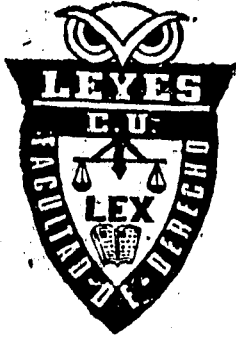


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Facultad de Derecho



"EL ARTICULO 332 DEL CODIGO PENAL"
(Estudio Jurídico Substancial).

T E S I S P R O F E S I O N A L

ADOLFO HERMILO SIERRA TREVIÑO

México, D. F.

1974



Universidad Nacional
Autónoma de México



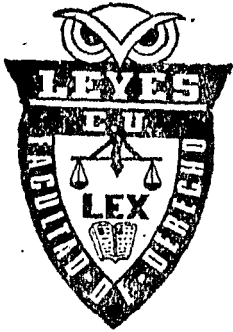
UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

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 AUTONOMA DE MEXICO
Facultad de Derecho



"EL ARTICULO 332 DEL CODIGO PENAL"
(Estudio Jurídico Substancial).

TESIS PROFESIONAL

ADOLFO HERMILO SIERRA TREVIÑO

México, D. F.

1974

A MI APRECIABLE MAESTRO:

LIC. FERNANDO CASTELLANOS TENA

MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE

JUSTICIA DE LA NACION.

Con mi especial estimación y gra
titud por su orientación en la -
realización de este trabajo y --
sus valiosas enseñanzas que me -
permitieran enfrentarme a la vida
llevando como escudo el Derecho-
y en la mente la Justicia.

A MIS PADRES:

ADOLFO H. SIERRA GARATE
CELIA TREVIÑO DE SIERRA

Que con su honradez, sacrificio y cariño
hicieron realidad la culminación de mi -
anhelo.

A MI ESPOSA:

SILVIA GARZA DE SIERRA

Mi eterno amor.

Que con cariño, abnegación y fé
alento mi esfuerzo para conti-
nuar adelante en la objetiva- -
ción de nuestra esperanza.

A MIS HIJAS:

SYLVIA VIVIANA, CYNTHIA MARIA Y
ERIKA SELENE.

Mis tesoros, con inmenso cariño.

A MIS HERMANOS:

Amalia
Biviano
Mario
Luis
Isabel
Jorge
Juan
Enrique
Celia

Con profunda estima y amor fraterno

A MIS PADRES POLITICOS:

SR. RUBEN GARZA RODRIGUEZ
SRA. MA. DE JESUS GARCIA (IN MEMORIAM)
SRA. AVELINA SANCHEZ DE GARZA
SR. ALBERTO GARZA DIAZ
SRA. ESPERANZA GARZA DE G. (IN MEMORIAM)

A MIS COMPADRES:

LIC. FRANCISCO SAU LARA Y BEATRIZ YAÑEZ DE SAU LARA
SR. SIMON TREVIÑO RESENDEZ Y SOCORRO GARZA DE TREVIÑO
ING. ALEJANDRO CASTAÑEDA Y ROSARIO S. DE CASTAÑEDA
SR. ADOLFO DELGADO Y CRISTINA RODRIGUEZ DE DELGADO.

AL C.P. SERGIO MARTINEZ CALDERONI
PRESIDENTE MUNICIPAL DE
H.MATAMOROS, TAMAULIPAS

Con eterna gratitud por su ayuda al término de este trabajo y el haberme permitido colaborar en su administración en el esfuerzo com--partido de Pueblo y Gobierno.

A MIS COMPAÑEROS:

DON HUMBERTO CALDERONI
LIC. J. GUILLERMO VILLARREAL
C.P. FRANCISCO TORRES PEÑA
C.P. JOSE TELLA
FERNANDO MORAN
PROF. RAUL SANCHEZ
CESAR GONZALEZ
ARQ. RAUL A. VILLARREAL
MIGUEL MARES
JOSE G. CAMPOS
GUME PEÑA DE G.
AURORA LOPEZ
CHELO RIVERA
LAURA IRRACHETA
TERESA ZARATE CRUZ
BELINDA GIL.

A MIS AMIGOS:

LIC. MOISES LOZANO PADILLA
LIC. LUIS G. SOLIS GONZALEZ
LIC. HERIBERTO BATRES GARCIA
LIC. ENRIQUE CANTU GARZA
LIC. GENOVEVA MERCADO MEDINA
LIC. GUILLERMO CHAVEZ HERNANDEZ
LIC. ENRIQUE TORRES DE LA PEÑA
LIC. JOSE LUIS BERMUDEZ CAMACHO
LIC. JUAN LOPEZ IZITA
D ' ANTONIO RIVERA DE LA FUENTE
LIC. (s) FRANCISCO Y ANIBAL MARTINEZ HINOJOZA
LIC. (s) MARIO Y OTHON ZAPATA PEREZ
LIC. UJISES RAMIREZ GIL
LIC. JORGE VALDEZ ZAYAS
DR. FELIPE TERAN LIC. MANUEL ELIZALDE
LIC. RENE GUTIERREZ ARGUELLES
SR. CARLOS ALMANZA SR. ELIAS PEREZ
SR. ANGEL ALVAREZ ROMERO
SR. ENRIQUE BOULOF SR. MIGUEL CHAVEZ
SR. RAFAEL ROMERO SR. LEOPOLDO MASCORRO
SR. DAVID LOPEZ DEL CID.
SR. FERNANDO MARQUEZ ORTIZ
SR. BENJAMIN LOPEZ AGUIRRE
SR. MANUEL MARTINEZ OROZCO
SR. RAUL CANSECO
SR. MARIO DIAZ RODRIGUEZ
SR. DAVID OLVERA
SR. PROFR. RICARDO NAVARRO

CON ESTIMACION Y AFECTO:

AL C. SEN. ENRIQUE CARDENAS GONZALEZ

AL C. GUILLERMO GUAJARDO GONZALEZ

AL C. BERNARDO PINALES SANCHEZ

**EL ARTICULO 332 DEL CODIGO PENAL
ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL**

CAPITULO I
EL DELITO

SUMARIO:

- 1.- *Concepto formal.*
- 2.- *Concepto substancial.*
- 3.- *Elementos positivos y negativos.*

1.- CONCEPTO FORMAL.- Este será aquel que revele los caracteres externos del ilícito penal, sin atender a los aspectos intrínsecos, sino solamente a la forma.

Se dice, desde este punto de vista, que una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; así, nuestro Ordenamiento Penal Positivo brinda un concepto del delito con ese carácter al establecer: -- "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Para la generalidad de los autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la Ley Positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando el delito se caracteriza por la sanción penal.¹

Según lo establecido en nuestros diversos ordenamientos punitivos, advertimos definiciones de carácter formal; en efecto, el ordenamiento represivo de 1871 en su artículo 10. establecía como concepto de delito: "La infracción voluntaria de una Ley Penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

Para el Código de 1929 era delito: "La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Como se aprecia, la definición formal del ilcito se establece, en todos los casos, con la característica de conminación con una pena a la realización de determinada conducta o no realización de ella, siendo obligatoria.

Castellanos Tena critica este tipo de noción-
diciendo que no puede hablarse de la pena como un medio eficaz de caracterización del delito.² Es cierto, no podemos admitir que lo característico del delito sea la sanción prevista por las leyes penales, pues como acontece en nuestro Ordenamiento Punitivo, en algunos casos se consignan las figuras jurídicas denominadas "excusas absolutorias", que operan cuando se ha consumado un delito y tienen como consecuencia la no aplicación de la sanción por diferentes motivos, equidad, justicia o simplemente política anticriminal, de lo cual resulta que la punibilidad no integra al delito sino que constituye

su consecuencia mas o menos ordinaria.

2.- *CONCEPTO SUBSTANCIAL.*- Este concepto consistirá en determinar los elementos intrínsecos, esenciales - de la noción del delito, omitiendo todo carácter externo y únicamente haciendo referencia a su contenido.

*Eugenio Cuello Calón estima, desde este punto de vista, que es el delito la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.*³

*Celestino Porte Petit coincide con la afirmación de Fernando Castellanos, en el sentido de que substancialmente el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable y únicamente señala que cuando el tipo requiera un resultado, entonces deberá hablarse de hecho y no de conducta.*⁴

Se ha tratado de determinar cuáles son los aspectos esenciales integradores del concepto que venimos analizando, y existen diferentes posturas entre los estudiosos del Derecho Penal; así, encontramos concepciones bitómicas,

tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc., según el número de caracteres que se estiman pertenecientes al concepto jurídico substancial del delito.

Carrancá y Trujillo al hablar de la noción substancial del delito, expresa: "Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: Es una acción, la que es antijurídica, culpable, típica y punible, o sea conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es un acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo del delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a la persona; y punible porque la norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción".⁵

Por su parte Luis Jiménez de Asúa define el delito de la siguiente manera: "Es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁶ Así, el citado tratadista español elabora una definición heptatómica al considerar como ele

mentos integrantes del delito: Acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de penalidad.

Como se aprecia, las opiniones son diversas y en algunas definiciones se incluyen algunos elementos -- que no son admitidos en otras.

Para nosotros es acertada la posición de aquellos autores que admiten como esenciales en el delito -- los siguientes elementos: Conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

No obstante, consideramos conveniente realizar el estudio integral de todos los que han sido considerados por la doctrina, independientemente de que no estemos a algunos como característicos de la esencia del concepto delito.

3.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.- Ya anteriormente señalamos que se han señalado varios aspectos -- integradores de la noción jurídico substancial del deli--

to. A sí, pues, llevaremos a cabo el análisis de todos y cada uno de ellos contraponiendo a los que se denominan positivos el correspondiente negativo, esto es, aquél capaz de borrar al positivo que, de ser esencial, impedirá la configuración del delito.

Se han señalado como aspectos positivos del delito a los siguientes:

Actividad.

Tipicidad.

Antijuricidad.

Imputabilidad.

Culpabilidad.

Condicionabilidad objetiva.

Punibilidad.

Los correlativos elementos negativos son los siguientes:

Falta de acción, o ausencia de conducta.

Atipicidad.

Causas de justificación.

Causas de inimputabilidad.

Causas de inculpabilidad.

Falta de condición objetiva.

Excusas absolutorias.

El primero de los elementos esenciales del delito es el objetivo denominado actividad, acto, hecho, conducta, etc.. Los autores han utilizado algunos de los anteriores términos para significarlos; esto es, no se han puesto de acuerdo en cuanto al término, ya que para unos es restringido y para otros es demasiado amplio.

Eugenio Cuello Calón estima que el término --- adecuado es acción y su negativo la omisión y afirma: --- "Acción es el movimiento corporal, voluntario, dirigido a producir un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que de ésta llegue a producirse".⁷

Fernando Castellanos afirma que el término --- adecuado es conducta, la cual define, como "el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito".⁸

A nuestro juicio es acertada esta definición, -

ya que dentro de ella pueden quedar incluidos perfecta-
tanto el hacer positivo cuanto la omisión. Asimismo, no-
desconocemos que en algunos casos pudiera también utili-
zarse para significar al elemento objetivo del delito, -
el término hecho, condicionado a que esté presente un re-
sultado material.

Lo que resulta evidente es que en el Derecho -
Penal únicamente se considera como conducta al comporta-
miento humano, ya que éste es el único que puede ser ---
guiado voluntariamente. No importa que se trate de una -
acción o sea de un movimiento corporal que modifique o -
pueda hacerlo con el mundo exterior, o bien de una omi-
sión, ya que ésta es la inactividad voluntaria, cuando -
existe en el ordenamiento penal un deber de ejecutar un-
hecho determinado.

Así, pues, tenemos como formas de conducta a -
la acción y a la omisión; ésta puede ser simple o propia
y compleja o impropia llamada también comisión por omi-
sión.

La acción, como hemos señalado, es un movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro esa modificación.

La omisión, inactividad voluntaria, simple, está constituida por la voluntad y la inactividad, que tiene relevancia cuando existe un precepto de la Ley Penal que impone al sujeto la obligación opuesta, esto es, la de obrar.

La comisión por omisión está integrada por una inactividad, una voluntad, la producción de un resultado material y una relación de causa a efecto entre la inactividad (omisión y el resultado.

Se ha dicho que el delito no se integra cuando falta uno de sus elementos, por ocurrir el aspecto negativo de alguno de ellos; por lo tanto, si la conducta no es está presente no existirá delito; por ende, si sabemos que para la existencia de la conducta se requiere, además del comportamiento, la voluntad que lo rige, esevidente que-

al faltar dicha voluntad no existirá este primer elemento del delito, el objetivo. A estas hipótesis se les denomina ausencia de conducta.

Una de estas causas está constituida por la fuerza física exterior irresistible, donde el agente constituye no la causa sino el medio para lesionar un bien jurídico.

También se ha señalado a la fuerza mayor o vis maior, que tiene su origen en la naturaleza; aquí el hombre, es el medio para atentar contra un bien jurídico.

Algunos autores reconocen como causas de ausencia de conducta a los movimientos reflejos y a los denominados instintivos donde existe comportamiento pero no voluntad; nosotros compartimos esta idea.

No aceptamos, en cambio, la posición de aquellos que estiman como causas de ausencia de conducta al sueño, al hipnotismo y al sonambulismo, pues consideramos que siendo subconscientes aunque existe voluntad y se in-

tegra la conducta, dicha voluntad funciona anormalmente, lo que hace que concurra una causa de inimputabilidad -- que anula la capacidad de culpabilidad en el sujeto y -- provoca también pero por otra causa la inexistencia del delito.

La tipicidad es un elemento en el delito y no debe confundirse con el tipo, aunque son conceptos íntimamente vinculados. En efecto, el tipo es la conducta -- descrita por la ley, que es considerada como delictuosa.

Castellanos expresa "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".⁹

Esta descripción legislativa está constituida por elementos que se desprenden de la propia proposición normativa; así, en nuestro Derecho tenemos: Los sujetos, activo y pasivo; el objeto material; el objeto jurídico; la conducta como núcleo del tipo; en algunos casos calidad de los sujetos; referencias temporales o espaciales, medios comisivos específicos y también ocasionalmente se incluyen elementos subjetivos y antijurídicos del delito

como elementos típicos.

La tipicidad es esencial para la existencia -- del delito según la parte relativa del artículo 14 de la Constitución Federal, al exigir, para que sea dable imponer alguna pena, que el hecho real encuadre exactamente en el descrito como delito en la ley.

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad; estará presente cuando no haya adecuación de la conducta a la descripción legal.

Es pertinente señalar que no es lo mismo ausencia de tipicidad y ausencia de tipo, ya que la primera -- existe cuando, como hemos señalado, existiendo tipo, el comportamiento humano no se encuadra en él; la segunda, -- cuando en los Códigos Penales intencionalmente o en forma inadvertida no se incluye alguna conducta que según -- el parecer del grupo social debería ser estimado como delictuosa.

Hay que precisar también que habrá tantas cau-

sas de atipicidad como elementos del tipo se presenten, es to es, por ausencia de calidades o de la calidad requerida para los sujetos en la descripción; por falta de objeto -- jurídico o material; si la conducta no se desarrolla precisamente por los medios expresamente determinados por la -- ley; por ausencia de referencias temporales o espaciales; -- si no están presentes los elementos subjetivos si son ex--presamente requeridos, obtien, si no se da la especial antijuricidad si ésta es señalada en el tipo.

Ahora bien, para que la conducta típica sea de--lictuosa, precisa ser además antijurídica.

En efecto, se considera necesario, para estimar--una conducta como delictiva, que lesione un bien jurídico--y ofenda los ideales valorativos de la sociedad.

Se ha definido a este elemento del delito como -- "todo lo contrario a Derecho", mas esta definición como dice Jiménez de Asúa, es tantológica; lo cierto es que un -- comportamiento deviene antijurídico cuando siendo típico -- no está protegido por una causa de justificación.

La antijuricidad puede revestir dos aspectos: -
Formal y material; es formal cuando se viola la norma es
tablecida por el Estado; material, cuando el comporta-
miento humano es contrario a los valores establecidos en
un núcleo social, captados, evidentemente, por las nor-
mas jurídicas.

Las causas de justificación integran el aspec-
to negativo de la antijuricidad; ciertamente, en su pre-
sencia, una conducta típica no obstante su aparente con-
tradicción con el orden jurídico, no es en realidad anti-
jurídica. Se han definido como aquellas causas capaces -
de excluir la antijuricidad de una conducta típica, o me
jor dicho, los factores que impiden al comportamiento --
que se maticé de antijuricidad.

Concretamente en nuestro Derecho Positivo se -
señalan como causas de justificación: La legítima defen-
sa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber,
la obediencia jerárquica, el impedimento legítimo y el -
ejercicio de un derecho.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales, establece las hipótesis para que pueda operar la legítima defensa; estas son: que se verifique una agresión actual, violenta, sin derecho, que tenga como consecuencia un peligro inminente; además, dicha agresión debe recaer, en todos los casos, sobre bienes propios o de un tercero; la reacción contra el ataque injusto que debe tener ante todo el ánimo de evitación; tal reacción debe ser necesaria.

Otra causa de justificación de gran importancia es el estado de necesidad, que también se encuentra consignado en nuestro Ordenamiento penal vigente. (Artículo 15 - fracción IV). Se le ha definido como la situación de peligro actual para intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos.¹⁰

Los elementos que integran esta causa de justificación son:

- a).- Amenaza de un mal, real, grave e inminente;
- b).- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien

jurídicamente tutelado;

c).- Un ataque por parte de quien se encuentra en estado de necesidad; y,

d).- Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

El artículo 15 en su fracción VII establece: -- "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, - aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la - conocía". Esta es precisamente la causa de justificación denominada doctrinariamente obediencia jerárquica.

Hay diversidad de criterios respecto a la naturaleza jurídica de esta excluyente pero no se puede abundar en ellos dados los fines y limitaciones de este ensayo.

*El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber son otras causas de justificación también comprendidas por nuestro Código penal vigente (Art. 15 frac. V).
Nacen por la concurrencia de un deber especial o bien de-*

un derecho, en función del cual se ejecuta el acto que, por su misma naturaleza de derecho o deber, una vez cumplido elimina el carácter ilícito de la conducta. Ahora bien, para que pueda acreditarse plenamente la existencia de estas causas de justificación debe existir una valoración respecto de los intereses en concurso en atención a su propia naturaleza jurídica.

Otra causa de justificación es el impedimento legítimo que radica en abstenerse de actuar, aun cuando con ello se colme el tipo penal, por impedirlo otra disposición superior (Art. 15 *prae.* VIII).

La inimputabilidad, capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal,¹¹ constituye un presupuesto de otro elemento esencial del delito, la culpabilidad; sin embargo, algunos autores dan a ese elemento el rango de esencial; a nuestro juicio están en lo cierto quienes la consideran solamente como presupuesto del otro elemento referido.

Un concepto, a menudo conjundido no sólo por legos sino por especialistas, es el de responsabilidad,

íntimamente ligado a la imputabilidad. La responsabilidad es el deber jurídico, se ha dicho, en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.¹² En la responsabilidad, se presenta una relación entre el Estado y el sujeto.

Las causas de inimputabilidad constituyen el aspecto negativo del presupuesto de la culpabilidad; son -- aquellas causas capaces de anular el delito por faltar en el sujeto desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el individuo carece de la actitud psicológica necesaria para la delictuosidad.

Se han reconocido por la doctrina y aún por la ley, como causas de inimputabilidad, los trastornos mentales transitorios y el miedo grave (fracciones II y IV del artículo 15 del Código Penal); también son inimputables -- quienes padecen algún trastorno mental permanente y los sordomudos, pues si cometen algún hecho penalmente tipificado, existe para ellos reclusión en escuela o establecimiento especial por el tiempo necesario para su instrucción y educación; los imbéciles, idiotas, locos o quienes

estén afectados de cualquier otra debilidad o anomalía mentales, serán reclusos en manicomios por el espacio necesario para su curación; los menores son colocados -- por nuestra ley como sujetos incapaces de determinarse -- plenamente; por lo tanto, en caso de realización de una conducta delictuosa quedan sujetos a medidas tutelares.

Uno de los elementos más importantes del delito es, sin duda, la culpabilidad.

Para que una conducta típica y antijurídica -- sea considerada como culpable es preciso comprobar la -- existencia del nexo psíquico que debe enlazar al autor -- con el acto.¹³ Es mucho lo que se ha polemizado respecto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad; dos co-----rrientes han sobresalido en lo que respecta a su fundamentación: La normativa y la psicológica.

La primera de ellas (normativista o normativa) estima que el fundamento de la culpabilidad es un juicio de reproche, dirigido a la forma como ha actuado una persona; este juicio nace de una conducta dolosa o culposa-

que el autor pudo haber evitado, y de un elemento normativo que le exigía una conducta conforme a Derecho, diferente a la efectuada.

La teoría psicológica encuentra el fundamento de la culpabilidad, en el nexo psíquico entre el sujeto y el acto, dejando la valoración jurídica a la antijuricidad. El nexo debe tener una naturaleza psicológica y está constituido por dos elementos uno volitivo y otro intelectual.

Ahora bien, existen dos formas de culpabilidad: Dolo y culpa; para algunos también puede existir la preterintencionalidad.

El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.¹⁴

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.¹⁵

Hay dos formas de culpa: Con representación y sin representación. Cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no solamente lo desea, sino -- que espera no se produzca, existe la culpa con representación o consciente. En efecto, hay voluntariedad en la conducta causal y representación de la posibilidad de un resultado no querido, teniendo la esperanza de su no producción; en cambio, cuando no se prevé un resultado siendo -- previsible, se está en presencia de la culpa sin representación o inconsciente, donde el sujeto no ha tenido la -- intención de producir el acontecimiento ni tampoco lo ha -- previsto.

Hemos dicho que algunos autores consideran a la preterintención como una tercera forma de culpabilidad; -- existe cuando el resultado sobrepasa a la intención. Su -- contenido, para algunos autores, estriba en una combina-- ción de dolo en la conducta inicial y de culpa en el re-- sultado.

El aspecto negativo de la culpabilidad se pre-- senta cuando no existen los elementos esenciales de la --

misma, voluntad y conocimiento.

Se reconocen como causas de inculpabilidad:

Para la corriente psicologista: El error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Para la posición normativista: El error esencial de hecho, y la no exigibilidad de otra conducta.

El error, vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tiene trascendencia para el Derecho Penal -- siempre y cuando sea de hecho, esencial e invencible. O sea, que el error de Derecho y el accidental no tienen relevancia como causas de inculpabilidad aunque sí producen consecuencias de carácter jurídico.

La coacción sobre la voluntad opera como causa de inculpabilidad al eliminar uno de los elementos esenciales de la culpabilidad: el volitivo.

La no exigibilidad de otra conducta impide la integración de la culpabilidad cuando a un sujeto, tomando en cuenta las circunstancias, no es dable exigirle -- otra conducta diversa a la realizada.

Las condiciones objetivas de punibilidad, consideradas por algunos especialistas como integrantes de la noción substancial del delito, son aquellas circunstancias necesarias para condicionar la punibilidad de un delito; son referidas, en la generalidad de los casos, a requisitos de procedibilidad, para la aplicación de -- las penas o bien para la persecución de determinados delitos. Su ausencia no constituye aspecto negativo del delito sino suspensión de punibilidad.

La punibilidad, aspecto del delito de tanta -- controversia, consiste en el merecimiento de penas en -- virtud de la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Se le ha definido como "La amenaza de una pena que el Estado asocia a la violación de los deberes -- consignados en las normas jurídicas, dictadas para garan

tizar la permanencia del orden social".¹⁶

Las excusas absolutorias representan el aspecto negativo de la punibilidad. En virtud de ellas, no obstante que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, - la pena no llegará a aplicarse.

Se consignan algunas especies de éstas en razón:

a).- De la maternidad consciente. Artículo 333- del Código Penal vigente.

b).- En razón de la conservación del núcleo familiar. Consignadas en los artículos 377, 385 y 390 del Código Penal, al hacer alusión al robo, fraude y abuso de confianza entre ascendientes y descendientes, respectivamente.

c).- En razón de mínima temibilidad. Ejemplo, - el artículo 375 del propio Código Penal.

Iter criminis. El proceso del delito, desde la ideación hasta la consumación, recibe el nombre de iter - criminis.

Para estudiarlo se precisan dos etapas:

a).- La interna, que comprende desde la ideación hasta antes de exteriorizarse. A su vez, se divide en tres fases:

1.- Idea criminosa o ideación.- Surge en el sujeto la idea de delinquir; dicha idea puede aceptarse o no, de ser aceptada permanece fija y se genera la segunda etapa.

2.- La deliberación.- El sujeto medita sobre la idea criminosa; analiza los pro y los contras, se libra una lucha entre la idea criminosa reforzada por los fines y las fuerzas morales, religiosas y sociales.

3.- La resolución.- El sujeto decide delinquir pero aún no ha exteriorizado su idea.

b).- La externa.- Se inicia con la manifestación de la idea y termina con la realización de la conducta. También está integrada por tres etapas:

I.- Manifestación.- La idea criminosa se exterioriza mediante una conducta o bien por palabras que la significan. No son inculpativas, generalmente, pero excepcionalmente sí como en el caso de las amenazas.

II.- Preparación.- También pueden tener los actos preparatorios naturaleza inocente; por regla general no implican responsabilidad penal pero ocasionalmente como en la conspiración, sí la generan.

III.- Ejecución.- Lógicamente produce responsabilidad penal.

Consumación.- Se le ha definido como la plena conformidad del hecho realizado por un hombre con la hipótesis abstracta delineada por el legislador. Existe consumación del delito cuando al realizar una conducta con las características descritas por el tipo, se acuña a éste.

Tentativa.- Integralmente no constituye un delito pues no se llega a la consumación; puede hablarse de un delito imperfecto; no obstante, su autor es responsable de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 del Código Penal. Puede ser de dos clases: acabada o inacabada.

La primera existe cuando se realizan todos los

actos o el acto integrante de una conducta idónea para producir el resultado querido, éste no se produce por causas ajenas al sujeto.

La inacabada se presenta cuando no se realizan todos los actos necesarios para producir una conducta plurisubsistente idónea para producir el resultado querido y todo esto no tiene lugar por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

En la tentativa, acabada o inacabada, no se llega a producir nunca el daño o resultado querido, habida cuenta de que si llegara a producirse existiría consumación.

- 1.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, P. 119.
- 2.- Cfr. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*, P. 153, Méx. 1969.
- 3.- Cfr. *Derecho Penal, Tomo I, 8a. Ed. Ed. Nal. Barcelona 1947*, P. 254.
- 4.- Cfr. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. P. 295.
- 5.- Cfr. *Derecho Penal Mexicano*. P. 127. Ed. DAPP, 1937.
- 6.- Cfr. *La Ley y el Delito*. P. 256. Ed. A. Bello Caracas.
- 7.- Cfr. *Manual de Derecho Penal Español*. Ed. Barcelona. --- P. 47.
- 8.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 143 5a. Ed. Porrúa.
- 9.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. --- 159.
- 10.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ed. porrúa. México 1969, P. 159.
- 11.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 168.
- 12.- Cfr. *Manual de Derecho Penal Español*. Ed. Barcelona --- P. 119.
- 13.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 231.
- 14.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 239.
- 15.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 245.
- 16.- Cfr. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. P. 267.

CAPITULO II
EL DELITO DE ABORTO.

SUMARIO:

1.- Referencia histórica.

2.- Concepto.

a).- Médico legal.

b).- Obstétrico.

c).- Jurídico delictivo.

1.- REFERENCIA HISTORICA.- De vital importancia resulta hacer el estudio histórico del delito de aborto, - precisar su concepto y las transformaciones jurídicas que ha sufrido, habida cuenta de que éstas son innumerables - en el decurso histórico, pues se han suscitado serias --- discusiones en cuanto a su penalidad, o bien en cuanto a su abolición de los ordenamientos punitivos y aún en torno a la definición. El Maestro González de la Vega nos ilustra sobre la evolución histórica de este delito al referir: "En las leyes de la antigua India, Código de Manú, -- cuando la mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja se daba muerte al hijo, sea provocando el aborto o por el suicidio de la madre; este aborto obligatorio tenía el propósito de mantener la pureza de la sangre en las castas elevadas, castigando severamente la infidelidad de la mujer cometida contra su casta; la creencia justificadora de este aborto era eugenésica. Salvo --- ciertas prohibiciones, en Grecia no se miraba al aborto como deshonesto; los filósofos hablaban de su práctica como hecho natural. En roma, según Mommsen, durante los prime--ros tiempos fue considerado como grave inmoralidad el ---- aborto provocado en un feto; sin embargo, en la época repu

blicana, ni en la primera del imperio fue calificada de delito dicha acción; según las leyes regias, era permitido al marido practicar el aborto de su mujer como derivación del concepto patrimonial de los hijos. Con el cristianismo, comenzó a verse el aborto un verdadero delito, salvo que el derecho canónico, imbuído en las teorías -- anímicas, distinguió la muerte del feto vivificado, con alma, la del feto que no recibía ésta; para establecer -- la distinción, se decía que el embrión se animaba de 6 a 10 semanas después de la concepción, según el sexo; cuando el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte, porque la acción condenaba al limbo un ánima no redimida por las aguas del bautismo; en caso contrario las penas eran inferiores, pecuniarias generalmente, salvo en las partidas en que se -- desterraba al abortador a una isla por cinco años".¹

En Egipto el aborto era permitido, pero se castigaba fuertemente el infanticidio. Los Hebreos castigaban solamente el aborto cuando se empleaba la violencia.

En el antiguo Derecho Español, imbuído de las-

ideas aportadas por el cristianismo, abundan las disposiciones encaminadas a castigar el aborto. En el Fuero Juzgo encontramos leyes estableciendo penas de diversa naturaleza según fuese la condición de la mujer; libre, o esclava; además, a las medidas adoptadas para provocar: Violencia o medicamentos. Dicho Ordenamiento castigaba a los autores con azotes, multas, confiscación, penas pecuniarias, pérdida de la libertad, ceguera o muerte.²

Ciertamente el cristianismo ha influido en las diversas legislaciones; sus concepciones morales han sido consideradas en la punibilidad de este delito. La iglesia condena el aborto como uno de los mayores crímenes, por estimarlo un atentado a la Ley Divina "No matarás" y, en segundo término, por la indefensión de la presunta víctima.³

En Francia la pena aplicable a las mujeres por ocultar su embarazo era la de muerte, imponiendo la misma al tercero que provocara el aborto.

En Holanda se ha borrado de la Legislación Penal el capítulo del aborto provocado; su práctica es li--

bre y se hace abortar por medios científicos.

En Rusia, el caso de aborto se somete a la consideración de un tribunal que discute la solicitud; si están fundadas las razones expuestas se interna a la mujer en un nosocomio oficial donde se le hace abortar con medios científicos; esto, se ha dicho, ha logrado disminuir notablemente el número de las defunciones de mujeres a consecuencia de abortos provocados por gentes que carecen de competencia para realizarlos.

Como se aprecia, son muchas las formas en que ha sido contemplado el aborto lo cual obedece, pensamos, a los intereses preponderantes en cada lugar, en el momento histórico de su reglamentación; en efecto, en la edad-media tenía especial interés el aspecto religioso y se le dió el carácter de pecado o delito; en Roma tenía preponderancia la conservación del núcleo familiar y su patrimonio; en Grecia se le contemplaba como un hecho natural dada su idiosincrasia; en la India, se le tomaba en cuenta-respecto del menoscabo que sufría la casta; en Holanda, - hemos visto, se le toma actualmente como un hecho completamente natural. En general, no obstante los diferentes -

puntos de vista de fundamentación, casi todos los ordenamientos han castigado este delito considerando el medio adecuado de intimidación para procurar la conservación de la especie.

2.- CONCEPTO.- La definición del delito de aborto no escapa a la problemática que engendran la mayoría de los conceptos de Derecho, respecto a la delimitación precisa de su contenido. Son diferentes las concepciones en torno no sólo al delito, sino al aborto mismo.

Nuestro Código penal vigente establece la siguiente definición en su artículo 329:

"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Esta definición coincide con la expresada por Eugenio Cuello Calón, quien lo considera como "la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la preñez".

Pardo Aspe lo define como "la interrupción ar-

tificial del embarazo en cualquier momento de la preñezⁿ.

Cabanella establece la siguiente clasificación del aborto:

Aborto en general.- Cuando el producto de la concepción es expelido del útero, antes de la época de terminada por la naturaleza.

Aborto médico.- La expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la muerte del feto provocada dentro de la madre.

Aborto espontáneo.- Es la expulsión del feto no viable por causas fisiológicas.

Aborto terapéutico.- La expulsión del feto o embrión provocada, o la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción, obligada por causas predisponentes o determinadas, y

Aborto como delito.- El delito de aborto consiste en la interrupción maliciosa del producto de la concepción.⁴

Según afirma Francisco González de la Vega, la palabra aborto tiene tres diferentes connotaciones que -- enseguida analizaremos:

a).- CONCEPTO OBSTETRICO.- Desde el punto de vista puramente médico, "por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el final del sexto mes de embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro, por la viabilidad del producto".⁵

Ginecológicamente se denomina aborto, tanto al espontáneo como al provocado: Terapéutico o criminal.

Como se ve, el concepto ginecológico resulta de masiado amplio y no tiene aplicación jurídica; en el aspecto médico no importa la causa del aborto sino su resultado.

b).- CONCEPTO MEDICO LEGAL.- Tomando como punto de partida las ciencias biológicas y médicas como auxiliares del Derecho, encontramos el concepto del delito de

aborto, considerado como "la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción."⁶

Esta expulsión también limita su contenido únicamente a aquellos abortos que pueden ser considerados como delitos por lo que, pensamos, adolece del vicio contrario a la amplitud del concepto obstétrico, esto es, no debe adoptarse desde el punto de vista jurídico penal por lo limitado de su contenido.

c).- CONCEPTO JURIDICO DELICTIVO.- La noción del delito reglamenta la infracción por la consecuencia final o sea la muerte del producto de la concepción; la maniobra abortiva es nada más un medio comisivo del delito.

La postura de nuestros diferentes Códigos Penales respecto a la definición del delito de aborto ha sufrido variantes y ha tomado en cuenta para su elaboración, la maniobra abortiva como ocurrió con los ordenamientos de 1871 y de 1929, o bien únicamente el resultado, como nuestro Código Penal vigente en el Distrito y Te

territorios Federales.

En efecto, el Código Penal de 1871, tomado como base para su definición la maniobra abortiva, en el artículo 569 establecía "Llábase aborto en Derecho Penal a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; siempre que esto se haga sin necesidad.- Cuando ha comenzado el octavo mes de embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial; pero se castiga con las mismas penas del aborto".

Como señala Francisco González de la Vega, este ordenamiento era el único en el mundo que proporcionaba una definición del delito de aborto.

Por su parte, el Código de 1929 en el artículo 1000, contenía exactamente la misma definición que la referida con anterioridad; únicamente agregaba el elemento-subjetivo intención de interrumpir la vida del producto.

Nuestro Código Penal vigente en el Distrito y -

Territorios Federales de 1931, no toma en cuenta la maniobra abortiva sino que da una definición objetiva, tomando en cuenta exclusivamente el resultado. En efecto, no hace caso a la forma en que se realiza el aborto y tampoco a la intencionalidad del agente.

Como se aprecia, el concepto que brinda nuestro Ordenamiento Penal es demasiado amplio, pues el delito se puede cometer en cualquier momento de la gestación, lo -- cual nos lleva a estimar que se establece erróneamente -- una connotación de lo que es el aborto; a nuestro juicio no se constituye por el resultado sino por la maniobra -- abortiva, siendo que en nuestro Código se define al delito de feticidio. Sin embargo, compartimos la opinión de -- González de la Vega respecto de que independientemente de lo defectuoso y erróneo de la noción expresada por nues-- tro Código, es preferible, por clara, racional y sincera, en atención al fin perseguido por el legislador; "El objetivo doloso de la maniobra abortiva, no es otro que atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad; los bienes jurídicos protegidos a través de la sanción, -- son: La vida del ser en formación, el derecho a la mater-

nidad en la madre, el derecho del padre a la descendencia - y el interés demográfico de la colectividad. La acción antijurídica puede reconocer como posibles sujetos pasivos, - aparte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no ha - prestado su consentimiento, al padre y a la sociedad, el - atentado consiste en la supresión de la maternidad en gesta- ción, es decir, en la muerte del producto de la concepción. Para la integración del delito no interesa cuál haya sido - el vehículo de esta muerte, ni interesan las maniobras de- expulsión o de destrucción del feto (huevo, embrión o feto- propiamente dicho); la consecuencia de muerte es el fenómeno importante".⁷

- 1.- Cfr. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, Méx. 9a. Ed. P. 119.
- 2.- Cfr. El Aborto; Su Problema Social, Médico y Jurídico. Ed. Atalaya. B. Aires. P. 20.
- 3.- Cfr. Manual de Obstetricia. 1a. Ed. Méx. 1945. P. 115.
- 4.- Cfr. El Aborto, su problema Social, Médico y Jurídico. Ed. Atalaya. B. Aires. P. 18.
- 5.- Cfr. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 9a. Ed. P. 124.
- 6.- Cfr. Lecciones de Derecho Penal Mexicano. P. 207. Ed. Porrúa.
- 7.- Cfr. Derecho Penal Mexicano. P. 127. Ed. Porrúa, 9a. Ed.

CAPITULO III
CLASES DE ABORTO.

SUMARIO:

- 1.- *Clasificación legal.*
- 2.- *Aborto sufrido.*
- 3.- *Aborto consentido.*
- 4.- *Aborto terapéutico.*

1.- CLASIFICACION LEGAL.- Las disposiciones relativas al aborto consignadas por nuestro Código Penal son las siguientes:

Artículo 329.- "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Artículo 330.- "Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión".

Artículo 331.- "Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión".

Artículo 332.- "Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

I.- Que no tenga más hijos.

II.- Que haya logrado ocultar el embarazo; y,

III.- que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión".

Artículo 333.- "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando sea resultado de una violación".

Artículo 334.- "No se aplicará sanción: Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora".

De las disposiciones transcritas encontramos en principio dos clases generales de abortos: Punibles y no punibles.

Dentro de los primeros se advierten las clases contenidas en los artículos 330 y 332 que son las siguientes:

1.- Aborto consentido, sin concurrencia de una -

causa o móvil de honor;

2.- Aborto consentido por móvil de honor.

3.- Aborto sufrido (realizado por terceros) sin el consentimiento de la mujer y con violencia.

4.- Aborto sufrido (realizado por terceros) sin consentimiento de la mujer y sin violencia.

5.- Aborto procurado por la propia mujer con móvil de honor.

6.- Aborto procurado por la propia mujer sin móvil de honor.

De las especies anteriores se desprende otra clasificación o denominación a los diferentes tipos de aborto como sigue:

a).- Sufrido;

b).- Consentido; y,

c).- Procurado.

El aborto consentido es aquel donde la mujer es partícipe, esto es, la madre es quien consiente en que --- otro practique sobre ella maniobras tendientes a privar de la vida al producto de la concepción. La mujer participa -

activamente en la comisión del delito pues coopera no únicamente prestando su consentimiento, sino con sus propios movimientos corporales o en última instancia colocándose en posición gineco-obstétrica.

Evidentemente en este tipo de aborto son dos los sujetos activos: El tercero que realiza la maniobra abortiva y la madre que otorga su consentimiento para que ésta la realice.

En el aborto sufrido, la mujer es la víctima --- pues la conducta del sujeto activo al mismo tiempo que daña la vida del producto lesiona también otros bienes jurídicos pertenecientes a la madre.

Existen dos formas de aborto sufrido, sin consentimiento de la madre y con violencia y cuando se realiza sin que exista esta última, pero siempre sin el consentimiento de la mujer. La penalidad que se señala en nuestro Ordenamiento Penal varía en atención, precisamente, a esta circunstancia siendo mayor, evidentemente, cuando media la violencia física o moral para realizar la maniobra abortiva.

No haremos referencia ahora al denominado aborto procurado, pues será objeto de un capítulo aparte ya que constituye precisamente el tema fundamental de este trabajo.

Dentro de los abortos no punibles encontramos tres formas consideradas por el Código Penal; son aquellas a que hacen referencia los artículos 333 y 334 del Código Penal.

En el artículo 333 se señalan figuras del aborto culposo y del aborto por causas sentimentales esto es cuando, en el primero, la muerte del producto se debe a una conducta imprudencial de la madre; en el segundo, cuando el embarazo ha sido resultado de una violación; no obstante constituirse plenamente el delito, no llega a sancionarse a la mujer que o bien provoque su aborto o consienta en que un tercero la haga abortar; son, por ende, excusas absolutorias.

En el artículo 334 se consigna la figura del aborto terapéutico como no punible; constituye una causa -

de justificación en razón del interés preponderante. En efecto, ante el conflicto surgido entre dos bienes, el legislador mexicano determina que se opte por salvar la vida de quien es más importante para la sociedad o sea la madre, cuya participación es vital dentro del seno familiar y es de quien necesitan otras personas como sus familiares, así como sus anteriores hijos.

En el capítulo siguiente trataremos de realizar el estudio jurídico substancial del delito de aborto consignado en el artículo 332 del Código Penal, denominado por la doctrina aborto procurado, propio o autoaborto.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL ARTICULO 332 DEL CODIGO PENAL.

SUMARIO:

- 1.- Aspectos Positivos y Negativos
en este delito.**

1.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS EN EL DELITO DE ABORTO PROCURADO, PROPIO O AUTOABORTO.- En este apartado trataremos de realizar el análisis jurídico substancial del delito previsto en el artículo 332 del Código Penal vigente. Antes, es pertinente señalar el concepto de esta clase de abortos.

El aborto procurado, autoaborto, o propio, es el llevado a cabo por la mujer en estado de gravidez, en ella misma, teniendo como resultado la muerte del producto de la concepción.

Maggiore dice: "Consiste este delito en el hecho de la mujer que se cause el aborto a si misma".¹

"El aborto que la mujer se practica a si misma, sin intervención de otra persona es el aborto propio".²

Por su parte, Silvio Ranieri afirma "Aborto procurado de la mujer, es la interrupción intencional violenta e ilegítima, de parte de una mujer que sabe se encuentra encinta, del proceso fisiológico de su gravidez, con-

la dispersión o muerte del producto de la concepción".³

Como se aprecia, en este tipo de aborto es la propia mujer quien se lo causa a si misma, sin que necesite mayores comentarios habida cuenta de que resulta de demasiado objetivo, esto es, claro que no interviene un tercero como autor directo o bien como partícipe sino que es la propia mujer quien procura la muerte del feto que se encuentra en su propio seno.

El elemento objetivo en este delito está constituido por un hecho. Recuérdese que ya hemos señalado lo variado de la terminología para designar al primer elemento esencial del delito; algunos tratadistas, lo hemos apuntado anteriormente, lo denominan hecho, acto, actividad, o bien acción. Celestino Forte Petit, considera necesario el empleo de los términos, según la hipótesis típica que se presente; algunas veces, señala, el vocablo adecuado es conducta, mientras otras hecho, según la hipótesis normativa que se analice. En efecto, en algunos casos es adecuado el término conducta pues dentro de él pueden quedar incluidas tanto el hacer como el no hacer, aunque

es pertinente en algunos casos emplear el concepto hecho, condicionado a que exista la producción de un resultado - de carácter material, además del jurídico.

En el precepto que venimos analizando, artículo 332 del Código Penal vigente, existe la causación de un resultado material, ya que no únicamente se sanciona el - comportamiento sino la producción de un resultado que altera el mundo exterior. Ciertamente, el hecho en el ilcito de referencia consiste en la cesación de las funciones vitales del producto de la concepción; por lo tanto, el - elemento objetivo del delito comprende una conducta y un resultado con la necesaria liga de causas efecto entre ambos.

La conducta o hecho humanos pueden revestir dos formas primordialmente; la acción y la omisión; esta última a su vez se divide en simple o en comisión por omi-~~---~~ sión; existe simple omisión cuando el tipo legal se refere solamente a la inactividad del agente, en tanto en la comisión por omisión se sanciona la producción de un re-~~---~~sultado a causa de la inactividad del sujeto. En este ti-

po de delitos de comisión por omisión, siempre existe un resultado material; por lo tanto, el elemento objetivo - es un hecho, en tanto que en la omisión pura o simple el elemento objetivo será conducta habida cuenta de la no - existencia de un resultado de carácter material sino únicamente jurídico pues se infringe solamente una ley dis-positiva.

En el caso que nos ocupa, el aborto procurado, puede presentarse bajo la forma de acción o bien por una comisión por omisión, esto es, que la madre realice una-conducta positiva o sea algún movimiento corporal volun-tario que produzca un cambio en el mundo exterior como - lo es la producción del resultado, muertedel producto de-la concepción. Asimismo cuando con alguna inactividad vo-luntaria, teniendo el deber jurídico de obrar, decida la madre positivamente no realizar la conducta obligatoria-y tenga como consecuencia la privación de la vida del -- ser en gestación; así pues, podrá presentarse plenamente esta forma de conducta de omisión impropia con la doble-violación de normas: Una dispositiva, imponiendo la obli-gación de hacer algo y, una prohibitiva, o sea estable--

ciendo el deber de abstenerse a realizar una determinada conducta.

Se trata por lo tanto, de un delito material - ya que como siempre existe la producción de un resultado y no se sanciona el mero comportamiento.

Ahora bien, es un delito unisubsistente pues - se realiza en un solo acto. Algunos autores estiman que - también es plurisubsistente si la conducta se desarrolla en varios de ellos; nosotros, no compartimos esta opi--- nión ya que estimamos que los delitos son plurisubsistentes siempre y cuando el tipo señale expresamente que la - conducta deberá revestir o integrarse en varios actos, - pero debe estar expresamente determinado. En este aspec- to seguiremos el criterio del penalista Sebastián Soler - quien estima que los delitos plurisubsistentes son aque- llos que siempre constan de varios actos similares, repe- tidos, cada uno de los cuales no integra una figura autó- noma delictiva. En efecto, el citado autor afirma que de acuerdo con la legislación de su país, para imputar el - ejercicio ilegal de la medicina, se requiere que el com-

portamiento conste de varios hechos homogéneos, que el sujeto igualmente realice la conducta como si fuera profesionalista; el delito plurisubsistente para el citado penalista, es el resultado de una unificación de actos naturalmente separados bajo una sola figura; es una fusión de actos. Como en el caso del delito de aborto procurado éste se consuma con la realización de un solo acto, nosotros pensamos se trata de un delito unisubsistente, contra la opinión que emiten algunos autores al respecto.

Debemos hacer referencia ahora al aspecto negativo del elemento objetivo, o sea, a las causas que pueden eliminar el delito en virtud de que el comportamiento exista solamente en apariencia y no en la realidad jurídica.

La ausencia de conducta o las causas que impiden la integración del elemento objetivo pueden ser: vis absoluto o fuerza física exterior irresistible, vis maior o fuerza mayor, y los movimientos reflejos.

La primera de las que hemos señalado es recono

cida por la fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal vigente.

Se dice que no es necesario que la ley establezca todas las excluyentes por falta de conducta, ya que -- cualquier causa capaz de eliminar este elemento esencial del ilícito penal, es suficiente para impedir su formación, independientemente de lo que se diga o no en los Códigos Penales.

La fuerza física en el presente caso es admisible ya que no es dable pensar que pueda operar la fuerza de un hombre que obligue a la mujer a privar de la vida -- al producto de la concepción sin que exista voluntariedad para ello.

La vis maior y los movimientos reflejos, no reconocidos expresamente por la ley, pueden operar también en el caso a estudio. En efecto, la fuerza derivada de la naturaleza y aquellos movimientos no controlables por el hombre pueden en algún momento realizar la hipótesis prevista en el artículo 332 del Código Penal y que no llegue

a integrarse el delito por ausencia de conducta al eliminarse unos de los elementos fundamentales de ésta, como es la voluntariedad en el comportamiento, o sea, habrá movimiento corporal pero carecerá de voluntad.

La tipicidad constituye el segundo elemento del delito; consiste en el encuadramiento de la conducta a la descripción realizada en abstracto por el legislador en los Códigos Penales.

El tipo del delito que venimos analizando, se encuentra en el artículo 332 que establece: "Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama.
- II.- Que haya logrado ocultar el embarazo;
- III.- que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas se le aplicará de uno a cinco años de prisión".

No debe confundirse el tipo con la tipicidad; - el tipo es la descripción de la norma, en cambio, la tipi cidad es el amoldamiento de la conducta al tipo descrito- en la ley.

Existen diversas clasificaciones de los tipos, - en atención a diferentes criterios sustentados por los es pecialistas.

Nosotros trataremos de clasificar el delito a - estudio de conformidad con lo asentado por Fernando Caste llanos, criterio que estimamos acertado.

El tipo previsto por el artículo 332 de nuestro Código Penal, es un tipo anormal por su composición, ---- pues contiene elementos normativos, o sea, se precisa de una valoración; en este caso de tipo cultural: como son - "mala fama", la jurídica: "unión ilegítima"; en efecto es anormal pues no únicamente contiene elementos objetivos, - sino también se hace referencia a los que acabamos de se- ñalar, que implican de una interpretación o valoración.

Es un tipo fundamental o básico pues sirve de --
fundamento a otros tipos; esto en cuanto a su ordenación -
metodológica.

Por su formulación es de los llamados libres ---
pues prevé una hipótesis única donde caben todas las for--
mas de realización de la conducta.

Por su resultado, se trata de un tipo de daño, -
pues la intención es la de dañar la vida del producto de -
la concepción.

El tipo contiene en su descripción elementos que
se desprenden de ella, tales como el bien jurídico protegi
do, el objeto material, los sujetos activo y pasivo, los -
medios de comisión, referencias temporales o espaciales, -
elementos subjetivos del injusto y ocasionalmente la espe
cial antijuricidad.

El objeto material en el delito a estudio es la-
persona y el sujeto activo, pues por aquel se extiende la-
persona o cosa sobre la cual recae el daño o peligro.

El bien jurídico protegido está constituido por la vida; el objeto de la tutela penal es precisamente la vida del producto de la concepción.

El sujeto activo en este delito es exclusivamente la mujer, por el propio contenido del aborto procurado o auto-aborto, pues es ella quien se procura asimismo la muerte del producto de la concepción; por lo mismo, de bemos afirmar que se trata en la especie de un delito en atención al sujeto activo propio particular o exclusivo.

El sujeto pasivo es, para nosotros, el feto o sea el producto de la concepción. No compartimos la idea de aquellos quienes consideran que éste es la sociedad interesada en el desarrollo normal de la preñez; tampoco en que lo sea la propia mujer.

El tipo que venimos analizando no señala algún medio comisivo específico o determinado; tampoco se señala alguna referencia espacial, esto es, que la conducta deba realizarse en un lugar determinado o sea que el hecho deba verificarse en una circunscripción espacial concreta.

Referencias temporales debemos aceptar que existen ya que la muerte del producto debe realizarse en cualquier momento de la preñez como lo señala el artículo 329- del propio Ordenamiento Penal al definir al delito de aborto; no importa la amplitud de este precepto (¿en qué tiempo sea dentro de la preñez?) pues aunque resulte absurdo el aborto puede ser después de que el espermatozoide ha fecundado al óvulo, ya que en este momento puede hablarse ya de preñez, o bien hasta las postrimerías del embarazo.

La atipicidad representa el aspecto negativo --- de la tipicidad; habrá tantas causas de ella como elementos del tipo se han señalado.

En tal virtud, habrá atipicidad o ausencia de objeto material o jurídico; de calidad exigida por la ley - respecto a los sujetos, si es señalada expresamente; cuando no se den las referencias espaciales o temporales señaladas por los ordenamientos Penales; cuando el hecho no se realice por los medios comisivos específicamente determinados por la ley; si no están presentes los elementos subjetivos del injusto; por no darse, si es requerida, la anti-

juricidad especial.

En el caso a estudio, si no se realiza plenamente la hipótesis prevista en el artículo 332 del Código Penal, habrá atipicidad. Concretamente habrá atipicidad exclusivamente por falta de calidad en el sujeto activo pues si hemos señalado que para éste se requiere necesariamente que sea la mujer embarazada, si no es ella quien realiza la acción no se colmará la hipótesis normativa, sin perjuicio de que exista traslación de tipo; asimismo, por ausencia de objeto material presentándose la hipótesis anterior; también puede hablarse de atipicidad por falta de objeto jurídico o sea cuando no esté presente la vida del producto que se trata de proteger (tentativa imposible de aborto) o bien, por ausencia de referencias temporales por lo que también habrá la consecuente traslación de tipo, esto es, que la muerte del producto de la concepción se realice dentro de las 72 horas siguientes a su nacimiento o bien con posterioridad a ellas trasladándose entonces al tipo de infanticidio y homicidio, respectivamente.

La antijuricidad representa el siguiente aspecto-

positivo en el delito que venimos comentando. El aborto-procurado será antijurídico siempre y cuando no esté protegido por una causa de justificación.

Si es en la ley donde el Estado establece los-requisitos indispensables para que la vida comunitaria - sea posible, indudablemente todo comportamiento típico - es antijurídico, pues en los tipos penales el legislador establece las prohibiciones y mandatos para que pueda -- desarrollarse la vida en sociedad; a veces la misma ley- tiene interés en que el sujeto efectúe la conducta consagrada en la descripción legislativa, por no existir otro medio o bien porque de no hacerlo se acarrearían males - mayores y es entonces cuando permite realizar la conduc- ta típica; es por ello que resulta indispensable al ha--blar del delito, señalar la nota de antijuricidad; si el Estado no permitiera, en casos de excepción, efectuar -- comportamientos típicos, sería suficiente decir que el - delito es una conducta típica y culpable, pero en aten--ción a lo expuesto conviene agregar el elemento antijuricidad, esto es, de oposición concreta del hecho realiza- do con el valor tutelado en el tipo correspondiente.

Al respecto el penalista mexicano Ignacio Villalobos expresa: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender de quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella".⁴

Son las causas de justificación la contrapartida de la antijuricidad; en virtud de ellas se impide que la conducta realizada no obstante ser típica devenga en antijurídica.

Nuestra ley reconoce como causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

La legítima defensa en el caso a estudio es lógico y evidente que no puede operar respecto del delito de aborto, procurado habida cuenta de que consiste en la repulsa que hace un sujeto a una agresión antijurídica y actual, sin traspasar los límites necesarios para la protección, por lo que no opera en la especie.

En cuanto al estado de necesidad que se ha definido como la situación de peligro para un bien jurídicamente protegido que sólo es salvable mediante la violación de otro bien jurídico,⁵ justificante reconocido en la fracción IV del artículo 15 de nuestro Código Penal, estimamos que sí puede operar en el aborto propio o auto-aborto, esto es cuando se presente conflicto entre la vida de la mujer y el producto de la concepción, aunque existe una descripción en nuestro ordenamiento represivo concreta al respecto en el artículo 334 que, como hemos señalado, es un caso de estado de necesidad en relación con el aborto y que opera plenamente no solamente en el que venimos analizando sino en todos los casos de aborto. En efecto no se aplicará sanción, dice el ordenamiento, cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de ----

muerte, 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, por lo que expresamente está determinada la aplicación o aplicabilidad de esta causa de justificación en torno al ilícito motivo de nuestro trabajo.

Respecto de las otras causas de licitud estimamos que no puede operar alguna de ellas, ya que su contenido no encuentra eficacia alguna en hipótesis capaz de eliminar lo antijurídico de la privación de la vida al producto de la concepción por parte de la mujer embarazada.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para nosotros es un presupuesto la culpabilidad, -- pues como afirma Castellanos, "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe de tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que cono--

ce; luego la actitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, -- según pretenden algunos especialistas".⁶

En el caso que venimos analizando, como en todos los delitos, es necesario que el sujeto activo para ser -- culpable antes sea imputable; esto es, que posea el desarrollo de la acción el mínimo de salud y desarrollo físico y mental que lo capaciten para responder ante el Derecho -- por la conducta efectuada.

En función del elemento subjetivo del delito, -- culpabilidad, debemos decir que el aborto propio es necesariamente doloso o sea, que el agente procure su aborto con conocimiento y voluntad para ello; necesitan estar presentes los elementos del dolo: ético y volitivo.

Pueden operar, pensamos, como causas de inculpa- bilidad, el error esencial de hecho así como en algunos ca

so la no exigibilidad de otra conducta.

En el aborto propio no señala el legislador condi
ción objetiva de punibilidad alguna.

La pena que se señala para esta clase de aborto -
es, privativa de libertad de un año a cinco de prisión y --
añadimos, jinalmente, que no existe excusa absolutoria algu
na.

- 1.- *Cjr. Derecho Penal. IV. Ed. Temis Bogotá. 4a. Ed. - P. 150.*
- 2.- *Cjr. Aborto Ilícito y Derecho al Aborto. La Habana-1942. P. 51.*
- 3.- *Cjr. Manuale de Diritto Penale. P. E. III. P. 114.*
- 4.- *Cjr. Derecho Penal Mexicano. 2a. Ed. Porrúa, Méx. - P. 196.*
- 5.- *Cjr. Derecho Penal Argentino. T. I. P. 418.*
- 6.- *Cjr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, 1967. P. 203 y ss.*

CONCLUSIONES

I.- Ante todo, debemos señalar que admitimos únicamente a cuatro elementos como esenciales, en la noción substancial del delito, a saber: conducta o hecho, según sea el caso, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

II.- El aborto, entendido como la muerte del producto de la concepción durante la preñez, provocado voluntariamente, consentido o sufrido, ha sido considerado como delito, tomando en cuenta los intereses preponderantes en cada tiempo y lugar.

III.- Estimamos poco afortunada la definición del delito de aborto que nos brinda nuestro Código Penal vigente, pues no debe constituir el delito el resultado muerte del producto, sino la maniobra abortiva.

IV.- Asimismo, los términos que utiliza el le-

gislador vigente en el artículo 329, resultan amplios - ya que según su redacción, desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide es dable el aborto.

V.- Debería estarse al concepto obstétrico - del aborto para su calificación delictuosa.

VI.- Es reducida, pensamos, la pena que se establece para el aborto por móvil de honor, ya que la salvaguarda del honor no puede llegar al sacrificio de una vida.

VII.- Nos pronunciamos por una reforma al Código Penal en lo que se refiere al aborto, por su concepto que no es exacto; por su penalidad, que no es la justa; por la desaparición del artículo 334 que lo hace casuista, etc.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. *Derecho Penal Mexicano, Ed. DAFI. Méx. 1937.*
- CASTELLANOS TENA FERNANDO. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal. - Ed. Porrúa, 1969.*
- CUELLO CALON EUGENIO. *Manual de Derecho Penal Español, Ed. B. Barcelona, 1945.*
- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. *Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, Méx.*
- JIMENEZ DE ASUA LUIS. *La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas.*
- JIMENEZ HUERTA MARIANO. *Derecho Penal Mexicano, T. II. Ed. Robredo, --- 1958.*
- PARDAS ASPE E. *Tratado de Derecho Penal. B. Aires. 1951.*
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. --- Ed. Porrúa, Méx. 2a. Ed.*
- FORTE PETIT CELESTINO. *Programa de la Parte General de Derecho Penal-UNAM. Dir. Gral. de Publicaciones, 1958.*

FORTE FETIT CELESTINO.

Dogmática de los Tipos-
contra la vida y la sa-
lud. 3a. Ed.

SCLER SEBASTIAN.

Derecho Penal Argentino
T. E. Argentina. B. At-
res. 2a. Ed.

VILLALOBOS IGNACIO.

Derecho Penal Mexicano,
2a. Ed. Porrúa, 1960.

I N D I C E .

Capítulo Primero.- El Delito.

Sumario:

- 1.- Concepto formal.
- 2.- Concepto substancial.
- 3.- Elementos.

Capítulo Segundo.- El Delito de Aborto.

Sumario:

- 1.- Referencia Histórica.
- 2.- Concepto.
 - a) Médico-legal.
 - b) Obstétrico.
 - c) Jurídico Delictivo.

Capítulo Tercero.- Clases de Aborto.

Sumario:

- 1.- Clasificación legal.
- 2.- Aborto sufrido.
- 3.- Aborto consentido.
- 4.- Aborto provocado.

Capítulo Cuarto.- Análisis del Artículo 232 del Código Penal.

Sumario:

- 1.- Aspectos Positivos y Negativos en este delito.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INDICE.