hallare después de eso a aquel hombre con ella en alguna casa o en lugar apartado, si lo matare, no debe por ello recibir pena ninguna. Y si por ventura lo hallare con ella en alguna calle o carrera, debe llamar tres testigos y decirles así: "hago afrenta de vos de cómo habla fulano con mi mujer contra mi prohibición", y entonces débelo prender, si pudiere darlo al juez, y si no lo pudiera prender, débelo decir al juez del lugar y pedirle de derecho que lo recaude, y el juez débelo hacer, y si hallare en verdad que habló con ella después que le fue prohibido así como sobredicho es, débele dar pena de adulterio tanto como si fuere acusado y vencido de ello. Y aun decimos que si el marido lo hallase hablando con ella en la iglesia después que se lo hubiese prohibido, que entonces no lo debe él prender, mas el obispo o los clérigos del lugar lo deben dar en poder del juez a la demanda del marido, para que sea tomada venganza de aquel que este yerro hace”.*⁸⁶

También en este capítulo se encontraba la excusa absolutoria de quien cometía el delito de homicidio matando a quien yacía con su esposa y los encontraba en flagrante delito. Sin que se le dé el derecho de matar a su esposa, siendo su única obligación entregarla a las autoridades.

⁸⁶ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

“Ley 13: *El marido que hallare a algún hombre vil en su casa o en otro lugar yaciendo con su mujer, puédelo matar sin pena ninguna, aunque no le hubiese hecho la afrenta que dijimos en la ley antes de esta. Pero no debe matar a la mujer, mas debe hacer afrenta ante hombres buenos de como la halló, y después meterla en mano del juez y que haga de ella la justicia que la ley manda. Pero si este hombre vil fuere tal a quien el marido de la mujer deba guardar y hacer reverencia, como si fuese su señor u hombre que lo hubiera hecho libre, o si fuese otro hombre honrado y de gran lugar, no le debe matar por ello, mas débele hacer afrenta de como lo halló con su mujer, y acusarle de ello ante el juez del lugar, y el juez, después que supiere la verdad, puédele dar pena de adulterio”.*⁸⁷

Para el hombre adúltero la pena era la muerte y para la mujer eran los azotes, la exhibición pública y el encierro en un monasterio, perdiendo otros derechos.

“Ley 15: *Acusado siendo algún hombre que había hecho adulterio, si le fuere probado que lo hizo, debe morir por ello, mas la mujer que hiciese el adulterio, aunque le fuese probado en juicio, debe ser castigada y herida públicamente con azotes y puesta y encerrada después en algún monasterio de dueñas; y además de esto debe perder la dote y las arras que le fueron dadas por razón del casamiento y deben ser del marido. Pero si el marido la quisiese perdonar después de esto, puédelo hacer hasta dos años. Y si por ventura no la quisiese perdonar, o se muriese él antes de los dos años, entonces debe ella recibir el hábito del monasterio y servir en él a Dios para siempre como las otras monjas”.*⁸⁸

El Título 19 habla de los hombres que se relacionan con mujeres por medio del engaño o la fuerza. En el Derecho penal familiar, constituye una figura de

⁸⁷ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

⁸⁸ Idem.

interés ya que se consideraba que la mujer después de muerto su esposo, debía guardar un tiempo para volver a casarse, por lo que el matrimonio existía aun después de la muerte y si alguien yacía con una mujer viuda por la fuerza o por engaños lesionaba el bien jurídico de familia.

“Título 19: *De los que yacen con mujeres de orden o con viuda que viva honestamente en su casa o con vírgenes, por halaga o por engaño, no haciéndole fuerza. Castidad es una virtud que ama Dios y deben amar los hombres y según dijeron los sabios antiguos tan noble y tan poderosa en su bondad, que ella sola cumple para presentar las almas de los hombres y de las mujeres castas a Dios; y por ello yerran muy gravemente aquellos que corrompen las mujeres que viven de esta manera en religión o en sus casas, teniendo viudedad o siendo vírgenes.*

Ley 1: *Gravemente yerran los hombres que hacen por corromper las mujeres religiosas, porque ellas son apartadas de todos los vicios y de los sabores de este mundo, y se encierran en los monasterios para hacer áspera vida con intención de servir a Dios. Otrosí decimos que hacen muy gran maldad aquellos que sonsacan por halago o de otra manera a las mujeres vírgenes o a las viudas que son de buena fama y viven honestamente, y mayormente cuando son huéspedes en las casa de sus padres o de ellas, o los que hacen esto estando en casa de sus amigos”.*⁸⁹

De igual forma el rapto de las mujeres viudas estaba regulado de la siguiente manera:

“Título 20: *De los que fuerzan o llevan raptadas vírgenes o las mujeres de orden o las viudas que viven honestamente.*

Ley 1: *Forzar o robar mujer virgen, casada o religioso o viuda que viva honestamente en su casa, es yerro y maldad muy grande; y esto es por dos razones: la primera es porque la fuerza es hecha contra personas que viven honestamente a servicio de Dios y por bienestar del mundo; la otra es que*

⁸⁹ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

hacen muy gran deshonra a los parientes de la mujer forzada, y además hacen muy gran atrevimiento contra el señorío, forzándola en menosprecio del señor de la tierra donde es hecho.

Ley 3: *Raptando algún hombre mujer virgen o viuda de buena fama o casada o religiosa, o yaciendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, debe morir por ello, y además deben ser todos sus bienes de la mujer que así hubiere robado o forzado, fuera de si después de eso ella casase de su grado con aquel que la forzó o robó, no habiendo otro marido; y entonces la mujer forzada, si ellos no consintieron en la fuerza ni en el casamiento; y si probado les fuere que habían consentido en ello, entonces los bienes del forzador deben ser del padre y de la madre de la mujer forzada, si ellos no consintieron en la fuerza ni en el casamiento; y si probado les fuere que habían consentido en ello, entonces deben ser todos los bienes del forzador de la cámara del rey; pero de estos bienes deben ser sacadas las arras y las dotes de la mujer del que hizo la fuerza y otrosí las deudas que había hecho hasta aquel día en que fue dado el juicio contra él. Y si la mujer que así hubiese forzado o robado fuese monja o religiosa, entonces todos los bienes del forzador deben ser del monasterio de donde la sacó”.⁹⁰*

Los alcahuetes eran los encubridores de esa época. Se penaba a los que encubría a los que cometían adulterio, prestando en su casa obteniendo un beneficio económico.

“Título 22: De los alcahuetes

Ley 2. *Y son cinco maneras de alcahuetes [...] la quinta es si alguno consiente que alguna mujer casada u otra de buen lugar haga fornicio en su casa por algo que le den, aunque no ande él por trujamán entre ellos”.⁹¹*

⁹⁰ Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

⁹¹ Idem.

Los judíos eran perseguidos, así como cualquier otra religión opuesta a la de la Corona. Por lo que las relaciones de hecho entre judíos y cristianos estaba prohibida y penada por el derecho con la muerte.

“Título 24: De los judíos

Ley 9: *Atrevimiento y osadía muy grande hacen los judíos que yacen con las cristianas. Y por ello mandamos que todos los judíos contra quienes fuere probado de aquí en adelante que tal cosa hayan hecho, que mueran por ello; y si los cristianos que hacen adulterio con las mujeres casadas merecen por ello muerte, mucho más la merecen los judíos que yacen con las cristianas, que son espiritualmente esposas de Jesucristo por la razón de la fe del bautismo que recibieron en nombre de él”.*⁹²

Otra religión perseguida por la Corona eran los moros ya que algunas de sus conductas estaban reguladas por esta y otras partidas prohibiéndoles de igual forma la relación con personas de religión cristiana.

“Título 25: De los moros

Ley 10: *Si el moro yaciere con cristiana virgen, mandamos que lo apedreen por ello, y ella por la primera vez que lo hiciere, pierda la mitad de sus bienes, y herédelo el padre o la madre de ella, o el abuelo o la abuela si los hubiere, y sino los hubiere, téngalos el rey”.*⁹³

De la época colonial en México existen gran variedad y abundancia de documentos jurídicos, lo que se debe a las órdenes giradas por la corona a los colonizadores en la Nueva España. La dispersión y abundancia hacen difícil su estudio.

⁹² Texto obtenido de la pagina <http://fondosdigitales.us.es>; Universidad de de Sevilla, España.

⁹³ Idem.

Otro texto jurídico como el de la Novísima Recopilación contemplaba en su libro XII algunos delitos que se relacionaban con la familia, entre otros: traición, robo, lesiones y homicidio.

El delito de traición regulado en el Título VII contemplaba el castigo para aquella persona que tratará o le hiciera algún mal al Rey o a su familia, es decir, *“trabajase para matarle o lo hiriese o lo prendiese o le hiciese deshonor, haciendo tuerto con la Reyna su muger, o con su hija del rey, no siendo ella casada (sic)”*.⁹⁴

El Título XV trata sobre los robos y fuerzas; dentro de este título la ley V⁹⁵ ordena que ningún Perlado, Caballero o hijohidalgo u otra persona hiera, prenda o mate a los obreros, labradores o vasallos y familiares de otros, siendo la sanción si lo matare, la muerte, pero si solo lo hiriere o prendiere sin lesión de miembro alguno, la pena era el pago de una cantidad de dinero.

1.3 Etapa independiente

Además de la manifiesta debilidad de España, varios factores más contribuyeron a la independencia de México, a decir de Margadant, comprenden:

- *“El rencor de los cultos y prósperos criollos por el monopolio de los peninsulares.*
- *Las guerras de independencia de Estados Unidos.*
- *La iluminación europea, es decir autores como Montesquieu, Voltaire y Rousseau”*.⁹⁶

Existió una lucha entre los criollos y los peninsulares, en razón de la discriminación que sufrían los primeros. Nuestro país “logra su independencia

⁹⁴ Novísima Recopilación de las leyes de España. Tomo VI. Madrid, 1807, pág. 322.

⁹⁵ Novísima Recopilación. Op. cit. p. 354.

⁹⁶ Margadant. Op. cit. p. 141.

política en 1821”,⁹⁷ debido a que no se quiso someter al régimen de casi tres siglos que se impuso por los españoles.

Durante mucho tiempo en el México independiente, estuvo vigente el derecho colonial”,⁹⁸ siendo las normas más importantes que regían en esa época “la Recopilación de Indias, la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao”,⁹⁹ y esto era en razón de la problemática jurídica que representaba la transición de gobierno.

Como bien expresa Amuchategui, “se empezaron a promulgar leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aun aplicables”,¹⁰⁰ aunque los códigos penales y civiles que se creaban eran muy similares a los españoles.

También es importante subrayar la idea que Carranca expresa cuando dice que una vez consumada la Independencia *“natural era que el nuevo Estado nacido con la independencia política se interesara primeramente por legislar sobre su ser y sus funciones”*,¹⁰¹ es por eso que la mayoría de las leyes en ese entonces formaban parte del “Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo”.¹⁰²

La desorganización jurídica y social se destaca por Azzolini cuando expresa que *“el surgimiento del México como país independiente está acompañado de décadas de inestabilidad política y económica”*.¹⁰³

⁹⁷ Betancourt. Op. cit. p. 30.

⁹⁸ “Se siguieron aplicando la multiplicidad de leyes penales y adjetivas relativas que se encontraban vigentes en España en los siglos XVIII y XIX”. Díaz de León. Op. cit. p. 183.

⁹⁹ Sin embargo en esa época, si fueron creados otros textos para reglamentar otros aspectos como la portación de armas, las bebidas alcohólicas, la vagancia y las policías.

¹⁰⁰ Amuchategui. Op. cit. p. 13.

¹⁰¹ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 137.

¹⁰² En este sentido “la principal preocupación se encaminó por la organización política del naciente Estado; de ahí la notable e intensiva actividad constitucional, pero realmente en materia penal, no hubo tiempo para legislar, manteniendo de esta manera las disposiciones coloniales” Betancourt. Op. cit. p. 30.

¹⁰³ Azzolini. Op. cit. p. 30.

Así también se expresa que el *“ordenamiento jurídico del México Independiente sigue los avatares de la política, elaborándose distintos cuerpos constitucionales que receptan en más o en menos, las garantías constitucionales propias de la ilustración ya consagradas”*.¹⁰⁴

Existió pues, poca legislación en materia penal que cubriera todos los grandes problemas sociales de aquella época, es por eso que, como ya se mencionó, se hacía remisión a los textos heredados de la colonia: *“se siguió aplicando la [ley] vigente en la colonia con las normas y modificaciones que fueron dictando los gobiernos independientes”*.¹⁰⁵

La Constitución de 1824 y 1857 adoptaron el sistema federal, es decir, la forma de gobierno *“república, representativa popular federal”*, apareciendo problemas jurídicos de jurisdicción y competencia legislativa, ya que desde ese entonces la Constitución permitía la existencia de una legislación *“local y otra federal”*.¹⁰⁶

Fue entonces cuando cada estado de la República realizó sus proyectos de normas penales algunas de estas se llegaron a promulgar y otras no, pero casi todas se basaron en las normas españolas.

Si se analiza el Código Penal Español,¹⁰⁷ referencia para los primeros códigos mexicanos, se encontraran figuras como los artículos 19 y 20 que expresaban las reglas del encubrimiento en relación al parentesco. El artículo 27 regulaba la figura jurídica de la responsabilidad penal subsidiaria, la cual

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Las múltiples normas penales extendidas y difundidas en los 31 códigos de los estados, uno del Distrito Federal y otro de Justicia Militar hacen difícil su homologación, entendimiento y comprensión.

¹⁰⁷ Código Penal Español. Decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey y mandado a promulgar en Madrid el 9 de julio de 1822.

autorizaba a sancionar a los familiares del sujeto activo del delito (trascendencia de la pena); la corrupción de menores o familiares (artículo 542); la bigamia (artículo 543-551); de los matrimonios clandestinos (artículo 552); desacato de los hijos a la autoridad de sus padres (artículo 561).

En México se hizo un proyecto de Código Penal en el año de 1831, en el que se contempló el Título VI, “De los delitos contra las buenas costumbres”, el cual contenía en su numeral 3 el delito de bigamia, en el 5 el de incesto, en el 7 los matrimonios clandestinos, el desacato de los hijos contra los padres y de los menores contra sus tutores o curadores y en el número 8 las desavenencias y escándalos en los matrimonios.¹⁰⁸ En su Parte Segunda, el Título I numeral 5 regulaba el adulterio y el estupro alevoso, en el 7 la exposición ocultación o cambio de niños y en el 8 el parto fingido.¹⁰⁹

Pero fue en Veracruz donde se promulgó el que fuera el primer Código Penal, el día 28 de abril del 1835.¹¹⁰ Dicho código contemplaba la pena de muerte para varias conductas, teniendo el condenado derecho “a hablar con su mujer, hijos, parientes y amigos todo el tiempo”.¹¹¹ Dichos códigos estuvieron “fuertemente influenciados por el código penal español de 1822”.¹¹²

El Código penal de Veracruz fue un antecedente importante para nuestra materia, un ejemplo de ello es la tipificación del homicidio en relación al parentesco consignado en el artículo 548 que a la letra rezaba:

“Son parricidas [...] los que matan con premeditación a sus ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, o 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

¹⁰⁸ Véase, Díaz de León. Op. cit. p. 252.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 253.

¹¹⁰ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 138.

¹¹¹ Islas de González Mariscal, Olga. Pena de Muerte. Ed. IJ. México 2003. p. 18.

¹¹² Malo Camacho. p. 160.

*padre adoptivo o putativo, o aquel a quien el matador haya debido el salvar la vida en otra ocasión”.*¹¹³

La pena de muerte también se aplicaba a quien privaba de la vida a los ascendientes consanguíneos en riña; el homicidio culposo (sin premeditación) del cónyuge merecía igual pena como lo expresa el 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 en acto de propia defensa, o en un momento de ira ocasionado por los celos y capaz de perturbar la razón”.*¹¹⁴

En el año 1852 el filósofo y abogado José Tornel, elaboró un proyecto de Código Penal Federal en donde se castigaban ciertos delitos contra la religión, como *“los escándalos y desavenencias matrimoniales”*.¹¹⁵

Durante el imperio de Maximiliano, en el año de 1865, se intentó implantar los códigos penal y de procedimientos penales de Francia, pero “no llegaron a tener vigencia por la derrota de la monarquía”.¹¹⁶

Se restauró la República y se estabilizó el orden jurídico. Se nombró una comisión que redactaría un Código Penal Federal, el jurista Martínez de Castro fue el presidente de esa comisión y fue en el año de 1871 cuando se promulgó el ordenamiento penal que rigió hasta 1921,¹¹⁷ con una fuerte inclinación hacia la

¹¹³ Islas de González Mariscal. Op. cit. p. 20.

¹¹⁴ Ibidem. p. 21.

¹¹⁵ Azzolini. Op. cit. p. 31.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Código que fue fundamentado bajo los postulados de la escuela clásica del Derecho Penal. Los principios de retribución, la pena impuesta era en razón de la gravedad del delito y no atendía al interés del delincuente.

Escuela Clásica, “fundada en la responsabilidad moral, apoyada en el libre albedrío”.¹¹⁸ El casuismo de ese código se reflejaba en sus 1153 artículos.¹¹⁹

CÓDIGO PENAL DE 1871. Algunos artículos del texto penal legal de 1871, que se relacionan con nuestro tema, se analizan a continuación.

El artículo 42, contenido en el Título Segundo, Capítulo IV de las circunstancias atenuantes, contemplaba las atenuantes de cuarta clase, que concretamente eran cometer el delito en estado de ceguera y arrebatado, producidos por hechos del ofendido ejecutados contra el delincuente, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes.

En el Capítulo V se observan:

*“Circunstancias agravantes. Artículo 44.- son agravantes de primera clase [...] 12. El parentesco de consanguinidad en cuarto grado de línea colateral entre el delincuente y el ofendido”.*¹²⁰

En el artículo 59 se regulaba el *encubrimiento en relación al parentesco*, figura que exime de responsabilidad penal a quien actuó como encubridor en los siguientes términos: *“no se castigará como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuge o parientes colaterales del delincuente”.*¹²¹

Se reguló la figura de *distribución del producto del trabajo* (artículos 83 a 91), en donde el artículo 88 expresaba que las cantidades consignadas al fondo de cada reo, se podrá emplear hasta la mitad en dar auxilios sucesivos a su familia, si ésta y aquel carecieren de recursos; el artículo 99 a su vez refería que

¹¹⁸ Malo Camacho. Op. cit. p. 161.

¹¹⁹ Casuismo que se entiende mejor cuando se lee v. gr. el artículo como el 381 que regulaba el robo de alambre de maquina o aparato.

¹²⁰ Así las circunstancias agravantes iban aumentando de nivel, mientras más estrecha era la relación familiar de consanguinidad o afinidad. Véanse los artículos 45, 46 y 47 del mismo ordenamiento.

¹²¹ Código Penal de 1871.

por familia se entendía, el cónyuge, los ascendientes y descendientes y los hermanos menores de catorce años que vivan en la casa y a expensas del reo, al tiempo que éste sea aprehendido.

En el artículo 92 se encontraba el catálogo de penas para los delitos en general, dentro de las cuales en la fracción XI se encontraba la facultad de *privar de algún derecho civil o de familia*. Lo anterior se relacionaba con los artículos 146 y 147, que disponían que se podía suspender el derecho de ser tutor o curador.¹²²

La responsabilidad civil tenía su apartado en este código en el artículo 329 en donde se expresaba que sólo tenían *responsabilidad civil* por hechos u omisiones ajenos el padre, la madre y los demás ascendientes que se hallen bajo su patria potestad, en su compañía y a su inmediato cuidado; los tutores y el marido por su mujer.

Existió una modalidad del *abuso de confianza* cuando era cometido por el tutor, ejecutor testamentario o albacea, privándolo de ese cargo como sanción al realizar la conducta de aprovechar la confianza en él depositada para cometer un delito, en este caso, patrimonial (artículo 410).

Los delitos de *amenazas, amagos y violencias físicas* se regulaba en el artículo 446 y siguientes, los cuales preveían la pena para el que exigiere de otro sin derecho la entrega una cantidad de dinero u otra cosa, amenazándole con hacer revelaciones o imputaciones difamatorias en contra de este o de su familia, en caso de que no lo hiciera, o también amenazándolo con causar un daño físico (muerte, incendio o inundación).

Los golpes dados y las violencias hechas a un ascendiente del ofensor se castigaban con un año de prisión. Las lesiones podían inferirse a traición no sólo el que actuaba con alevosía y perfidia sino que violaba la fe o seguridad que

¹²² Sólo se podía suspender cuando expresamente así estuviera prevenido por la ley, cuando se haya abusado de ese derecho o cuando se vuelva indigno de ser titular del mismo (artículo 151).

expresamente había prometido a su víctima, o la tacita que ésta debía prometerse de aquel por sus relaciones de parentesco.

El parricidio, regulado en los artículos 567 y 568, castigaba el homicidio del padre, de la madre o cualquier otro ascendiente del homicida, sean legítimos o naturales y la pena *para* el parricidio intencional era la de la muerte, aunque no se ejecute con premeditación, ventaja, alevosía, ni a traición, si el parricida cometía el delito sabiendo el parentesco que tenía con su víctima.

También se regulaba el delito de *aborto*, tipificándose la conducta de extraer el producto de la concepción o su expulsión provocada por cualquier medio. Se hablaba de un parto prematuro artificial a partir del octavo mes de preñez.¹²³ El delito de *infanticidio* era la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes (artículo 581).¹²⁴

El delito de *exposición y abandono* de niños se reguló en el artículo 615, cuya pena aumentaba si era cometido por los padres u otro ascendiente, perdiendo los derechos familiares como los derechos hereditarios y la patria potestad.

El título sexto se denominaba “Delitos contra el orden de familias, la moral pública o las buenas costumbres”, los cuales comprendían según su artículo 775, la suposición, la supresión, la sustitución y la ocultación de un infante y el robo de éste, en los siguientes términos.

“Artículo 776.- La suposición de infante se verifica:

¹²³ Artículos 569 a 580. Código Penal 1871. La exposición de motivos refería la necesidad de crear la figura de “parto prematuro artificial” castigando a quien hiciere abortar a una mujer empezado el octavo mes de embarazo, disminuyendo la pena cuando se logra salvar a la madre y al hijo.

¹²⁴ A su vez la exposición de motivos de ese código y respecto al delito de Infanticidio expresaba: “Ninguna legislación moderna castiga ya el infanticidio con la pena capital cuando lo comete la madre para ocultar su deshonra y en un infante acabado de nacer.

- I. *Cuando el hijo recién nacido de una mujer, se atribuye a otra que no ha parido en esa ocasión.*
- II. *Cuando alguna hace registrar falsamente ante un juez del estado civil, un nacimiento que no se ha verificado.*

Artículo 777.- *Se impondrán seis años de prisión por la supresión de infante:*

- I. *Cuando los padres de un infante no lo presenten al juez del estado civil para su registro.*
- II. *Cuando lo presenten sus padres ocultando el nombre de ellos, o suponiendo que lo son otras personas [...].*
- III. *Cuando los padres de un infante que se halle vivo, declaren falsamente ante el juez del estado civil que aquel que ha fallecido.*

Artículo 778.- *La sustitución de un infante por otro, se castigara con seis años de prisión.*

Artículo 779.- *Es reo de ocultación de infante: el que, estando encargado de un niño menor de siete años, rehusare hacer la entrega o presentación de él a la persona que tenga derecho de exigirlos”.¹²⁵*

Encontramos también el antecedente de la *corrupción de menores*, sin embargo carecía de descripción típica (artículo 803); lo mismo ocurría con el adulterio (artículo 816).¹²⁶

En la *bigamia* se castigaba “al que habiéndose unido con otra persona en matrimonio válido y no disuelto todavía, contrae uno nuevo con las formalidades que exige la ley” (artículo 831).

¹²⁵ Artículos 776 a 779. Código Penal 1871.

¹²⁶ Respecto a este delito la exposición de motivos refería que era importante conceder “la acción criminal a la mujer contra el marido, aunque con menos latitud que a éste, porque si no se puede negar que, moralmente hablando cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las conciencias; pues aquel queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por la falta de su marido: la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños en la familia. Esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio”.

La *evasión de presos* no era punible cuando era proporcionada o facilitada por los ascendientes, descendientes o hermanos del prófugo, parientes por afinidad en los mismos grados.

En los mismos años en el estado de Guanajuato se dispuso una comisión conformada por algunos abogados como “Diodoro Jiménez y Nicanor Serrera”,¹²⁷ quienes formarían un proyecto de código penal para esa entidad, castigando entre otras conductas, el parricidio el cual “se limita a la muerte violenta que se da entre ascendientes legítimos o naturales”.¹²⁸ También los llamados delitos de concubinato, interesante tipificación, pues se daba protección jurídica completa a una de las formas de creación de la familia como es el concubinato, reconociéndolo jurídicamente, la pena iba de “uno a dos años en los hombres y la mitad de la pena para las mujeres”.¹²⁹

En el código de Guanajuato de aquella época, creado por Andrés de Tovar, regulaba entre otras conductas, las que atentaban contra “la honestidad como el adulterio, el incesto, la bigamia y poligamia”.¹³⁰ En los delitos que atentan contra el estado civil de las personas se encontraba “la suposición de parto, abandono y exposición de niños”.¹³¹

Antes del código penal del año 1871 existía “una dispersión de leyes regulantes de la materia penal, sin que, por lo movimientos políticos también antes señalados [guerra de reforma y la invasión francesa] se hubiera intentado una política criminal tendiente, entre otras cosas a la unificación legislativa”.¹³²

¹²⁷ Lozano Serna, Edmundo Iván. El primer código penal de Guanajuato. *Epikeia*, revista electrónica de la Universidad Iberoamericana del estado de Guanajuato. <http://epikeia.leon.uia.mx/>, Número 14, verano 2010. p. 7.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 8.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 9. De esta forma el concubinato era reconocido como la figura jurídica que hacía nacer a la familia, por lo que como sucedía para el matrimonio, se “protegía” al castigarse cualquier conducta que atentara contra esa relación, lo que resulta realmente interesante para esa época.

¹³⁰ Lozano Serna. *Op. cit.* p. 15.

¹³¹ *Ibidem*. pp. 15-16.

¹³² Díaz de León. *Op. cit.* p. 313.

En el año de 1903, la entonces denominada Secretaría de Justicia e Instrucción Pública designó e instruyó a una comisión para que se formara un plan de reformas en el código citado, la cual estuvo presidida por Miguel S. Macedo. Los cambios realizados no son de trascendencia para nuestro tema de estudio.

1.4 Etapa revolucionaria.

Nuestra revolución es, fue y será una de las más importantes en América Latina ya por las causas que la provocaron, ya por los ideales en las que se fundamentó.

Es prudente resaltar los antecedentes sociales como la pobreza extrema en que estaba sumida la mayoría de la población, la concentración de la tierra en el campo, con el consecuente régimen feudal aunado al ejercicio centralista y prolongado del poder por parte de Porfirio Díaz, los cuales hicieron que se presentara un movimiento social armado con repercusiones jurídicas.

De esta forma la lucha social derivó en lo que en opinión de algunos autores es el constitucionalismo social, es decir, “los ideales de la revolución mexicana se plasmaron proyectaron, en todas las actividades del país, particularmente en al campo legislativo”¹³³ los principios sobre los que se fundamento la lucha revolucionaria, fueron plasmados en un texto jurídico, el cual fue redactado por el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917 “en donde surgió la primera Constitución que consagró los denominados derechos sociales, abriendo el camino del constitucionalismo social”.¹³⁴

A decir de Marco Antonio Díaz De León:

“Durante las tres primeras décadas del siglo XX las fuentes reales de derecho que motivaron la transformación de la política criminal, del ius puniendi y de los sistemas de enjuiciar mexicanos, no fueron solamente

¹³³ Betancourt. Op. cit. p. 32.

¹³⁴ Azzolini. Op. cit. p. 34.

*obra de los juristas ni de sus lucubraciones dogmáticas, sino resultante de los planes políticos y de la nueva Constitución”.*¹³⁵

Por lo que las normas penales se ajustaban o trataban de ajustarse a las normas constitucionales, éstas últimas impregnadas de los ideales antes descritos, los que provocaron un verdadero cambio social.

*“En tal virtud, se consideraba obsoleto el Código Penal de 1871, de Martínez de Castro. Se estimo necesario substituir a este último, por otro más moderno positivista, basado en un método filosófico y jurídico inductivo experimental, partiendo del delincuente, de su estado peligroso y tomando a la pena como medio de defensa social”.*¹³⁶

CÓDIGO PENAL 1929. El primer Código penal de la época revolucionaria del año 1929 “constaba de 1233 artículos”,¹³⁷ su aplicabilidad fue casi nula es por eso que duró dos años su vigencia.

Las ideas europeas también influenciaron la legislación penal, específicamente las positivistas de Lombroso, Garófalo y Ferri llegaron hasta nuestro país formando así una tendencia que se reflejaría en las normas jurídicas.¹³⁸

Los principales postulados del positivismo son:

- a) El método era el experimental.
- b) El delito no era un ente jurídico era un fenómeno natural.

¹³⁵ Díaz de León. Op. cit. T II. p. 783.

¹³⁶ Ibidem. p. 784.

¹³⁷ Ibidem. p. 35.

¹³⁸ La escuela positiva no pretende reconstruir el sistema filosófico positivista, sino emplear como método de lógica constructiva –que produzca conocimientos reales y verdaderos- en positivo de inducción de observación y de experimentación, en lugar del método deductivo puro de la escuela clásica. Exposición de motivos, Código Penal de 1929. Díaz de León. Op. cit. p. 785.

- c) Se proclamo el determinismo.
- d) La pena no era una tutela jurídica sino un medio de defensa social.

En el catálogo de delitos se encontraban: los delitos contra el estado civil de las personas y el incesto. Incluyéndose el delito de abandono de hogar en el artículo 886 (al cónyuge que ilegalmente abandone al otro o a sus hijos dejando a aquél, a éstos o a ambos en circunstancias aflictivas), adulterio (891), de la bigamia y otros matrimonios ilegales (901), parricidio (991), infanticidio y filicidio (993), aborto (999), la exposición y del abandono de niños y enfermos (1,010).

CÓDIGO PENAL DE 1931. El Código que sucedió al de 1829, fue sancionado el 2 de enero de 1931, siendo el exponente más sobresaliente el jurista Teja Zabre y entre otros se encontraban José López Lira y Luis Garrido. Esta legislación rechazó el positivismo y volvió a los postulados clásicos; En palabras de Díaz de León: “[...]como Almaraz, Teja Zabre omite toda alusión a la Constitución de 1917. Ambos citan abundantemente a autores europeos[...]”¹³⁹

La técnica jurídica fue obligada en la creación de este ordenamiento, sus 400 artículos son testimonio de que los principios de abstracción y generalidad de las normas jurídicas formaron parte en su nacimiento.

Teja Zabre expresó que “ninguna escuela, doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable”.¹⁴⁰

Se estableció una agravante en la corrupción de menores si era cometido por quien tuviere relaciones de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil (artículo 203), así como las penas de abuso sexual o violación también se

¹³⁹ Ibidem. p. 37. Autores criminológicos como Ferri o Garófalo.

¹⁴⁰ Díaz de León. Op. cit. p. 1044.

aumentaban en una mitad si eran cometidas por quien tuviere parentesco con la víctima (artículo 266 bis).

El incesto se castigaba hasta con seis años de prisión, a quien tuviere relaciones sexuales con su ascendiente o entre hermanos, según el artículo 272. El adulterio era sancionado con dos años de prisión y con privación de derechos a quien lo cometiere en el domicilio conyugal y con escándalo. Se encontraban también los llamados delitos contra el estado civil de las personas y la bigamia.

A quien causara culposamente lesiones u homicidio en contra de un familiar, salvo que se haya encontrado bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos o bebidas embriagantes, se encontraba estipulado en este código.

El homicidio en relación al parentesco tenía un capítulo específico, sancionándose hasta con cuarenta años de prisión. Se derogó el infanticidio. Se tipificó el abandono de personas incapaces, de hijos y cónyuge. Apareció el delito de violencia familiar, en el Código Penal Federal con la redacción impropia y con la falta de técnica jurídica que continua hasta nuestros días (artículo 343 bis).

El artículo 227 sancionaba al sujeto mayor de edad que contraía nupcias con una menor de edad sin el consentimiento de los padres de esta; de igual forma se castigaba a la mujer que contraía matrimonio sin que hubiere pasado el tiempo de espera especificado por la ley y por último a quien celebre matrimonio con una mujer mayor de edad incapaz legalmente.

Finalmente, en 1949 la exposición de motivos del Código Penal del Estado de Sonora explicaba la razón de la creación del Título relativo a los delitos contra la familia, expresando, para el caso del matrimonio, que el Código Civil regulaba los impedimentos matrimoniales y a quien no los obedecía, merecía una sanción penal, ya que se lesionaba el orden público e interés social de las disposiciones en materia familiar.

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO FAMILIAR

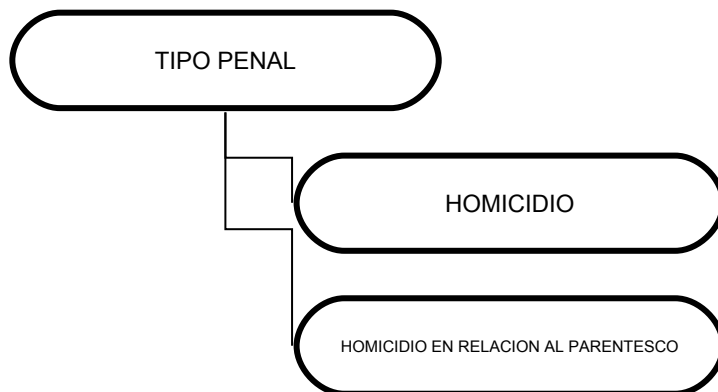
2.1 Denominación: ¿Derecho penal familiar o Derecho familiar penal?

El derecho penal familiar es la parte del Derecho Penal, en el que se contienen los delitos en los que los miembros de una familia intervienen ya como sujeto pasivo, activo o en ambas calidades.

La calidad referida (la de ser personas que comparten vínculos de parentesco) es indispensable para que se configuren estos delitos, ya que son creados específicamente para proteger a la institución familiar.

“Se aprecia que el Derecho Penal conoce de conductas delictivas e instituciones relacionadas con la familia, esto es, en el ámbito del Derecho Penal es perceptible la existencia de sectores referidos precisamente a la represión de determinadas conductas que atentan contra la familia, así como el manejo de situaciones eminentemente relacionadas con la institución familiar”.¹⁴¹

Se vislumbran dos grupos de tipos penales que se relacionan con la familia, los que son creados por el legislador específicamente para proteger a la familiar y los que son especies o se derivan de algún otro tipo penal, como se muestra a continuación:



¹⁴¹ Véase, Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La familia en el Derecho Penal. Ed. Porrúa. México. 2006. p. 17.

Los tipos penales que son creados especialmente para salvaguardar a las instituciones familiares, como por ejemplo la bigamia o el incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos, cuentan con sus propias características, elementos (objetivos, subjetivos y normativos) y normalmente se incluyen en un capítulo especial dentro de los códigos penales de las diferentes entidades. Los que se derivan de otros tipos penales, son técnicamente agravantes de la punibilidad, sin embargo en mi opinión, esos tipos delictivos agravados son parte del derecho penal familiar por proteger a la institución familiar.

Es por eso que se propone un esquema de estudio que tenga como objeto de análisis al conjunto de todos aquellos tipos penales que protegen a las instituciones de derecho familiar, llamando a esto *derecho penal familiar*, sin ser una rama o ciencia jurídica autónoma.

Coincidimos con Osorio y Nieto en que:

*“Los preceptos vinculados a la familia, pueden constituir una especialidad dentro del Derecho Penal, pero ésta, que constituye el Derecho Penal Familiar no consideramos que deba tener autonomía, sino mantenerse dentro del ámbito científico y sistemático del Derecho Penal, pero con cierta denominación particular”.*¹⁴²

Dentro del esquema de estudio que se propone, no sólo existen tipos penales, además se encuentran considerables figuras jurídicas dentro del Sistema Penal, por lo que estimamos conveniente la integración de un *derecho familiar penal* en donde se contengan todas aquellas disposiciones que se encuentran en los códigos penales y que regulan figuras jurídicas diferentes a los tipos penales; v. gr. como las agravantes, atenuantes, excluyentes de responsabilidad, penas, medidas de seguridad, entre otras, siempre que se encuentren vinculadas a la institución familiar y a su protección.

¹⁴² Osorio y Nieto. Op. cit. p. 17.

Pareciera un tema sin importancia el de la denominación de las figuras jurídicas o el de las expresiones terminológicas, ya que algunos grandes juristas ni siquiera abordan el tema, sin embargo en el ámbito del Derecho en general, existe una relación muy estrecha entre el asunto terminológico y el desarrollo de sus instituciones.

“Se ha afirmado que la variedad de expresiones terminológicas implica la importancia de esas instituciones para la ciencia jurídica”.¹⁴³ Por lo que es importante empezar por una correcta denominación de nuestra materia para evitar confusiones científicas ya que “cualquier esfuerzo serio de profundización ha de partir de establecer una conveniente claridad en los términos”.¹⁴⁴

2.2 Fundamentos de aplicación de un Derecho Penal Familiar.

El tema referido en este apartado se relaciona con el estudio de los fundamentos de aplicación del Derecho Penal en general, tema que no es nada fácil de abordar cuando se piensa que existen bibliotecas enteras de autores de todas las épocas que han tratado de responder si existe fundamento o justificación para la aplicación de un castigo (pena) por parte del Estado a los ciudadanos.

De esta forma, “toda comunidad que quiera conservarse debe reprimir el delito”.¹⁴⁵ Las justificaciones serán distintas en cada época (tiempo) y Estado (territorio). Sin embargo la evolución de las ideas sobre el derecho a castigar ha llegado a un punto en que no cualquier justificación es suficiente para imponer una pena.

Cualquier delito que se encuentre en el catálogo de cualquier código penal, debe tener una justificación de existencia que además encuentre motivación en los fines y principios del propio Derecho Penal.

¹⁴³ Véase, Valadés, Diego. Problemas constitucionales del Estado de derecho. Ed. UNAM, México, 2002. También Inzunza Cázares, Enrique. La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación. Ed. IJ. México. UNAM, 2009. p. 60.

¹⁴⁴ Inzunza Cázares. Op. cit. p. 60.

¹⁴⁵ Von Weber, Hellmuth. Lineamientos del Derecho Penal Alemán. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2008. p. 2.

Las funciones o fines varían dependiendo la etapa en la que nos encontremos siendo la legislativa, procesal o ejecutiva (derecho penal, derecho procesal penal o derecho ejecutivo penal). Es por eso que cada delito debe atender a principios que justifiquen su existencia, razones que justifiquen su creación y aplicación por el Estado.

Lo anterior se adapta totalmente a nuestro tema de ensayo ya que el legislador debe proporcionar las razones por las que cree se debe tipificar, un delito de derecho penal familiar, lo que normalmente se contempla en la exposición de motivos de las leyes elaboradas.

Es importante decir que no existe una fórmula general para la integración, derogación o eliminación de algún tipo penal del catálogo de delitos, sino que se resuelve analizando, estudiando, verificando y ponderando cada caso singular siguiendo ciertos criterios, como pueden ser:

- Qué problema social se trata de resolver.
- Si la tipificación de esa conducta es la única forma de erradicar o disminuir el daño social.
- Cuál es el costo social y/o económico.

El criterio político de conminar ciertas conductas con una determinada pena, sólo para satisfacer la opinión pública ha sido rechazado por mucho tiempo; las consecuencias jurídicas son negativas en las tres etapas (legislativa, judicial y ejecutiva) cuando no se legisla con criterio, es decir, atendiendo la teoría y haciendo un análisis exhaustivo del problema que se trata de solucionar.

Para Wessels “las raíces del derecho penal se encuentran en las representaciones ético sociales de valor de la comunidad jurídica; constituyen el fundamento para que surjan bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Wessels, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980. p. 3.

Todo lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con los fundamentos de las teorías de la pena, es decir, con la ciencia penológica en general y en especial a las sanciones jurídicas.

La ciencia de la penología se define como “el estudio de la reacción y control social que se produce contra personas o conductas que son captadas por la colectividad (o por una parte de ella) como dañinas, peligrosas o antisociales”.¹⁴⁷

La ciencia penológica ha desarrollado a través del tiempo las teorías que analizan la reacción jurídica penal como especie de la reacción social, teorías que se explican a continuación.

Las Teorías Absolutas consideran a la pena como un fin en sí misma, “se castiga porque se debe castigar”¹⁴⁸ (retribución); las teorías relativas consideran a la pena como “un medio para lograr algo”,¹⁴⁹ para prevenir delitos futuros o reparar el daño causado.

A este respecto Jakobs nos dice que la actualidad teórica y la de los tribunales “denominan su entendimiento de la legitimación y del fin de la pena pública <<teoría de la unión>>, en la que, precisamente, se pretende unir diversos fundamentos de legitimación y fines”.¹⁵⁰

Los fines de las penas varían en cada sociedad y tiempo, existiendo v. gr. la *retribución* por el mal causado, o por un “mal proporcional a la culpabilidad”,¹⁵¹ lo anterior se entiende como sufrimiento, en donde la retribución se justifica en razón de lo que aconteció (hecho pasado) en virtud de que se rompió el orden y debe

¹⁴⁷ Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. Ed. Porrúa. México, 2009. p. 1. El estudio de la reacción social para la Penología se realiza desde distintos puntos de vista, uno de ellos el jurídico.

¹⁴⁸¹³⁰ Ibidem. p. 69.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 70.

¹⁵⁰ Günter Jakobs. Sobre la teoría de la pena. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1998. p. 9.

¹⁵¹ Maurach, Reinhar. Citado por Rodríguez Manzanera. Op. cit. p. 72.

ser restablecido. Esta teoría se puede entender como simple venganza (vindicta), pero también como: a) un restablecimiento del equilibrio social; b) un restablecimiento del orden jurídico; c) una sanción a la falta moral; d) la satisfacción de la opinión pública; e) la descalificación del hecho delictivo y e) la reafirmación de la fuerza de la norma jurídica.

Otro fin es el de la *prevención general* y se actualiza en el momento mismo en que la pena inhibe la comisión de los ilícitos penales, siendo esto reconocido desde la antigüedad, en donde se estimaba que este fin era algo natural de la pena. Desde Romagnosi hasta Feuerbach, la prevención general se relaciona con la intimidación dirigida a toda la sociedad.

Por lo que respecta a la *prevención especial* “se logra por medio de la aplicación específica de la pena a un caso concreto”,¹⁵² “la pena se debe aplicar al delincuente individual para intimidarlo”,¹⁵³ se considera lo que el sujeto pueda ser capaz de realizar en un futuro para focalizar la acción de la pena disminuyendo su probabilidad de agredir a la comunidad. La corrección o enmienda del mismo delincuente, de su alma que se logra a través de la aplicación de una pena, las cuales son de las llamadas correccionales en contraposición de las intimidatorias o eliminatorias.

Por último el *tratamiento* como fin de las penas se concreta a ser un conjunto de técnicas por medio de las cuales se llega a la finalidad “resocializadora, adaptadora, habilitante o personalizante de los sujetos desviados”.¹⁵⁴

Por lo que hace a las teorías actuales, se unen los principios que rigen a las teorías absolutas y relativas de las penas, justificando la aplicación de las mismas

¹⁵² Rodríguez Manzanera, Luís. Penología. Op. cit. p. 80.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Véase. Rodríguez Manzanera Luís. Penología. Op. cit. p. 84.

en el equilibrio de la intimidación social e individual en conjunto con la rehabilitación del sujeto según el caso concreto.

Una de las críticas que expone Jakobs a la teoría anterior es que no se busca ninguna respuesta a la justificación de la imposición de las penas, sino que se estanca, “ya que no identifica el elemento creador de armonía, incluso, ni siquiera lo busca”.¹⁵⁵ Lo que deriva en el absurdo de que la pena sirve para rehabilitar y castigar al mismo tiempo, lo que no tiene cabida por que los fundamentos de las teorías absolutistas no pueden resolver lo que las relativas intentan y viceversa.

Es importante hacer algunas consideraciones en este apartado sobre el principio de *ultima ratio*, que es un principio general que si se analizara con detenimiento tendríamos ahí otra forma de solución a los problemas planteados en la actualidad.

Wessels afirma que “las disposiciones penales como *ultima ratio* sólo se justifican cuando no bastan medios menos terminantes (verbigracia, del derecho privado o público) en el interés de una protección eficaz de bienes jurídicos”.¹⁵⁶

En palabras de Inzunza Cázares:

*“Los tentáculos de la ley penal alcanzan, como nunca, ámbitos que tradicionalmente se consideraban confiados a la libre relación entre los particulares o, cuando mucho, a la regulación de materias desprovistas del carácter sancionatorio y estigmatizador de la pena, como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo”.*¹⁵⁷

¹⁵⁵ Günter Jakobs. Sobre la teoría de la pena. Op. cit. p. 12.

¹⁵⁶ Wessels. Op. cit. p. 3.

¹⁵⁷ Inzunza Cázares, Enrique. La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación. Ed. UNAM, IJ. México 2009. p. 40.

Continúa diciendo:

*“Se constata la aparición, como auténticos sistemas de derecho punitivo dotados de un considerable grado de autonomía, del derecho penal tributario, del derecho penal de la salud, del derecho penal ecológico, entre otros”.*¹⁵⁸

Coincidimos con la opinión del autor al referir que el Derecho Penal abarca cada vez más ámbitos los cuales antes solo estaban regulados y sancionados por otras ramas del derecho, un ejemplo basta para entender lo anterior: el incumplimiento de pensión alimenticia, que antes solo contaba con una acción civil, ahora cuenta con una acción penal.

Aún más cierto resulta decir que las cuestiones penales invaden otros campos que no necesariamente son jurídicos, como el de los medios de comunicación en donde se observa, se lee o se escuchan a diario y a toda hora, noticias relacionadas con la delincuencia.

La excepción debería ser la aplicación del derecho penal y la regla general la solución del problema mediante otros métodos que no necesariamente tienen que ser jurídicos, v. gr. la aplicación de pláticas o terapia familiar en caso de violencia en la familia.

“La <<huida al derecho penal>> ha trazado nuevas fronteras donde del comportamiento virtuoso se pasa, sin estadios intermedios a la conducta criminalizada. Hasta la familia, espacio en el por definición se espera que la relación entre sus integrantes se auspicie bajo valores de amor y fraternidad del todo ajenos al consenso coactivo de la norma jurídica, se

¹⁵⁸ Ibidem. p. 40.

*penaliza y resulta cada vez más difícil distinguir al buen padre del padre delincuente”.*¹⁵⁹

Las teorías modernas también tienden al ideal del Derecho Penal mínimo, así las tendencias de la Política Criminal en palabras de Roxin “cambian como la moda”,¹⁶⁰ ya que en unas ocasiones se busca la reinserción de las personas en la sociedad a través de las normas penales y en otras se busca la disuasión social.

Concordamos con el autor citado cuando dice:

*“Desde mi punto de vista, las penas rigurosas —sobre todo las privativas de libertad— son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante”.*¹⁶¹

Con relación a lo expuesto anteriormente que Roxin expresa tres tesis brillantes: 1. *Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.* 2. *Las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad.* 3. *La prevención es más efectiva que la pena y* 4. *El sistema de reacción penal se debe ampliar y sobre todo complementar con sanciones penales similares de carácter social constructivo.*¹⁶²

De esta forma “el legislador ha de examinar cuidadosamente si y hasta qué punto son necesarias e indicadas como medidas protectoras disposiciones penales por el efecto socialmente perjudicial de la conducta”.¹⁶³

¹⁵⁹ Inzunza, Cázares. Op. cit. p. 41.

¹⁶⁰ Roxin, Claus. Problemas actuales de la política criminal. En Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. Díaz Aranda, Enrique editor. Ed. UNAM. México, 2002. p. 87

¹⁶¹ Roxin, Claus. Problemas actuales de la política criminal. Op. cit. p. 88.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Wessels. Op. cit. p. 3.

2.3 Naturaleza jurídica del Derecho Penal

La génesis de las normas penales se encuentra en las exigencias de conducta que se establecen en cualquier grupo social, “esto es válido para toda clase de comunidades, como la familia y el clan, las asociaciones y las iglesias y, en especial medida en las relaciones modernas, para el Estado”.¹⁶⁴

Para Zaffaroni la expresión “Derecho Penal” tiene una doble connotación ya que suele designarse indistintamente a la legislación penal y a la ciencia que la interpreta, así: “el uso indiscriminado de la expresión "derecho penal", ora como legislación, ora como ciencia, no es nocivo si tenemos en cuenta la dualidad que suele encerrar”.¹⁶⁵

Bacigalupo, considera al Derecho Penal como un mecanismo social que tiene la finalidad de obtener determinados comportamientos individuales, es decir, un instrumento de control social primario, que utiliza sanciones para modelar la conducta, conceptuándolo como “*un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas*”.¹⁶⁶

Para Roxin, el Derecho Penal “se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.¹⁶⁷

Wessels indica que:

¹⁶⁴ Ibidem. p. 1.

¹⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Ediar. Argentina, 1998. p. 24

¹⁶⁶ Véase, Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1996. p. 1 y ss.

¹⁶⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Ed. Civitas. España. p. 41.

*“Por derecho penal se entiende la parte del ordenamiento jurídico que establece los presupuestos de la punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de pena, amenaza penas determinadas y prevé especialmente, al lado de otras consecuencias jurídicas, medidas de corrección y seguridad”.*¹⁶⁸

Para Francisco Muñoz Conde el Derecho Penal “forma parte de la ciencia jurídica que se ocupa del estudio del derecho penal positivo”.¹⁶⁹ Para este autor el núcleo fundamental de esta ciencia lo constituye la dogmática jurídico-penal, la cual “parte de los preceptos legales considerados como un <<dogma>>, elabora y estructura su contenido, ordenándolos en un sistema”.¹⁷⁰

Así de entre todas las definiciones que existen de Derecho Penal, podemos resumir y destacar que efectivamente la denominación hace referencia a una dualidad como ciencia (dogmática) y como objeto (legislación penal).

2.4 Naturaleza jurídica del Derecho Familiar

Encontrar la naturaleza jurídica de cualquier institución jurídica requiere el análisis de la esencia misma para la que fue creada, para poder desentrañar el lugar que ocupa en la Ciencia del Derecho.

Por lo que respecta al Derecho Familiar se tiene que hacer la distinción entre la autonomía y la naturaleza jurídica de esta ciencia, ya que existen criterios para comprobar la primera pero la naturaleza jurídica del Derecho Familiar se configura como una rama del Derecho distinta al Derecho Público, Privado o Social ya que cuenta con fundamentos propios que la rigen.

Así también se habla de la autonomía del Derecho Familiar respecto del Derecho Civil ya que:

¹⁶⁸ Wessels. Op. cit. p. 4.

¹⁶⁹ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2001. p. 186.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 187.

“En los códigos civiles de diversos países, entre ellos el nuestro, los preceptos legales relativos a la estructura y organización de la familia, no han sido agrupados orgánicamente bajo un rubro o título especial. Esto se debe a diversas causas: la fundamental consiste en el dominio de las ideas individualistas que inspiraron la redacción del Código Civil francés de 1804”.¹⁷¹

Hay veces en que los autores hablan de autonomía del Derecho Familiar con respecto del Derecho privado, sin embargo se refieren a que el primero tiene una naturaleza jurídica distinta del segundo. Lo correcto es decir que el Derecho Familiar es autónomo del Derecho Civil.

2.4.1 La teoría de Antonio Cicú

Cicú es uno de los precursores sobre la autonomía del Derecho Familiar con respecto a otras ciencias. Las teorías de este autor giran en torno a la ubicación del Derecho Familiar en el Derecho Público, Privado o Social, centralizando su estudio en el Derecho Público y Privado, alejando por completo al Derecho familiar del Derecho Social.

Este autor afirma que cuando se intenta situar al Derecho Familiar dentro del ámbito privado se estudia a las relaciones familiares, “no desde el punto de vista del grupo, sino en consideración al interés del individuo”.¹⁷²

“Acepta Cicú colocar el Derecho de familia junto al Derecho Público, no como una rama de Derecho Privado, pues la característica de ésta radica en la actuación del Estado como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines [...] en el Derecho Público, lo mismo que en el

¹⁷¹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 428.

¹⁷² Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. 2a. edic. Ed. UNACH. México, 1988. p. 150.

*Derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas originadas entre los distintos sujetos interesados y además procura realizar directamente los fines superiores, bien sea de la comunidad política o del grupo familiar”.*¹⁷³

Existe un interés superior que limita la libertad individual de la misma manera como se hace en las ramas del derecho público, pero para Cicú el Derecho Familiar no se debe ser una de estas sino solo una aproximación y en cuanto al Derecho Privado no se asemejan sus normas debido al principio de orden público que rige al Derecho Familiar.

Sobre este punto observarnos que “la norma de orden público limita para tutelar el interés de los terceros o el público; ahora bien no puede haber libre disposición privada allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de un interés superior”.¹⁷⁴

*“Lo que verdaderamente importa a los fines científicos es examinar si los principios jurídicos propios del derecho privado, y el espíritu que anima éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos por la ley, son o no los mismos que gobiernan e inspiran el derecho de familia”.*¹⁷⁵

Lo anterior transcrito nos lleva a concluir que si los principios que rigen al Derecho Privado pueden aplicarse al derecho de familia, la separación de la que se ha estado haciendo mención no sería posible.

2.4.2 La teoría de Roberto Ruggiero

¹⁷³ Ibidem. p. 151.

¹⁷⁴ Güitrón Fuentesvilla. Derecho Familiar. Op. cit. p. 152.

¹⁷⁵ Idem.

Sigue la tendencia de Cicú al sostener que el Derecho Familiar no es Derecho Público ni Privado “sino una rama autónoma, es decir un tercer grupo”.¹⁷⁶ Lo más importante para Ruggiero es el *interés* que persigue cada rama del Derecho.

Para el Derecho Privado el único interés que importa es el particular, el individual o el personal y en el cual se reconocen facultades a las personas para hacer efectivos sus derechos,¹⁷⁷ mientras que en el Derecho Familiar se tutela un *“interés superior que es el de la familia”*.¹⁷⁸

Para este autor en el Derecho Público lo más importante es el interés del Estado, la protección de este y la consecución de sus fines, distinto de lo que intenta proteger y preservar el Derecho Familiar, que son las relaciones familiares.

Por lo que hace al Derecho Social, este intenta proteger los intereses sociales que se reflejan de las necesidades de ciertos grupos de individuos (trabajadores o campesinos); sin embargo la familia no es una agrupación que se asemeje a la de los trabajadores o campesinos sino que el núcleo familiar requiere una regulación especial.

“Para Ruggiero la voluntad de los particulares no significa nada para el Derecho Familiar, pues el fin perseguido es el de la comunidad social y sólo se puede alcanzar a través del Estado, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia, en sus relaciones internas y externas”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ibidem. p. 158.

¹⁷⁷ Lo que se conoce como derecho subjetivo, aquella prerrogativa que es reconocida al titular y a la cual se le concede una acción para hacerla efectiva.

¹⁷⁸ Güitrón Fuentevilla. Derecho Familiar. Op. cit. p. 159.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 160.

La teoría de Ruggiero deriva en que algunos principios del Derecho Privado no se puedan aplicar al Derecho Familiar, es decir, si se aceptara que esté forma parte de aquel, se podrían teóricamente e indistintamente, aplicar los principios de uno en otro, sin embargo no es posible en muchos de los casos.

En su obra Instituciones de Derecho Civil, el autor comentado, escribe al principio del capítulo relativo al derecho de familia: “todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto, que parece que el derecho de familia se destaque y separe de las demás ramas del Derecho privado”.¹⁸⁰

Aquí no cabe hacer un análisis exhaustivo de cada principio¹⁸¹ sólo queda mencionar que estos fundan la tesis de separar al Derecho Familiar del Derecho Privado, sin ser limitativos ya que se han ido extendiendo y desarrollando por diversos especialistas en la materia.

2.4.3 La teoría de Julián Bonnecase

Las teorías del autor que a continuación se analizan fueron concebidas a partir del estudio del Código de Napoleón (1804), ordenamiento que fue paradigma para la creación de las leyes civiles en nuestro país.

Existen autores que afirman que el legislador del México independiente tuvo como modelo indudablemente, el esquema propuesto en el *Code Civil* de 1804. Afirmación que es válida aún para el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, vigente hoy en día.

Los principios que según Bonnecase se imprimieron al derecho de familia fueron los mismos que siguieron los idealistas de la Revolución Francesa, lo que

¹⁸⁰ De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T II. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2006. p. 659.

¹⁸¹ Los cuatro principios citados por el Dr. Julián Güitrón son: el de representación (en donde “el interesado no puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos); el de imponer modalidades (en donde los negocios familiares no pueden ser sujetos a termino o condición); el de renuncia (los poderes y atribuciones al Derecho Familiar no son renunciables); y el de intervención estatal (no se deja al arbitrio de los particulares la regulación de las relaciones familiares). Véase, Güitrón. Derecho Familiar. Op. cit. p. 160 y 161.

derivo en considerar al Estado como impulsor del movimiento de codificación de las normas jurídicas o situar a la familia en manos del Estado para que este regule todo lo relacionado a esta.

Se vislumbran entonces los principios de *libertad, igualdad y solidaridad* que sirvieron de base a la Revolución, proporcionando al Estado las herramientas para regular las relaciones familiares, apartando de esta manera, la injerencia de la Iglesia o los mismos miembros de la familia para regular sus propios actos.

El Código Civil francés de 1804 considera en el capítulo de los deberes y derechos de los cónyuges que estos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia, actitudes de vida que pueden enmarcar dentro del concepto de solidaridad, al igual que el contenido de la obligación alimentaria entre familiares que reglamenta este mismo ordenamiento.

La igualdad por otro lado es seriamente criticada en el ordenamiento citado ya que el principio supremo de la Revolución Francesa se veía quebrado por la disparidad entre el varón y la mujer con disposiciones reguladas en el Código Civil que expresaban “el marido debe protección a su mujer y ésta obediencia al marido” o en materia de contratos donde se establecía que para poder donar, adquirir o hipotecar se necesitaba el consentimiento del marido, pero el ideal siempre era imprimirle igualdad a la legislación.

Sin embargo Bonnetcase hizo un análisis de la aplicación de los principios en el derecho de familia y publicó su obra “La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia”, estableciendo ciertos criterios que fundamentan la hegemonía estatal sobre las conductas de los miembros de las familias, sus relaciones entre estas y con el mismo Estado.

2.4.4 La teoría de Julián Güitrón Fuentevilla

Las teorías contemporáneas internacionales están dignamente representadas por el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla quien es Presidente vitalicio de la Comisión de Organización de los Congresos Internacionales de Derecho Familiar.

Conceptualiza al Derecho familiar como “un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia y sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”.¹⁸²

De esta forma este gran jurista retoma las posiciones planteadas por los precursores y renueva los principios para aplicarlos en nuestro país.¹⁸³ Sigue y desarrolla ciertos criterios que sirven para robustecer la teoría de que el Derecho Familiar es autónomo del Derecho Civil.

En cuanto a la autonomía del Derecho Familiar, el análisis de los principios en este apartado no es exhaustivo, por lo que para mayor abundamiento remito a la obra escrita de los juristas antes citados:

Criterio legislativo. Para que se cumpla este criterio, se determina si la rama que pretende obtener su autonomía cuenta con sus propias leyes y códigos (adjetivos y sustantivos) que resuelvan los problemas y desafíos propios de su ciencia.

Por lo que se presenta “cuando la rama de derecho tiene sus propias leyes y códigos, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma”.¹⁸⁴

¹⁸² Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Vol. 2. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1992. p. 40.

¹⁸³ Basándose en criterios establecidos por Guillermo Cabanellas, quien propuso la autonomía del Derecho Laboral del Derecho Civil.

¹⁸⁴ Güitrón Fuentevilla. Derecho Familiar. Op. cit. p. 164.

Entre los ordenamientos jurídicos más importantes que existieron en Derecho Familiar se encuentran: la Ley de Relaciones Familiares de México en 1917; el Código Familiar Ruso de 1918; el Código de familia francés de 1939.

De igual forma en nuestro país se han legislado diversos códigos familiares que reflejan la autonomía del Derecho civil, así en Hidalgo se expidió un Código familiar y un Código de procedimientos familiares en 1983; también en Zacatecas (1986); en Morelos (2006), Michoacán (2008) y en San Luis Potosí (2009).

Criterio jurisdiccional. Otro argumento a favor de la autonomía son los tribunales que existen para resolver los conflictos propios del Derecho de Familia, siendo que “si existe el derecho sustantivo de la familia, deben promulgarse sus normas procesales reguladoras, en cuanto a sus trámites judiciales”.¹⁸⁵

Este criterio se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares.

En 1971 existían 6 juzgados familiares en el gobierno de Luis Echeverría, para el año 2009 ya eran 42 juzgados familiares y 4 salas de segunda instancia.

Pedagógico o didáctico. En este punto se procederá a determinar si la rama que desea obtener su autonomía cuenta con una materia especial en las universidades y facultades de Derecho. Por lo que es dable afirmar que “la autonomía docente está perfectamente dada en algunas facultades de derecho” v. gr. en 1993 se separa la materia de Derecho Familiar de la materia de Acto jurídico y personas, en el año 2000 se crea una especialidad en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México que versa sobre la materia referida, considerando “la enseñanza del contenido del Derecho Familiar como rama independiente del Derecho Privado”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Güitrón Fuentevilla. Derecho Familiar. Op. cit. p. 184.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 183.

Científico o bibliográfico. “Consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho”.¹⁸⁷

La producción bibliográfica de la materia que pretende obtener su autonomía debe ser extensa. De esta forma el Derecho familiar cuenta con sus propios textos, monografías, tratados, libros y bibliotecas especializadas.

Otros dos criterios que fundamentan la autonomía del Derecho familiar fueron sustentados por José Barroso los cuales versan sobre las instituciones propias del Derecho Familiar y los procedimientos para llevar los negocios familiares.

El criterio institucional explica que la rama que desea obtener su autonomía debe contar con sus propias instituciones o figuras jurídicas y que deben ser “distintas en particular de aquellas pertenecientes a la disciplina que pretende su autonomía”.¹⁸⁸ En este las instituciones familiares se basan en principios distintos que las instituciones del Derecho civil, por ejemplo el de autonomía de la voluntad en las cláusulas que se pactan en los contratos civiles pero que no tiene en materia familiar; de tal forma, en palabras de Ruggiero:

*“Las normas del Derecho Familiar son todas o casi todas, imperativas e inderogables: la ley y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades [y] la eficacia de la relación paternal”.*¹⁸⁹

El criterio procesal de autonomía, nos indica que los procesos deben ser independientes en su aplicación de otros existentes, apareciendo “una tendencia doctrinal a crear ciertos principios en la reglamentación jurídica procesal familiar,

¹⁸⁷ Ibidem. p. 174.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 185.

¹⁸⁹ De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. 4a. edic. Tomo II. Vol. II. Ed. Reus. Madrid. p. 10.

que permiten dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones del orden patrimonial”.¹⁹⁰

Coincidimos en que deben existir las figuras jurídicas necesarias para proteger a la familia; asimismo “es preciso que los procedimientos que se empleen en esta materia se afinen al máximo pues no están en juego intereses únicamente económicos sino otros más altos de jerarquía espiritual”.¹⁹¹

2.5 Conceptos jurídicos fundamentales en el Derecho penal.

2.5.1 Teoría del delito.

a) Dogmática jurídica.

A la ciencia que se encarga de la interpretación, estudio, análisis y sistematización de las normas jurídico penales se le da el nombre de Dogmática Jurídica Penal.

Roxin expresa que “la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal”.¹⁹²

Lo que se intenta con la dogmática jurídico penal es crear todo un sistema de análisis científico del fenómeno del delito; de esta forma el Doctor Daza Gómez expresa que “la máxima expresión de la Dogmática jurídico penal es la teoría del delito”,¹⁹³ la define como “un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Güitrón Fuentevilla. Derecho Familiar. Op. cit. p. 188.

¹⁹¹ Ibidem. p. 188.

¹⁹² Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Ed. Civitas. p. 192.

¹⁹³ Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Ed. Flores Editor y Distribuidor. México, 2006. p. 27.

¹⁹⁴ Idem.

Tiene como naturaleza “el estudio de las características comunes, que debe tener cualquier ilícito, para ser considerado como delito”.¹⁹⁵

b) Evolución.

La clasificación más común y aceptada de la evolución de las ideas jurídico penales es la siguiente: 1. Concepción clásica; 2. Concepción neoclásica; 3. Concepción finalista; 4. Sistema funcionalista.

En tal virtud se denomina clásico y neoclásico a los primeros intentos de sistematizar las ideas jurídicas relativas al delito y tiene como precursores Von Liszt y Beling. Parece ser mejor llamar a esta teoría “Sistema Causalista” que “Clásica”, ya que esta última denominación podría predisponer a una desestimación de sus postulados, sin notar que en su tiempo fueron aceptados como la verdad jurídica y así fue por mucho tiempo. Esta teoría “considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable”.¹⁹⁶

La concepción finalista es dignamente representada por Hans Welzel, donde se da “un nuevo enfoque al delito; la acción es final y no causal”¹⁹⁷ lo que indica que las consecuencias de las conductas de las personas pueden preverse por éstas dentro de ciertos límites. “Para el finalismo solo existen tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.¹⁹⁸

Por lo que hace a la teoría funcionalista, ésta fusiona varias herramientas que hacen más complejo y completo el estudio del delito, ya que lo hacen a un nivel jurídico-social combinando la Política Criminal e ideas de una sociedad de riesgo. Por lo que “lo más sobresaliente de esta teoría es que pone en tela de

¹⁹⁵ Ibidem. p. 28.

¹⁹⁶ Daza Gómez. Op. cit. p. 48.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 39.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 48.

juicio la culpabilidad normativa, aportando la imputación personal, sustentada en la prevención general como fin de la pena”.¹⁹⁹

c) Fundamentos

Toda teoría debe contar con principios que rigen la metodología con la que se obtiene el conocimiento científico. Las teorías modernas del delito cuentan con un sustento científico y se basan en ideas sociológicas y filosóficas, v. gr. el finalismo ortodoxo planteado por Hans Welzel.

Cada teoría de las planteadas en el apartado anterior justifica su existencia en distintas ideas que cambian el modo de concebir el delito y sus componentes, por lo que la diferencia entre cada teoría radica en el fundamento de la metodología empleada.

Antes se concebía al delito como algo indivisible (teoría unitaria del delito), pasando después a conformarse por dos elementos (teoría bitómica) hasta llegar a la de cinco o siete elementos y cada teoría sustentaba sus ideas bajo argumentos propios de la época en la que se originaron.

En la actualidad “el delito es comprendido desde una doble perspectiva como juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano; y también como juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho”.²⁰⁰ Lo primero es a lo que se llama injusto y a lo segundo se le denomina culpabilidad.

d) Injusto

¹⁹⁹ Ibidem. p. 40.

²⁰⁰ Daza Gómez. Op. cit. p. 41.

Para Muñoz Conde “la antijuridicidad es un predicado de la acción”²⁰¹, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria a derecho, mientras que el injusto es la conducta antijurídica misma.

Para el Doctor Carlos Daza:

*“En la moderna teoría del delito se emplea la expresión de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles, como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer la antijuridicidad”.*²⁰²

Para Bacigalupo “los años 50 y parte de los 60 fueron dominados por la discusión sobre la teoría de la acción finalista y el concepto personal de lo injusto o ilícito. La teoría finalista y su concepción de lo ilícito personal tienen en su origen una estrecha vinculación con la concepción retributiva de la pena”.²⁰³

*“En realidad, si lo injusto se agota en el disvalor de la acción y este está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el disvalor de acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa (acabada o inacabada) y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la gravedad de la punibilidad”.*²⁰⁴

²⁰¹ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1990. p. 84.

²⁰² Daza Gomez, Carlos. Op. cit. p. 114.

²⁰³ Bacigalupo. Op. cit. p. 71.

²⁰⁴ Ibidem. p. 77.

e) Delito.

La definición legal o positiva del delito lo conceptualiza como una conducta que tiene prevista una sanción en la ley, sin embargo la pregunta es: ¿qué conductas deben en principio ser integradas en los códigos penales? Bacigalupo explica:

*“La definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo”.*²⁰⁵

Se ha expresado que *“estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar”*,²⁰⁶ Carranca cita algunas definiciones de la noción de “delito”, las cuales se transcriben a continuación y de las que se desprende que el concepto ha cambiado según los pueblos y las épocas de acuerdo a la moral, el derecho y la política:

“[Delito es] La infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); Es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); es la violación de un derecho (Frank); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber (Wundt, Wuffen); Es desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento

²⁰⁵ Ibidem. p. 80.

²⁰⁶ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 254.

*histórico; y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (José Maggiore)”.*²⁰⁷

2.5.2 Tipo penal y tipicidad.

El tipo penal es comúnmente conocido como la descripción que el legislador hace de una conducta que considera dañina o perjudicial para la sociedad o para un bien jurídico en específico, describiendo sus características en los preceptos legales.

Bacigalupo indica que una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma y que el tipo penal en sentido estricto es la *descripción de la conducta prohibida por una norma*.²⁰⁸

La tipicidad es “la adecuación de una conducta concreta con la descripción formulada en abstracto”,²⁰⁹ o como expresa Roxin “la coincidencia de la acción a una de las descripciones de delitos”.²¹⁰

El Estado percibe que la realización de ciertas conductas perjudican los valores sociales principales para la convivencia y por eso la prescribe en una norma jurídica y sanciona a quien las efectúa con una pena o medida de seguridad.

En materia penal en general se advierte la existencia de términos como los de tipo, tipicidad, juicio de tipicidad, cuerpo del delito, entre otros, los cuales se refieren a los elementos sustantivos o adjetivos que exige la ley para adecuar una conducta a un tipo penal, por eso:

²⁰⁷ Ibidem. p. 254-255.

²⁰⁸ Bacigalupo. Op. cit. p. 80.

²⁰⁹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 393.

²¹⁰ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Op. cit. p. 194.

*“Corresponde a la dogmática desentrañar el contenido y alcance de los elementos que integran el tipo, empero, los mecanismos e instrumentos para su debida comprobación los proporciona el derecho procesal penal a través de las normas establecidas para tal efecto”.*²¹¹

Es considerado el tipo penal como uno de las cuestiones más importantes en el Derecho penal ya que constituye desde el punto de vista garantista, el límite al poder punitivo del Estado; una garantía de *seguridad jurídica* que se refiere a que sólo procede la sanción penal cuando una conducta este descrita especifica y detalladamente en la ley y de igual forma este expresamente señalada la sanción correspondiente. Sólo la realización de aquellas conductas que se adecuen a las descripciones típicas, contenidas en la ley y conminadas con una sanción, “pueden dar lugar a un juicio de reproche”.²¹²

2.5.3 Antijuridicidad.

El segundo elemento de lo ilícito es la antijuridicidad. *“Antijurídica es una acción típica que no está justificada”.*²¹³ Así, no toda conducta voluntaria y típica “es necesariamente un delito”,²¹⁴ sólo la que no este justificada legalmente.

Por lo que el análisis del elemento de la antijuridicidad siempre empieza por su parte negativa, es decir las causas de justificación, aun en la práctica, para darle cumplimiento a la exigencia dogmática, se analizan cada una de las hipótesis contempladas por los Códigos penales en los respectivos apartados de las causas de justificación.²¹⁵

²¹¹ Urosa Ramírez. Op. cit. p. 104.

²¹² Nieves Luna Castro, José. El concepto de tipo penal en México. 2a. edic. Ed. Porrúa. México 2000. p. 2.

²¹³ Bacigalupo. Op. cit. p. 88.

²¹⁴ Urosa Ramírez, Gerardo Armando. Teoría de la ley penal y del delito. Ed. Porrúa. México, 2006. p. 193.

²¹⁵ Esto es debido a que en la práctica se actualiza la teoría de la función indiciaria del tipo, en la cual la antijuridicidad se presume por estar prevista la conducta analizada en un tipo penal, siendo necesario solamente el estudio de la posible aparición de alguna de las causas de justificación que prevé la ley.

*“Doctrinalmente la antijuridicidad se presenta de manera formal y material. Se habla de antijuridicidad formal cuando implica transgresión a una norma establecida en el ordenamiento jurídico...por su parte la antijuridicidad material se constituye con la ofensa al bien jurídico tutelado por la norma”.*²¹⁶

Por lo tanto, *no hay grados de antijuridicidad*: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, “más o menos antijurídicos”.²¹⁷

La conducta prohibida es antijurídica en cuanto a este punto Roxin nos aclara que:

*“Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero este indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación”.*²¹⁸ [teoría de función indiciaria del tipo]

2.5.4 Culpabilidad

Roxin explica que la conducta típica y antijurídica “ha de poderse hacer responsable al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, reprochar”.²¹⁹

“El principio del derecho penal de culpabilidad está condicionado por una cosmovisión. Se ha venido formando paulatinamente con la historia. Originalmente, el derecho penal apareció como puro derecho penal de resultado, o sea, únicamente se preguntaba si el autor (objetivamente) había causado el resultado antijurídico. Apenas después se aprendió a

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Bacigalupo. Op. cit. p. 89.

²¹⁸ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Op. cit. p. 195

²¹⁹ Idem.

*considerar no solo el efecto sobre el ofendido, sino también a ponerse en el lugar de la persona del autor y a preguntarse si en igual situación se hubiera actuado de la misma manera y hubiese sentido la pena como necesaria”.*²²⁰

De esta forma el Dr. Carlos Daza menciona que la culpabilidad dentro de la teoría de la acción final “es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al Derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo”.²²¹

Para Von Liszt²²² la culpabilidad es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado, desaprobando tanto el acto como el autor siendo la culpabilidad de esta forma, una relación subjetiva (psicológica) entre la persona y el hecho.

La evolución doctrinaria de este elemento ha creado interesantes debates ya que cada autor, cada uno con su respectiva teoría, tratan de explicar lo que justifica el reproche de una conducta típica a un determinado sujeto.

Por lo que hace a la teoría normativa Reinhard Frank explica que “la culpabilidad no está en la psiquis del autor. Culpabilidad es solamente un juicio que, a la conducta jurídica (por hechos dados en la realidad), le sería reprochado”.²²³

Ricardo C. Núñez²²⁴ expone dos esquemas de la culpabilidad que a continuación se transcriben:

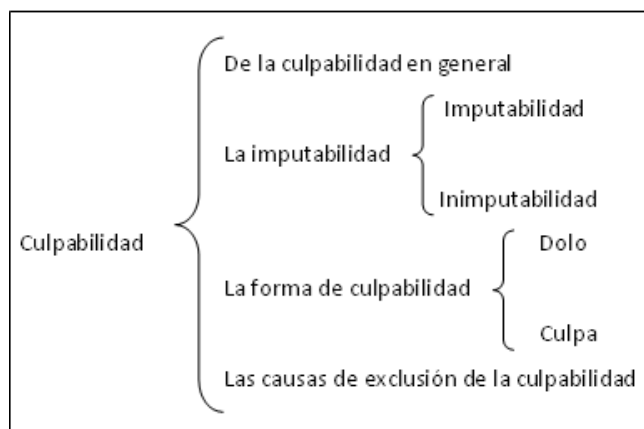
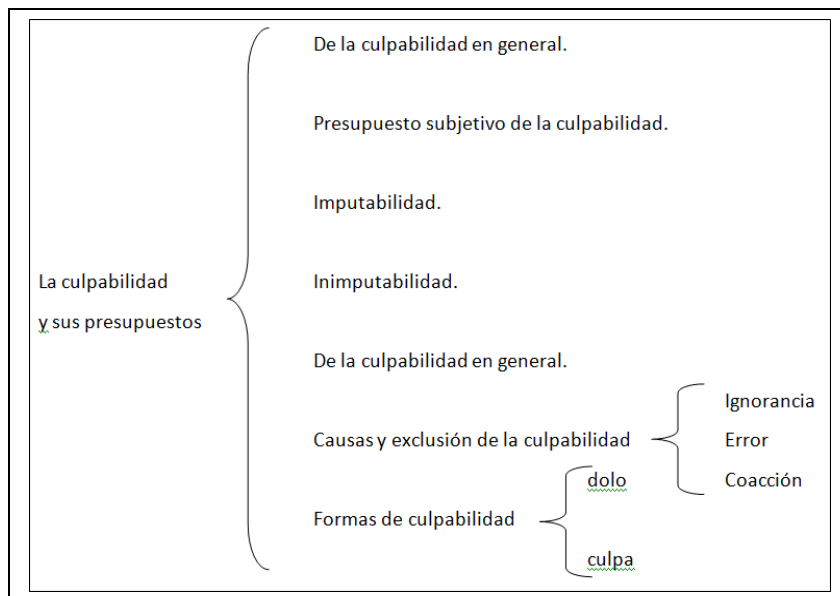
²²⁰ Von Weber, Hellmuth. p. 116.

²²¹ Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Ed. Flores Editor y Distribuidor. p. 39.

²²² Citado por Daza Gómez. Op. cit. p. 148.

²²³ Ibidem. p. 152.

²²⁴ Núñez, Ricardo. Bosquejo de la Culpabilidad en Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad. 2a. edic. Ed. B de F. Argentina, 2002. p. 70-71.



A decir de este autor los aspectos de las teorías de la culpabilidad que se observan actualmente no han variado con los que se exponían hace un siglo, sino que solamente ha variado la terminología y la estructura de los elementos, “la estructura de los conceptos, esto es, la distribución y el orden de ellos”.²²⁵

2.5.5 Penas y medidas de seguridad

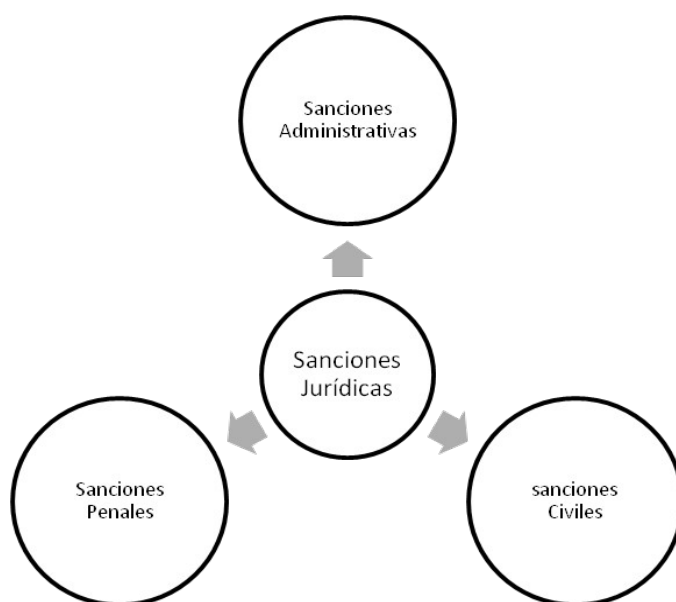
Para el Dr. Carlos Daza se deben estudiar ciertos aspectos de las penas: “su justificación, su sentido y su fin”.²²⁶ La justificación de imposición de una pena se analizó en el punto 2.2 de este capítulo, en estos términos este autor expresa

²²⁵ Núñez, Ricardo. p. 71.

²²⁶ Daza, Carlos. Op. cit. p. 329.

que la justificación se deriva de su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad.

Por lo que cada vez que se alteren las condiciones de vida en una sociedad, las más fundamentales, se justificará la aplicación de una pena, siendo necesario analizar desde el concepto mismo, su naturaleza jurídica, su sentido y fin. Así las penas y medidas de seguridad pertenecen al género de las sanciones jurídicas:



Para la penología el termino de “reacción social” es muy general en la cual caben las reacciones religiosas, políticas y desde luego las jurídicas.²²⁷ De igual manera “la ciencia del derecho ha establecido una serie de ramas en las que se establecen ciertas sanciones a determinadas conductas. Luis Rodríguez Manzanera menciona que dentro de las reacciones sociales es la reacción jurídica y dentro de estas “la más drástica es la reacción penal”.²²⁸

²²⁷ Véase, Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. Op. cit. p. 37 y ss.

²²⁸ Ibidem. p. 55.

Las ideas sobre las reacciones penales han sido sistematizadas por las grandes Escuelas, identificándose tres que son las más importantes:

1. La Escuela Clásica (Beccaria, Bentham).
2. La Escuela Positiva (Lombroso, Ferri y Garófalo).
3. La Tercera Escuela (Carnevale, Alimena).

Se distinguen cinco etapas en la evolución de la reacción penal en Ferri²²⁹:

1. pena primitiva (venganza privada); 2. pena religiosa; 3. pena con fundamento ético; 4. pena jurídica y 5. pena social.

	Fase vindicativa	Fase retributiva	Fase correccionalista	Fase resocializante
Titular de la acción punitiva	El ofendido o su grupo	La organización político religiosa	El Estado	El Estado
Beneficiario de la acción punitiva	El ofendido o su grupo	El infractor y el resto de la colectividad	El infractor y el resto de la colectividad	El infractor y el resto de la colectividad
Criterio de ejecución de la acción punitiva	El hecho pasado.	El hecho pasado	El hecho futuro	El hecho futuro
Instrumento o método	-	-	El régimen penitenciario	El tratamiento penitenciario

2.6 Conceptos jurídicos fundamentales en Derecho Familiar.

¿Qué fue lo que se consideró para integrar un apartado sobre los conceptos jurídicos fundamentales en este trabajo de investigación? Pues la respuesta es sencilla ya que los siguientes conceptos representan aspectos importantes a

²²⁹ Citado por Rodríguez Manzanera. Op. cit. p. 55.

estudiar para la debida integración de los tipos penales familiares, si no se conoce la naturaleza jurídica de las instituciones familiares se podría llegar a conclusiones erróneas al nivel de tipicidad, sea en el estudio de los elementos del tipo o en la calidad del sujeto activo y pasivo del delito.

Por lo que nos interesa aquí exponer los puntos torales de cada una de las figuras jurídicas familiares, no haremos un estudio a fondo sino que sólo puntualizaremos ciertas ideas básicas en los conceptos, o reformas al matrimonio, al divorcio o al concubinato y en general se analizará la relación que guardan con el tema de nuestro ensayo.

2.6.1 Familia

La familia, entendida como la máxima expresión del ser humano, merece más atención por parte del Estado. Sobre todo, de los legisladores.

La familia puede analizarse desde puntos de vista distintos, a decir:

Punto de vista sociológico: La definición de familia desde el punto de vista sociológico, señala que está conformada por padre, madre e hijos que resultan del hecho sexual de la procreación. Así Galindo expresa que “la familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación”.²³⁰

Desde el punto de vista de la Sociología, la familia surge del mero ayuntamiento sexual de una relación de hecho que origina una prole y que llega a convertirse en un pilar de la sociedad.

La familia puede estar conformada sólo por padre e hijo(s); sólo por madre e hijo(s); o sólo por padre y madre aunque no tengan hijos y así otras combinaciones.

²³⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 427.

Punto de vista jurídico: La definición jurídica conceptualiza a la familia como una institución social permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco consanguíneo, por afinidad, adopción, matrimonio o concubinato que originan a esa familia ya que “la ley ordena que los miembros de la familia tienen el deber, es decir, están constreñidos por el *jus imperium* de la ley, por el propio Estado a observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos”.²³¹

La familia no sólo se crea a partir de un acto jurídico como el matrimonio o de la adopción, en algunos casos, la familia también puede surgir del hecho jurídico del concubinato”.²³²

De tal manera que las formas jurídicas de constitución de la familia son:

- Matrimonio;
- Concubinato;
- Parentesco;
- Adopción; y
- Filiación.

La definición jurídica de la familia la podemos encontrar en varios ordenamientos en materia familiar, a decir:

Código Familiar del Estado de Hidalgo

El artículo 2º de esta regulación define a la familia como una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad y se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado.

²³¹ Güitrón Fuentevilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Ed. Porrúa. México, 2000. p. 69.

²³² Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?, Op. cit. p. 40.

Código Familiar del Estado de Zacatecas

La legislación familiar en este estado reconoce a la institución familiar como la base de la integración de la sociedad y el estado (artículo 2); y la define como una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica (artículo 3).

Código Familiar para el Estado libre y soberano de Morelos.

El Código Familiar de Morelos expresa la familia es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica (artículo 22).

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo

Desde el artículo primero se define a la familia como una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad.

Código Familiar de San Luis Potosí.

Este código familiar de reciente creación, expresa en su artículo 10 que la familia es la unión permanente de personas vinculadas por el matrimonio o el concubinato, y por parentesco de consanguinidad, afinidad y civil, basada en los principios y valores humanos para lograr el desarrollo integral de cada uno de sus miembros.

2.6.2 Parentesco

Galindo Garfias expresa que “los vínculos que unen entre sí a los miembros de un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan

derechos y obligaciones”,²³³ y continúa diciendo que “el parentesco forma por decirlo así, la línea que acota o limita la aplicación de las normas jurídicas relativas al derecho de familia”.²³⁴

De esta forma el parentesco es un “nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado”.²³⁵ En otras palabras es la “adscripción de una persona a una determinada familia”.²³⁶

El artículo 138 Quintus del ordenamiento civil para el Distrito Federal señala que las “relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”.²³⁷

Dicho ordenamiento expresa que los parentescos que se reconocen son el de consanguinidad, afinidad y civil. El primero se da entre personas que descienden de un mismo tronco común; “El parentesco por afinidad, tradicionalmente surgía entre quien contraía matrimonio, por ejemplo el hombre y los parientes de su esposa y a la inversa”.²³⁸ El parentesco civil es el que surge por la figura jurídica de la adopción y sus efectos son la equiparación entre el parentesco de consanguinidad al que existe entre el adoptado, el o los adoptantes, los parientes de uno y otro “llegando a considerarlo como hijo consanguíneo”.²³⁹

2.6.3 Matrimonio y concubinato

²³³ Galindo Garfias. Op. cit. p. 429.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Ibidem. p. 445.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Artículo 138 quintus. Código Civil para el Distrito Federal.

²³⁸ Güitrón Fuentevilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar. Op. cit. p. 179.

²³⁹ Idem.

Desde el 29 de diciembre del año 2009, se cambió el concepto del matrimonio en el Distrito Federal y así se estableció que la unión de un hombre y una mujer ya no era la definición legal, cambiándose para quedar en los siguientes términos:

“Artículo 146.- *Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.*²⁴⁰

Ya no se acepta la definición del matrimonio como la “unión legítima de un hombre y una mujer”.²⁴¹ La naturaleza jurídica de esta institución ha sido muy discutida pero todavía se admite que pueda ser percibida como “un acto jurídico, como una institución jurídica de orden público o como un sacramento”.²⁴²

En cuanto a la figura del concubinato también es una forma de constitución de la familia y esta se refería a la unión de un hombre y una mujer que sin estar casados hacían una vida en común, pero al igual que al matrimonio, sufrió una reforma en el año 2011 cuya finalidad fue la equidad de género al querer permitir que las parejas homosexuales pudieran unirse en concubinato.

Antes de la reforma esta figura era definida como “el estado de hecho en que están el hombre y la mujer al compartir casa, lecho y habitación, como si fueran cónyuges sin haber celebrado matrimonio”,²⁴³ ahora legalmente se expresa:

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

²⁴⁰ Artículo 146. Código Civil para el Distrito Federal.

²⁴¹ Magallón Ibarra, Mario (coord.). Compendio de términos de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 2004. p. 382.

²⁴² Ibidem. p. 382.

²⁴³ Op. cit. p. 70.

*inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo”.*²⁴⁴

De esta forma la ley no da un concepto de concubinato, pero sí determina los requisitos, el tiempo, los derechos, deberes, obligaciones y en qué circunstancias puede surgir este, para exigir el cumplimiento de sus efectos.

Por lo que no fue sino hasta el primero de octubre de 1932 “cuando por primera vez en México se legisló sobre el concubinato”²⁴⁵ y desde ese entonces se fueron cambiando los requisitos legales, variando el tiempo que tenía que transcurrir para la legal constitución del concubinato así como las consecuencias jurídicas que se generaban. “El propósito del legislador en esa época fue proteger a la concubina, permitiéndole tener derecho a heredar en sucesión legítima al concubinario”.²⁴⁶

Coincidimos con el Dr. Güitrón Fuentesvilla en que:

*“Ha sido el concubinato una forma de originar la familia no sólo en México, sino también en el mundo, que los legisladores le han dado diversos tratamientos: unos lo han ignorado como si no existiera en la realidad; otros lo han llevado al extremo de llamarlo matrimonio de hecho, sin que esto sea o esté apegado a la realidad, porque el concubinato no requiere para su existencia acudir ante una autoridad administrativa para que nazca”.*²⁴⁷

En cuanto a los efectos que produce esta figura el Código Civil nos indica que las personas unidas en concubinato tienen todos los derechos inherentes a la familia, es decir, que a través del concubinato se constituye legalmente la familia:

²⁴⁴ Artículo 291 Bis. Código Civil para el Distrito Federal.

²⁴⁵ Güitrón Fuentesvilla, Julián. "Concubinatus horribilis". Artículo del publicado en El Sol de México, 7 de agosto de 2011.

²⁴⁶ Idem.

²⁴⁷ Idem.

“Artículo 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

*Artículo 291 Quáter.- El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes”.*²⁴⁸

2.6.4 Divorcio

El divorcio es la figura jurídica que permite la disolución del vínculo conyugal y de acuerdo con el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal deja en aptitud de contraer nuevas nupcias.

*“Deriva del latín divortium, que a su vez viene de divertere que significa irse cada uno por su lado, separarse, en Derecho Familiar, al referirse a los cónyuges, es ponerle fin a la convivencia y nexos jurídicos. Por su naturaleza jurídica, puede definirse como la ruptura del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges”.*²⁴⁹

Al respecto de este tema fueron reformadas recientemente las disposiciones legales en el Distrito Federal, por lo que consideramos importante transcribir las siguientes ideas expuestas por el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla:

“PRIMERA.- Decir que el matrimonio es un contrato es una aberración jurídica. Si los elementos esenciales de un contrato son el consentimiento y el objeto, cuál será el del matrimonio. ¿Se exigirá que sea posible física, jurídica y comercialmente? ¿Cuál será la autonomía y la exteriorización de la voluntad en el matrimonio? ¿Se le aplicará la teoría de las nulidades? ¿Habrá inexistencia, nulidad absoluta y relativa de este acto jurídico solemne? ¿En qué consistirá el objeto, motivo o fin lícito del matrimonio?

²⁴⁸ Artículos 291 Ter y Quater. Código Civil para el Distrito Federal.

²⁴⁹ Magallón Ibarra. Compendio de términos de Derecho Civil. Op. cit. p. 191

*¿Se le podrá sujetar a término y condición? Verdaderamente es una aberración jurídica legislar en la materia, diciendo que el matrimonio es un contrato. **SEGUNDA.**- Si la Asamblea Legislativa o quien haya hecho la iniciativa, afirma que el matrimonio, y así consta en la Exposición de Motivos del Decreto de Reforma, es la unión de dos personas, como ocurre en España, por qué no establecer que es la unión de un solo hombre y una sola mujer, que sin tener impedimentos para casarse acuden al Juez del Registro Civil y ahí expresan su voluntad para casarse; expresión ésta que se ha tomado como un fundamento, obviamente erróneo, porque si bien se dice en los Considerandos de la iniciativa, que el matrimonio surge de la suma de las voluntades de los cónyuges, que cualquier alumno del primer semestre de la Facultad de Derecho, cuando menos de los que yo tengo el privilegio de ser su profesor, saben que la suma de voluntades origina el consentimiento; cómo puede afirmarse que para divorciarse es suficiente que uno solo de los cónyuges lo quiera, para que el divorcio proceda, sobre todo porque se ha argumentado que si el matrimonio nació por la voluntad de ambos, decimos nosotros, ese supuesto debe ser la base para la disolución del vínculo matrimonial, y no como lo ha aprobado ya la Asamblea, dándole validez legal para llegar hasta la ruptura del vínculo matrimonial, de la sola expresión unitaria, única, de voluntad de cualesquiera de los cónyuges para disolver el matrimonio; como estaba en la ley, incluido el divorcio voluntario, era más que suficiente para mantener el equilibrio legal. **TERCERA.**- Carece de cualquier fundamento jurídico y científico y no digamos de sensibilidad hacia la familia, decir que los actuales juicios son largos y tediosos, llenos de vicisitudes legales, lagunas jurídicas "chicanas", sin considerar que quienes han propiciado todas esas dilaciones y trampas son quienes hacen las leyes, los abogados que las argumentamos, los jueces que las aplican, porque finalmente, si un juicio no digamos de divorcio sino mercantil o cualquier otra materia, dura 4 o 5 años, esto es porque los Códigos y leyes son tan malas, tan imperfectas, tan llenas de trampas, que para llegar a la verdad jurídica, histórica, última,*

hay que pasar por todas las artimañas y las disposiciones y trampas que las leyes mexicanas tienen. De esto no tiene la culpa ni la familia mexicana ni sus miembros y, sin embargo, a ellos se les ha hecho víctima de esta infame reforma. **CUARTA.-** Es evidente que esta reforma atenta contra las mujeres. La esencia de la modificación legal autoriza al Juez Familiar a que en un plazo máximo de 30 días, el vínculo matrimonial quede disuelto y si hubiera hijos menores o bienes, éstos como conflicto se resolverán en juicios ordinarios civiles o controversias de orden familiar, dejando en absoluta libertad al hombre y a la mujer, que seguramente a ella la dejarán en estado de indefensión, porque una vez disuelto el vínculo, difícilmente se llegará a la conclusión del juicio respecto a los alimentos o bienes. Antes de la reforma, el vínculo obligaba a resolver la problemática familiar, antes de disolver el matrimonio. **QUINTA.-** Azora y seguramente tiene dedicatoria la reforma, que no se haya guardado la más elemental forma y se diga, y hoy ya es Derecho positivo vigente, lo que ordena el artículo 685 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que a la letra ordena: "Únicamente podrán recurrirse las resoluciones que recaigan en vía incidental respecto del o los convenios presentados; la que declare la disolución del vínculo matrimonial es inapelable. **SEXTA.-** Es impresionante la proliferación de leyes que los órganos legislativos, no sólo del Distrito Federal sino de todo el país, emiten cotidianamente, porque en todos ellos resalta la misma situación; es necesario dar nuevas leyes para resolver los problemas creados por los anteriores y así sucesivamente hacia el pasado; pero al ubicarnos en el presente y ver hacia el futuro, el legislador está permanentemente en una realidad de un proceso dialéctico, creando nuevas leyes para resolver los problemas que se originaron con las anteriores y así sucesivamente. Plantea una tesis, de ésta deriva la antítesis y al pretender la síntesis de las anteriores, crea nuevas leyes y no tiene fin; seguramente ustedes, distinguidos lectores, verán en un lapso

breve que la reforma no ha funcionado y en consecuencia, parafraseando a Cantinflas, hay que volverla a reformar.”²⁵⁰

2.6.5 Patria potestad, tutela, guarda y custodia.

La patria potestad era “concebida originalmente como el poder que correspondía al padre –por ser magistrado domestico– con autoridad suprema en el seno de la familia y la consecuente subordinación a él por parte de los hijo, ese poder de hecho la ley romana se lo atribuyó al derecho”.²⁵¹

Se considera como una “institución protectora”²⁵² de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación.

Así el Código Civil para el Distrito Federal expresa que la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres (414). Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen (425).

En la actualidad se le considera como una función que corresponde a quienes tienen la paternidad y, en concordancia a esa responsabilidad, se impone a padres e hijos como un deber de respeto y consideración mutua, “cualquiera que sea su estado, edad y condición”.²⁵³

Existen diversas causas que el Código contempla para que la Patria Potestad se pierda, suspenda, sea limitada o termine.

“Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos: I. Cuando el que la ejerza sea condenado

²⁵⁰ Güitrón Fuentevilla, Julián. “Horror al divorcio espurio”, artículo publicado en El sol de México, Organización Editorial Mexicana, 19 de octubre del 2008.

²⁵¹ Magallón Ibarra. Op. cit. p. 471.

²⁵² Galindo Garfias. Op. cit. p. 440.

²⁵³ Ibidem. p. 472.

expresamente a la pérdida de ese derecho. II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código. III.- En los casos de violencia familiar en contra el menor; IV. El incumplimiento de la obligación alimentaría por más de 90 días, sin causa justificada; V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

Artículo 447. *La patria potestad se **suspende**: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado. VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.*

Artículo 444 Bis. *La patria potestad podrá ser **limitada** en los casos de divorcio o separación.*

Artículo 443. *La patria potestad se **acaba**: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación derivada del matrimonio; III. Por la mayor edad del hijo. IV. Con la adopción del hijo”.*²⁵⁴

²⁵⁴ Artículos 444, 447, 444 Bis y 443. Código Civil para el Distrito Federal.

La violencia familiar es causa para perder la patria potestad, “así como el incumplimiento reiterado de la pensión alimentaria; porque el padre o la madre expongan al hijo o por el abandono que hicieren de los hijos por más de seis meses”.²⁵⁵

Señala la ley con respecto a la figura de la Tutela que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos”.²⁵⁶

Para Galindo Garfias:

*“La tutela es una institución protectora de los menores no sujetos a patria potestad y de los incapacitados. La tutela desempeña un importante papel de protección, a favor de aquellas que no pudiendo disponer de su persona y de sus bienes requieren la protección de persona capaz que los asista en tales casos”.*²⁵⁷

Su naturaleza jurídica es la de ser “un cargo de interés público; además, es una institución del Derecho familiar, que en algunos casos sustituye y en otros casos complementa la Patria Potestad”.²⁵⁸ La esencia en la tutela, es la persona incapacitada.²⁵⁹

La guarda se puede definir como la “acción de conservar, guardar o defender. También como la persona que tiene a su cargo la conservación de una cosa o la custodia de una persona. Acción de guardar con cuidado y vigilancia”.²⁶⁰

²⁵⁵ Güitrón Fuentevilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar. Op. cit. p. 273.

²⁵⁶ Artículo 449. Código Civil para el Distrito Federal.

²⁵⁷ Galindo Garfias. Op. cit. p. 441.

²⁵⁸ Güitrón Fuentevilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar. Op. cit. p. 324.

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Magallón Ibarra. Op. cit. p. 267.

Las resoluciones judiciales resuelven lo conducente a la guarda y custodia de los hijos menores de edad cuando se está frente a las figuras de nulidad de los matrimonios en el artículo 259, divorcio en el artículo 283 y para el reconocimiento de hijo en el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las obligaciones que la ley impone a los que ejercen la Patria Potestad o Guarda y Custodia de un menor se encuentran en el artículo 414 bis, y las mismas se hacen constar en procurar la seguridad física, psicológica y sexual o fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, entre otras.²⁶¹

2.6.6 Alimentos.

Para conceptualizar los alimentos, Galindo Garfias nos indica que “en derecho el concepto de alimentos implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal persona”.²⁶² Para este autor este derecho-obligación descansa en un deber moral que se transforma en un precepto jurídico. La deuda alimentaria es un deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre sí, los elementos necesarios para la vida, la salud y en su caso, la educación”.²⁶³

La ley expresa que la obligación de dar alimentos es recíproca. Se tiene derecho a recibir alimentos no solo en el caso de divorcio sino también en la separación, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale como la adopción o el concubinato.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y a falta de aquellos “tendrán que hacerlo los bisabuelos o tatarabuelos por ambas líneas”,²⁶⁴ “la

²⁶¹ Lo que la ley considera como obligaciones de crianza.

²⁶² Galindo Garfias. Op. cit. p. 458.

²⁶³ Ibidem. p. 459.

²⁶⁴ Güitrón Fuentevilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar. Op. cit. p. 190.

obligación de los padres a proporcionar alimentos no cesa al llegar la mayoría de edad”,²⁶⁵ ya que no existe disposición alguna que ordene, que al llegar la mayoría de edad, cese la obligación de dar alimentos.

En cuanto a los hijos también están obligados a dar alimentos a sus padres y cuando no puedan aquellos lo harán los descendientes más próximos en grado y a falta o imposibilidad de estos lo harán los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Los alimentos comprenden según las leyes civiles:

“I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

*IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia”.*²⁶⁶

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Artículo 308. Código Civil para el Distrito Federal.

CAPITULO III

TIPOS PENALES FAMILIARES

El análisis debe centrarse en encontrar el fundamento para crear y aplicar tipos penales especialmente que se crean para proteger a la institución familiar, ya que si los argumentos no son suficientes para justificar su creación y existencia, la consecuencia es que no se inserten en la legislación penal o se eliminen de la misma.

*“No todos los hechos que atentan o amenazan la institución familiar deben ser elevados a categorías punitivas, pues la crisis de la familia y las amenazas que pueden entrañar su disolución, corresponden a determinantes de naturaleza social, ajenas por entero al comportamiento individual antijurídico, único fundamento para la instauración bajo la forma de prohibición y mandato, de tipos penales tutelares”.*²⁶⁷

A manera introducción a este capítulo enlistamos los delitos tipificados en cada una de las legislaciones locales, específicamente los que se encuentran en el Título especial de protección penal para la familia en cada uno de los códigos.

AGUASCALIENTES: Incesto, bigamia, alteración de estado civil, incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, tráfico de menores, sustracción de menores, adulterio y violencia familiar.

BAJA CALIFORNIA: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, incesto y violencia familiar.

BAJA CALIFORNIA SUR: Substracción de menores e incapaces, tráfico de menores, bigamia, abandono e incumplimiento de las obligaciones familiares y violencia intrafamiliar.

²⁶⁷ Pabón Parra, Pedro Alfonso. Delitos contra la familia. 2a. edic. Ed. Ediciones, Doctrina y Ley, Ltda. Bogotá, 2004. p. 62.

CAMPECHE: Delitos contra el estado civil, delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, violencia familiar y sustracción de menores o incapaces.

COAHUILA: Violencia familiar, incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, delitos contra la filiación y el estado civil, sustracción y tráfico de menores, bigamia y matrimonios ilegales e incesto.

COLIMA: Sustracción de menores o incapaces, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, incesto e incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar.

CHIAPAS: Incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar y violencia familiar.

CHIHUAHUA: Delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, violencia familiar, delitos contra la filiación y la institución del matrimonio y bigamia.

DURANGO: Delitos contra el estado civil, bigamia, adulterio, delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar, violencia familiar e incesto.

ESTADO DE MÉXICO: delitos contra el estado civil de las personas, matrimonios ilegales, bigamia, incumplimiento de obligaciones, violencia familiar, tráfico de menores, explotación de personas, incesto y adulterio.

GUANAJUATO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, incesto, tráfico de menores y violencia intrafamiliar.

GUERRERO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores o incapaces y robo de infante, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, incesto y violencia familiar.

HIDALGO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores e incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado familiar de las personas, bigamia, matrimonio ilegal, incesto, adulterio y violencia familiar.

JALISCO: Violencia intrafamiliar, suposición y supresión del estado civil, exposición de infantes, sustracción, robo y tráfico de menores, bigamia, incesto, adulterio, y abandono de familiares.

MICHOACÁN: delitos contra la filiación y el estado civil y exposición de menores, bigamia y matrimonios ilegales, incesto, incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción o retención y violencia familiar.

MORELOS: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia alimentaria, violencia familiar, sustracción o retención de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia e incesto.

NAYARIT: De la suposición y supresión del estado civil, exposiciones de infantes, sustracción y tráfico de infantes, bigamia, incesto, abandono de familiares y violencia familiar.

NUEVO LEÓN: Delitos contra el estado civil, bigamia, incesto, exposición de menores, incumplimiento de obligaciones alimentarias, sustracción de menores y violencia familiar.

OAXACA: Incesto, adulterio, parricidio, infanticidio, violencia intrafamiliar y sustracción de menores o incapaces.

PUEBLA: Delitos contra el estado civil, bigamia, sustracción de menores y violencia familiar.

QUERÉTARO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, matrimonios ilegales, incesto y violencia familiar.

QUINTANA ROO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, retención y sustracción de personas menores de edad o que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho, abandono de niños, niñas y adolescentes, adopción ilegal, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia, matrimonio ilegal, incesto y violencia intrafamiliar.

SAN LUIS POTOSÍ: Delito contra la filiación y el estado civil de las personas, incesto, matrimonios ilegales, bigamia, incumplimiento de las obligaciones, de asistencia familiar, adulterio y violencia familiar.

SINALOA: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, violencia familiar, sustracción de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, bigamia e incesto.

SONORA: Suposición, supresión, ocultación y sustitución de infante; y violación de impedimentos civiles, bigamia, incumplimiento de obligaciones familiares y violencia intrafamiliar.

TABASCO: Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, violencia familiar, sustracción o retención de menores o incapaces, trafico de menores, exposición de incapaces, supresión del estado civil, usurpación de filiación o de estado civil, bigamia, matrimonios ilegales de convalidación prohibida e incesto.

TAMAULIPAS: Alteración del estado civil, bigamia, incesto, exposición de menores, abandono de obligaciones alimenticias, sustracción y retención de menores por los padres.

TLAXCALA: Delitos contra el estado civil, bigamia, incumplimiento de la obligación alimentaria, violencia familiar e incesto.

VERACRUZ: Incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores, tráfico de menores, delitos contra el estado civil, matrimonios ilegales, incesto y violencia familiar.

YUCATÁN: Incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores, tráfico de menores, delitos contra el estado civil, matrimonios ilegales, incesto y violencia familiar.

ZACATECAS: De la suposición y supresión del estado civil, exposición de infantes, sustracción de menores, bigamia, incesto, adulterio, abandono de familiares y violencia familiar.

Como se observa, son similares las conductas tipificadas en los estados referidas a la protección familiar; a continuación se analizará cada uno de los delitos referidos pero además los que se encuentran fuera del rubro especial de los códigos, sin que se pretenda hacer un análisis exhaustivo de cada conducta.

3.1 Homicidio

Es la vida humana el bien jurídico que otorga “el primer lugar entre los valores tutelados penalmente”.²⁶⁸

El delito de homicidio en relación al parentesco deriva en diversas especies, (al menos teóricamente), observándose distintas variaciones según la calidad del sujeto activo o pasivo, ya que se pueden encontrar, entre otros, el que se comete entre cónyuges, o también conocido por Mariano Jiménez Huerta, como *<<homicidios perpetrados al instante de sorprenderse al cónyuge o al corruptor del descendiente en el acto carnal o próximo a su consumación>>*.

El homicidio entre cónyuges también encuentra referencia en textos antiguos como los indios; para las antiguas civilizaciones, en ocasiones, se consideraba como derecho, el privar de la vida al cónyuge adúltero.

De igual forma el homicidio entre hermanos es una especie interesante, ya que el primer delito en la historia de la humanidad, según la Biblia, fue el homicidio cometido por Caín en contra de Abel.

Existiendo también de forma más actual la regulación de la privación de la vida de ciertas personas pertenecientes a ciertos grupos "vulnerables", como las mujeres o los homosexuales. Al primero se le ha denominado feminicidio²⁶⁹ y el otro puede ser una denominado como una privación de la vida por razones de discriminación.

“Una tutela justa y eficaz del bien jurídico de la vida sólo puede alcanzarse si toman en cuenta y se matizan los diversos modos, circunstancias, situaciones personales y objetivas y medios de ejecución que concurran en la conducta que causa como resultado la privación de una vida humana.

²⁶⁸ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano. T II. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 17.

²⁶⁹ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belem do Para", prevé como una modalidad de violencia contra la mujer, la privación de la vida.

*Adquieren así ante la consideración penalística, honda trascendencia los modos, situaciones, circunstancias y medios de ejecución que concurren en la conducta que causa como resultado la privación de la vida humana”.*²⁷⁰

El delito en estudio sanciona al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación.

Derivado de lo anterior, se establece que el verbo núcleo del tipo es: *privar* que de acuerdo a la Real Academia de la Lengua significa: “despojar a alguien de algo que poseía, quitar o perder el sentido”,²⁷¹ que en el caso que nos ocupa sería la vida a algún familiar; por lo que son importantes los conceptos jurídicos fundamentales del derecho familiar, que en este caso es el parentesco, el cual tiene que comprobarse para acreditar la calidad del sujeto pasivo y activo.

Algunos autores han ido más allá de las simples implicaciones legales e imaginan supuestos relacionados con el derecho penal familiar, en este caso el homicidio en relación al parentesco pero en la *familiastra*:

*“Es del dominio público, que los delitos cometidos como el parricidio, exigen la calidad de hijo consanguíneo del padre que ha sido muerto por aquél o filicidio en el caso del hijo; qué ocurriría y ahora vamos a entrar a la nueva terminología, el hijastro o sea el que llamamos antes hijo afín, mata a su madrastra, será esto un homicidio; un feminicidio con las nuevas modas o un matricidio; lo que nos llevaría incluso hasta a reflexiones absurdas, porque vamos a encontrar que la legislación punitiva del Distrito Federal, se refiere a varios supuestos tipificados como delitos”.*²⁷²

²⁷⁰ Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 19.

²⁷¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 21a edic. Madrid, 1992.

²⁷² Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar, artículo extraído del periódico “El sol de México”, 20 de noviembre del 2011.

El Código Penal del Distrito Federal contempla y sanciona la privación de la vida realizada por la madre a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento,²⁷³ imponiéndole de tres a diez años de prisión, siendo esta otra modalidad del delito en comento.

La clasificación dogmática del delito estudiado es la siguiente: por su conducta, puede ser de acción o comisión por omisión; por el resultado, material; por el daño que causa, lesión; por la duración, instantáneo; por el elemento interno, doloso, por su estructura, simple; por el número de actos, unisubsistente; por el número de sujetos, unisubjetivo y plurisubjetivo; por la forma de su persecución, de oficio; por la materia, federal y común.²⁷⁴

3.2 Lesiones

Teóricamente “el delito de lesiones consiste en inferir a otro un daño que le deje transitoria o permanente una huella material en su cuerpo o le produzca una alteración funcional en su salud”.²⁷⁵

En el Código Penal Federal se establece un tipo de lesiones inferidas por quien tenga a la víctima bajo su patria potestad o tutela (artículo 295) y además se establece otro para el caso de que la víctima sea una de las personas citadas en los artículos 343 bis y 343 ter (tipo de violencia familiar).

En el Distrito Federal, por ejemplo, el tipo penal de lesiones en relación al parentesco sanciona a quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado.

²⁷³ Artículo 126. Código Penal para el Distrito Federal.

²⁷⁴ López Betancourt, Eduardo. Delitos en particular. T II. 9a. edic. Ed. Porrúa. México, 2008. p. 167.

²⁷⁵ Jiménez Huerta. Op. cit. T II. p. 269.

Los supuestos de las víctimas se establecen en la ley, lo que no hace el Código Penal Federal, siendo esto un error de técnica jurídica en la redacción de los tipos penales, ya que no coincide una redacción con otra

Sin embargo la del Distrito Federal es perfectible ya que se dice “al que cause lesiones”, pero el termino “lesiones” no se define en toda la ley de esa , por lo que se tendría que establecer la conducta de forma concreta (causar daño o alterar la salud) para sancionar a quien realice esa conducta en contra de un familiar.

Existen tipos penales que fueron mal redactados por el legislador y que éste espera que se sobrentienda la figura estipulada en la norma jurídica lo que contraviene los principios consagrados por la Constitución de exacta aplicación de la ley penal y en este caso específico, no se explica que se entiende por “lesiones” y se sanciona tal conducta, sin que se pueda aplicar, por mayoría de razón, el artículo 130, ya que violaría los principios constitucionales referidos.

Asimismo en algunas ocasiones se prevé una sanción para el que infiera lesiones con crueldad o frecuencia a un menor de edad o a un incapaz, sujetos a la patria potestad, tutela o custodia del agente.

Los vínculos de sangre existentes entre el ofensor y el ofendido, configuran el delito de lesiones en relación al parentesco, sin embargo para la Suprema Corte, no forma parte del cuerpo del delito la comprobación de la filiación en el proceso.

“LESIONES A UN ASCENDIENTE, DELITO DE. SI LAS LESIONES SON INFERIDAS POR EL AUTOR A UN ASCENDIENTE, LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO NO INCLUYE LA DEMOSTRACION DE ESA RELACION DE PARENTESCO. LA CUAL CONSTITUYE UNA CIRCUNSTANCIA QUE AGRAVA LA PENALIDAD.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva concretamente por la ley penal. Este criterio resulta aplicable al delito de lesiones, cuya descripción en el artículo 288 del Código Penal, no contiene, además de elementos objetivos o externos, elementos subjetivos o valorativos que deban considerarse integrantes de la figura penal y, por ende, no incluye como elemento que deba acreditarse para la demostración de la existencia del cuerpo del delito, la relación de parentesco, cuando las lesiones son inferidas por el autor contra un ascendiente; es la norma contenida en el artículo 300 del ordenamiento citado, la que agrega una circunstancia al tipo delictivo que agrava la penalidad, al establecer que si el ofendido fuera ascendiente del autor de una lesión, se aumentarán dos años de prisión a la sanción que corresponda, con arreglo a los artículos que preceden. Como se advierte, el precepto legal antes mencionado no describe una figura delictiva, sino que señala una circunstancia personal que trasciende a la penalidad, mas no a la existencia de las lesiones ni, por ende, a la comprobación del cuerpo del delito. La doctrina jurídica denomina tipos complementados a aquéllos que se integran con el delito fundamental y una circunstancia o peculiaridad, como ocurre en el caso que ahora se contempla, en el que existe el tipo básico -delito de lesiones-, al cual se agrega como aditamento la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad -relación de parentesco ascendente entre victimario y la víctima-. Es importante destacar que el referido delito de lesiones cometido contra un ascendiente no constituye un delito especial, cuya descripción contenga en la propia norma requisitos o elementos agregados al tipo fundamental, al que se subsuman, como ocurre en el parricidio. En tal virtud, debe concluirse que la circunstancia de que las lesiones sean inferidas a un ascendiente, no constituye un elemento del delito de lesiones, cuya materialidad deba comprobarse al establecerse la existencia del cuerpo del delito, sino una agravante que entraña mayor responsabilidad ya considerada por el legislador y, por

*consiguiente, una penalidad legal más elevada, fundada en la existencia de una liga o relación de parentesco ascendente entre el ofendido y el autor”.*²⁷⁶

3.3 Aborto

El delito en cuestión pertenece a los que protegen la vida, por ello se sanciona a quien atenta contra “la vida en estado de gestación”,²⁷⁷ es por esa razón que se dice que es un delito de resultado.

La *ratio essendi* del posicionamiento de este delito en derecho penal familiar y no como un delito de los que atentan contra la vida, se basa en la siguiente pregunta: ¿Cuál es el momento preciso en que empieza la relación filial? Lo anterior se relaciona con las figuras del Nasciturus y con la filiación que son términos jurídico familiares.

Veamos la definición española del aborto, para poder argumentar a favor del posicionamiento de este delito en nuestra materia, es decir, si este delito podría pertenecer al Derecho penal familiar: “aborto es la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la **madre**, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina”.²⁷⁸

El bien jurídico protegido en el delito de aborto es discutible, ya que se podría proteger tanto la vida como las relaciones familiares.

La autodeterminación de las mujeres ha sido respaldada en nuestro país, más por estadísticas que por argumentos jurídicos:

“En México la cifra de abortos practicados es muy variable, pero oscila entre los 102 mil que reporta el CONAPO para el año 1997 y los 500 mil

²⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, 91-96 sexta parte. Tesis Aislada. Materia penal. p. 125.

²⁷⁷ Benéytes Merino, Luís. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Comares. Granada, España, 1994. p. 60.

²⁷⁸ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. 14a. edic. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2002. p. 85.

*anuales que reportan algunas organizaciones no gubernamentales que trabajan en el ámbito de los derechos de las mujeres. El 40% de los embarazos, en México, son indeseados; de ellos el 17% termina en aborto inducido. El aborto es la tercera causa de muerte materna en el país”.*²⁷⁹

Fue en 2007, cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Penal para el Distrito Federal que establece una nueva definición de aborto y despenaliza la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, antes de que se cumplan las doce semanas de gestación. Las reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal establecen la obligación de las instituciones de salud del Gobierno del Distrito Federal de atender las solicitudes de interrupción del embarazo y de implementar políticas públicas de promoción de la salud sexual y reproductiva.

Han existido debates en varios estados de la República, v. gr. en el Distrito Federal, en donde la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se oponía a las reformas que la Asamblea Legislativa quería hacer al código penal en el tema del aborto y después de varias discusiones que giraron en torno al comienzo de la vida y la autodeterminación de la mujer, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decidió a favor de la Asamblea legislativa y la despenalización del aborto después de la décima segunda semana de gestación.

Así, el reconocimiento de la libertad reproductiva de la mujer y la derogación de las normas que sancionan penalmente el aborto, son exigencias contenidas en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos firmados por México.

El delito es regulado, en el Código Penal Federal, a partir del artículo 329 definiendo primero lo que se entiende por aborto y luego señalando las hipótesis que se desea proscribir.

²⁷⁹ Carbonell Miguel. “Discutiendo sobre el aborto”. Artículo del periódico “El Universal”. Octubre 19, 2007.

El verbo núcleo de este delito es “abortar”, definición que se prevé correctamente por otra norma penal de este ordenamiento, evitando las remisiones a otras legislaciones.

La jurisprudencia reconoce dos tipos de aborto el obstétrico y el legal:

*“Existe diferencia entre el aborto médico obstétrico y el aborto como ilícito penal, pues desde el primer punto de vista, consiste en la expulsión del producto de la concepción, su viabilidad, es decir, su capacidad de vida extrauterina, estará determinada por la edad intrauterina; mientras que, legalmente, no se define al aborto, por la maniobra abortiva, como expulsión del producto, sino por la consecuencia de ella, que es la muerte del concebido como la contempla el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla”.*²⁸⁰

De tal forma que la motivación que encontraron los legisladores locales para determinar que la interrupción del embarazo podría realizarse antes de las doce semanas, con la voluntad de la mujer, ya no se estimará como delito, obedeció a considerar que esa conducta no merecía emplear la máxima constricción del Estado (principio de *ultima ratio*).

3.4 Inseminación artificial

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4º constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana,

²⁸⁰ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Tesis aislada. 1991, p. 142.

planificación familiar y biología, pero ninguna ley regula de modo directo la inseminación artificial.

Por lo que hace a este delito, es similar al de aborto, en cuanto que la conducta no es considerada como un delito que atenta contra la familia, sino contra la libertad o determinación de las mujeres, sin embargo la planificación familiar se ve trasgredida de una manera importante, de igual forma las relaciones familiares se modifican involuntariamente con el ilícito de inseminación artificial forzado.

En este sentido, la conducta sanciona a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial.

Conducta que no se encuentra bien definida, por ser tautológica, es decir, no explica que se entiende por “inseminación artificial”; lo que obligaría a buscar en otro ordenamiento jurídico, los elementos constitutivos del delito, lo que vulnera los principios de determinación legislativa penal.

De nuevo se observa que incorrectamente se legisla en materia de derecho penal familiar, al menos eso es la opinión que mantengo en este ensayo, ya que la descripción típica no es la idónea, no está claramente descrita la conducta que se intenta prohibir al expresar “al que insemine artificialmente”, de tal forma que el estudio de los elementos y de las consecuencias sería casi efímero.

Es oportuno aludir que el legislador aprovecha cada oportunidad para hacer política del derecho y utiliza la labor legislativa para satisfacer la opinión pública, incluyendo tipos penales, al ya engrosado catálogo de delitos del código penal, sin hacer el mínimo esfuerzo de análisis de las consecuencias o beneficios de su inclusión.

El requisito de procedibilidad establecido en este y otros delitos es que entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja.

Para llevar a cabo una inseminación artificial voluntaria, es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá, existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo, por lo que la protección se dirige al consentimiento de las partes.

Aunado a lo anterior es importante destacar que derivado de esta conducta se generaran derechos de carácter familiar en algunos supuestos de embarazo no deseado por la víctima, razón específica para establecer la pertenencia de este delito al derecho penal familiar.

3.5 Abandono de incapaz

De la misma forma que en otros delitos de derecho penal familiar, el abandono de incapaz no deriva sus consecuencias de las normas civiles que se asemejan a las conductas reguladas penalmente.

Este delito supone la sanción del incumplimiento de un deber de protección de personas que legalmente deban cuidar, sin que esta conducta sea grave, jurídicamente hablando, ya que el término medio aritmético de la pena es de un año, siete meses y quince días, por lo que alcanza los beneficios de ley.

Según Benéytes “la familia se presenta como el órgano asistencial natural, donde se evitan los peligros que acechan al menor, que no puede valerse por sí mismo y al propio tiempo, se prodigan los cuidados que son necesarios”.²⁸¹

²⁸¹ Ibidem. p. 113

El sujeto activo debe tener la obligación legal de velar, socorrer, amparar, ayudar, al sujeto pasivo, derivado de la relación familiar, que con el derecho penal se protege, por vía secundaria, además del cumplimiento de los deberes de solidaridad emanados de ella.

La regulación en el Distrito Federal supone el abandono de una persona de la cual se tenía un deber de asistencia, imponiendo la modalidad en la que exista una relación familiar. Se sanciona a quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela.

El verbo rector de este tipo penal es el abandono, algunas legislaciones locales (Jalisco, Nayarit y Zacatecas) prevén el “Abandono de familiares”, figura que se regula en los mismos términos que el incumplimiento de obligación de proporcionar alimentos.

Algunos autores apoyan nuestra tesis de criticar la redacción legal de las conductas prohibidas: “la estructura de la acción, designada de manera tan concisa en el Código precisa un esclarecimiento, tomando en consideración la razón de ser del tipo”.²⁸²

La posición que el padre y el tutor guardan en la relación jurídica familiar aumentan, en algunos delitos, la intensidad de reproche, sin embargo como se observa en la descripción típica del abandono de incapaz, la calidad del sujeto sólo lo hace acreedor a la misma pena de prisión, pero además la pérdida de la patria potestad.

²⁸² Ibidem. p. 114

*“El abandono, como tal, es un delito de peligro; aun suponiendo la creación de una situación de interrupción de la acción asistencial de la persona obligada y, con ello, el incumplimiento de los deberes asistenciales, que derivan de una determinada situación personal en la relación familiar, el legislador [...] se ha fijado especialmente en la situación de desamparo que se crea con el abandono y ha tomado la decisión sistemática de considerar esta acción como una agresión a la seguridad de las personas”.*²⁸³

3.6 Exposición de incapaces

Este supuesto puede analizarse como un delito distinto del abandono de incapaz o como una modalidad de éste ya que la exposición consiste en dejar, el cuidado de un menor o incapaz, en otras personas o instituciones, en los siguientes términos:

*“Sanciona la acción consistente en que la persona que tiene a su cargo la crianza o educación de un menor lo entregue a un establecimiento público. Siendo posible solo una comisión dolosa, por el carácter de incumplimiento consciente de una obligación”.*²⁸⁴

La obligación de la que se habla, es del tipo jurídica, consistente en el deber cuidar a las personas quien se tenga a su cargo, sin que sea necesario que la entrega produzca una situación de peligro, sólo se castiga la omisión de cuidar a la persona incapaz, sancionando y además de la pena de prisión se priva de los derechos familiares.

En el Distrito Federal se sanciona a quien “exponga” en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo.

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ Benéytes Merino. Op. cit. p. 115

Asimismo en el estado de Jalisco se sanciona al que “exponga” en una casa de expósitos a un menor de siete años que se le hubiese confiado, o lo entregue a otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad, en su defecto.

En Michoacan se establece la sancion al que entregue un menor a un establecimiento de beneficencia o a persona distinta, sin anuencia de los ascendientes, tutores o en su defecto de la autoridad competente.

En algunas ocasiones se impone la pérdida de “los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito”,²⁸⁵ conjuntamente a la pena de prisión para los ascendientes o tutores que cometan la conducta que nos ocupa.

En el Código Penal del Estado de Guerrero se tipifica en su artículo 125 la conducta en estudio y sanciona a quien teniendo la obligación de hacerse cargo de un incapaz de cuidarse por sí mismo, lo entregue a una institución o a cualquier otra persona, contraviniendo la ley, o contra la voluntad de quien se lo confió o sin la anuencia del juez de lo familiar.

La conducta se actualiza al entregar a un menor incapaz, a una institución u otra persona ilícitamente, es decir, contraviniendo lo establecido por las normas de custodia legal, conducta que se observa mejor descrita en el estado de Guerrero que en el Distrito Federal.

3.7 Simulación de secuestro

El secuestro se ha convertido en una nota característica de nuestros tiempos, por la reiteración de esta conducta realizada por los grupos criminales, así:

“El secuestro es generalmente perpetuado con el fin de obtener un rescate monetario, pero también es llevado a cabo con propósitos políticos u otros.

²⁸⁵ Artículo 158. Código Penal para el Distrito Federal.

*En la década de los setenta el secuestro se convirtió en la táctica más común de los grupos revolucionarios en Latinoamérica”.*²⁸⁶

Carbonell pone en evidencia la actual problemática del secuestro:

*“Las cifras son alarmantes, como lo es también la falta de respuesta de las autoridades competentes. La CNDH nos indica en su informe que se pudo documentar que en un periodo de seis meses (de abril a septiembre de 2010) se produjeron 214 eventos de secuestro de migrantes, los cuales involucraron a 11 mil 333 víctimas. Sí, leyó bien: 11 mil víctimas de secuestro en un plazo de seis meses”.*²⁸⁷

Dentro de la clasificación de la conducta estudiada se observan distintos tipos,²⁸⁸ v. gr. el secuestro simple, rapto, extorsivo, económico, político, profesional, improvisado, de avión, de vehículo y autosecuestro.

En este sentido, se sanciona a quien simule encontrarse privado de su libertad con amenaza de su vida o daño a su persona, con el propósito de obtener rescate o con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera y se perseguirá por querrela, cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

La última parte nos señala un requisito de procedibilidad para la procedencia legal, pero también nos señala la posibilidad de que la conducta pueda ser realizada por familiares, por lo que se configura un delito de derecho penal familiar, consistente en la “simulación” de encontrarse privado de la libertad y solicitar a un pariente el rescate.

²⁸⁶ Jiménez Omelas, Rene. El secuestro. IJ, UNAM. México, 2002. p. 15.

²⁸⁷ Carbonell, Miguel. Miles y miles de secuestrados. Artículo publicado en el periódico “El universal”. 10 de marzo del 2011.

²⁸⁸ Ibidem. pp. 22-24.

“SIMULACIÓN DE SECUESTRO. PARA ACREDITAR LA MATERIALIDAD DE ESTE TIPO ESPECIAL ES NECESARIO EL ELEMENTO SUBJETIVO RELATIVO AL ÁNIMO DE OBTENER UN RESCATE O CAUSAR UN PERJUICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). La fracción V del artículo 194 del Código Penal del Estado de Jalisco establece literalmente: *"Se impondrá la sanción correspondiente al delito de fraude prevista en la fracción III del artículo 251 de este código, a quien simule o argumente falsamente la realización de un secuestro."* Dicha figura delictiva, de acuerdo a su estructura, constituye un tipo especial que se desprende del básico de secuestro, pues de su descripción típica se advierte que conserva el núcleo de esa misma conducta, con la peculiaridad de añadir la existencia del engaño, consistente en realizar actos materiales tendentes a simular el secuestro, luego, aunque la norma transcrita no contiene expresamente el elemento subjetivo, relativo al ánimo de obtener un rescate o causar un perjuicio, según lo dispone el ilícito de secuestro, debe considerarse como un elemento implícito, porque el delito especial mantiene los caracteres del tipo básico, entre los que se encuentra el ánimo; en consecuencia, si el progenitor por problemas familiares con su cónyuge se presenta con el agente del Ministerio Público e incurre en falsedad al denunciar el secuestro inexistente de sus menores hijas, aunado a que no se evidencia la intención de obtener un rescate, ya que no se solicitó dinero por ese concepto, ni se causó perjuicio a las menores debido a que no se enteraron de tal suceso, además permanecieron sin alteración alguna en custodia de su madre, no se acredita la materialidad del delito de que se trata".²⁸⁹

3.8 Tráfico de menores

El tráfico de menores se presenta como una modalidad del delito de "privación ilegal de la libertad", al expresarse en la nueva fracción III del artículo 366 del Código Penal Federal que, "se aplicarán de veinticinco a cincuenta años de

²⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI. Tesis III.2o.P.163. Mayo, 2005. p. 1548.

prisión, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional”.²⁹⁰

Para el Distrito Federal, la conducta que se prevé consiste en entregar ilegalmente un menor a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, con o sin el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la legal custodia; se sanciona también a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se puede reducir en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior. Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.

Se observan los supuestos de que se haya dado el consentimiento del que tenga a cargo la guarda o custodia del menor, o que éste no actué a través de intermediario, así como una atenuante para los que acrediten que la incorporación a otra familia es benéfica.

“TRÁFICO DE MENORES. NO SE ACTUALIZA ESTE DELITO SI QUIEN ENTREGA FÍSICAMENTE AL INFANTE O LO PONE EN MANOS DE UN TERCERO ES EL ASCENDIENTE QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD O LA PERSONA QUE TIENE ENCARGADA SU CUSTODIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El delito de tráfico de menores previsto en el primer párrafo del artículo 219 del Código Penal del Estado de México, plurisubjetivo por su naturaleza, exige necesariamente para su realización un número mínimo de participantes y delimita la

²⁹⁰ Artículo 366. Código Penal Federal.

conducta que debe ejecutar cada uno de los involucrados en su comisión, a saber: 1) Sujeto activo primario que es la persona que de manera ilegítima entrega a un menor con o sin la autorización del ascendiente que ejerce la patria potestad o de quien tenga su custodia; 2) Sujeto que otorga o no el consentimiento, que es quien deberá tener una calidad específica, la de ascendiente que ejerce la patria potestad del menor, o que tiene a cargo la custodia definitiva aunque no esté declarada, y 3) Un tercero que lo recibe para su custodia definitiva. De lo anterior se concluye que la calidad de sujeto activo primario a que se refiere el inciso 1), no la tiene el ascendiente del menor que ejerce sobre éste la patria potestad o quien tenga su custodia, sino que dicho carácter lo tiene la persona que, con o sin el consentimiento de alguno de ellos, lo entrega físicamente o lo pone en manos de un tercero para su custodia definitiva, es decir, un intermediario entre el ascendiente o quien tenga a su cargo la custodia y el diverso que materialmente recibe al menor. Por tanto, si quien entrega físicamente al infante o lo pone en manos de un tercero es el ascendiente que ejerce la patria potestad o la persona que tiene encargada su custodia, resulta inconcuso que esa conducta no actualiza el delito de tráfico de menores contenido en el primer párrafo del referido artículo 219”.²⁹¹

Conducta que se prevé en el capítulo especial de protección familiar en los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Querétaro, Sinaloa, Veracruz y Yucatán; mismo que puede realizarse tanto en territorio nacional como fuera de él; y que la calidad de los sujetos activos puede recaer tanto en los ascendientes sin límite de grado de la víctima como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor.

3.9 Retención de menores

²⁹¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX. Novena época. Tesis II.1o.P.148 P. Tesis aislada. Marzo, 2010. p. 3085.

En el tipo de “retención de menores” el sujeto activo es un familiar, consistiendo la conducta en no entregar al menor a quien legalmente le corresponda su custodia, sin expresar nada del fin subjetivo, como podría ser una posible alteración del estado familiar.

Esta conducta se prevé en diversas legislaciones como Michoacán, Morelos, Quintana Roo, Tabasco y Tamaulipas.

Retiene, el que guarda al menor sustraído y oculta el que además de retenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de los derechos, sancionando al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

La “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” regula lo necesario para asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier otro Estado o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

El artículo 4 de la Convención considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

El procedimiento para lograr la restitución de un menor, en materia internacional se inicia a través de exhorto o carta rogatoria, mediante solicitud a la autoridad central o directamente por la vía diplomática o consular (artículo 8).

3.10 Sustracción de menores

En este delito se impide la realización de la función asistencial y educativa de quien legalmente tiene que ejercerla mediante la separación o la extracción de un menor o incapaz, del núcleo familiar más próximo (padres o tutores).

El Código Penal sanciona a quien lesione o atente contra el derecho-deber que tienen los padres o tutores de velar por el interés de sus hijos, al no permitir la realización de las funciones que se derivan de la patria potestad, reguladas en el Código Civil.

*“La acción de sustraer supone la ruptura de esa situación de convivencia, de modo que no cabe ya realizar las demás funciones que derivan de la patria potestad, o en su caso, de la tutela. Sustraer, significa, de modo más propio extraer al menor del ámbito familiar donde recibe los cuidados y atenciones que exige su edad y situación y trasladarle a un lugar, donde no alcanza la acción de las personas a quienes compete su cuidado”.*²⁹²

Se castiga al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

A continuación se transcriben algunas tesis de la SCJN relacionadas con el tema del delito de sustracción de menores:

“DAÑOS Y PERJUICIOS, SEPARACION DE. SUSTRACCION DE MENORES O INCAPACES. (LEGISLACION PARA EL ESTADO DE HIDALGO). De una correcta interpretación de los artículos 33 y 37 fracción I, del Código Penal para el Estado de Hidalgo, se infiere que la reparación de daños y perjuicios exigibles al reo, que debe pagar como pena pública, tiene por objeto coadyuvar al restablecimiento del orden jurídico alterado

²⁹² Benéytes Merino. Op. cit. p. 107.

*por la comisión del ilícito; comprendida en éstos, la restitución de la cosa obtenida por la infracción; por lo que si el quejoso fue condenado por el delito de sustracción de menores e incapaces, que sanciona el artículo 232 del código punitivo antes señalado, es evidente que la condena al pago de daños y perjuicios, debe consistir en la restitución de la "cosa" obtenida, entendida ésta como la que contempla la fracción I del artículo 37, del ordenamiento legal aludido; que en el caso específico materia del ilícito, será reintegrar al menor o incapaz a la custodia de quien legítimamente la tenga".*²⁹³

“MENORES, SUSTRACCION DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). *El tema relativo a quien debe ejercer la patria potestad en términos de la legislación civil de la entidad debe ser dilucidado en procedimiento diverso del penal, y no puede servir como excluyente de incriminación en el caso de sustracción de menores por mientras no sea resuelto por las autoridades judiciales competentes”.*²⁹⁴

Para la tesis anterior la asignación del derecho de patria potestad corresponde a las instancias civiles, sin que dicha figura se pueda usar como excluyente de responsabilidad, si no está debidamente reconocida por las autoridades judiciales civiles.

“PLAGIO. SUSTRACCION DE MENORES (LEGISLACION DE JALISCO). *Es indudable que las expresiones de plagio y secuestro, en su connotación vulgar incluyen el propósito de obtener un rescate; pero no sucede así en la connotación jurídica, pues como se ve del artículo 329 del Código Penal de Jalisco, sólo en la fracción I se habla de la obtención del rescate, no así en las demás fracciones, en las que se atiende a su forma de comisión. En cuanto a la sustracción de menores, que es el término correcto del llamado robo de infante y previsto en la fracción V del precepto que se comenta,*

²⁹³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III. Novena Época. Tesis: XXII.3 P. Abril, 1996, p. 376.

²⁹⁴ Semanario Judicial de la Federación XII. Octava Época. Tesis Aislada. Agosto, 1993. p. 484.

*constituye un ilícito autónomo y pudo destacarse en un precepto separado, pero se le incluyó en el que se comenta y que forma parte, a su vez, del capítulo "Privación ilegal de libertad", al estimarse que el menor tiene, aunque muy limitado, el derecho a su libertad. Pero lo que más importa para el caso es que se trata de un ilícito en el que el sujeto pasivo también lo es la familia del infante o menor y que no exige de suyo, ni la solicitud ni mucho menos el pago de un rescate, pues la sustracción obedece, en muchos casos, a intereses o conveniencias de índole muy diversa a la económica".*²⁹⁵

3.11 Violación

Fue Antonio Martínez de Castro quien cambió la concepción, establecida en otras legislaciones, de que únicamente la mujer pudiera ser sujeto pasivo y el hombre sujeto activo de este delito.²⁹⁶

La relevancia jurídica del delito de violación, es proporcionada por la falta de voluntad de querer realizar la cópula por el sujeto pasivo. De este delito también se derivan especies las cuales son en relación a la calidad del sujeto pasivo o activo, al medio comisivo de la violencia física o moral.

Se tienen como elementos de la violación:

"1.- La cópula que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella y sin importar el sexo.

2.- Empleo de violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras, o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien violencia moral que no es más que el empleo de amagos amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento.

²⁹⁵ Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte, VIII. Sexta Época. Tesis Aislada. p. 53.

²⁹⁶ Reynoso Dávila, Roberto. Delitos sexuales. 2a. edic. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 111.

3.- Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal”.²⁹⁷

Para la jurisprudencia, si no existe el certificado médico ginecológico, es decir, lo que acreditaría la cópula, se puede desprender de otros medios probatorios.

Por lo que hace a la violación entre cónyuges, ésta ha sufrido una evolución digna de mención, ya que anteriormente no se consideraba un delito sino un derecho el acceso carnal ejecutado por el marido, con violencia o sin consentimiento de la mujer, pues el varón obraba en el ejercicio “legítimo de un derecho”.²⁹⁸

Para el tema de estudio se prevé como conducta al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo y específicamente para el derecho penal familiar, si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja.

Por lo que se generó la discusión si entre los deberes jurídicos recíprocos de los cónyuges aparece el débito carnal siendo que la corriente de protección de las mujeres creó la situación de libertad de decisión sobre su propio cuerpo y así muchos teóricos en la materia apoyaron el razonamiento hasta hacer llegar la discusión al órgano de máxima decisión en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.12 Incesto

²⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Novena época. Tesis VI.2o. J/86. Enero, 1997. p. 397.

²⁹⁸ Cuello Calón, citado por Reynoso Dávila. Op. cit. p. 128.

Incesto tiene su origen gramatical en la palabra griega *anacetos*, que puede significar “conducta no expiable o redimible, aquello ante lo cual no cabe el perdón”.²⁹⁹

La evolución de la tipificación de este delito es importante ya que las referencias bíblicas nos hacen ver la influencia religiosa en la creación de este tipo así también “la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde tiempos remotos”.³⁰⁰

Así también “desde los primeros tiempos del Derecho Romano se establecieron prohibiciones para contraer matrimonio entre próximos parientes”,³⁰¹ que derivó después en la prohibición de las relaciones sexuales entre las mismas personas.

De esta forma, el estudio jurídico de este delito en particular³⁰², se realiza forzosamente a la luz de la cultura o la religión, siendo importante las conclusiones que se derivan de algunas ciencias sociales³⁰³. Entre las más importantes, encontramos:

- a) **Sociología:** Las relaciones incestuosas son definitivamente nocivas para la institución familiar, se presentan como formas arbitrarias de poder en aquellos lugares donde existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de los hijos y puede hacer con ellos lo que a bien tenga. El incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y el sistema filia, contrapone el status y los roles de padres e hijos y

²⁹⁹ Pabón Parra. Op. cit. p. 418.

³⁰⁰ Reyes Echandía citado por Pabón Parra. Op. cit. p. 419.

³⁰¹ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. T V. p. 51.

³⁰² También otros tipos en derecho penal familiar, como se observó en el capítulo I, sufrieron de influencia religiosa para su tipificación.

³⁰³ Como en Psicología, Freud, consideraba a este delito y al parricidio como crímenes primigenios por excelencia. En sociología las diferentes comunidades persiguen crear condiciones propicias para la convivencia de sus miembros.

distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivo y sexuales entre los miembros de la familia.³⁰⁴

- b) **Antropología:** la prohibición del incesto está en el origen mítico o histórico de la enorme mayoría de sociedades; los pueblos antiguos y los modernos no han permitido esta clase de conducta, siendo esta negativa base de la constitución de sus relaciones hombre a hombre.
- c) **Psicología:** las personas involucradas en esas conductas incestuosas sufren de complejos de culpa que se manifiestan en patologías, tales como estados de angustia, depresiones, fobias, neurosis, entre otras.
- d) **Biología:** “médicos genetistas, ponen de presente como los hijos engendrados por padres consanguíneos corren un riesgo mayor de sufrir enfermedades genéticas como: mucopolisacaridosis, homocistinuria, fibrosis quística, sordomudez y retraso mental”.³⁰⁵

El centro de toda la discusión debe girar en torno a la lesión del bien jurídico, que dice el legislador, se protege con el tipo penal, al respecto las ciencias mencionadas establecen que el delito cuestionado se considera como atentatorio para la familia, por lo que se concluye que es correcta su penalización.

No obstante lo anterior aun queda la duda si se penaliza realmente una conducta que atenta contra la familia de manera objetiva, es decir, en la actualidad no se debe encontrar ningún tipo de influencia ética o religiosa para la criminalización de las conductas. Lo que por “algunos autores por influjo del iluminismo consideraron que el delito de incesto carecía por si solo de base o entidad penalística por quedar incierta la objetividad tuteada”.³⁰⁶

Para Jiménez Huerta:

³⁰⁴ Pabón Parra. Op. cit. p. 421.

³⁰⁵ Ibidem. p. 422.

³⁰⁶ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. T. V. p. 51.

"La objetividad jurídica tutelada en el delito de incesto es el orden sexual que constituye la más elemental base y estructura de la familia [...] el delito de incesto en nuestra legislación tutela el estricto orden familiar que rige las relaciones sexuales entre los consanguíneos ascendientes, descendientes y hermanos: orden familiar oriundo de un plexo de sociológicas censuras y prohibiciones jurídicas de dicha sexual naturaleza".³⁰⁷

Un antecedente importante de citar, es el de los códigos españoles y el mexicano de 1871, que valoraron "el incesto como circunstancia, agravante del delito de estupro y finalmente [...] en el código de 1931 surge el delito como delito independiente".³⁰⁸

El artículo que se transcribe a continuación, no ha cambiado desde 1931 en el ordenamiento penal federal y describe de manera superficial la conducta prohibida, sin expresar los elementos esenciales que debería tener un tipo penal, por lo que no se considera que este correctamente redactado:

"Artículo 272.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes".³⁰⁹

Asimismo se observa en la redacción una discordancia de integración jurídica entre las conductas sexuales que regulan la violación, el estupro y el incesto, ya que de las dos primeras se desprende el concepto de cópula mientras que del tercero, el de relaciones sexuales.

³⁰⁷ Ibidem. p. 52.

³⁰⁸ Ibidem. p. 51.

³⁰⁹ Artículo 272 del Código Penal Federal.

Los conceptos de “copula” y “relaciones sexuales” no pueden ser analógicos "pues la primera, gramatical y conceptualmente, es mucho más amplia, habida cuenta de que, aparte de su pluralidad, existen relaciones de esta índole que no se plasman o resuelven en copula ".³¹⁰

Cuando las relaciones sexuales habidas entre los consanguíneos ascendientes, descendientes y hermanos fueren realizadas bilateralmente con conciencia y voluntad, “resulta imposible individualizar en ninguna persona la figura jurídica del sujeto pasivo o víctima”.³¹¹

Para el tipo analizado, sirven de complemento las siguientes tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país:

“VIOLACIÓN E INCESTO. NO PUEDEN COEXISTIR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO VIGENTE A PARTIR DEL VEINTICINCO DE MARZO DE DOS MIL). Si bien el Código Penal para el Estado de México abrogado, contemplaba ambos delitos como conductas autónomas, la actual legislación punitiva en su artículo 274, fracción II, prevé que la violación entre ascendientes y descendientes constituye una agravante del ilícito citado en primer término, de ahí que sea evidente que en la actualidad conforme a la legislación vigente no pueden coexistir ambos como delitos autónomos”.³¹²

“VIOLACION E INCESTO. ELEMENTO DIFERENCIADOR EN CUANTO A LA CALIDAD DEL SUJETO INFRACTOR EN LOS DELITOS DE. En la realización de un ilícito de naturaleza sexual, cometido por un ascendiente contra su descendiente, y ante la similar exigencia de los elementos que integran las figuras delictivas de violación calificada, e incesto, en lo que

³¹⁰ Ibidem. p. 54.

³¹¹ Ibidem. p. 57.

³¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII. Novena Época. Tesis: II.2o.P.79 P. Tesis Aislada. Materia penal. 2003, p. 1863.

*concierno a la calidad de los sujetos de la infracción, el único elemento diferenciador lo constituye el medio de comisión, violencia física o moral por parte del acusado en el primero, o la mutua aceptación de la relación sexual en el segundo”.*³¹³

3.13 Incumplimiento de la obligación alimentaria

Delito de derecho penal familiar por excelencia que define una conducta omisiva de no cumplir con una obligación de carácter familiar³¹⁴, el proporcionar a quien se deba, lo necesario para su subsistencia, lo que se deriva de la relación familiar.

Por lo que hace a la conducta consiste en no pagar en el momento que era exigible el pago y sólo puede ser sujeto activo el obligado a la prestación, siempre conforme a las reglas establecidas en las leyes familiares.

El bien jurídico protegido es el “eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la legislación civil en relación con el matrimonio y la relación paterno-filial”,³¹⁵ la necesidad del acreedor no se estipula en el código penal pero sí en el civil.

El debate sobre esta conducta se ha actualizado con las reformas impulsadas por las Asambleas Legislativas de los diferentes estados, en los cuales se ha impulsado por la incrementación de la pena para quien cometa estas conductas, con el argumento de la protección a ciertos grupos que se creen desprotegidos socialmente, en este caso las mujeres y los niños.

De esta forma sería discutible que dicha conducta se prevea en los códigos penales de los distintos estados de la República, para reforzar nuestro argumento presentamos la opinión del Dr. Julián Güitrón, quien en lo conducente manifiesta:

³¹³ Semanario Judicial de la Federación XIV. Octava Época. Tesis Aislada. Materia penal. 1994, p. 470.

³¹⁴ Por lo que respecta a la prohibición constitucional de aprisionamiento por deudas de carácter civil (familiar), lo conducente se estudiará en conjunto con el tipo de sanciones en el último capítulo de este ensayo.

³¹⁵ Idem.

*“[...]Que cuando el Máximo Órgano Jurisdiccional dice <<cárcel a quien no pague la pensión alimenticia>>, no está considerando lo elemental, que es desayuno, comida y cena, sino un concepto integral que quien tiene derecho a esos alimentos los necesita para vivir y sobrevivir; no es cuestión de pesos y centavos, si cuantificamos los conceptos anteriores, estaremos en supuestos reales de varios miles de pesos, que los acreedores alimentarios requieren para subsistir”.*³¹⁶

Coincidimos con la opinión del experto, en que el legislador no piensa en las repercusiones que conlleva tipificar en materia penal familiar, es decir, ¿Qué pasará cuando el padre se encuentre en calidad de probable responsable por la posible comisión del delito de incumplimiento de pensión alimenticia? Se le coarta su libertad encerrándolo en un centro de reclusión por no proporcionar alimentos y mientras se encuentre privado de la libertad se imposibilita de todas formas que pueda cumplir con esa obligación.

Desde el punto de vista federal, el autor citado se pregunta: ¿Qué delitos se tipifican si no se paga la pensión alimenticia conforme al Código Penal Federal? Al respecto, el artículo 366 BIS, del Código Penal Federal, referido a esta materia prevé una sanción al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, pero de forma incorrecta se establece en el apartado de abandono de personas incapaces.

En materia internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, asimismo que los

³¹⁶ Güitrón Fuentevilla, Julián. “Suprema Corte: pena de prisión por incumplir pensión alimenticia”, artículo extraído del periódico “El Sol de México”, 27 de marzo del 2011.

Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla a su vez: expresa que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad; que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Como conclusión, reiteramos la pregunta ¿Es preferible poner en la cárcel a un deudor alimentista aunque no pague, o es preferible que a pesar de esta grave falta, siga gozando de su libertad obligándolo a pagar lo que debe?

3.14 Violencia Intrafamiliar

Por lo que hace al bien jurídico tutelado, para Pabón, “no se exige la producción de ningún resultado específico” por lo que se protege “el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos, degradantes”.³¹⁷

El Título Decimonoveno del Código Penal Federal contempla, dentro de los delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal, el Capítulo VIII de la violencia familiar.

El artículo 343 Bis de ese ordenamiento empieza por explicar lo que “se entenderá” por violencia familiar:

³¹⁷ Pabón Parra. Op. cit. p. 190.

*“...el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda o no producir lesiones”.*³¹⁸

Este párrafo puede ser analizado desde dos posturas; la primera es aceptar que el primer párrafo constituye el tipo penal. La segunda es desechar lo anterior y considerar que lo expuesto por el legislador sólo es una definición; lo que se debe entender por una figura jurídica, en este caso, la violencia.

Cuando el legislador no aclara los términos de lo que quiere regular, es decir, cuando no se establece la punibilidad con precisión, al momento de interpretar las normas jurídico-penales o al momento de querer encuadrar la conducta al tipo se requiere descifrar lo que realmente se buscó al momento de sancionar una conducta determinada.

El Código Penal contiene diferentes definiciones que sirven para aclarar la regulación de los delitos en particular. Entonces queda hacer aquí una primera afirmación: *el primer párrafo del artículo 343 bis no constituye el tipo penal de violencia familiar, sino que sería una mera descripción que servirá para dejar claros los términos de todo el capitulado.*

En el segundo párrafo del artículo 343 bis se expresa lo que en nuestro entender es el tipo penal, por que se manifiesta que: “comete el delito de violencia familiar”, el cónyuge, concubino, etcétera; sin embargo en este párrafo el legislador **sólo proporciona los sujetos activos que pueden cometer el delito de violencia familiar**, mencionando entre ellos al cónyuge, concubina o concubinario, parientes consanguíneos en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, parientes colaterales consanguíneos o afines hasta el

³¹⁸ Artículo 343 BIS. Código Penal Federal.

cuarto grado, adoptantes o adoptados, que habiten en la misma casa de la víctima.

El párrafo segundo, **no menciona** el sujeto pasivo contra quien se debe cometer el delito. No se podría *tomar del primer párrafo lo necesario para completar el tipo penal contenido en el párrafo segundo*. Lo correcto hubiera sido señalar el sujeto activo, pasivo, la conducta específica y la sanción. A criterio del maestro Díaz de León la aplicación del primer párrafo al segundo y ulteriores constituiría una analogía, es decir, se produciría *la inconstitucionalidad* del artículo:

*“La remisión legislativa que podría suponerse se requiere hacer en la descripción legal de este ilícito penal, consistente en tomar del citado párrafo primero la parte que le hace falta al tipo en el párrafo segundo, o sea lo relativo al sujeto pasivo calificado, compromete la estructura misma de su configuración típica...Resultando así que para integrar el tipo previsto en [el párrafo] segundo de este precepto en estudio, el juez requeriría remitirse al párrafo primero de este mismo artículo para de manera supuesta o analógica obtener – en forma ilícita al violar el 14 constitucional- lo relativo al sujeto pasivo, para trasladarlo a los párrafos segundo y tercero y así integrar de forma analógica el tipo omiso”.*³¹⁹

“Partiendo del principio de legalidad imperante en nuestro sistema penal, que indica que solo puede ser delito [“...el acto u omisión que sancionan las leyes penales...”] resulta que, para la existencia de aquel, es requisito inexcusable que se prevea así un tipo penal...Al analizar los contenidos del tipo en la exegesis del delito que nos ocupa [violencia familiar], en conexión a determinadas particularidades de los contenidos de esta figura, nos encontramos que la forma en que el mismo está redactado compromete el

³¹⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Op. cit. p. 1640.

*fundamento de tipicidad que permitiría en su caso establecer la esencia normativa de su consideración legal como tal, o sea como delito”.*³²⁰

Entonces una posible inconstitucionalidad se produciría al momento en que el juez aplicará analógicamente lo relativo al sujeto pasivo, o si el artículo expresamente señalara la remisión al primer párrafo; de esta forma el tipo penal es incompleto e ineficiente.

Cabe hacer mención de que nuestra crítica al primer párrafo, es decir, la definición de violencia familiar, sí puede ser usada para integrar el articulado del delito regulado, sin embargo, nunca puede ser usada como tipo penal. Las definiciones que inserta el legislador en la ley, sirven para aclarar los términos en los que se redacta la ley misma, sin embargo el tipo penal requiere de una estructura básica de redacción para que surta los efectos jurídicos esperados.

Ya en el artículo 343 ter, se establece una violencia familiar equiparada. Al que realice las conductas establecidas en el artículo anterior pero que se encuentre en una situación diferente del estado familiar de matrimonio³²¹.

De igual forma, el Código Penal para el Distrito Federal regula lo relativo a la violencia familiar. La descripción que hace el legislador local del tipo penal integra: a) Las penas que se impondrán (prisión, pérdida de derechos que se tengan respecto a la víctima incluidos los sucesorios, prohibición de ir a lugar determinado y tratamiento psicológico); b) los sujetos activos (cónyuge, concubino, pariente, etc.) y c) la conducta (maltrato físico o psíquico).

Se observa claramente la diferencia entre un ordenamiento (federal) y el otro (el local). De la lectura del artículo 200 se describe el tipo penal en el primer

³²⁰ Idem.

³²¹ Que en el campo de los bienes jurídicos significa que lo correcto es que se encuentra regulado de esa forma debido a que no se protege al matrimonio como institución familiar, sino a la familia como unidad fundamental y genérica, cualquiera que sea su constitución, el concubinato, la adopción, etcétera.

párrafo y en las siguientes declaraciones se *define* lo que se entenderá por maltrato psico-emocional y miembro de familia. Es decir, no basta con la definición para establecer el tipo. La definición solo sirve de complemento para entender e integrar debidamente la legislación penal.

Por último cabe citar la siguiente tesis jurisprudencial:

“VIOLENCIA FAMILIAR Y LESIONES. AL SER DELITOS AUTÓNOMOS NO DEBE SUBSUMIRSE EL SEGUNDO AL PRIMERO, PUES TRANSGREDEN DIVERSOS BIENES JURÍDICOS, COMO SON LA SEGURIDAD DE LA FAMILIA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, RESPECTIVAMENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De una interpretación literal y teleológica de los artículos 284 Bis y 305 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla se llega a la conclusión de que no es subsumible la conducta del delito de lesiones al de violencia familiar, puesto que ambos delitos son autónomos, con independencia de que el primero fuera el medio comisivo del segundo, pues se transgreden diversos bienes jurídicos tutelados por la norma penal, como son, por una parte, la seguridad de la familia y, por otra, la integridad personal, circunstancias que confirman su autonomía”.

3.15 Alteración del estado familiar

La realización de actos tendientes a alterar los registros públicos en actos jurídicos familiares, no necesariamente lesiona la fe pública, sino la protección de las relaciones familiares.

En palabras de Calderón Cerezo: “la alteración de las relaciones familiares contribuye a la determinación de un estado familiar que no corresponde a la realidad”.³²²

“Es pues el estado civil [familiar] de hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo, de soltero, casado, o divorciado, y de los que de estos se deriven, lo que el legislador penal ha querido tutelar por intermedio de este tipo”.³²³

Contemplados en algunos códigos como “Delitos contra la filiación y la institución del matrimonio” o “Delitos contra el estado civil”,³²⁴ éstas diferentes conductas se vinculan con las relaciones familiares jurídicamente reconocidas.

Para Muñoz Conde³²⁵ existe un “estado civil familiar”, el cual se define como la pertenencia de una determinada persona a una familia, la cual se fundamenta en la filiación, la adopción o el matrimonio, pero también existen otras formas de constitución de familia como el concubinato.

Para Pabón Parra, el estado civil se concreta en un reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas, “al punto que se ha de comprender como la caracterización jurídica elemental y principal de la personalidad”.³²⁶

Jiménez Huerta expone que la objetividad jurídica tutelada es:

“Proteger penalmente la autenticidad de todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, frente a las alteraciones dolosas que puedan cometerse por propios y extraños y que redunden en la mixtificación o falsedad de los

³²² Calderón Cerezo, A. Derecho penal. Parte especial. 2a. edic. Ed. Bosch. Barcelona, 2001.

³²³ Reyes Echandía, citado por Pabón Parra. Op. cit. p. 484.

³²⁴ Esta denominación nos parece incorrecta por los motivos expuestos en el apartado de la autonomía jurídica del derecho familiar del derecho civil, ya que las instituciones relacionadas con lo que el código civil llama “estado civil” de una persona, son en realidad, figuras jurídicas pertenecientes al derecho familiar.

³²⁵ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. Op. cit. p. 289.

³²⁶ Pabón Parra. Op. cit. p. 491.

vínculos naturales de filiación, paternidad y maternidad existentes entre sus diversos miembros".³²⁷

Las conductas que se considera alteran del estado familiar, son: I.- Presentar a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda; II. Inscribir o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido; III. Omitir presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación; IV. Declarar falsamente el fallecimiento de una persona en el acta respectiva; V. Presentar a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda; VI. Usurpar el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan; VII. Sustituir a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia; o VIII. Inscribir o haga registrar un divorcio o nulidad de matrimonio inexistentes o que aún no hubiesen sido declarados por sentencia que haya causado ejecutoria.

De esta forma las conductas que se contemplan en las legislaciones de los estados son similiares y corresponden desde declarar falsamente ante el Registro Civil (I, II, IV, V y VIII) u omitir el registro obligado (III), la usurpación de estado familiar (VI) y la sustitución u ocultación de menores.

Por lo que hace a la suposición de parto, esta conducta consiste en fingir la existencia de un nacimiento de un niño vivo, se trata de simular una maternidad o paternidad por naturaleza o biológica.

La ocultación de un menor puede confundirse con la retención o sustracción de un menor, sin embargo en el primer supuesto la finalidad es la alteración del estado familiar. La sustitución de un niño por otro protege el derecho de las personas menores a tener una identidad familiar.

³²⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. p. 62.

En el ámbito federal la denominación “*alteración del estado civil*” (art. 277) no parece ser la correcta, por contemplar conductas cuyo “contenido [...] no abarca, ni mucho menos, todos los actos antijurídicos lesivos del estado civil de las personas sino solo aquellos que trascienden al *status familiae*”.³²⁸

La fracción I de ese artículo señala la conducta de atribuir un recién nacido a quien no sea realmente su madre, esto “pleonásticamente recarga las tintas de la descripción, pues al emplear la frase de <<a mujer que no sea ‘realmente’ su madre>>, parece aceptar la posible existencia de madres irreales”.³²⁹

La frase “niño recién nacido” también presenta problemas al analizar cuantos días o meses son considerados para la actualización de la hipótesis normativa, esta frase “es notoriamente insuficiente desde el punto de vista de la tutela penal, pues también el niño que no es recién nacido puede ser objeto de atribución a quien no le ha parido”.³³⁰

El registrar un nacimiento no verificado (277, fracción II) “es un delito que forzosamente hay que cometerlo mediante otra persona como instrumento, habida cuenta que el registro no lo realizan los particulares sino los jueces del registro civil”.³³¹

Tres alternativas fácticas de suprimir el estado familiar en la fracción III del articulado federal: una en forma de omisión “el incumplimiento de un deber impuesto por un precepto jurídico”³³² (registrar un nacimiento conforme a las leyes familiares). La segunda una falsa declaración de fallecimiento, esto es “a través de

³²⁸ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. p. 61.

³²⁹ Ibidem. p. 63.

³³⁰ Idem.

³³¹ Ibidem. p. 64.

³³² Ibidem. p. 69.

una acción o conducta que implica la alteración de la verdad”.³³³ Por último, la tercera de las conductas consiste en dos alternativas, presentar a un hijo ocultando el nombre de la persona o suponiendo que los padres son otras personas.

La siguiente fracción (IV) presenta también dos conductas referentes a la sustitución de niño y la ocultación de infante, “caracteriza el delito de sustitución el cambio efectuado, por cualquier persona, de un niño por otro, con propósito de alterar el estado civil de uno o de ambos”.³³⁴

La segunda conducta de la fracción IV requiere interpretar la prohibición hecha por el legislador, ya que el verbo núcleo, “ocultar”, no es definido con precisión, haciéndose notar su parecido con lo prescrito con la fracción III ya analizada (ocultar el nombre). La ocultación es “en el sentido ocupado por la ley, esconder”³³⁵, así pues, no se dilucida bien “no solo el concepto de ocultación sino también el de infante [obligando] al juzgador a efectuar una interpretación creativa para llenar este hueco y vacío tipo”.³³⁶

Por último, la redacción de la fracción V, sobre la usurpación del estado civil, es la misma que desde del código penal de 1871 se estableció, conducta que significa quitar al que legítimamente tiene algo, en este caso, un estado familiar.

Por lo que concluimos que en las conductas antes analizadas “la alteración” significa “determinar un estado familiar que no corresponde a la realidad”.³³⁷

3.16 Bigamia

³³³ Idem.

³³⁴ Ibidem. p. 70.

³³⁵ Carranca y Rivas, citado por Jiménez Huerta. Op. cit. p. 72.

³³⁶ Idem.

³³⁷ Calderón Cerezo, A. Op. cit. p. 203.

Este delito atenta contra la institución familiar fundamental, es decir, el matrimonio; o por lo menos así fue concebida la idea de sancionar la conducta de contraer nupcias sin disolver la primera relación, lo que nos hace preguntar qué tan correcta fue su inserción en los códigos penales si ya existían consecuencias jurídicas reguladas en los códigos civiles y leyes familiares.

Mir Puig³³⁸ distingue entre el matrimonio como bien jurídico directamente protegido y el estado civil matrimonial, que sólo se protege por medio de la punición de la celebración de matrimonios prohibidos por la ley.

No cabe duda que en la época en que por primera vez se tipificó esta conducta, la protección de la familia era un valor social fundamental, sin embargo la penalización de algunas conductas no parecen correctas si existen otras vías jurídicas para su tratamiento, acorde al principio de *ultima ratio* ya mencionado.

Así, algunos autores dicen que el bien jurídico protegido es el matrimonio o la familia, otros proclaman la protección del orden jurídico matrimonial establecido por el Estado.³³⁹

Para otros como Jiménez Huerta³⁴⁰, la denominación del título “delitos contra el estado civil y bigamia” en la legislación penal federal hacen dudar de la protección del estado civil en la bigamia.

El delito de bigamia se relaciona con distintas figuras jurídicas que se derivan del sistema matrimonial como valor protegido. Es decir, se relaciona con el matrimonio desde su nacimiento, sus efectos, su nulidad y su inexistencia jurídica.

“Se hace relación a, en primer término a, a un presupuesto factico: <<un matrimonio previo>>; y en segundo lugar, a la conducta típica, <<contraiga

³³⁸ Citado por Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. Op. cit. p. 290.

³³⁹ Benítez Merino. Op. cit. p. 112.

³⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. p. 37

*otro matrimonio>>. Pero silencia toda referencia a la objetividad jurídica lesionada, a la persona con la que se contrae segundo matrimonio, a la situación del cónyuge del primero, al instante en que empieza a correr el tiempo para la prescripción y otras cuestiones inherentes a su especial estructura”.*³⁴¹

Por su consumación se dice que es un delito instantáneo por agotarse en un solo acto. Se observa que el delito examinado tiene diversas implicaciones jurídicas, sin embargo la estadística de denuncia y la judicial muestra que no hay un alto porcentaje de casos de este tipo, por lo que en razón de lo anterior, algunas legislaturas han optado por la derogación del tipo delictivo, atendiendo también a que se trata de un delito tipificado desde épocas remotas, con gran influencia religiosa.

La comisión dolosa requiere el conocimiento de la relación anterior; la culpa genera otro tipo de discusión si, por ejemplo, se ejerce una defensa por desconocimiento del matrimonio anterior, ya sea por el sujeto pensaba que estaba divorciado y no era así o por haber pensado que su matrimonio se había extinguido por cualquier otra causa, sin embargo también tendría que analizarse el error como forma de comisión, para saber si es posible que aparezca esta figura.

3.17 La Delincuencia organizada

La delincuencia organizada se ha convertido en un fenómeno mundial que preocupa a todos los Estados, sea en cualquiera de sus manifestaciones, lesiona gravemente los valores sociales, tutelados especialmente por el orden normativo en un país.

Es por eso, que se han tratado de implementar, en varios Estados, herramientas alternas o especializadas para tratar de erradicar las conductas que

³⁴¹ Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. p. 38

se consideran perjudiciales para la sociedad. Por lo que se ha descrito el fenómeno delincencial de la siguiente forma:

*“La delincuencia organizada se vale de todos los medios que ponen a su alcance el desarrollo social -así, las formas de trabajo colectivo- y el desarrollo tecnológico -así, también, los instrumentos de comunicación o traslado de ideas, personas, valores o cosas-. Pero hay algo más: la relación entre delito y poder; hablo, por supuesto, de todas las expresiones del poder: formal e informal; político, económico y social. Existe una delincuencia contra el poder, a veces organizada, y otra desde el poder, violenta o ingeniosa -la tortura y los "negocios" son sus expresiones más conspicuas-, que también se beneficia de la organización. Sobre este trípede se eleva lo que llamamos delincuencia organizada”.*³⁴²

Con respecto a las herramientas con las que se cuentan en el ordenamiento jurídico para el combate a la delincuencia organizada:

*“Son cuatro las armas más poderosas que contiene la Ley Federal contra la delincuencia organizada: el delito de participación o membrecía en delincuencia organizada, que hace más fácil la prueba en contra de los líderes de la organización [...] los otros tres elementos se relacionan con los instrumentos o técnicas especiales de lucha contra las organizaciones delictivas”.*³⁴³

El delito al que se hace referencia se creó por las dificultades que se tenían en el esquema tradicional, para encontrar elementos de prueba contra los miembros de la organización, sancionando solamente la “pertenencia”³⁴⁴ al grupo para delinquir. Es por eso que se configura un delito autónomo que es el que

³⁴² Andrade Sánchez, Eduardo, Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado, México, UNAM-Senado de la República. Instituto de Investigaciones Jurídicas, LVI Legislatura, 1996. p. 1022.

³⁴³ González Ruiz, Samuel, et al. Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los derechos humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo. Ensayo contenido en Roemer, Andrés. Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía. IIJ, UNAM. 2006. p. 204 y 205.

integra la conducta de “pertener”, pero también se actualizan los delitos que se comenten por la organización y que son todos aquellos que se enlistan en el mismo articulado del tipo de delincuencia organizada.

*“El tipo penal de participación delictiva organizada tiene una estructura lógica de doble piso: es un delito pertenecer a una organización que comete delitos. El primer elemento hace referencia a la participación en una organización. El segundo es que esta organización comete delitos (delitos-predicado) tales como tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, extorsión o secuestro con el objeto de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro de orden material”.*³⁴⁵

Ya en nuestra materia, el legislador penal quiso incluir en ese listado al que se hace referencia, los tipos penales que se han descrito con anterioridad, específicamente los de corrupción de menores realizado por quien tenga parentesco con la víctima y la retención o sustracción de menores o incapaces. Lo anterior es descrito por el Código penal del Distrito Federal de esta forma:

“Artículo 254.- Se impondrá de cuatro a diez años de prisión y de doscientos hasta mil días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos, a quien integre una organización de hecho de tres o más personas para cometer, en forma permanente o reiterada, alguno de los delitos siguientes: II. Corrupción de persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o de persona que no tiene capacidad de resistir la conducta establecidos en los artículos 184, 185 primero, segundo, tercero, cuarto y quinto párrafos y 186 en sus fracciones I y II de

³⁴⁴ Buscaglia, Edgardo. Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate. Ensayo contenido en Roemer, Andrés. Op. cit. p. 92.

³⁴⁵ Idem.

*este Código [...] X. Retención y sustracción de menores e incapaces, de conformidad con el artículo 171 de este Código”.*³⁴⁶

Así también otras conductas como el tráfico de menores en materia federal, precisamente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, artículo 4, establece penas específicas para el delito de delincuencia organizada, resolviéndose la concurrencia de normas incompatibles entre el Código Penal Federal y la ley citada, de conformidad con el principio de especialidad, es decir, se aplica la ley federal.

De tal forma que “el nuevo tipo no tiene que ver con la prohibición de conductas nuevas, sino con una sistemática que permite probar y sancionar las conductas criminales de delincuencia organizada”,³⁴⁷ esto quiere decir que el tipo de delincuencia organizada, no se creó para prohibir nuevas conductas sino para sancionar las ya existentes.

³⁴⁶ Artículo 254. Código Penal para el Distrito Federal.

³⁴⁷ Buscaglia, Edgardo. Op. cit. p. 93.

CAPITULO IV

AGRAVANTES, ATENUANTES, EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y PENAS EN EL DERECHO PENAL FAMILIAR

En este capítulo se analiza lo que se denominó como *Derecho Familiar Penal*, desarrollando todo aquello que no son tipos penales familiares creados especialmente para la protección de la familia, sino otras normas jurídicas penales relacionadas con la institución familiar y que complementan el tema desarrollado en este trabajo.

4.1 Agravantes y atenuantes

Estas figuras procesales aumentan o disminuyen la punición al momento de las resoluciones judiciales; el legislador consideró que ciertas conductas son más o menos graves, es decir, merecen un castigo mayor o menor, en virtud de la naturaleza misma de las acciones.

Cuando se prevé la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fija con relación a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que sirva de referencia, es decir, de la primera.

En estos casos, se individualiza la pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución. Lo anterior no es aplicable para la reparación del daño o las sanciones económicas.

En tratándose de delitos no graves y cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión del mismo ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.

Por lo que hace a los delitos graves, cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito en los términos anteriores se disminuirá la

pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia.

“AGRAVANTES Y ATENUANTES, PROCEDE DECLARARLAS EN CUALQUIER ESTADO DEL PROCESO. Las agravantes y atenuantes no son materia única y exclusivamente de la sentencia definitiva, sino que las autoridades judiciales tienen facultad para declarar su procedencia en cualquier estado del juicio, siendo preciso para ello que se justifiquen en forma plena e indiscutible y, en el caso de existir una calificativa, ello puede servir de fundamento al juez para revocar la libertad provisional y ordenar la reaprehensión de un procesado”.³⁴⁸

La razón de explicar las agravantes y atenuantes en un capítulo distinto del análisis de los delitos en particular, se centra en que éstos existen porque son creados específicamente para el derecho penal familiar (aunque estén dispersos en el ordenamiento) y en las agravantes y atenuantes se prevé un aumento o disminución en la punibilidad, para conductas de otros delitos en las que el legislador consideró que puedan ser realizadas por personas que tengan relación de parentesco, tanto como sujetos activos, pasivos o en ambas calidades.

Según la clasificación de los tipos penales, existen unos llamados delitos comunes y especiales. Los primeros pueden ser cometidos por cualquier sujeto y los segundos sólo pueden ser realizados por determinados sujetos, exigiéndose la concurrencia de determinadas cualidades personales en el sujeto activo.

Los delitos especiales pueden ser propios o impropios; en los primeros, el tipo penal prevé sólo como posibles sujetos activos a personas especialmente calificadas. “Los delitos espaciales impropios, tienen correspondencia con un

³⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación, XIV. Octava época. Tesis Aislada. Julio, 1994. p. 403. Materia penal.

delito común, pero su realización por sujetos activos calificados hace que este se convierta en un tipo autónomo distinto”.³⁴⁹

4.1.1 Lesiones

Por lo que hace al delito de lesiones como lo estudiamos supra (capítulo III), se configura un delito autónomo llamado, “lesiones en relación al parentesco”³⁵⁰, sin embargo algunos códigos regulan una agravante especial, v. gr. el ordenamiento penal para el Distrito Federal sanciona a quien “cause lesiones” con crueldad o con frecuencia a un menor o incapaz sujeto a la patria potestad, a decir:

*“Artículo 132. Cuando las lesiones se infieran con crueldad o frecuencia a un menor de edad o a un incapaz, sujetos a la patria potestad, tutela o custodia del agente, la pena se incrementará con dos terceras partes de la sanción prevista. En ambos casos, a juicio del juez, se decretará la suspensión o pérdida de los derechos que tenga el agente en relación con el sujeto pasivo, por un tiempo igual al de la pena de prisión que se imponga”.*³⁵¹

La regulación civil permitía inferir lesiones a los menores en virtud del derecho de corrección conferido a los padres, siendo que la legislación penal no decía nada al respecto. Se derogó lo correspondiente al derecho de corrección civil y se tipificó como delito la conducta descrita ya que el legislador consideró que aquella no era apta para considerarse como derecho, además del abuso que se hacía por parte de los padres.

“LESIONES CAUSADAS EN EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR (LEGISLACION DE GUANAJUATO). Conforme al artículo 251 del Código Penal del Estado, para que las lesiones dejen de ser punibles es indispensable que quien las infiera ejerza la patria potestad o la tutela; que

³⁴⁹ Daza Gómez. Op. cit. p. 70.

³⁵⁰ El cual se encuentra tipificado en el artículo 131 del ordenamiento del Distrito Federal.

³⁵¹ Artículo 132. Código Penal para el Distrito Federal.

*sean causadas en ejercicio del derecho de corregir; que sean leves, es decir, que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días y fundamentalmente, que el autor no abuse de su derecho corrigiendo con **crueledad** o con **innecesaria frecuencia**. Y no puede decirse que el marido que lesiona a su cónyuge este autorizado por el precepto aludido, porque no desempeña alguna de esas funciones, sino las de jefa de la sociedad conyugal, con las obligaciones establecidas por la ley civil, correlativas de los derechos que la misma señala”.*³⁵²

“PATRIA POTESTAD Y DERECHO DE CORREGIR. Conforme al Código Penal de 1929, las lesiones inferidas por el padre o tutor a su hijo o pupilo, cuando tales lesiones son resultado del ejercicio del derecho de corregir, no son punibles; pero este derecho, que es admitido por la ley penal, está limitado, y debe entenderse que la misma ley prohíbe que se castigue a los menores con **crueledad e innecesariamente**; en consecuencia, si el Juez llega a probar que en el ejercicio de la patria potestad, el que la tiene, se ha excedido en el castigo, o ha empleado una **crueledad innecesaria**, puede aplicarle el castigo procedente, sin que esté obligado a tener en cuenta, de una manera forzosa, la exculpante de que antes se ha hablado”.³⁵³

Las tesis citadas datan de la quinta época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-1957), han sido superadas en gran parte de las legislaciones de los estados y que sostenían el derecho de los padres a lesionar a sus menores hijos, con fundamento en un derecho.

4.1.2 Tráfico de menores

La conducta de tráfico de menores quedó explicada *supra*, sin embargo el tipo básico de entrega ilegal de un menor a un tercero, se *agrava* en algunas legislaciones, cuando no se tenga el consentimiento de quien tenga

³⁵² Semanario Judicial de la Federación. Quinta época, CXXI. Tesis aislada. Materia penal. p. 191.

³⁵³ Semanario Judicial de la Federación. Quinta época, XXXIV. Tesis aislada. Materia penal. p. 2576.

a su cargo o custodia a la persona entregada y también cuando se traslade al menor fuera de éste territorio.

4.1.3 Abuso sexual

El aumento de la pena para el tipo básico de abuso sexual hace que esta constituya una agravante por virtud de la relación al parentesco existente entre el sujeto pasivo y activo ya que las penas previstas se pueden aumentar cuando sea cometido por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos

Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido. Se impondrá al agresor la pérdida de los derechos como acreedor alimentario que tenga con respecto a la víctima.”

Así también se observa que se tipifica la agravante, por la realización de la conducta de un tutor contra su pupilo - tutela -, sin que esto constituya un grado de parentesco como los anteriores, pero sí es una figura relacionada con con el derecho familiar.

4.1.4 Violación, abuso y hostigamiento sexual cometido a menores de doce años de edad

El tipo básico sanciona al que realice cópula con persona de cualquier sexo menor de doce años y la agravante de derecho familiar penal es la siguiente consiste en aumentar la pena cuando fuere cometido al que tenga respecto de la víctima: a) Parentesco de afinidad o consanguinidad; b) Patria potestad, tutela o curatela y c) Guarda o custodia.

Se observa que no son tres supuestos los regulados sino siete: 1. Parientes afines 2. Parientes consanguíneos 3. Los que ejerzan la patria potestad 4. Los tutores 5. Los curadores 6. Los que tengan la guarda y 7. Los que ejerzan la custodia de la víctima.

Una tesis jurisprudencial que ayuda a comprender más este tema, es la siguiente:

“VIOLACIÓN. SI LA VÍCTIMA DE ESE DELITO ES MENOR DE 12 AÑOS DEBE APLICARSE LA SANCIÓN PREVISTA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, CON INDEPENDENCIA DE QUE SE ACTUALICE EL TIPO BÁSICO O CUALQUIERA DE SUS EQUIPARABLES (LEGISLACIÓN VIGENTE DEL 26 DE MARZO DE 2000 HASTA EL 10 DE AGOSTO DE 2004). *Es correcta la utilización del marco punitivo agravado a que se refiere el párrafo segundo del artículo 273 del Código Penal del Estado de México, vigente del 26 de marzo de 2000 hasta el 10 de agosto de 2004, que se basa en la circunstancia objetiva de que la violación, en cualquiera de sus hipótesis de realización (tipo básico, tipo equiparado por el instrumento utilizado y tipo también equiparado por aspectos cualitativos de la víctima -persona privada de razón, que por cualquier causa no puede resistir, o menor de catorce años-), se realice en perjuicio de menores de doce años de edad, pues es evidente la decisión legislativa de sancionar, según el caso, con los mismos parámetros (sanción de tipo básico y agravada en razón de minoría de edad específica) todas las posibles formas de realización del delito, lo que además resulta delógica elemental dado que si en el mismo precepto se establece tanto la figura básica como las equiparadas, sin asignar a éstas una sanción especial, es obvio que les corresponderá la misma sanción tanto ordinaria como agravada, según el caso, asignada precisamente para el delito respecto del cual se establece la equiparación, es decir, el de violación, máxime que si la ley no hace*

*distinción alguna no compete hacerlo al órgano judicial. Además, conforme a los criterios reiterados de los tribunales federales, la violación por equiparación, virtud a la incapacidad de resistir, por incapacidad mental, cualquier otra causa de incapacidad o minoría de edad específica (o en relación con la impubertad), implica un supuesto de presunción legal de violencia sobre la voluntad del pasivo, lo que justifica que no sea necesario que acredite tales actos de resistencia (pues incluso podría contarse con un consentimiento que no impediría el acreditamiento del delito, virtud a esa presunción), de modo que ante la presencia del delito de violación, equiparada o no (con violencia real o presunta), resulta aplicable la sanción correspondiente al propio delito y si, además, concurre la circunstancia objetiva de que se comete en persona menor de doce años, no existe razón para excluir la posibilidad de sancionar conforme al marco punitivo agravado, pues sólo es una agravante en función de la edad concreta de la víctima y no una descripción típica autónoma, por ello, tampoco puede hablarse de doble sanción, pues el párrafo cuarto del artículo 273 del propio ordenamiento legal no establece sanción alguna, sino únicamente un listado de circunstancias conforme a las cuales se considera la violación equiparada por la violencia presunta derivada de las circunstancias especiales de incapacidad o inmadurez de la víctima. Por tanto, en razón de que el párrafo segundo del aludido precepto no constituye un tipo autónomo sino únicamente una circunstancia de agravación respecto de cualquiera de las posibles formas de comisión ahí captadas, se estima que, con independencia de la técnica legislativa empleada, se cumple a cabalidad con el principio de exacta aplicación de la ley penal y plenitud hermética que se consagra en el artículo 14 constitucional”.*³⁵⁴

4.1.5 Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de menores e incapaces.

³⁵⁴ Registro No. 176776. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII. Novena época. Tesis: II.2o.P.185 P. Tesis aislada. Materia penal. Octubre , 2005. p. 2530.

El Título Sexto del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, regula los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de las personas mayores y menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta.

Estos delitos son: la promoción o venta de pornografía a menores de edad (183) así como obligar a realizar conductas sexuales o de exhibicionismo a menores (187), su corrupción (184), emplear a menores de edad en bares o cantinas (185, fracción I), el turismo sexual (186), la trata de personas (188 bis), lenocinio (189) y la explotación laboral.

De esta forma las sanciones previstas en este título sexto se incrementarán hasta en una mitad cuando se trate de un servidor público; ministro de culto religioso; extranjero; quien ejerza la patria potestad, guarda o custodia; los ascendientes sin límite de grado; familiares en línea colateral hasta cuarto grado, tutores o curadores; al que habite ocasional o permanentemente en el mismo domicilio con la víctima aunque no exista parentesco alguno; así como toda persona que tenga injerencia jerárquica sobre el menor en virtud de una relación laboral, docente, doméstica ó médica o de cualquier índole.

4.1.6 Incumplimiento de la obligación alimentaria

Quedó explicado en qué consiste la figura jurídica de los alimentos en Derecho Familiar así como que el incumplimiento lleva aparejada consecuencias jurídicas tanto civiles como penales, siendo que estas últimas se actualizan en los siguientes términos: 1.- aún si el acreedor recibe ayuda por un tercero para su subsistencia y 2.- sin necesidad de resolución judicial (civil) que ordene el pago de alimentos a quien tenga derecho de recibirlos, sin embargo, en algunas legislaciones sí constituye una agravante, la existencia de una resolución judicial que determine la obligación de pago.

De esta forma el Código Penal para el Distrito Federal preceptúa una agravante dentro del delito de derecho penal familiar de incumplimiento de obligación de dar alimentos a quien tiene derecho de recibirlos, a decir:

“Artículo 197.- Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad”.

4.1.7 Uso ilegal de atribuciones y facultades

Este tipo penal se refiere a conductas cometidas por servidores públicos, es decir a sujetos activos con calidad especial, en el sentido de desempeñar un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública del Estado, en sus legislaturas y en los órganos que ejercen la función judicial, lo cual aplica para los tres niveles (federal, estatal y municipal), lo anterior conforme a la definición legal proporcionada por el Código Penal del Distrito Federal.

Aun cuando este es un delito en contra del buen ejercicio del servicio público, tiene relevancia en nuestro tema de investigación al regularse la hipótesis de agravante por favorecer a los familiares de los servidores públicos.

El tipo básico se tipifica como el uso ilegal de atribuciones y facultades, realizando una descripción casuística de las conductas que se intentan proscribir:

“Artículo 267.- Comete el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades:
I. El servidor público que ilegalmente; a) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes del patrimonio del Distrito Federal; b) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; c) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los

bienes y servicios producidos o prestados por la administración pública del Distrito Federal; o d) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos. II. El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal. Al que cometa el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de quinientos a mil días multa”.

El código sanciona a quien ilegalmente otorgue concesiones, permisos, licencias o autorizaciones, franquicias, exenciones, deducciones o subsidios, realice o contrate obras públicas y la desviación de fondos.

La agravante que se desea destacar es la que se encuentra regulada en el artículo 268 del mismo ordenamiento local:

*“Cuando las conductas previstas en el artículo anterior produzcan beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, se impondrán las siguientes sanciones: Si el monto de los beneficios no excede del equivalente a mil quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de mil a mil quinientos días multa”.*³⁵⁵

³⁵⁵ Artículo 268 Código Penal para el Distrito Federal.

4.1.8 Cohecho

Esta conducta relacionada con los servidores públicos deberá entenderse como el recibir indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones.

En este sentido la legislación penal local del Distrito Federal prevé una disminución de la punibilidad a los particulares que cometan delitos en contra del Servicio Público, estipulando que al particular que de manera espontánea le ofrezca dinero o cualquier dádiva u otorgue promesa a un servidor público o a interpósita persona, para que dicho servidor haga u omita un acto relacionado con sus funciones, el juez podrá imponer al particular una tercera parte de las penas señaladas en el párrafo anterior, o eximirlo de las mismas, cuando hubiese actuado para beneficiar a alguna persona con la que lo ligue un vínculo familiar, de dependencia o cuando haya denunciado espontáneamente el delito cometido.

Lo que parece importante señalar es que el legislador llega a tal punto de estipular que el juez puede prescindir de la pena a las personas que cometan este tipo de conducta cuando hayan actuado para beneficiar a alguna persona que lo ligue de un vínculo familiar.

4.1.9 Evasión de presos

La evasión de presos se entiende como aquella acción consistente en poner en libertad, de una manera ilegal, a una persona que se encuentre recluida o favorecer su escape. La pena para el tipo básico es de 2 a 7 años de prisión, pero el legislador local del Distrito Federal, consideró prudente estipular una atenuante en relación al parentesco.

De esta forma, el ordenamiento penal del Distrito Federal dispone (artículo 307) que si el que favorece la fuga es el ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, hermano del

evadido o pariente por afinidad hasta el segundo grado, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión. Si mediare violencia, se impondrá de uno a cuatro años de prisión.

4.2 Excusas absolutorias

Es prudente señalar que existen diversas figuras jurídicas que pueden llegar a ser similares en cuanto a los efectos jurídicos que generan, pero se diferencian substancialmente en cuanto a sus características esenciales, nos referimos a las excluyentes de responsabilidad o causas de justificación y las excusas absolutorias.

Las excluyentes de responsabilidad o causas de justificación, suelen denominarse con otros nombres, sin embargo se sitúan en la antijuridicidad como su elemento negativo. “Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica”.³⁵⁶

A este respecto el Dr. Daza Gómez, expone:

“El ordenamiento jurídico no sólo se compone prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio prohibido. Existen disposiciones legales creadas por el legislador que permiten realizar el hecho típico, por razones políticas sociales y jurídicas. Por su parte Enrique Bacigalupo considera que un comportamiento está justificado y equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para proceder como obró. Pensamos que las causas de justificación son, en realidad, una causa de ilicitud, pues quien actúa en defensa necesaria, estado de necesidad, lo que está haciendo es realizar un hecho típico, es decir, hace uso de su derecho para obrar”.³⁵⁷

³⁵⁶ Castellanos Tena. Op. cit. p. 187.

³⁵⁷ Daza Gómez, Carlos. Op. cit. p. 117.

En estas condiciones “la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho”.³⁵⁸ A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad o causas de licitud.

Para el mismo jurista, las causas de inculpabilidad son: “no exigibilidad de otra conducta, estado de necesidad disculpante y miedo insuperable”.³⁵⁹

*“La no exigibilidad de otra conducta se entiende como aquella en la cual el sujeto activo debiendo motivarse por la norma, no lo hace y actúa contrario a derecho, pero no se le puede formular el juicio de reproche, toda vez que no tenía otra opción, esto es, otras perturbaciones psíquicas pueden no solamente dificultar al autor la comprensión de lo ilícito del hecho, sino también la decisión de obrar de acuerdo a esa comprensión”.*³⁶⁰

El estado de necesidad disculpante también se denomina estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía. La diferencia con el estado de necesidad justificante radica en el bien jurídico, cuando es mayor que el interés sacrificado es estado de necesidad justificante; cuando se trata de bienes jurídicos de igual entidad será estado de necesidad disculpante.

El miedo insuperable es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto; insuperable significa superar a la exigencia media de soportar males y peligros.³⁶¹

De tal forma que las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos

³⁵⁸ Castellanos Tena. Op. cit. p. 187.

³⁵⁹ Daza Gómez, Carlos. Op. cit. p. 227.

³⁶⁰ Ibidem. 227.

³⁶¹ Ibidem. p. 229.

elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son “objetivas, referidas al hecho e impersonales”.³⁶²

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Pasamos ahora al estudio de las excusas absolutorias que se sitúan como elemento negativo de la punibilidad, en la teoría Clásica del análisis del delito; en este sentido la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, “un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena”.³⁶³

En resumen, punibilidad es: a) merecimiento de penas; b) conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Así el elemento negativo de este elemento, según Castellanos Tena, consiste en dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho e impide la aplicación de la pena. El problema de la figura expuesta es que sólo funciona doctrinariamente para la teoría clásica, ya que otras teorías ni siquiera sitúan a la punibilidad como elemento del delito, sin embargo las consideraciones legales son validas siendo que el Estado considera que no es posible aplicar la pena en ciertas condiciones que son establecidas en la ley.

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. “En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o

³⁶² Castellanos Tena. Op. cit. p. 187.

³⁶³ Ibidem. p. 279.

hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición”.³⁶⁴

Las excusas se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, por lo que su estudio se hace difícil, además su estipulación es casuística y cada justificación se desprende del análisis específico de cada situación.

Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja.

En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpa desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpa, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

4.2.1 Homicidio o lesiones

En el delito de lesiones y homicidio, las reglas comunes que regulan estas conductas, prevén una excluyente de responsabilidad por razones de compasión, ya que se considera que el resultado final del hecho es suficiente castigo para el familiar que imprudentemente cause lesiones u homicidio por motivo de hecho de tránsito.

La frase de “*no se impondrá pena alguna*” es una de las formas legales de expresar los efectos de la excusa absoluta; en la conducta que nos ocupa, los supuestos de las víctimas se enlistan de la siguiente manera ascendente o descendente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado,

³⁶⁴ Ibidem. p. 283.

cónyuge, concubina, concubinario, o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia.

No procede aplicar lo anterior si el sujeto activo se encontraba bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.

4.2.2 Aborto

Castellanos Tena la llama “*excusa en razón de la maternidad consciente*”³⁶⁵. El artículo 333 del Código Penal Federal establece la impunidad (excusa) en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Según González de la Vega, esta excusa en el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar, dice Eugenio Cuello Calón, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida.

Cuando el embarazo es resultado de una violación, el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada al feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

La ley prevé generalmente los siguientes supuestos: I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código; II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer

³⁶⁵ Castellanos Tena. Op. cit. p. 283.

embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Los ejemplos de excusas para este delito se refieren a motivos de violación; por inseminación artificial sin consentimiento; cuando la vida de la madre corra peligro, cuando el producto pueda presentar alteraciones genéticas o por culpa de la madre.

Debiendo precisarse que lo explicado no debe entenderse como una permisión para abortar, sino cuando quede debidamente demostrado que se actualiza una de las hipótesis señaladas, deberá prescindir de imponer una sanción.

4.2.3 Exposición de menores

Otra de las conductas en las que se considera que no se debe imponer sanción por motivos de compasión, es la exposición de incapaces, cuando la madre lo haga por ignorancia o extrema pobreza; dos supuestos que deberán acreditarse, el primero de ellos es no tener recursos suficientes para proporcionárselos a su hijo y el segundo supuesto, el de la ignorancia, entendiéndose por esta como la falta de conocimiento, por lo que existen, en este caso, diversas opciones de lo que se puede desconocer, v. gr. como la conducta ilícita que se realiza. En este sentido la legislación local del Distrito Federal propone también cuando su hijo sea producto de una violación o inseminación artificial.

El artículo 158 de la legislación penal local del Distrito Federal estipula que no se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial.

4.2.4 Evasión de presos

Se explicó que se prevé una atenuante para la legislación del Distrito Federal, sin embargo en la legislación Federal se prescinde de la pena cuando se realice en relación al parentesco, al respecto Castellanos Tena expone:

*“Antes de las reformas de 1985 era considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad al identificársele como causa de inculpabilidad; pero que a partir de esas reformas y debido tanto a la derogación de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal como a la inclusión de casi todo su contenido en un nuevo párrafo del artículo 400, se le ha reconocido su verdadera naturaleza de excusa absolutoria”.*³⁶⁶

El Código Penal Federal dispone que las penas establecidas para el delito de evasión de presos: no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

4.3 Penas

La pena es la principal consecuencia jurídica del delito. Jakobs la define como la reacción ante la infracción de la norma³⁶⁷. La reacción jurídica es una de las múltiples reacciones que existen en una sociedad ante un hecho perjudicial y consiste en una privación o restricción de derechos o de bienes jurídicos.

³⁶⁶ Castellanos Tena. Op. cit. p. 284.

³⁶⁷ Citado por Daza Gómez, Carlos. Op. cit. p. 329.

El concepto de pena es, ante todo, un concepto legal³⁶⁸, así como existe un catálogo de delitos, también existe uno de penas en el que se contienen diversas clases de sanciones, que la doctrina clasifica en función del bien jurídico sobre el que recaen, v. gr. penas privativas y restrictivas de libertad, penas privativas de derecho y penas pecuniarias.

Jakobs expresa:

*“La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad [...] existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a normas [...] el comportamiento contrario a la norma, por lo tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter de real de la sociedad”.*³⁶⁹

En materia de derecho penal familiar la principal pena es la restrictiva de libertad, sin embargo existen también distintas reacciones jurídicas que se contienen en las leyes de los estados.

4.3.1 Pérdida de derechos familiares

Esta figura supone una sanción privativa ya no de libertad sino de derechos, los que se derivan de la relación de parentesco y se expresan en los diferentes ordenamientos familiares, mismos que encuentran fundamento, en la naturaleza social del grupúsculo familiar.

Muchos autores se han opuesto a la sanción privativa que se establece desde tiempos inmemorables en las normas penales familiares, es decir la pérdida de la patria potestad, misma que se actualiza en los supuestos establecidos en el

³⁶⁸ Hassemer, Winfried. Introducción a la criminología y al derecho penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. p. 149.

³⁶⁹ Günther Jakobs. Sobre la teoría de la pena. Op. cit. pp. 15 y ss.

ordenamiento y que fueron explicados en el capítulo de conceptos básicos de la materia.

La razón de la oposición se funda en que la pérdida supone el cese de todos los derechos y obligaciones inherentes al parentesco derivados de la consanguinidad (alimentos, educación, vivienda, entre otros) que desaparecen por resolución judicial al decretarse la pérdida de la patria potestad.

En materia civil, la figura expuesta se analiza desde el punto de vista jurisdiccional, de la siguiente forma:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. PARA DECRETARLA DEBE OTORGARSE PREVIAMENTE A LA PARTE AFECTADA UNA PLENA Y AMPLIA GARANTÍA DE DEFENSA, EN ESTRICTA OBSERVANCIA AL INTERÉS SUPREMO Y LOS DERECHOS PREEMINENTES DE LOS HIJOS MENORES QUE PUEDAN VERSE AFECTADOS CON ESA TRASCENDENTAL DECISIÓN JUDICIAL, SIEMPRE QUE SE SUSTENTE EN PRUEBAS FEHACIENTES. Es indiscutible que la pérdida de la patria potestad, como sanción judicial grave, trae consigo consecuencias definitivas, y de ahí deriva que cualquier omisión o irregularidad procesal habida en el juicio debe ser subsanada de oficio por el juzgador, con la única finalidad de salvaguardar y tutelar ampliamente los derechos de los menores. Por consecuencia, ha de considerarse que sólo excepcionalmente puede condenarse a dicha pérdida de la patria potestad, por los efectos y perjuicios que acarrea a los menores de edad. Atento a ello, y en aras del interés superior de esos menores, es de tener en cuenta que la patria potestad constituye un derecho elemental superior de los infantes, incuestionablemente en su beneficio, pues el correcto ejercicio de esa patria potestad conlleva el debido cuidado de su persona, de sus bienes, así como a velar por su protección y desarrollo integral, emocional, moral, físico y social, como se sigue del texto del numeral 4.203 del vigente

*Código Civil para el Estado de México. De consiguiente, no se justifica ni es admisible que en aras de rigorismos procesales excesivos, el juzgador inadmita algún medio de defensa dirigido a tutelar esos privilegios, pues prevalece ante todo el derecho amplio, pleno y sin limitantes de salvaguardar cualquier aspecto formal y legal que incumba a esos menores, como es dicho supremo derecho al ejercicio de la patria potestad, en observancia irrestricta a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, tutelándose así, siempre, en asuntos del orden familiar, cualquier prerrogativa de los menores”.*³⁷⁰

Ya en nuestra materia, el delito de homicidio es sancionado en el Distrito Federal, con “pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio” sin embargo esa "pérdida de derechos", nos hace dudar sobre su aplicación práctica, ya que no se establece la pena concreta a imponer, es decir, de qué derecho se le privará y por cuanto tiempo, lo anterior para no trasgredir el principio de legalidad establecido en las normas constitucionales.

También para el delito de lesiones se decreta la suspensión o pérdida de los derechos que tenga el agente en relación con el sujeto pasivo, por un tiempo igual al de la pena de prisión que se imponga.

Como consideraciones finales en este apartado, es prudente citar algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“ABANDONO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS. LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA PRIVACIÓN DE DERECHOS RELATIVOS A LA FAMILIA PARA LOS RESPONSABLES DE DICHO DELITO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 296, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, ES DESPROPORCIONADA Y CONTRARIA A LOS ARTÍCULOS 4o. Y 22 DE LA CONSTITUCIÓN

³⁷⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV. Novena Época. Tesis: II.2o.C.513 C. Tesis Aislada. Materia Civil. Junio, 2007. p. 1125.

FEDERAL. El artículo 22, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proscribire cualquier tipo de sanción excesiva (penal, civil, administrativa, etcétera), lo que incluye, entre otras, las que afecten a terceras personas vulnerables y no involucradas, así como las que no contengan las reglas adecuadas para que las autoridades impositoras puedan fijar su monto o cuantía según su gravedad; a su vez el numeral 4o. del mismo ordenamiento prevé la garantía del desarrollo y bienestar de la niñez, al señalar que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Por su parte, el artículo 296, primer párrafo, del Código Penal para el Estado de Tamaulipas señala: "Al responsable del delito de abandono de obligaciones alimenticias se le impondrá una sanción de seis meses a tres años de prisión, privación de derechos relativos a la familia y entrega de las cantidades que no fueron oportunamente suministradas a la familia.". Ahora bien, a partir de la base constitucional mencionada se concluye que la sanción consistente en la pérdida de los derechos de familia a que se refiere este último numeral es desproporcionada y contraria a los artículos invocados 4o. y 22 constitucionales, toda vez que el legislador no fijó los parámetros mínimos y máximos para su imposición y, por ende, se vuelve privativa durante toda la vida del sentenciado, además, porque no sólo afecta a su persona, sino también al interés superior de los niños, al transgredir el sano esparcimiento familiar para su desarrollo integral. Una causa más de inconstitucionalidad de la norma legal, deriva por ser imprecisa, al no puntualizar a cuáles derechos de familia de toda la gama que prevé el Código Civil del Estado se refiere".³⁷¹

"SUSTRACCIÓN DE MENORES E INCAPACES. EL ARTÍCULO 35, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL SEÑALAR UNA PENA ESPECÍFICA PARA EL CASO DE QUE EL RESPONSABLE DEL DELITO SEA FAMILIAR

³⁷¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV. Novena época. Tesis XIX.1o.P.T.23 P. Tesis Aislada. Materia constitucional. Agosto, 2011. p. 1271.

DEL MENOR O INCAPAZ, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. El tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las garantías de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal, que recogen el principio nullum crimen, nulla poena, sine lege, el cual no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que, además, prevé que un hecho o conducta no descrito en la ley no pueda ser catalogado como delito ni engendrar una penalidad para quien lo despliega, así como tampoco aplicar una sanción penal cuando no existe disposición legal que expresamente la establezca. Ahora bien, el artículo 35 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes señala: "La sustracción de menores e incapaces consiste en sustraer o retener a un menor de doce años o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia, guarda o retención, por quien no tenga relación familiar o de parentesco con tal menor. Al responsable de sustracción de menores e incapaces se le aplicarán de 4 a 10 años de prisión y de 10 a 60 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Si el responsable es familiar del menor o incapaz y no ejerce sobre él la custodia, la tutela o la guarda, se le aplicarán de 2 a 4 años de prisión y de 5 a 40 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados". De lo anterior se advierte que el segundo párrafo de dicho precepto señala una pena específica para el caso de que el responsable del delito sea familiar del menor o incapaz, sin embargo, tal conducta no se encuentra tipificada como delito en el primer párrafo del mismo numeral, sino que, por el contrario, la excluye al señalar que el activo debe ser quien no tenga relación familiar o de parentesco con tal menor; por tanto, resulta inconcuso

*que la citada disposición es oscura y contradictoria, lo que se traduce en una violación a las citadas garantías constitucionales”.*³⁷²

También existe la modalidad de suspensión de derechos por sentencia definitiva que decreta la reclusión en centro penitenciario, es decir, pena de prisión, la cual produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, entre otros.³⁷³

4.3.2 Creación de derechos familiares

El tema de este apartado es de gran interés ya que se el legislador impone como pena, el nacimiento de obligaciones familiares por la comisión de ciertos delitos, específicamente se habla para el supuesto de que se produzca un embarazo no deseado por la víctima de algún delito.

La intención del legislador es correcta al intentar buscar la seguridad jurídica, tanto de la madre como del hijo, imponiéndole al responsable consecuencias jurídico familiares como condena por del delito realizado.

El legislador intenta crear derechos derivados de la sentencia emitida por juez penal competente, quien fija como reparación del daño, el pago de alimentos para la madre y para el hijo, en los supuestos establecidos.

Es importante señalar que al sujeto activo del delito no se le impone solamente el pago de alimentos, si no se le aplicara también la de prisión por lo que nos preguntamos **si es posible el pago de alimentos cuando una persona se encuentra privada de su libertad.**

³⁷² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 1853.

³⁷³ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 922.

Ya se ha comentado en múltiples ocasiones en este ensayo lo inútil que resultan algunas de las figuras jurídicas o delitos tipificados por el legislador, ya que no encuentran aplicación práctica

Al respecto quedo establecido que la regulación familiar del pago de alimentos, se encuentra estrechamente relacionada con el empleo del acreedor y a su vez con su salario, observándose que hasta se impone una sanción al patrón quien no informe sobre el salario percibido por el acreedor, quedando en duda la aplicación práctica de esta sanción.

Otros de los delitos que según el legislador, merecen el castigo estudiado, son la inseminación artificial, la manipulación genética, la violación, el incesto y el estupro, delitos que son de los que atentan contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual de las personas.³⁷⁴

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Si como consecuencia de este delito se produce un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años y se condena como reparación del daño, el pago de alimentos para el producto del embarazo y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

MANIPULACIÓN GENÉTICA

De igual forma para esta conducta si resultan hijos a consecuencia de la comisión de este delito, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

También para los delitos cometidos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, de los delitos cometidos en contras de menores de 12 años de edad (violación, abuso sexual y acoso sexual,

³⁷⁴ Para este tipo de delitos, sólo se ha considerado que la generación de derechos tome lugar para las menores de edad que sean víctimas.

cometido a menores de doce años de edad, incesto, estupro y violación) se estipula la pena referida.

4.3.3 Derecho a la reparación del daño

La reparación del daño en materia penal, es en primer lugar, un derecho a favor de la víctima de un delito, así establecido por nuestra Constitución, en el artículo 20, apartado B, fracción IV, que estatuye que en todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido tienen la garantía de que se le repare el daño.

Esto no era así sino hasta hace poco tiempo, Carranca nos los describe de la siguiente forma:

*“Las víctimas del delito no han aprovechado para nada los esfuerzos del Estado para la reparación, sus sufrimientos subsisten, los tribunales funcionan como si no existiera la víctima; puede decirse así, que el sufrimiento de ésta es doble”.*³⁷⁵

La víctima fue olvidada por el ordenamiento jurídico por mucho tiempo, centrando toda la atención para el delincuente y sus derechos. Por lo que el Estado decidió darle la fuerza de una pena a la reparación del daño ocasionado por la comisión de un delito para que tenga los mismos medios eficientes para su ejecución.

Garofalo creó un sistema de reparación del daño para las víctimas que solo es un ejemplo de las diversas alternativas que se han creado para usar la pena restrictiva de libertad y solucionar el problema planteado, sistema que se resume en las siguientes medidas:

³⁷⁵ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 911.

“- La creación de una caja de multas derivadas de sentencia judicial y la que se paga por los sentenciados con su salario y los que no lo tuvieron, se les obligaría a trabajar.

- Con el auto de formal prisión, se constituiría una hipoteca sobre los bienes de los procesados.

- Si se renunciase a la reparación del daño el monto pagado iría a la caja.

- El pago se hará en efectivo, tan pronto como se fije en sentencia judicial.

*Lo que ocurre con la pena de prisión que se ejecuta inmediatamente al dictarse la sentencia”.*³⁷⁶

Para Carnelutti, la cuestión entre la reparación del daño civil y penal se resume en:

*“Yo tenía, al mismo tiempo, y no tenía razón: tenía razón en cuanto todo proceso penal contiene un proceso civil contencioso sobre el tema de la obligación de restitución de resarcimiento o de reparación a cargo del imputado y no la tenía en el hecho de no advertir que éste no es el contenido del proceso penal puro, cuya separación in vitro respecto del proceso civil que en él va implícito”.*³⁷⁷

La reparación del daño siempre se ha relacionado con una compensación de naturaleza material consistente en la restitución de los objetos materia del delito o con el pago del precio³⁷⁸ y en cuanto el daño moral solo cabe la indemnización por regla general y para ciertos casos especiales como “injurias, la difamación y la calumnia”.³⁷⁹

Por lo que hace a los delitos sexuales, la reparación del daño consiste en pagar al pasivo, la cantidad resultante del costo de las sesiones psicológicas

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Carnelutti, Francesco. Cuestiones del proceso penal. Ed. librería el foro. Buenos aires. P. 275.

³⁷⁸ Siempre y cuando proceda, lo que solo ocurre en los delitos patrimoniales.

³⁷⁹ Carranca y Trujillo. Op. cit. p. 912.

terapéuticas que se requieran para lograr un equilibrio emocional por la conducta realizada.

Para Martínez de Castro,³⁸⁰ la reparación del daño conviene a la sociedad, pues estimula a los ofendidos a denunciar los delitos realizándose así un tipo de justicia social, la que debería de ser uno de los principales fines que debería perseguir el derecho penal.

La reparación del daño es una sanción impuesta por el juez penal y comprende, según la naturaleza del delito de que se trate: el restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito; la restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial; la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima; el resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y el pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

En nuestra materia, tienen derecho a la reparación del daño: La víctima y el ofendido. En los casos de violencia contra las mujeres también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas, las cuales se encuentran definidas

³⁸⁰ Idem.

por la ley de acceso de las mujeres a una vida libre sin violencia³⁸¹ y también por el mismo código.

A falta de la víctima o el ofendido, tienen derecho a la reparación del daño los dependientes económicos, herederos o derechohabientes del pasivo, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables, remisión a las reglas familiares de sucesiones.

Para la comprobación del monto a cubrir por concepto de reparación del daño, las facturas o recibos de honorarios que amparan la enajenación de bienes o la prestación de servicios, sirven como medios de control del cumplimiento de las obligaciones fiscales; de ahí que cuando tales documentos cumplan con los requisitos que exigen los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación para su expedición, resulta innecesaria la ratificación por parte de sus autores para que alcancen fuerza probatoria suficiente en el procedimiento penal para efectos de cuantificar el monto de la reparación del daño, pues la satisfacción de los requisitos fiscales que deben incorporarse a ellos, asegura la certeza de su autenticidad y del acto que contienen, mientras no se pruebe lo contrario.³⁸²

4.3.4 Obligados a reparar el daño

Ya se explicó quien tiene derecho a la reparación del daño, asimismo y por cuanto hace a los familiares que incumplan el deber de cuidar a los menores a su cargo, trae aparejada consigo la sanción de reparar el daño a los perjudicados por la conducta realizada.

Están obligados a reparar el daño: los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad y Las

³⁸¹ Familiares de la víctima o a las personas que tengan o hayan tenido relación o convivencia con la misma en el momento de la comisión del delito.

³⁸² Semanario Judicial de la Federación y su gaceta XXVII. Novena época. Enero, 2008. p. 2727.

sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

4.3.5 Individualización de las penas

Individuar o individualizar significa especificar algo, tratar de ello con particularidad y por menor o determinar individuos comprendidos en una especie.

En materia jurídica según Rafael de Pina, se entiende como la “adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiaridades del delincuente”.³⁸³

También se entiende como:

“Adaptar la ejecución de una pena a las características personales del delincuente, pena que ha sido determinada por el juez tomando en cuenta, principalmente, el delito cometido, el daño causado y otras circunstancias del infractor y de su víctima (punición) y de acuerdo a la enunciación de la legislación correspondiente (punibilidad)”.³⁸⁴

Existen tres tipos de individualización de la pena, que corresponden a las tres ciencias jurídico-penales.³⁸⁵ La individualización legislativa, la judicial y la de ejecución.

La primera de éstas “es la etapa en la que la amenaza es enunciada, el legislador no sólo criminaliza determinada conducta sino que la valora y la califica por medio de una punibilidad”.³⁸⁶

³⁸³ Rafael de Pina, citado por Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. Op. cit. p. 99.

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ De acuerdo a la Enciclopedia de las Ciencias Jurídico-Penales.

³⁸⁶ Ibidem. pp. 100 y 101.

La individualización judicial “es la fase de determinación de la punición, es el momento en que el juez escoge entre el arsenal de penas que la ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada tomando en cuenta tanto el delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente”.³⁸⁷

*“La verdadera individualización de la pena comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente terminado. La individualización legal que le precedió era sólo aproximada ya que a la ley, por ser general y abstracta, no le es posible prever todos los casos particulares concretos. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento”.*³⁸⁸

La ley proporciona los criterios para individualizar la pena de acuerdo a lo señalado, por lo que en términos generales el Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

Para nuestro tema la ley señala que se debe tomar en cuenta la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido.³⁸⁹

³⁸⁷ Ibidem. p. 102.

³⁸⁸ Ibidem. p. 103.

³⁸⁹ Artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal.

“INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS. LAS REGLAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SON INCONSTITUCIONALES. *La facultad de los Jueces penales para individualizar las penas, no significa el uso de una atribución irrestricta y caprichosa, pues los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicables en materia federal, obligan al juzgador para que al efectuarla, observe las reglas específicas que ellos contemplan, como son el conocimiento directo de las circunstancias en que se hallaba el sujeto al delinquir, así como las referidas al hecho y a la víctima pues, mientras mayores parámetros para la individualización prevea un ordenamiento legal, más se acercará a lo justo y si bien los invocados preceptos no establecen para efectos de fijar la condena, una equidistancia entre una media y una máxima o una mínima y una media, es preciso que la ley deje suficiente iniciativa y elasticidad para que el juzgador pueda individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso, sin que esto constituya violación a los artículos 14 y 16 constitucionales”.*³⁹⁰

Del análisis de los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que el Juez goza de autonomía para imponer las penas y medidas de seguridad que estime justas, tomando en consideración los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculpado; sin embargo, y precisamente en atención al arbitrio del juzgador, la ley no fija denominaciones o categorías predeterminadas respecto de la graduación de la culpabilidad, sino que se limita a proporcionar reglas normativas para regular el criterio del Juez.

³⁹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III. Novena Época. Tesis: P. LVI/96. Tesis Aislada. Abril, 1996. p. 86.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Existen antecedentes del derecho penal familiar desde la época precolonial, por lo que la génesis en nuestro país se verifica desde ese momento, castigando ciertas conductas como las de adulterio, bigamia, aborto, homicidio e incesto. La mayoría de los autores coincide en que las penas eran severas y muy sangrientas, entre las principales encontraban: la muerte, la esclavitud, el destierro, la suspensión o destitución de empleo, prisión en cárcel o en el domicilio, muerte en la hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, la muerte por golpes de palos, degollamiento, el empalamiento y el desgarramiento del cuerpo. El fundamento de aplicación del derecho penal familiar en la época precolonial se basaba en principios de carácter moral, la lesión a los valores de las tradiciones sociales, la seguridad del imperio (seguridad pública), la milicia, la seguridad de las personas, su integridad, su sexualidad, su patrimonio y el orden de las familias.

SEGUNDA.- Los antecedentes jurídicos en la Colonia estaba compuesto por un acervo considerable de leyes, no siempre uniforme, que se dictaban en España para España y que se aplicaban en la Nueva España. Se encontraban delitos intencionales así como los cometidos imprudencialmente y se preveía como circunstancia que eximia de responsabilidad a la legítima defensa propia o de un pariente. La justificación que encuentra la sanción de las conductas de derecho penal familiar en esa época se encuentra en la religión, confundiéndose en ocasiones la noción del delito con la del pecado. Entre los delitos del orden familiar se encontraban la bigamia y el adulterio (fundados en los deberes religiosos de respeto conyugal), el infanticidio, el parricidio y el aborto.

TERCERA.- En la época independiente de nuestro país, durante mucho tiempo estuvo vigente el Derecho Colonial, poco a poco se empezaron a promulgar leyes mexicanas pero con influencia de la legislación española, la cual en ciertas ocasiones se seguía aplicando, existió poca legislación en materia penal que cubriera todos los grandes problemas sociales de aquella época. México se hizo un proyecto de código penal en el año de 1831, el que contenía en su parte

primera el Título VI, “*De los delitos contra las buenas costumbres*”, que contenía delitos como la bigamia, el incesto, los matrimonios clandestinos, el desacato de los hijos contra los padres y de los menores contra sus tutores o curadores, las desavenencias y escándalos en los matrimonios, el adulterio y estupro alevoso, la exposición, ocultación o cambio de niños y el parto fingido, mismas conductas que siguieron vigentes en las leyes de 1871.

CUARTA.- nuestra revolución es, fue y será una de las más importantes en América Latina, ya por las causas que la provocaron o por los ideales en las que se **fundamentó**. Las normas penales en esta etapa de nuestra historia se trataban de ajustar a las normas constitucionales, estas últimas impregnadas de los ideales revolucionarios, que provocaron un verdadero cambio social. En el Código Penal de 1929 se encontraban los delitos contra el estado civil de las personas como el incesto, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales, el parricidio, el infanticidio, el filicidio, el aborto, la exposición y abandono de niños y enfermos. En el Código Penal de 1931 otros delitos en materia familiar era la corrupción de menores (si era cometido por quien tuviere relaciones de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil), el abuso sexual y la violación.

QUINTA.- Se aprecia que el derecho penal conoce de conductas delictivas e instituciones relacionadas con la familia, esto es, en el ámbito del derecho penal **es perceptible la existencia de sectores referidos precisamente a la represión de determinadas conductas que atentan contra la familia, así como el manejo de situaciones eminentemente relacionadas con la institución familiar**. Existen dos grandes grupos de delitos que se distinguen en el derecho penal familiar: por una parte los que se son creados especialmente para proteger las instituciones familiares (v. gr. Incumplimiento de obligación alimentaria) y por el otro los que se derivan de otros tipos penales aumentando o disminuyendo la pena según la calidad especial que tenga tanto el sujeto pasivo como el activo (v. gr. Homicidio en relación al parentesco).

SEXTA.- De todos los tipos delictivos que existen en el derecho penal familiar la gran mayoría solo son especies o modalidades de los tipos básicos pero la pena se aumenta o disminuye según la calidad referida, creando en cierta forma un tipo

penal diferente, sin embargo no solo existen tipos penales en la legislación penal (derecho penal familiar), sino otras figuras jurídicas inmersas en la parte general de la Ciencia Jurídico Penal, nos referimos a las agravantes, atenuantes, excluyentes de responsabilidad y las sanciones (derecho familiar penal).

SÉPTIMA.- Con respecto a la denominación y autonomía, los preceptos vinculados a la familia pueden constituir una especialidad dentro del derecho penal, pero esta que constituye el derecho penal familiar, no considero que deba tener autonomía sino mantenerse dentro del ámbito científico y sistemático del Derecho Penal, pero con cierta denominación particular.

OCTAVA.- No todos los hechos que atentan y amenazan la institución familiar deben de ser elevados a categorías punitivas, pues la crisis de la familia y las amenazas que puede entrañar su disolución, corresponden a determinantes de naturaleza social, ajenas por entero al comportamiento individual antijurídico, único fundamento para la instauración bajo la forma de prohibición y mandato de tipos penales tutelares.

NOVENA.- El legislador aprovecha cada oportunidad para hacer política del derecho y utiliza la labor legislativa para satisfacer la opinión pública, insertando tipos penales al ya engrosado catálogo de delitos en los códigos penales, sin hacer un análisis de las consecuencias o beneficios sociales y jurídicos de su inclusión. La *“huida al derecho penal”* ha trazado nuevas fronteras, donde del comportamiento virtuoso se pasa sin estadios intermedios a la conducta criminalizada. Hasta la familia, espacio en el que por definición se espera que la relación entre sus integrantes se auspicie bajo valores de amor y fraternidad del todo ajenos al consenso coactivo de la norma jurídica se penaliza y resulta cada vez más difícil distinguir al buen padre del padre delincuente.

PROPUESTA.

La manera en la que el Estado Mexicano aborda la problemática penal y en especial en derecho penal familiar no parece que sea la correcta, reprochamos el endurecimiento de las penas y el uso excesivo de la pena de prisión para siquiera disminuir el índice delincencial en materia penal familiar.

El derecho penal no es la herramienta idónea para proteger a la familia ante ciertas conductas que atentan en contra de esta institución; se deben crear y deben persistir los tipos penales que violentan de manera significativa la estabilidad de la familia, de acuerdo a los principios que justifican la aplicación del derecho penal en una sociedad.

Es por eso que en este trabajo de investigación se realizó un estudio amplio para conocer los distintos tipos penales que se encuentran en las legislaciones de los estados y así saber si se justifica o no su existencia.

Por lo que hace a los delitos de homicidio y lesiones en relación al parentesco, aborto, inseminación artificial, tráfico de menores, violación y las agravantes contempladas para los delitos de lesiones, tráfico de menores, abuso sexual, violación, abuso y hostigamiento sexual cometido a menores de doce años de edad y los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de menores e incapaces se considera que deben permanecer establecidos en los códigos penales.

Por otro lado y por cuanto hace a los delitos de abandono y exposición de incapaces, retención de menores, sustracción de menores, incesto,

incumplimiento de obligación alimentaria, violencia familiar, alteración del estado familiar y bigamia, se propone su relegación de los códigos penales.

Lo anterior apunta a una homologación de los códigos penales en todos los estados de la República Mexicana, en los que tanto las hipótesis normativas como las sanciones varían de uno a otro; encontrando derogadas conductas en ciertos estados y en otros vigentes.

En este sentido, la exclusión de ciertos delitos de los códigos penales serviría para que se deje en manos de los jueces, sólo las conductas que lesionen seriamente los valores sociales, sin iniciar procedimientos que desgasten a los actores del drama penal.

También la propuesta influye en el ámbito ejecutivo, ya que no existiría sentencia que imponga una sanción; ya que el uso indiscriminado de la pena de prisión debe desaparecer, para resolver el problema de la saturación en las prisiones.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amuchategui Requena, Griselda. Derecho Penal. 3a edic. Ed. Oxford. México, 2005.
2. Andrade Sánchez, Eduardo, Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado, México, UNAM-Senado de la República. Instituto de Investigaciones Jurídicas, LVI Legislatura, México, 1996.
3. Azzolini, Alicia. El Derecho penal ayer y hoy. PGR. México 1993.
4. Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia, 1996.
5. Benéytes Merino, Luís. Lecciones de derecho penal. Ed. Comares. Granada, España, 1994.
6. Calderón Cerezo, A. Derecho penal. Parte especial. 2a. edic. Ed. Bosch. Barcelona, 2001.
7. Carnelutti, Francesco. Cuestiones del proceso penal. Ed. librería el foro. Buenos aires, 1994.
8. Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 22a. edic. Ed. Porrúa. México, 2004.
9. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 2003.
10. Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Ed. Flores Editor y Distribuidor. México, 2006.
11. De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T II. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 2006.
12. Díaz Aranda, Enrique. Derecho Penal, parte general. Ed. Porrúa. 2a. edic. México, 2004.
13. _____ Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal. Ed. UNAM. México, 2002.
14. Díaz de León, Marco Antonio. Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos. T I. Ed. Porrúa. México, 2005.
15. Esquivel Obregón. Apuntes para la historia del Derecho en México. Tomo I. Ed. Polis. México, 1937.

16. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Ed. Porrúa. México, 1990.
17. Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad. 2a. edic. Ed. B de F. Argentina, 2002.
18. González Galván, Jorge A. Derecho Indígena. Mcgrawhill. México, 1997.
19. Güitrón Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Vol. 2. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1992.
20. _____ Derecho Familiar. 2a. edic. Ed. UNACH. México, 1988.
21. _____ Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Ed. Porrúa. México, 2000.
22. Günter Jakobs. Sobre la teoría de la pena. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1998.
23. Inzunza Cázares, Enrique. La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación. Ed. IJ. México. UNAM, 2009.
24. Islas de González Mariscal, Olga. Pena de Muerte. Ed. IJ. México, 2003.
25. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano. T II. Ed. Porrúa. México, 2003.
26. Jiménez Ornelas, Rene. El secuestro. IJ, UNAM. México, 2002. p. 15.
27. López Betancourt, Eduardo. Delitos en particular. T II. 9a. edic. Ed. Porrúa. México, 2008.
28. _____ Introducción al derecho penal. 13a. edic. México, 2007.
29. Macedo, Miguel S. Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano. Ed. TSJDF, INACIPE. México, 1931.
30. Magallón Ibarra, Mario (coord.). Compendio de Términos de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 2004.
31. Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. México, 1997.

32. Margadant S. Guillermo F. Introducción a la historia del Derecho mexicano. Ed. Esfinge. 18a. edic. México, 2006.
33. Moneva y Puyol. Introducción al Derecho Hispánico. 3a. edic. Ed. Labor. Barcelona, 1931.
34. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. 14a. edic. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2002.
35. _____ Introducción al Derecho Penal. Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires. Argentina, 2001.
36. _____ Teoría General del Delito. Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1990.
37. Nieves Luna Castro, José. El concepto de tipo penal en México. 2a. edic. Ed. Porrúa. México, 2000.
38. Novísima Recopilación de las leyes de España. Tomo VI. Madrid, 1807.
39. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La familia en el Derecho Penal. Ed. Porrúa. México. 2006.
40. Pabón Parra, Pedro Alfonso. Delitos contra la familia. 2a. edic. Ed. Ediciones, Doctrina y Ley, Ltda. Bogotá, 2004.
41. Reynoso Dávila, Roberto. Delitos sexuales. 2a. edic. Ed. Porrúa. México, 2001.
42. Roemer, Andrés. Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía. IIJ, UNAM. México, 2006.
43. Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. Ed. Porrúa. México, 2009.
44. Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Ed. Civitas. España, 2006.
45. Urosa Ramírez, Gerardo Armando. Teoría de la ley penal y del delito. Ed. Porrúa. México, 2006.
46. Valadés, Diego. Problemas constitucionales del Estado de derecho. Ed. UNAM. México, 2002.
47. Von Weber, Hellmuth. Lineamientos del Derecho Penal Alemán. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2008.

48. Wessels, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980.
49. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Ediar. Argentina, 1998.

TEXTOS LEGALES

1. Código familiar del estado de Hidalgo.
2. Código familiar del estado de Zacatecas.
3. Código familiar del estado de Morelos.
4. Código familiar del estado de Michoacán.
5. Código familiar del estado de San Luis Potosí.
6. Código Civil para el Distrito Federal
7. Código Penal Federal.
8. Código Penal de los estados de la República.
9. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belem do Para".

HEMEROGRAFIA

1. Carbonell, Miguel. "Discutiendo sobre el aborto". Artículo publicado en el periódico "El Universal". Octubre 19, 2007.
2. _____ "Miles y miles de secuestrados". Artículo publicado en el periódico "El universal". 10 de marzo del 2011.
3. Güitrón Fuentesvilla, Julián. "Horror al divorcio espurio". Artículo publicado en El sol de México, Organización Editorial Mexicana, 19 de octubre del 2008.
4. _____ "Concubinatus horribilis". Artículo del periódico El sol de México, 7 de agosto de 2011
5. _____ "Suprema Corte: pena de prisión por incumplir pensión alimenticia". Artículo extraído del periódico "El sol de México", 27 de marzo, 2011.
6. Lozano Serna, Edmundo Iván. "El primer código penal de Guanajuato". Artículo publicado en Epikeia, revista electrónica de la Universidad

Iberoamericana del estado de Guanajuato. <http://epikeia.leon.uia.mx/>,
Número 14, verano 2010.

PÁGINAS DE INTERNET

1. <http://www.aldf.gob.mx/>
2. <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>
3. <http://www.poderjudicialdf.gob.mx/swb/>
4. <http://www.cjf.gob.mx/>