

LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 336 Y 337 DEL CODIGO PENAL

LIC. FELIPE GÓMEZ MONT Y URUETA
*Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Escuela Libre de Derecho.*

El 26 de diciembre de 1977, se puso en vigor la que denominaremos reforma a los delitos contra la familia, que renueva la obligación penalística a los padres y cónyuges de cumplir con las obligaciones económicas derivadas del parentesco.

Anteriormente el artículo 336 disponía: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia"; y el artículo 337 tipificaba: "El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de esta causa."

No fueron alcanzados por la reforma los artículos 338 y 339; el primero de ellos se refiere al perdón del cónyuge ofendido, condicionado al pago de la reparación del daño; y el segundo, a la presunción legal de tener como premeditadas las lesiones o la muerte, cuando causalmente son producidas por el abandono.

Al entrar en vigor la reforma, el artículo 336 queda con el siguiente texto: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

El artículo 337 fué aprobado como sigue: "El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos."

La ley es dura en extremo, lo que en principio sería inobjetable, ya que el bien que protege es lo suficientemente relevante para una rigurosa tutela. Se observa un incremento en la penalidad, ya que anteriormente se aplicaba de uno a seis meses de prisión, siendo actualmente penado con la sanción de un mes a cinco años de prisión; asimismo sobresale en la reforma el que tratándose del abandono de hijos, que antes se perseguía a petición de los legítimos representantes de los mismos, ahora se persigue por oficio; y por último, se otorga la facultad al Juez, para que en caso de que se cubran los alimentos vencidos y se otorgue garantía para los subsiguientes, se declare extinguida la acción penal.

Determinaciones previas:

Hasta una época relativamente reciente, el delito en cuestión había permanecido al margen del ordenamiento jurídico punitivo. Anteriormente estos casos fueron siempre un deber moral y de caridad, pero nunca la infracción a los deberes y obligaciones familiares tenía la naturaleza de delito.

Se cita como antecedente legislativo la ley inglesa de 1824: "Act for the punishment of idle and disorderly persons and rogues and vagabonds, 5 George IV, c. 28."

Su aparición es más tardía en las legislaciones de casi todos los países, retraso que se encuentra determinado por considerar que su punición iría en menoscabo de la familia y que ésta debería ser regulada exclusivamente por el ordenamiento privado. En el presente siglo, figura en los códigos penales y artículos de Alemania, 170 b, d, 361; Bélgica, 360 b, 391 b; Brasil, 244; Canadá, 241; China, 310, 311; Dinamarca, 198, 213; España, 487; Holanda, 255; Italia, 570; Japón, 217, 219; Noruega, 219; Polonia, 201; Rumania, 454; Rusia, 158; Suiza, 217; Virginia, 1936; y en leyes especiales de Austria, 4 de febrero de 1926; Checoslovaquia, 16 de diciembre de 1930; Francia, 7 de febrero de 1924 modificada el 3 de abril de 1928; Luxemburgo, 28 de mayo de 1897; Nueva Zelanda, 21 de noviembre de 1910; Portugal, 24 de octubre de 1931; etc.

El delito reviste diversas modalidades en el derecho comparado. En su configuración pueden reconocerse principalmente cuatro sistemas de los que enunciaré algunos ejemplos,

a.—La ley francesa de 1924 castiga al que desatiende a su familia e incluso abandona el domicilio familiar, pero si paga la pensión fijada por el Juez, no comete delito. Prevé esta ley: "Será culpable de abandono de familia y castigado con prisión de tres meses a un año o con una multa de cien o dos mil francos, el que deje de cumplir una decisión pronunciada contra él en virtud del artículo séptimo de la ley del 13 de julio de 1907, o de una ordenanza, o de un juicio que le hubiera condenado al pago de una pensión alimenticia a su cónyuge y sus descendientes o a sus ascendien-

tes, y hubiese, voluntariamente, dejado pasar más de tres meses sin suministrar las subsistencias determinadas por el Juez, o sin pagar la cantidad de la pensión. En caso de reincidencia, se impondrá siempre la pena de prisión. Toda persona condenada por abandono de familia podrá ser privada de sus derechos civiles."

Lo siguen Bélgica, Portugal y Uruguay, previendo este último país en el artículo 217 del Código del Niño: "El padre condenado a pagar una pensión alimenticia y que pudiendo, no la cumpliera durante tres meses, será condenado a pagar una multa de cien a quinientos pesos, o a sufrir de tres meses a un año de prisión. En caso de reincidencia, la multa será adicional a la pena de prisión."

b.—Brasil, en el artículo 244 del Código Penal, dispone: "Dejar sin justa causa de proveer a la subsistencia del cónyuge, del hijo menor de dieciocho años o incapaz para el trabajo o de un ascendiente inválido o valetudinario, no proporcionándoles los recursos necesarios o faltando al pago de la pensión alimenticia fijada judicialmente; dejar sin causa justificada de asegurar al descendiente o ascendiente gravemente enfermo; pena: detención de tres meses a un año o multa de un conto a diez contos de reis."

A este sistema lo siguen con menores variantes los códigos de Dinamarca y Polonia.

c.—El artículo 570 del código penal italiano, al que le sigue con algunas variantes del código español, dispone: "Quien quiera que abandona el domicilio doméstico o tiene una conducta contraria al orden o a la moral de la familia, se sustrajera a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legítima, o la cualidad de cónyuge, será castigado con reclusión hasta un año o con multa de un mil a diez mil liras. Estas penas se aplicarán conjuntamente al que: (1) Malversare o dilapidare los bienes del hijo menor pupilo o del cónyuge. (2) Privare de medios de subsistencia a sus descendientes menores o incapacitados para el trabajo, a los ascendientes o al cónyuge del que no se halle legalmente separado por culpa de éste. Las disposiciones de este artículo no serán aplicadas cuando el hecho se hallare previsto como delito más grave por otra disposición legal."

d.—Por último, nos ocuparemos del código de México, cuyo articulado ya se ha escrito al inicio de este trabajo. El sistema del código mexicano lo han adoptado con ligeras variantes, entre otros estados: Holanda, Japón, Noruega y Suiza, los que siguen un criterio materialista para determinar el delito.

Como se puede apreciar al suministrar ejemplos de derecho comparado, no existe acuerdo unánime sobre los elementos de ese delito. Ciertas legis-

laciones castigan sólo cuando es doloso; otras, lo reprochan también en grado de culpa; unas subordinan el castigo a la producción de un daño determinado; otras estiman el resultado dañoso como causa de agravante si sobreviniera la muerte o lesión del abandono. En algunas codificaciones constituye un delito perseguible de oficio; en otras requiere instancia del ofendido. Los sujetos activo y pasivo aparecen muy limitados en unas y sobradamente extendidos en otras. Las penas corrientes son las de privación de libertad, la de multa en forma alternativa, estableciendo algunas leyes sanciones accesorias como la pérdida de los derechos civiles; la condena a la reparación del daño en otras.

La relación de parentesco ante el derecho penal:

La ley penal no conoce concepto alguno de familia; en los casos que le ha interesado hace referencia a concretas relaciones de parentesco, ignorando conceptos generales. En realidad, no queda otro camino al legislador penal porque la idea de familia escapa a toda definición científica, no hay acuerdo unánime sobre algunos conceptos básicos, ni siquiera sobre el concepto mismo de la familia.

Ciertamente el derecho civil protege a la familia como un vínculo unitario de relaciones jurídicas, siendo el objeto de la tutela penal el interés vital de garantizar la familia como núcleo elemental de la sociedad y del estado y como institución de orden público.

En el Derecho Romano, Ulpiano decía: "iure proprio familian decimus plures personas quae sunt unius potestate ant natura ant iure subiectae." (Digesto 50, 16, 185. "De verborum significationes...")

En nuestro Derecho, las Partidas entienden por familia: "al señor Della e su mujer e todos los que biven so e, sobre quien ha mandamento, así como los fijos e los sirvientes e los otros criados." (Partida VIII. Ley 6a. Título XXXIII.)

Se puede apreciar que tales conceptos estaban de acuerdo con el extenso ámbito familiar de aquella época, mismo que se ha reducido en el transcurso del tiempo. Esto trae como consecuencia la aparición de nuevos enfoques jurídicos insospechados con anterioridad; sirva de ejemplo la inseminación artificial en el seno familiar.

Se ha planteado en la doctrina el problema de si es válida para el Derecho Penal la noción de familia que proporciona el Derecho Privado. No creemos que sea utilizable un concepto de familia procedente del Derecho Privado, ya que como hemos visto, en Derecho Privado no se da una sola noción de la familia y el Derecho Penal enfoca a la familia individualmente, tutelando los intereses pertenecientes al grupo parental, el cual está formado por vínculos de sangre y vínculos legales, tomando en cuenta el honor y la moralidad.

El Derecho Civil ha seguido de muy atrás el deber de los padres y cónyuge para sus hijos a fin de procurarles alimentos, educación y am-

paro; regula los intercambios, generalmente económicos, entre los vinculados. Se preocupa de la herencia de la dote, de los derechos de los hijos. Así, se creó el matrimonio, la adopción, la paternidad legítima, etc., preocupándose el Derecho Privado en crear un sistema jurídico de vinculaciones para regular los intercambios.

Ahí donde las sanciones civiles fracasan, y existiendo un interés general por parte del Estado en preservar la familia, es cuando surge penalísticamente la protección de esas relaciones familiares.

Claus Roxin al respecto en su estudio sobre el sentido y límites de la pena estatal señala: "El Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho Civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal."

Las relaciones de parentesco, en nuestro Derecho positivo, reciben un diferente trato; así encontramos que en algunos casos la relación es una circunstancia agravante, en otros, atenuante; en ocasiones exime de responsabilidad penal mediante una excusa absolutaria, o vuelve para la prosecución de los delitos, que por regla general son de oficio, a instancia de parte; otras más justifica y vuelve jurídico el actuar en defensa de parientes, o bien el encubrimiento entre familiares como causa de inculpabilidad.

Encontramos que como atenuante en la mayoría de los casos ante la presencia del elemento familiar y valorando el aspecto de honorabilidad, el código disminuye la pena; sirva de ejemplo el caso del aborto honoris causa a que se refiere el artículo 332 del Código Penal; de la misma forma, en el delito de infanticidio se atenúa la pena de acuerdo con los artículos 325 al 328 del mismo Código, siendo más claro el conocido como Honoris Causa tipificado en el numeral 327. En estos casos, el honor familiar mueve naturalmente a un actuar antijurídico, siendo obligado que la ley penal lo tome en consideración cuando efectivamente quede probado que se obró en función de evitar la deshonra.

Como agravante encontramos las lesiones proferidas a los ascendientes según el artículo 300 del Código Penal; también encontramos agravado, en relación al homicidio simple, el parricidio previsto en el artículo 323.

Por lo que toca a las excusas absolutorias, éstas las encontramos en los delitos que aparecen en el título vigésimo segundo del Código Penal, indebidamente rubricado "De los Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio". Bien sabido es, según lo disponen los artículos 377, 385, 390 del Código Penal, que el robo, abuso de confianza, fraude, cometido entre ascendientes contra descendientes y viceversa, no traen como consecuencia una sanción penal.

En cuanto a los formulismos procesales, vemos que las relaciones fa-

miliares, influyen en su tramitación en los casos de robo y de fraude, se establece como principio general el que para su persecución sea de oficio, pero tratándose del cónyuge, del suegro, del yerno, de la nuera, del padrastro, del hijastro, del hermano, para su procedibilidad, es menester la formulación de querrela.

Como causa de justificación el párrafo in fine de la fracción III del artículo 15 del Código Penal contempla la presunción del actuar justificado al sorprender a un intruso en el hogar propio de su familia. No habrá delito al encubrir un pariente por disposición del artículo 15, fracción X.

Naturaleza del delito en estudio:

El abandono de hogar, así llamado indebidamente por nuestro Código Penal, se realiza mediante el abandono material, referido exclusivamente a los medios materiales de subsistencia, es decir, de asistencia económica a los hijos o al cónyuge.

Criticable es que nuestra legislación, exclusivamente sancione la omisión en su aspecto económico, ya que olvida la naturaleza de la familia, es ahí donde pueden brotar las obligaciones morales en forma más clara por ser el lugar apropiado para transmitir el tesoro precioso de las tradiciones, siendo la familia la que renueva constantemente la sociedad humana y el antídoto más eficaz contra el aislamiento.

Si es verdad que los padres tienen obligación de velar por el mantenimiento de sus hijos, es innegable el mandato naturalístico de educarlos, de acostumarlos al trabajo, de esforzarse con el ejemplo, de aconsejar a sus hijos en la elección de estado y profesión, ya que los padres son los educadores natos de sus hijos, debiendo hacer cuanto esté a su alcance para granjearse el amor y la confianza de ellos, importante al fin, es la formación de la conciencia.

Don Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra "De los delitos de peligro para la vida", indica que es un presupuesto del delito la obligación impuesta por la ley civil que obliga a los padres a dar alimentos a sus hijos y al cónyuge respecto de su cónyuge.

De lo anterior se infiere que sólo los padres o el cónyuge pueden ser sujetos activos del delito por ser los destinatarios del mandato de hacer derivado del Código Civil. Serán sujetos pasivos los hijos bajo la patria potestad, sean legítimos o naturales, y el cónyuge.

En cuanto a la conducta, consiste en omitir los deberes de subsistencia, por lo que se trata de un delito omisivo. En relación al resultado es un delito de peligro y formal, ya que en caso de que se produzcan los resultados de lesiones o muerte, de acuerdo al 339, se consideran como premeditados en forma presuntiva. Se dice que es de peligro al dejarse

al sujeto pasivo sin los medios o recursos para atender a sus necesidades de subsistencia.

La tentativa no puede presentarse en este delito por tratarse en primer lugar, de ser omisivo y, en segundo, por ser carente de resultado.

Por lo que toca a la culpabilidad, la ley sanciona el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar lo que implica conocimiento de la existencia del deber y representación de la conducta omisiva, es decir, se requiere la conciencia del incumplimiento del deber en cuestión.

La antijuricidad, el actuar en contra del Derecho, se excluye ante la presencia de una causa de justificación; vale recordar que el artículo 336 indica "Al que sin motivo justificado...". Cuello Calón plantea la posibilidad de actuación conforme a derecho por un conflicto de deberes, con los profesionales, o si el sujeto carece de recursos por hallarse en huelga.

El bien jurídico tutelado obviamente es uno de los más claros delitos contra la familia, según la ley española se protege el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Algunos autores como Ferrer Sama, Beristáin, Puig Peña, entre otros, consideran como objeto de tutela la protección y aseguramiento de los deberes de asistencia familiar impuestos por las leyes. Rodríguez Devesa, por su parte, considera a este delito contra la seguridad de las personas, siguiendo la sistemática del código español.

Por lo que respecta a la participación, es posible la inducción, no en cambio, la coautoría, por ser la patria potestad y el matrimonio, instituciones singularizadas, que obligan en forma individual.

Razones de la punición de este delito:

Actualmente existen orientaciones tanto en el sentido de que se debe castigar el abandono de familia como en contra.

Se considera que el abandono de familia debe quedar relegado al campo del Derecho Civil al cual siempre ha pertenecido, fundándose en que el Derecho Público debe evitar intromisiones en la intimidad familiar, dado que éstas originan más perjuicio que beneficio. También se considera que debe desaparecer esta figura de los códigos para evitar la desnaturalización del Derecho Penal. Para otras tendencias la pena no conduce a nada, debiendo sustituirse la actuación del Derecho Penal por la de la Sociología, sosteniendo que el tratamiento penal carece de eficacia, que no sólo no beneficia a la familia sino que la puede perjudicar. Por último, alguna tendencia pretende extraer del Derecho Penal la protección de los bienes éticos y morales y en consecuencia el delito a estudio.

En lo particular, considero que su incriminación es necesaria, ya que la pena actúa preventivamente, y en caso de que esto suceda, evitar la

reincidencia mediante una educación penitenciaria. Aunque consideramos que la pena en la forma prevista es injusta, puesto que no toma en cuenta la realidad social que conforma al género humano al que va destinada.

En efecto, sabido es que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con una pena, imponiendo una pena, y ejecutando la pena.

Al tenor de la reforma cuando supuestamente un individuo incurra en responsabilidad penal por el delito de abandono de familia; dada la penalidad en vigor, vemos que es posible y de todo derecho, que el procesado pueda obtener el beneficio de la libertad provisional; para obtener y hacer efectiva dicha garantía constitucional, se encuentra condicionado a que garantice ya sea mediante fianza, caución, o hipoteca.

Resulta contradictorio que por una parte se le comine con una pena de esta magnitud al ser omiso en el suministro de sus obligaciones económicas conyugales y pater-filiales y, por otra parte, que tenga que realizar gastos forzosos para obtener su libertad; dicho en otras palabras, del abandono de hecho pasaría al abandono judicial.

Sería más congruente con los principios que rigen en materia de política criminal, el que para estos delitos se implantaran sanciones más adecuadas, de carácter correctivo o reeducadoras, ya que la forma que se encuentra prevista resulta perjudicial para el grupo familiar que se trata de proteger.

Por los hijos, de oficio; por el cónyuge, de querrela:

Por lo que respecta a los requisitos de procebilidad, vemos que permanece la situación que prevalecía anteriormente tratándose del cónyuge ofendido, ya que conserva en forma idónea, el que para la persecución por parte del Ministerio Público, medie la iniciativa de la víctima.

Por lo que toca al abandono de los hijos, se vuelve de oficio, haciendo a un lado la importancia que debe tener el carácter íntimo de las relaciones familiares.

Se hizo caso de las observaciones del maestro don Mariano Jiménez Huerta y de don Francisco Pavón Vasconcelos, debido a que en el texto anterior el artículo 388 hablaba exclusivamente del perdón del cónyuge ofendido, siendo omiso en cuanto a la situación de los hijos, actualmente se ha subsanado este defecto al consagrarse el perdón judicial en el artículo 337.

Es inexplicable que al tratar de modernizar o actualizar los tipos penales, el legislador haya consentido con el texto del artículo 339, el cual como ya se indicó, menciona que si las lesiones o la muerte resultan del abandono se presumen como premeditadas. Encaso de que este suce-

der aconteciese, se estaría indudablemente, ante un delito preterintencional, institución ésta que como es sabido, no se encuentra regulada por nuestro ordenamiento punitivo y a todas luces resulta una falta de técnica legislativa el que se considere como premeditado; valdría más, si acaso, el planteamiento que la sección mexicana hizo ante el Código Penal Tipo de Latinoamérica, la cual propuso una penalidad específica en forma agravada para estos casos.

Para concluir este trabajo, cabe señalar que las prácticas procesales nos demuestran que este tipo de incidentes vuelve a los Tribunales de Justicia en instrumento al servicio de los vaivenes conyugales. Al análisis de las estadísticas encontramos escasas condenas por este delito, en desacuerdo totalmente con el importante número de denuncias que se presentan. Es indudable que ante la crisis familiar que ahora impera, el estado tiene la obligación de protegerla, sin olvidar que el legislador no está facultado para castigar sólo por su inmoralidad las conductas, sino que debe sancionar las trasgresiones más graves de aquellas normas que protegen fundamentalmente los derechos familiares.

Al parecer es más adecuada, como se ha planteado, la imposición de sanciones de carácter reeducador; no hay que olvidar que al efecto ante las mismas causas tienen competencia los Tribunales Familiares.

El incremento en la pena así como la persecución de oficio, no parecen aconsejables en ningún caso dado el carácter íntimo de las relaciones familiares; la limitación de los efectos del perdón de la parte ofendida debe ser realmente eficaz en la práctica, ya que como es sabido las garantías para subsiguientes prestaciones, es solamente un ideal.

No encuentro fundamento alguno por el cual el legislador no haya incorporado al tipo que analizamos aquellas obligaciones morales, legales, que no se refieran exclusivamente al aspecto material o económico, y que sin lugar a dudas, son de importancia y quedan también insertadas en el bien jurídico que se protege.