

194
207

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES



" A C A T L Á N "

CARRERA.- Licenciatura en Derecho.

ALUMNO.- Mondragón Solís, Juan Ramón.

NÚMERO DE CUENTA.- 8135050-0

TESIS.- " ESTUDIO JURÍDICO DEL ABORTO POR
CAUSAS SENTIMENTALES EN EL ESTADO DE
MÉXICO "

ASESOR PROPUESTO.- Licenciado en Derecho.

GARCÍA CABRERA, JOSÉ DIBRAY.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1994



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A USTED DON RAUL †

QUE HUBIERA QUERIDO VER ESTO.

**A DON ARISTEO, POR EL APOYO Y COMPRENSION
CON QUE SIEMPRE ME HA DISTINGUIDO, MI
AGRADECIMIENTO.**

**A USTED DOÑA AMALIA, POR EL PAN, LA COBIJA,
LOS REGAÑOS Y SOBRE TODO POR LA TERNURA,
TEMPLANZA E INCOMPARABLE AMOR QUE ME HA
BRINDADO. SIN VIDA PARA PAGO, MI CORAZON EN
DEPOSITO INFINITAMENTE.**

**A LILIA, DAVID, DANIEL, MAGDALENA, PILAR, CESAR
Y CARMEN.**

**CON ESPECIAL CARIÑO, POR LOS BROTES
CRISTALINOS DE INMACULADO BRILLO EN EL
APOYO DE MI FORMACION, DE LA CUAL AHORA SON
PARTICIPES.**

A MI HERMANO HECTOR †.

**CON LAS POCAS PALABRAS QUE TANTAS VECES
NOS REVELAMOS TACITAMENTE. TE EXTRAÑAMOS.
" UNA Y OTRA VEZ BAJO A TU POZO, TIERNA
LEYENDA DE ANTOJO, OIGO DE LEJOS TU CANCION
DORADA, COMO RIES, COMO SUEÑAS, COMO
LLORAS SILENCIOSAMENTE; ADVIERTO QUE DE TU
PROFUNDIDAD SUSURRA LA MAGICA PALABRA;
PARECE QUE ESTUVIERA EBRIO, QUE DURMIERA Y
QUE ME LLAMARAS SIEMPRE SIN CESAR..."**

**A SOL, MI AMOR, MI COMPAÑERA, MI CONSTANTE
APOYO Y BIENESTAR.**

**POR LAS HORAS, DIAS Y AÑOS QUE HEMOS DE
SOÑARNOS, ABRAZARNOS Y RENOVARNOS JUNTOS,
MI ALMA PARA EL BACARA DE SUS LABIOS.**

**A DIANA, SR. MANUEL, MANUEL, DORA E ISABEL,
POR EL APOYO QUE INCONDICIONALMENTE ME HAN
BRINDADO.**

**A MIS AMIGOS, PARA QUIENES TENGO GRAN
RECONOCIMIENTO Y APRECIO, ESTAS LETRAS DE
AVANZADA.**

I N T R O D U C C I Ó N

Una visión retrospectiva del aborto nos dará una idea conceptiva de su tratamiento dentro del derecho, así pues, podremos llegar a evidenciar en el aborto por causas sentimentales, su contraposición con otro bien jurídico tutelado desde antaño, la libertad sexual. Habremos de observar que el legislador se inclina en la especie en favor de la impunidad, así también, que no existe procedimiento alguno que nos indique la forma de hacer valer tal derecho concedido a la mujer.

El objetivo del presente trabajo es, sin duda, presentar un breve bosquejo del tratamiento dogmático y práctico del aborto denominado "por causas sentimentales".

Si bien es cierto que la mayoría de la doctrina se encuentra de acuerdo en cuanto a la función que cumple el mismo en su tratamiento, también lo es que en la vida cotidiana y en la postulación el ejercicio de este derecho es nugatorio; por ende, se impone observar los elementos ontológicos y éticos que hacen de tal aborto una exención de pena, así también, la forma procesal en que se pueda hacer valer en la práctica y por consecuencia lógica y meridional, quién es la autoridad que legalmente pueda conceder "un permiso para abortar entrándose de un estado de gravidez, resultado de violación".

Son estas inquietudes, resultado de una teleológica interpretación de la fracción II del Artículo 260 del Código Penal en vigor para el Estado Libre y Soberano de México, a cuya sazón trataremos de evidenciar su alcance dogmático - práctico.

**" ESTUDIO JURÍDICO DEL ABORTO POR CAUSAS
SENTIMENTALES EN EL ESTADO DE MÉXICO "**

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABORTO.

1.- Grecia.	9
2.- Roma.	12
3.- Edad Media.	15
4.- México Prehispánico. (México - Tenochtitlán, Texcoco y Tacuba)	18
5.- México en la Colonia.	22
6.- México Independiente.	25

CAPÍTULO SEGUNDO.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ABORTO.

1.- Definición de Aborto.	28
2.- Presupuesto material.	30
3.- Bien Jurídico Tutelado.	32
4.- Tipos de Aborto.	35
5.- Aspectos negativos.	40
6.- El Aborto en el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México.	42

CAPÍTULO TERCERO.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA VIOLACIÓN.

1.- Breves aspectos históricos de la violación.	48
2.- Definición.	51
3.- Bien jurídico tutelado.	53
4.- Sujetos del delito.	55

5.- Elementos del delito de violación.	58
6.- El delito de Violación en el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México.	61

CAPÍTULO CUARTO.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXENCIÓN DE LA PENA EN EL ABORTO LLAMADO POR CAUSAS SENTIMENTALES.

1.- Discusión dogmática.	64
2.- Opinión personal.	72
3.- Planteamiento del problema en la práctica.	74

CAPÍTULO QUINTO.

FUNCIÓN PERSECUTORIA.

1.- Averiguación Previa, Concepto.	78
2.- Notitia Criminis.	81
3.- Testigos, Examen.	86
4.- Función de la Policía Judicial.	90
5.- Pericial Médica - Forense.	94
a) Interrogatorio en caso de violación.	94
b) Exploración física en el cuerpo de la presunta víctima del delito de violación y exploración física en el cuerpo de la presunta abortadora.	96
c) Toma de muestras.	99
d) Examen psiquiátrico y psicológico en el pasivo y activo para el caso de violación.	100
e) Secuelas somáticas de la violación.	103
f) Integración del cuerpo del delito de aborto.	103
6.- Inspección Ministerial.	106
7.- Confrontación.	109

8.- Problemática temporal de la Averiguación Previa.	111
9.- Ejercicio de la acción Penal.	115

CAPÍTULO SEXTO. CRITERIO JURISDICCIONAL.

1.- Periodo pre - instructivo.	122
a) Acuerdo de Radicación.	122
b) Libramiento de Orden de Aprehesión.	123
c) Consignación con detenido.	123
d) Declaración preparatoria.	124
2.- Auto Constitucional.	125
3.- Instrucción.	129
a) Prueba confesional.	131
b) Prueba testimonial.	132
c) Prueba pericial.	134
d) Careos.	136
4.- Audiencia de juicio.	138
5.- Sentencia.	141

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA OFENDIDA EN LA VIOLACIÓN.

1.- Víctima y victimario.	146
2.- Diversas clasificaciones de víctima.	148
3.- Víctima y reparación del daño.	151
4.- La ofendida ante la inaplicabilidad práctica del artículo 260 fracción II, del Código Penal en vigor para el Estado Libre y Soberano de México.	165

<u>CONCLUSIONES.</u>	173
----------------------------------	-----

<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	177
----------------------------------	-----

" ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ABORTO "

1.1 G R E C I A

Lo que Grecia aporta al derecho, corresponde sobre todo a dos temas: su experimentación con el régimen Constitucional de las diversas Ciudad - Estado (POLEIS) y su discusión filosófica acerca de tópicos indirecta o directamente jurídicos.

Recordando que cada Polis tenía su propio derecho y, sobre la posible existencia de un fondo común panhelénico, las opiniones coinciden.

Así, GUILLERMO FLORIS MARGANDANT¹, señala: en opinión de los griegos, las Autoridades debían dictar sus Sentencias con fundamento en una intuición de la justicia, sin encontrarse demasiado obstaculizadas por normas legisladas. Además, no hubo una ciencia jurídica autónoma; las ideas sobre "lo justo" forma parte de la filosofía general, al lado de especulaciones sobre lo bello, lo ético, etc.

PLATÓN (427-347) toca importantes temas del derecho en sus diversos Diálogos y en la República. Así, afirma CONSTANTINO D'TSATSOS², para PLATÓN, por encima de todas las acciones, de todos los individuos, valiosos y no valiosos, debe reinar la idea de la justicia, que no es otra cosa que la razón adaptada al mundo de la acción.

Continua refiriendo el autor antes citado³, cuando Platón nos dice que la justicia es "hacer lo que le compete a cada uno", es decir, que existe la justicia ahí donde cada uno hace lo que le corresponde hacer.

Para Aristóteles, la Justicia en su sentido más amplio es la perspectiva social de las virtudes. "La justicia es ciertamente la virtud perfecta, pero no de por sí, sino refiriéndose a los demás" (ÉTICA NICOMAQUEA. 11229B26).

¹ FLORIS MARGANDAT, GUILLERMO. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Pág. 61.

² D'TSATSOS CONSTANTINO. La Filosofía Social de los Antiguos griegos. Pág. 125.

³ Op. Cit. Pág. 130.

Tomando en cuenta lo anterior y, en virtud de las ideas de lo justo que tenían los griegos, se impone entrar al esbozo del tema del aborto entre los mismos, sin descuidar desde luego, las ideas filosóficas que marcan la pauta para la consideración legal del latrocinio en mérito.

Los poetas y oradores de Atenas hicieron contra el aborto voluntario declaraciones que manifiestan la antigüedad del mismo.

Hipócrates, promete solamente en el juramento que está al principio de sus obras no dar jamás a mujer preñada medicamento alguno que pueda hacerla abortar y acompaña su juramento con imprecaciones que indican que éste crimen se consideraba como uno de los mayores que pudiese cometer un médico.

Aristóteles igualmente prohíbe el aborto, pero con ciertas restricciones.⁴

Por otra parte, los griegos tenían por inocente el aborto cuando no estaba formado el feto. Hipócrates mismo según nos cuenta su tratado De Natura Pueri, habiéndosele presentado una mujer con el temor de hallarse encinta, y habiendo observado que apenas llegaba al sexto día de embarazo, le aconsejó que hiciera un ejercicio violento y, de éste modo la libró del motivo de sus recelos.⁵

Lo anterior prueba que en su país no estaban prohibidos aquellos abortos que propiamente se llaman effluxiones más que abortiones, pues si se hubiese mirado esta acción como reprehensible y contraria al juramento que había hecho, no habría entrado en tal prevaricación a sus contemporáneos y a la posteridad.

Aristóteles en el libro 7 de su Política, decide formalmente que cuando es demasiado excesivo el número de ciudadanos puede hacerse abortar antes de la animación del feto a la mujer que hubiese concebido en contravención a las órdenes del magistrado.

Los estoicos consideraron al feto como formando parte de las víceras de la madre, por lo que pregonaban la impunidad del aborto. (Debemos

⁴ DON JOAQUIN ESCRICHE. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Pág. 25.

⁵ Idem. Pág. 27.

recordar que para los estóicos todo es materia y que su Sistema de la Stoa Antigua lo conocemos solo gracias a fragmentos conservados en obras de autores posteriores).

Por último, las Leyes Lacedemónicas pusieron luego al feto bajo la protección del Estado, más ésto no fue debido a creencia o perjuicio religioso, sino al deseo de no privarse de posibles y fornidos buenos atletas y guerreros.⁶

⁶ DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Diccionario de Derecho Penal y Términos usuales en el Proceso Penal. Tomo I. Pág. 10.

1.2 R O M A

Desde el 750 a. C. aproximadamente, se fundaron algunas ciudades griegas en el sur de Italia, en tanto que la poderosa colonia de los Fenicios, Cartago, extendía su poder en Sicilia, Cerdeña y Córcega. Entre estas culturas superiores de etruscos, griegos y fenicios, se encuentra la llanura del Lacio, en la que se agrupaban ciudades pequeñas y aldeas de civilización modesta.

A mediados del siglo VII a. C. (Según leyenda en 753 a. C.) se fundó la ciudad de Roma, en la que se unió un núcleo latino (en el Palatino) con un establecimiento sabino (en el Qirinal)⁷ de donde iba a nacer para el mundo una de las concepciones jurídicas más altas en todos los tiempos.

La posición del derecho Romano, según MERONGUI⁸ citado por GUILLERMO CABANELLAS, durante el clasicismo jurídico de la antigua Roma, el aborto no fué considerado delito, sino un acto inmoral, que permitía incluir en las sanciones censorias al padre si hubiera autorizado a la mujer. No se encuentran condenas explícitas en los autores de la época, salvo una referencia de Cicerón a una mujer de Mileto que había sido acusada de aborto.

La configuración delictiva proviene de un rescripto de los emperadores Severo y Antonino, si el aborto había sido violento, se imponía la pena de exilio temporal; de haberse provocado por filtros amorosos, la sanción era la relegatio.

En el enfoque de la época, el bien protegido no era la frustrada vida intrauterina del feto, sino el agravio inferido al marido al que se le privaba del derecho de un descendiente.

En el derecho Justineano, se introduce el cambio jurídico por la protección del concebido y se admite que el aborto causado por la mujer

⁷ FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. Cit. Pág. 79.

⁸ CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. Pág. 41.

sin consentimiento del marido o con su complicidad, facultaba a éste para el repudio de aquella.

Por su parte DON JOAQUIN ESCRICHE⁹, refiere: No parece hayan seguido el ejemplo de los griegos los jurisconsultos romanos, pues las decisiones que éstos nos han dejado no se encuentran vestigios de la distinción entre feto animado y feto informe. En Roma las mujeres que se procuraban el aborto por aversión a sus maridos a consecuencia de un divorcio, no tenían otra pena que la del destierro; pero si se habían dejado sobornar por dinero para cometer dicho crimen, debían ser condenadas al último suplicio; como lo fue la mujer de Mileto (citada anteriormente) que refiere Cicerón en su obra Pro Cluentio.

Según MOMMSEN¹⁰, el aborto fue siempre considerado entre los Romanos como grave inmoralidad y solo le estaba permitido al marido respecto de su mujer. Ni en la época republicana ni en los primeros días del Imperio, fué calificada dicha acción como delito. Hasta la época de Severo, no se le sometió a sanción penal y entonces se hizo así, de hecho, por modo extraordinem, aunque invocando para ello la ley contra el envenenamiento; la pena que se imponía era la confinación y destierro, salvo el caso en el que el aborto hubiese originado la muerte de la mujer, pues entonces se llegaba a la pena capital.

Según otros autores, se reconocía a la mujer el derecho para disponer de su integridad física y por tanto, el aborto cometido por ella era impune salvo si lo fuere contra la voluntad del marido.

Refiere MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON¹¹, que en Roma el abigere partum, o aborto voluntario, no se consideró delito ni durante la Monarquía ni durante la República, y esto por dos razones: porque ni los estoicos ni los jurisconsultos conceptúan al feto como un ser viviente, con vida propia, sino como parts vicerum matris, y porque el padre jus propium est civium Romanorum, en el decir de Gayo, tenía el derecho de vida y muerte sobre sus hijos.

⁹ Op. Cit. Pág. 26.

¹⁰ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Edición Argentina. DRISKILLS S. A. Tomo I. A Pág. 31.

¹¹ DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Op. Cit. Pág. 10.

REIN y NOODT, investigadores alemanes, han demostrado que el comentario de BYNKERSHAEK, donde dice que en tiempos de Cicerón se penaba a las mujeres que abortaban, se refiere a mujeres extranjeras. Tenemos que llegar al Imperio con Séptimo Severo y su hijo Antonio Caracalla (Dos siglos ya de influencia cristiana y, por lo tanto, judeo - bíblica), para encontrar las primeras restricciones punitivas respecto al aborto provocado. (Digesto Libro 47, Título XI).

Más no deja de ser curioso que, como observa Marciano, tales rescriptos condenando a destierro a las mujeres culpables de provocar su aborto no se fundan en razones de moral alguna, sino puramente en el derecho del marido a no morir sin sucesores.

Cuando la influencia del Cristianismo - lo repetimos - se hizo sentir, empezó ya a castigarse severamente no tan solo el aborto en sí, y por razones morales (Digesto Ley 8, Título 8: Ad Legem Cornelianam de sicariis et beneficiis) sino a quienes vendían y suministraban abortivos (abortivinis poculo dato) y esto incluso con la pena de muerte.

El examen de las fuentes apuntadas permite conjeturar que el aborto entre los Romanos era un delito de escaso relieve en un principio, cuya comisión afectaba más bien intereses individuales que comunitarios; también, se nota posteriormente la influencia del cristianismo para la concepción de dicho latrocinio y la sanción del mismo.

1.3 E D A D M E D I A

La época medieval elaboró un concepto de pecado - delito, explicable en virtud de la decisiva influencia de la Iglesia en la vida política de los pueblos. Según apunta FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS¹², puede decirse que el cristianismo logró la separación entre las épocas de impunidad y punibilidad del aborto, superando el primer criterio que privó, casi en forma general, entre los pueblos antiguos.

En efecto, el derecho canónico dió al aborto provocado voluntariamente el carácter de delito grave y a él se debe la distinción entre corpus formatum y corpus informatum, señalada por San Agustín, para establecer la procedencia o improcedencia de la asimilación del hecho de aborto al de homicidio.

Los doctores establecieron la distinción que luego se trasladó a la interpretación de la misma ley romana, del corpus formatum y corpus informatum. El primero es aquél que está en condiciones de recibir el alma, convirtiéndose en feto animado; el segundo es el que no había llegado a ese estado.

Por su parte MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN¹³, refiere que en general la Iglesia, heredera directa de la Sinagoga, ha penado siempre con la máxima severidad el delito de aborto, llegándose en el Concilio de Elviiar a privar de los Sacramentos, incluso al final de la vida, a la mujer abortadora, pena que traducida al rigor teológico venía a equipararse a la condena eterna.

Sin embargo, por el momento resulta importante abundar en la distinción que se hacía entre el corpus formatum y corpus informatum, ya que dicha distinción determinó la capacidad del feto para recepcionar el alma, de manera que la vícera dejaba de ser tal para convertirse en un cuerpo apto para albergar el alma y por ello el atentado tendiente a su destrucción se asimilaba al hecho de homicidio.

¹² PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. Pág. 320.

¹³ DIAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. Op. Cit. Pág. 11.

Con la llegada del cristianismo la concepción existente con anterioridad sobre el delito de aborto, sufrió una modificación esencial, en cuanto a su consideración de que el hombre tiene un alma inmortal y ha sido creada por Dios a su imagen y semejanza.

En los argumentos de San Agustín, para combatir a los platónicos, maniqueos y pelagianos, se encuentra la esencia del principio proclamado de que el hombre, tanto en cuerpo como en alma es obra de Dios y que fué mantenido antes por los padres de la Iglesia. Del principio anterior se deriva que si Dios es el creador del cuerpo y del alma del hombre, también él tiene derecho no solo sobre el alma sino igualmente sobre el cuerpo. Tres clases de unión comenta San Agustín, son enumeradas por el Apóstol (San Pedro), la de Cristo y su Iglesia, la del varón y la mujer, la del espíritu y su carne. Todos estos elementos son buenos, aunque sometidos los segundos a los primeros, Cristo, el varón y el espíritu, han de velar por los segundos.

CONSTANCIA PALOMO GONZALEZ, citado por Pavón Vasconcelos¹⁴, señala: Tratando de demostrar la bondad sustancial del cuerpo del hombre, que se compagina con la realidad del pecado original, acude a la Autoridad de quienes, como San Basilio, San Cipriano y San Ambrosio, habían defendido la verdad de que el hombre no es sino la obra de Dios: si el cuerpo es sustancialmente malo, como decían los maniqueos, y por ello no puede ser obra de Dios, sería imposible, según el agudo testimonio de San Basilio, encontrar un cuerpo casto y por ello no podría el cuerpo del hombre transformarse en cuerpo de virtud y de castidad. De toda la construcción agustiniana, que no habremos de compendiar siquiera por su extensión y laboriosidad, se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) El cuerpo y el alma del hombre son la creación de Dios; b) Derivase de lo anterior que también los hijos adúlteros o de fornicación son igualmente obra de Dios; c) Consecuentemente, si todo ser es creación de Dios, igualmente el hombre monstruoso o tarado es una buena obra de Dios y, por último, d) Aún los hombres que serán malos y habrán de condenarse son obra de Dios.

¹⁴ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 322.

De todo ello surge la idea, opuesta a la proclamada por el derecho Romano en referencia al *parts vicerum matris*, sino que tiene personalidad propia diversa al de la madre (*portio matris*). En esa virtud, San Agustín distingue entre nacimiento corporal y nacimiento in *visceribus*, o sea, la aparición del ser en el útero materno; de manera que el feto tiene vida propia, distinta a la vida de la madre.

1.4 MÉXICO PREHISPÁNICO

El territorio que actualmente forma parte del Estado Mexicano, estuvo ocupado en la época prehispánica por numerosas tribus indígenas; algunas de ellas formaban cacicazgos, otras, verdaderos reinos más o menos extensos y otras, en estado nómada y salvaje recorrían determinadas regiones sin ofrecer una organización definida.

Los historiadores y cronistas concedieron principal atención a los reinos de México, Texcoco y Tacuba, porque eran los más civilizados y fuertes a la llegada de los conquistadores (sin olvidar la atención posteriormente prestada a los mayas). Y como señala LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ¹⁵, las leyes que regían a los reinos de la triple alianza fueron pronto imitadas en su mayoría por todos los pueblos sometidos, o les fueron impuestas, aún como es natural, con las modificaciones propias del medio.

En México, el Tlatoani nombraba un magistrado supremo que además de tener atribuciones administrativas, tenía la facultad de fallar en definitiva las apelaciones en los casos criminales.

En cada uno de los barrios o calpullis de México, los habitantes del mismo se reunían anualmente para nombrar un Juez de competencia Judicial limitada, pues solo conocía en los asuntos penales y civiles de poca importancia que se suscitaban entre los vecinos de su Distrito.

En resumen, apunta MENDIETA Y NUÑEZ ¹⁶, el mecanismo judicial de los mexicanos era el siguiente en orden de jurisdicción: si en el barrio se suscitaba un asunto leve, penal o civil, conocía el Juez del mismo Barrio; si el asunto era grave, este Juez podía practicar las primeras diligencias, pero el encargado de sentenciar era el tribunal colegiado; en asuntos civiles de cuantía o de importancia, era competente este mismo Tribunal, y su Sentencia, inapelable. Sobre todos los jueces estaba el Magistrado Supremo cuya palabra en asuntos criminales era definitiva.

¹⁵ MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. El Derecho Precolonial. Pág. 29.

¹⁶ Idem. pág. 47.

En Texcoco, el rey era el Magistrado Supremo; él nombraba a los jueces y tenía en su palacio salas diversas destinadas especialmente al ejercicio de la judicatura; una para los jueces que conocían de los asuntos civiles y otra para los asuntos penales. Los jueces de dichas salas eran en número de doce en conjunto y tenían a sus órdenes escribanos y ejecutores. Los fallos de éstos eran apelables ante el Rey, quien según MOTOLINIA, asistidos de otros dos jueces o de trece nobles muy calificados, según BERNARDINO DE SAHAGUN, sentenciaba en definitiva.

Por cuanto hace al derecho Penal Azteca, refiere la Enciclopedia Jurídica OMEBA ¹⁷, que tratándose del aborto era castigado con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como al que la ayudaba.

Las fuentes consultadas nos permiten conjeturar que a diferencia del derecho Romano, en el Azteca el aborto era un delito que afectaba los intereses de la comunidad. La severa y única pena indicada, que correspondía a la crueldad y severidad aztecas, a su vez expresión de la organización social de los Aztecas, debe ser interpretada en relación con los atinentes a dicha organización. Dichos datos, que confirman la conclusión indicada, son: a) El fuerte sentido de comunidad de la Organización azteca visible incluso en las ciudades; b) El respeto que la mujer embarazada merecía, que se atestigua, entre otras cosas, por el hecho de que la que moría al dar a luz gozaba del favor de determinados Dioses; c) La importancia que todo nacimiento tenía y gran ceremonial que se acompañaba; d) La aceptación del principio de restitución como sanción que prevalecía sobre el castigo allí donde aquella era posible. La aplicación de dicho principio atenuaba en muchos casos la brutal severidad de las penas. Parece posible deducir que éstas se aplicaban más frecuentemente cuando dicha restitución como acontece en el aborto, no era posible.

Por su parte el Maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA ¹⁸, refiere que el derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente en relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del

¹⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, pág. 81 TOMO I.A.

¹⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pág.

soberano; las penas crueles se aplicaron también en otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de las penas, las excluyentes de responsabilidades, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Tan autorizada aseveración no hace sino complementar lo antes señalado en la enciclopedia jurídica OMEBA, recalcando que tal severidad es consecuencia lógica y directa de la estructura religiosa, social y cultural de este Imperio, pues como señala MIGUEL LEON PORTILLA ¹⁹, habiendo comprobado cuales eran los ideales y el género de vida que llevaban los estudiantes en los centros nahuas de educación, no podían extrañarnos una relación que incluye SAHAGUN en el libro X de su Historia. Comparando allí las costumbres de la juventud náhuatl de antes y después de la conquista, llega a la conclusión de que: " En lo que toca, que eran (los indios) para más en los tiempos pasados, así para el régimen de la república como para el servicio de los Dioses, es la causa porque tenían el negocio de su regimiento (educación) conforme a la necesidad de la gente, y por esto los muchachos y muchachas criábanlos con gran rigor hasta que eran adultos, y esto no era en casa de sus padres porque no eran poderosos para criarlos como convenía cada uno en su casa, sino que por ésto los criaban de comunidad, debajo de maestros muy solícitos y rigurosos, los hombres a su parte y las mujeres a la suya... Era esta manera de regir muy conforme a la filosofía natural y moral .. (que) enseñó por experiencia a estos naturales, que para vivir moral y virtualmente era necesario el rigor, austeridad y ocupaciones continuas, en cosas provechosas a la República".

De igual magnitud resulta señalar que los cronista e historiadores indican las costumbres observadas en los reinos de Acolhucán, México y Tacuba en materia criminal. De tal suerte LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ ²⁰, refiere que la penalidad que correspondía al aborto era : pena de muerte para la mujer que toma con qué abortar y para quién le proporcionaba el abortivo.

¹⁹ LEON PORTILLA, MIGUEL. La filosofía Náhuatl. pág. 231

²⁰ MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. Op. Cit. pág. 61

Por último, no nos resta sino enfatizar que aunque las penas en el derecho mexicano eran severas, también lo es que se adecuaban y obedecían a la expresión de la organización social de los mismos, recordando con asombro lo que señala SAHAGUN en su Historia: " Es gran vergüenza nuestra que los indios naturales, cuerdos y sabios antiguos, supieran dar remedio a los daños que esta tierra imprime a los que en ella viven, obviando a las cosas naturales con contrarios ejercicios, y nosotros nos vamos al agua abajo con nuestras malas inclinaciones".

1.5 MÉXICO EN LA COLONIA

Realizada la Conquista, se pone en contacto directo el grupo de razas que habitaron el territorio mexicano con el pueblo español, cortando éstos últimos de tajo, las Instituciones ancestrales e imponiendo un nuevo orden de vida religiosa, cultural y legal.

La Legislación Colonial tendía a mantener las diferencias de castas y, en materia penal, hubo un cruel sistema en contra de los negros y mulatos.

Por cuanto hace a la legislación vigente en México durante la Colonia, apunta el profesor FERNANDO CASTELLANOS TENA²¹, que en la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigor por disposición de las leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaba el Fuero Real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las de Bilbao, los autos acordados, La Nueva y Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dicitadas por la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Así, la Ley 15 de Toro (que es la 2 Título 5, Libro 10 Nov. Rec.), precisaba: Por evitar muchas dudas que suele ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si son abortivos, ordenamos y mandamos, que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, cuando nació vivo todo y que a lo menos después de nascido vivió veinte y cuatro horas naturales, y fué bautizado antes que muriese; y si de otra manera nascido murió dentro de dicho término, ó no fué bautizado, mandamos, que el tal hijo se abortivo y que no pueda heredar ni a sus padres ni a sus madres, ni a sus ascendientes; pero sí por el ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente mandamos, que aunque

²¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pág. 44

concurran en el dicho hijo la cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.²²

Mujer preñada, dice la Ley 8, Título 8, Part. 7, que bebiese yerbas á sabiendas ú otra cosas cualquier con que echase de sí la criatura, o se feriese con puños en el vientre ó con otra cosa con entención de perder la criatura, et se perdiese por ende, decimos que si la criatura era ya viva en el vientre estonce quando ella esto fizo, debe morir por ello et haber aquella pena que se contiene en la ley docena después de esta que comienza: Si el padre; fueras ende si gelo ficeran facer por premia, asi como facen los judíos á sus moras en Toledo: ca estonce el que lo fizo facer debe haber esta pena: et por si aventura non fuese aún viva, estonce non deben dar muerte, mas debenla desterrar en una isla por cinco años. Esa misma pena decimos que debe haber el home que firiese á su mujer á sabiendas seyendo ella preñada, de manera que se pierda lo que tiene en el vientre por la ferida, et si otro home extraño lo ficiese debe haber pena de homicida, si era viva la criatura quando murió por culpa dël ; et si non era aun viva, debe ser desterrado en alguna isla por cinco años. ²³

De lo anterior, se deduce que la pena variaba según se trataba de feto animado o de feto inanimado, siguiendo la distinción del derecho canónico, pues se consigna "si la criatura era viva en el vientre entonces quando ello esto fizo, debe morir por ello", es decir, si el feto estaba animado la pena era de muerte, fuera la mujer misma provocándose el aborto, fuera el padre el que provocase o algún extraño; asimismo, si el feto no estaba aún animado, "ca estonce el que lo fizo facer debe haber esta pena (muerte), et si por aventura non fuese aun viva, estonce non deben dar muerte, mas debenla desterrar en una isla por cinco años". Con lo que se demuestra que la distinción del derecho canónico del feto animado y el no animado, tiene gran influencia en esta legislación para la aplicación de la pena.

Respecto de la diferenciación feto animado y del feto no animado, según la Biblia (Éxodo XXI, 22) y las doctrina de Aristóteles y Plinio, era preciso cierto tiempo después de la concepción para que el semen

²² DON JOAQUÍN ESCRICHE. Op. Cit. pág. 27

²³ Idem. pág. 27

derramado en el útero se formase como cuerpo para recibir el alma convirtiéndose en feto animado; se creía que esto tenía lugar después de cuarenta días de la concepción para los varones y ochenta para las hembras; teorías que fueron aceptadas por los escritores eclesiásticos y por las colecciones canónicas.

Lo reseñado es también compartido por EUGENIO CUELLO CALON²⁴, cuando señala: " En las partidas (Part. VII, Título VIII, Ley 8) aparece la distinción proveniente del derecho canónico entre la muerte del feto animado (con alma), en cuyo caso se imponía la pena de muerte, y la del feto no animado, castigándosele entonces con el destierro a una isla".

²⁴ CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Volumen II. pág. 529.

1.6 MÉXICO INDEPENDIENTE

El antecedente más remoto que hasta hoy conocemos, es el Bosquejo o Plan General de Código Penal para el Estado de México, del año de 1831, redactado por los señores MARIANO ESTEVA, AGUSTIN GOMEZ EGUIARTE, FRANCISCO RUANO y JOSE MARIA HEREDIA.

Según PORTE PETIT²⁵, "Las razones que se expusieron para la elaboración de esta nueva ley penal, aparecen en el periódico El Conservador de Toluca, número 4, de fecha 22 de junio de 1831."

"Este bosquejo - continua - está formado por un Título Preliminar y una Primera y segunda partes, incluyendo respectivamente Delitos contra la Sociedad (Primera parte) y Delitos contra particulares (Segunda parte)

Existen posteriormente diversas disposiciones legales tales como el Código Penal para el Estado de Veracruz, Proyecto de Código Criminal y Penal para el Estado de Veracruz de 1851 - 1852, proyecto de Código Penal del Imperio, Código Penal de la Corona de 1869, Código Penal de 1871, éste último, siendo presidente de la República el Lic. Benito Juárez, ordenó que se nombrara una Comisión para que se formulara un proyecto de Código Penal. Así el Ministro de Justicia, C. Jesús Terán, nombró el año de 1861 una comisión integrada por los Licenciados URBANO FONSECA, José María Herrera y Zavala, Esequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro, tiempo después sustituyó el Licenciado Carlos Ma. Saavedra al Lic. Montes; Comisión que estuvo trabajando hasta 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.

El mismo Lic. Benito Juárez, una vez reestablecida la paz en la República, por conducto del Ministerio de Justicia, Lic. Ignacio Mariscal, mandó con fecha 28 de septiembre de 1868, se integrase y reorganizase la Comisión con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido, recayendo dichos nombramientos en las personas de los Lics. Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio Ma. Ortega como

²⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP. CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Pág. 43.

miembros de la misma y del Lic. Indalecio Sánchez Gavito como secretario.

El Código Penal de 1871 consta de 1152 artículos y 28 transitorios, debiéndosele considerar como un documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo, con admisión de a) Medidas preventivas y correccionales y B) De la libertad preparatoria y retención.

Posteriormente hay que mencionar los Trabajos de revisión del Código Penal de 1871, El Código Penal de 1929, el Anteproyecto del Código Penal de 1930, para el Distrito y Territorios Federales, hasta el Código Penal de 1931.

El Código Penal de 1931, contiene dos libros con un total de 400 bis Artículos y 3 artículos transitorios, según PORTE PETIT²⁶.

El Código Penal del Estado de México, comenzó a regir el día 5 de febrero de 1961, estando compuesto de dos libros, abarcando el primero 100 artículos, y el segundo, del Artículo 101 al 274 y dos transitorios, diciéndose en la exposición de motivos que "este Código ha sido redactado siguiendo los principios formulados por el Primer Congreso de Orientación Penal, celebrado en esta Ciudad de Toluca, durante los días tres al diez de noviembre de 1958.

Posteriormente dicho Código Penal fué abrogado, publicándose el nuevo Código Penal para el Estado de México, en la Gaceta del Gobierno, Código Punitivo que con sus consabidas reformas es el que rige aún en la actualidad.

²⁶ Idem. Pág. 67.

" ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ABORTO "

2.1 DEFINICIÓN DE ABORTO

ABORTO.- El término proviene del latín AB partícula privativa y ORTUS nacimiento, es decir, "no nacer"; también se deriva de ABORIRE "nacer antes de tiempo", o sea, indica la destrucción de un organismo antes de su diferenciación total.

Para iniciar el presente inciso, reproduciremos algunas de las opiniones de doctrinarios respecto de la definición del aborto, mismas que a continuación se detallan.

TARDIEU, citado por PAVON VASCONCELOS²⁷, refiere que por aborto se entiende la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de tiempo, de viabilidad y de formación regular; en tanto CARRARA lo definió como la muerte del feto dolosamente causada en el seno materno, o su expulsión con idéntico resultado.

JIMENEZ HUERTA²⁸, señala al respecto: La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía que es tutelado no solo en su autónoma existencia, sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez. Los Códigos Penales alinean junto a los delitos que lesionan dicho bien jurídico en su existencia autónoma - homicidio, parricidio e infanticidio aquel otro que, como el aborto, en el ordenamiento mexicano es un delito contra la vida, concluyendo dicho autor que la vida en gestación es el bien jurídico protegido en el delito de aborto.

Por su parte, CELESTINO PORTE PETIT²⁹, refiere al respecto varios tipos de abortos y los define así:

²⁷ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Pág. 326.

²⁸ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Pág. 179.

²⁹ CELESTINO PORTE PETIT CANAUDAP. Dogmática de los delitos contra la vida y la salud personal. Págs. 400, 420, 423, y 433.

- **ABORTO CONSENTIDO.**- Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, realizado por un tercero con el consentimiento de la mujer grávida.

- **ABORTO PROCURADO, PROPIO o AUTOABORTO SIN MOVILES DE HONOR.**- Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, llevada por ella misma.

- **ABORTO SUFRIDO.**- Debemos entender la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, sin o en contra de la voluntad de la mujer grávida.

De lo anterior se deduce que la doctrina encuentra, más o menos acuerdo general de la definición del delito de aborto, pues se puede concluir que el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Esto lleva ya insito un presupuesto del delito cuya condición necesaria de naturaleza material, preexistente y referida al hecho, sin la cual no puede integrarse el delito de aborto, es el estado de gravidez de la mujer, el cual constituye el presupuesto material del delito y que se trata en el siguiente inciso.

2.2 PRESUPUESTO MATERIAL.

El estado de gravidez en la mujer es presupuesto necesario para que se integre la conducta típica, por ello creo conveniente hacer un breve bosquejo en el campo de la medicina para dar una somera idea de lo que es e implica el embarazo.

A la unión biológica que se produce entre el espermatozoide y el óvulo en la región de la ampolla de la trompa de falopio, fusionándose los gametos femenino y masculino, se le denomina fecundación. En sentido mucho más amplio, la concepción abarca todo lo referente a esa unión y a los cambios conjuntos que conducen al desarrollo, en el útero, del óvulo fecundado, con cuya implantación en dicho órgano comienza precisamente el período llamado de embarazo.

En relación a la temática tratada el doctor RAMON FERNANDEZ PEREZ³⁰, refiere: "el líquido seminal eyaculado en la vagina durante la cópula posee millones de espermatozoides de movilidad activa. Desde la porción superior de la vagina algunos espermatozoos emigran por el útero hasta las trompas. Se ha comprobado experimentalmente que, cuando el cuello uterino es extirpado junto con las trompas, se sumerge en el fondo común de espermatozoos con movilidad activa, éstos últimos pueden obtenerse del orificio abdominal de las trompas algo más de una hora después de comenzar el contacto. Esta observación indica que el ascenso por el cuello uterino útero y trompas de falopio, ocurre en una hora después de la cópula, aproximadamente; y que los espermatozoos llegan al tercio externo de las trompas principalmente a causa de su movilidad.

Varían los cálculos de diversos autores acerca de la viabilidad del óvulo y del espermatozoos. Cabe estimar que un óvulo muere en un término de 24 horas de haber sido expulsado del ovario.

Estudios del líquido seminal obtenido de la vagina, comprueban que los espermatozoides mueren al término de horas después del coito si permanecen en contacto con los líquidos vaginales, pero también es

³⁰ QUIROZ CUARON, ALFONSO MEDICINA FORENSE. Pág. 674.

indiscutible que viven mucho más en el útero y en las trompas de falopio, sitios en los que se han obtenido incluso dos semanas después del coito. Sin embargo, en general es aceptado que para que el coito produzca fecundación debe ocurrir en uno o dos días de la fecha de la ovulación. Una vez ocurrido lo anterior, al producto de la fecundación se le denomina huevo y en él, se va efectuando una multiplicación de las células que darán origen, además del producto, a las estructuras afines a él, (Placenta, cordón umbilical, bolas amniótica, etc.).

De lo anterior se deduce, entonces, que el embarazo es el periodo comprendido desde la fecundación hasta el parto, sin embargo, ha menester señalar que existe fuerte discrepancia entre la doctrina jurídica y la medicina en relación al aborto. En efecto, para el médico en obstetricia se entiende por aborto: la expulsión del producto de la concepción antes de que sea viable, o sea alrededor del final del sexto mes de embarazo; si tal expulsión ocurre después, es decir, dentro de los últimos tres meses, entonces se le denomina parto prematuro³¹.

La viabilidad es la capacidad de vida extrauterina del producto, y estará determinada en relación con su vida intrauterina, de acuerdo con el desarrollo técnico científico de la medicina, se ha reducido esa edad intrauterina, es decir, la viabilidad hasta el quinto mes y medio.

A diferencia de este concepto médico, la doctrina no define (como se ha visto) el delito de aborto por la maniobra abortiva con la expulsión del producto, sino por las consecuencias de ella, que es la muerte del concebido, es decir, el elemento esencial no es la expulsión del producto, sino su muerte.

Hechas las diferencias, es importante ahora entrar al estudio del bien jurídico tutelado que es, precisamente, el inciso del presente capítulo que continúa.

³¹ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. Pág. 180.

2.3 BIEN JURÍDICO TUTELADO

El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan, tal es pues el tópico que nos toca tratar en este breve espacio, por lo que recurriremos a la doctrina para el mejor esclarecimiento del mismo en el tipo criminal en estudio.

JIMENEZ HUERTA³², citando a ANTOLISEI refiere: En verdad, el interés que realmente es ofendido por éste hecho criminoso, es la vida humana; el producto de la concepción, el feto no es una *spes vitae* y menos una *pars viceris* sino un ser viviente, verdadero y propio, el cual crece, tiene su propio metabolismo orgánico y, al menos, en el periodo avanzado de la gravidez, se mueve y tiene un latido cardiaco. También para SOLER el feto es protegido en la medida en que es un embrión de la vida humana.

Por su parte RAUL CARRANCA Y TRUJILLO y RAUL CARRANCA Y RIVAS en su Obra Código Penal Comentado³³, refieren que el aborto es un delito de daño, doloso. Requiere del dolo específico consistente en la voluntad y conciencia en el agente de dar muerte al producto de la concepción. Es configurable la tentativa. "El objeto jurídico del delito es la vida humana":

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS³⁴, manifiesta que la clasificación del delito de ABORTO dentro del Título denominado "Delitos contra la vida y la integridad personal", es indudablemente acertada, pues el bien jurídico protegido lo es precisamente la vida del producto durante todo el tiempo de gestación.

Es menester hacer notar que también existen opiniones en contrario, tal es el caso de IRURETA GOYENA, quien argumenta que antes del parto existirá tal vez una vida, pero no existe una personalidad y que el derecho es siempre atributo de una persona, que para ser sujeto

³² JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. Pág. 180.

³³ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL y CARRANCA y RIVAS, RAÚL. Código Penal Comentado. Pág. 783.

³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal. Pág. 325.

de derecho no basta existir en sentido fisiológico, siendo necesario vivir en sentido jurídico.

Apoyado en el criterio del parts viceram matris, del antiguo derecho romano, dicho autor pretende la existencia de la facultad, por parte de la mujer, de la libre disposición de su persona.

Por nuestra parte, consideramos descertada la opinión del ilustre doctrinario antes citado, pues encontramos más adecuadas las opiniones de CARRARA y de SOLER, ambos citados por PAVON VASCONCELOS³⁵, al referir el primero de ellos "que es un ser vivo el producto de la concepción, puesto que día a día se le ve crecer y vegetar, careciendo de imporiancia definir fisiológicamente ésta vida; que si el feto es indudablemente un ser vivo, en su vitalidad presente y en su posibilidad de futura vida independiente y autónoma se encuentra el objetivo del delito de quien la destruya voluntariamente. Dicha orientación cobra fuerza en la época moderna, reconociendo la generalidad que el interés ofendido en el aborto es la vida humana, aunque durante el proceso de formación del ser en el seno materno. Así, SOLER, expresa que la acción debe ejecutarse sobre un sujeto que no pueda aun ser calificado como sujeto pasivo de homicidio, pues esta condición nace o surge con el parto, de manera que la acción destructiva de la vida, anterior al parto, debe ser calificada de aborto sin importar que la muerte del ser en formación tenga lugar o no dentro del seno materno.

Corroborando este criterio, sostiene JIMENEZ HUERTA³⁶, que el aborto es un delito contra la vida, dado que en la reconstrucción dogmática del derecho vigente, son inoperantes las concepciones jurídicas elaboradas en Alemania por IHERING, MERKEL, KOHLER, RITTER VON LIZT y RADBRUCH, y que en Italia dejaron huella en el Código Penal de 1930, consistentes en estimar que en el delito de aborto se lesiona, no un interés jurídico individual de la persona, sino el interés jurídico que la Nación o comunidad tiene en el desarrollo de la estirpe, raza o población. Quien como nosotros tiene afirmado que también los entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de dichos intereses, cuenta habida de que negar

³⁵ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 325.

³⁶ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. Pág. 179.

dicha posibilidad tanto sería como incidir en una incongruencia lógica, permanecer devotos en un irreal formalismo y desconocer lo que ante sus ojos ofrece la viva realidad.

Por los argumentos antes expuestos, consideramos que por obvio de razones, el bien jurídico tutelado en el aborto en el derecho penal mexicano, lo es la vida en gestación, desde la concepción hasta el parto, aún a diferencia de la opinión médica.

2.4 TIPOS DE ABORTO

En el presente inciso, vamos a hacer un análisis de los diferentes tipos de aborto que señala la doctrina, mismos que son necesarios citar para un mejor entendimiento de esta figura delictiva.

Así, PAVÓN VASCONCELOS³⁷, refiere que nuestra legislación reglamenta, las siguientes clases de aborto punible:

- 1.- ABORTO CONSENTIDO.- sin concurrencia de una causa o móvil de honor.
- 2.- ABORTO CONSENTIDO.- por móvil de honor (honoris causa).
- 3.- ABORTO SUFRIDO.- (Realizado por terceros) sin consentimiento de la mujer y sin violencia.
- 4.- ABORTO SUFRIDO.- (Realizado por terceros) sin consentimiento de la mujer y con violencia.
- 5.- ABORTO PROCURADO.- por la propia mujer con móvil de honor (Autoaborto, aborto propio o provocado).
- 6.- ABORTO PROCURADO.- por la propia mujer sin móvil de honor.

Tales especies se pueden comprender dentro de las denominaciones siguientes:

- a) ABORTO CONSENTIDO:
- b) ABORTO SUFRIDO, y
- c) ABORTO PROCURADO.

Por su parte MARCELA MARTÍNEZ ROARO³⁸, señala que según la penalidad del aborto, podemos resumirlo en:

- A.- ABORTOS PUNIBLES, el cual se subdivide en:
- 1.- Aborto Consentido.
 - 2.- Aborto Sufrido. Sin consentimiento de la embarazada o contra el consentimiento de la embarazada.

³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 331.

³⁸ MARTÍNEZ ROARO, MARCELA. Delitos Sexuales. Pág- 295.

3.- Aborto Procurado.

4.- Aborto con baja punibilidad.- Aborto consentido honoris causa, aborto procurado honoris causa; aborto por causas económicas y aborto eugenésico, éstos dos últimos solamente en el Código Penal de Chiapas.

B.- ABORTOS NO PUNIBLES, subdivididos en:

1.- Aborto Terapéutico.

2.- Aborto por causas sentimentales.

3.- Aborto por imprudencia de la embarazada.

4.- Aborto por causas económicas y aborto eugenésico, (en los Códigos Penales de Chihuahua y Yucatán).

CELESTINO PORTE PETIT³⁹, los clasifica:

a) ABORTO CONSENTIDO.- Honoris causa y sin móviles de honor.

b) ABORTO PROCURADO.- Honoris causa y sin móviles de honor.

c) ABORTO SUFRIDO.- Sin o contra el consentimiento de la mujer grávida.

d) ABORTO CULPOSO.- Por causas económicas y eugenésicas.

De lo anterior se deduce que el aborto se clasifica en orden a la conducta de los sujetos que intervienen en el evento, en cuanto al tipo y en cuanto al resultado , por ello a continuación se reproducen algunos criterios al respecto.

PAVÓN VASCONCELOS⁴⁰, clasifica el aborto en orden a la conducta en:

a) DELITO DE ACCIÓN.- La acción puede consistir en todas aquellas maniobras físicas, positivas, de carácter abortivo tales como las realizadas por medios mecánicos en el interior de la cavidad vaginal o bien, en la ingestión de sustancias idóneas.

b) DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN.- Salvo el caso excepcional del aborto sufrido realizado con violencia. La comisión por

³⁹ CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP. Op. Cit. Págs. 400, 420, 428 y 433.

⁴⁰ Op. Cit. Págs. 331, 335, 338, 339 y 340.

omisión es dable en los casos en que existe un deber jurídico de obrar cuya inobservancia produce el resultado de la muerte del producto.

- c) DELITO UNISUBSISTENTE, y
- d) DELITO PLURISUBSISTENTE.

En orden al resultado :

- a) DELITO INSTANTANEO.
- b) DELITO MATERIAL.
- c) DELITO DE LESION, y
- d) DELITO DE DAÑO.

Atendiendo a los sujetos :

I.- ABORTO CONSENTIDO.

En relación a los sujetos activos:

a) Según la Calidad.- De sujeto común o indiferente; respecto al tercero que realiza la conducta, delito propio, exclusivo o de sujeto calificado por cuanto a la mujer que consiente la conducta abortiva.

En el aborto consentido son sujetos activos tanto la mujer embarazada que consiente el aborto, como el tercero que realiza en el cuerpo de ella maniobras abortivas.

b) Según el número.- Delito plurisubjetivo propio o de concurso necesario, en virtud de que esta figura requiere cuando menos de dos sujetos activos: el que realiza el aborto y la mujer embarazada que consiente el mismo.

En relación a los sujetos pasivos:

a) ES FUNDAMENTALMENTE UN DELITO PERSONAL, por cuanto recae la muerte sobre el producto de la concepción, de entidad física y merecedor de la protección penalística.

b) DELITO IMPERSONAL, respecto al sujeto pasivo mediato que lo es la sociedad.

II.- ABORTO SUFRIDO.

En relación al sujeto activo :

a) Según la calidad.- Delito de sujeto común o indiferente, ya que la ley no exige ninguna calidad en él y puede realizarlo cualquier persona, siempre que sea imputable.

b) Según el número.- Monosubjetivo o de concurso eventual de sujetos, cuando intervienen dos o más sujetos en la práctica del aborto,

En relación a los sujetos pasivos :

a) Delito personal.- Por recaer el atentado contra la madre quien sufre la conducta delictiva en el cuerpo y en el feto al privársele de vida.

b) Delito impersonal.- Por ser sujeto pasivo la sociedad.

III.- ABORTO PROCURADO.

En relación al sujeto activo :

a) Según calidad.- Delito propio, exclusivo o de sujeto calificado.pués únicamente la mujer encinta puede cometerlo realizando en su cuerpo maniobras abortivas, o bien omitiendo el deber de obrar con causación de la muerte del feto.

b) Según el número.- Delito monosubjetivo, ya que solo la mujer grávida puede ser sujeto activo.

En relación al sujeto pasivo :

a) Delito personal.- Por ser el sujeto pasivo inmediato o directo el feto.

b) Delito impersonal.- Por tenerse a la Sociedad como sujeto pasivo mediato.

MARCELA MARTÍNEZ ROARO⁴¹, clasifica al delito de aborto en relación al hecho :

- a) LA CONDUCTA.- De acción y comisión por omisión.
- b) EL RESULTADO.- Material, formal (Solo en el sujeto activo propio, por el solo hecho de consentir), de daño e instantáneo.

En cuanto a la tipicidad :

a) OBJETO JURÍDICO TUTELADO.- La vida del producto de la concepción y el derecho a la maternidad de la mujer embarazada.

b) OBJETO MATERIAL.- El cuerpo de la mujer embarazada.

c) SUJETOS:

- 1.- Activo.- Común y unisubjetivo.
- 2.- Pasivo- Personal, con calidad; el producto de la concepción, la mujer embarazada y plurisubjetivo.

d) REFERENCIA DE TIEMPO.- Cualquier momento de la preñez.

e) REFERENCIA DE MEDIOS.- Violencia física o moral.) solo en el aborto contra la voluntad de la embarazada).

Clasificándolo en orden al tipo :

- a) Complementado agravado.
- b) Subordinado.
- c) Complejo.
- d) Normal.
- e) De formulación amplia.- Aborto sin consentimiento.
- f) De formulación casuística.- Aborto contra el consentimiento de la mujer.

⁴¹ Op. Cit. Págs. 287 y 288.

2.5 ASPECTOS NEGATIVOS

Una vez realizada una somera exposición de la clasificación del delito de Aborto en orden a la conducta, al resultado y a los sujetos, para efectos del presente trabajo, se impone hacer un breve bosquejo de los aspectos negativos del delito en estudio, ya que precisamente este trabajo se basa en uno de ellos, por lo anterior, se citan algunas consideraciones al respecto:

1.- Por cuanto hace a la antijuridicidad, nuestra legislación refiere el Estado de Necesidad, al no sancionar el aborto terapéutico practicado ante la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada. Este conflicto de bienes surge de la necesidad de salvar la vida de la mujer sacrificando la vida del embrión, admitiendo el criterio de la preponderancia de intereses.

Respecto de la culpabilidad en el aborto; en el aborto consentido se excluye la culpa pues se requiere la actuación de un tercero y el consentimiento de la mujer grávida para producir el resultado. Este tipo es de dolo necesario ya que requiere la representación del hecho y de su ilicitud.

En el aborto procurado, solo es punible cuando se comete dolosamente, pues el dolo se refiere a la intención en el resultado.

Siguiendo el criterio de PAVON VASCONCELOS, el aspecto negativo de la culpabilidad en el aborto puede presentarse:

a) **INculpABILIDAD** por error de hecho, esencial e invencible, debiendo incluirse en esta clasificación:

- 1.- El estado de necesidad putativo.
- 2.- La legítima defensa putativa.
- 3.- El cumplimiento de un deber putativo.

b) **INculpABILIDAD** por no exigibilidad de otra conducta.

Dentro de ésta última forma de inculpabilidad, doctrinariamente encuadran el llamado aborto *Honoris causa* y el denominado aborto por

causas sentimentales. Este último según criterio de los tratadistas, principalmente el que se está refiriendo, encuentra su regulación cuando se dispone en él la impunidad, cuando el embarazo sea resultado de una violación.

2.6 EL ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO

Establece el Artículo 257 del Código Penal en vigor para el Estado de México:

"Se impondrá al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino"

I.- De tres a ocho años de prisión y de cuarenta a cuatrocientos días - multa, si se obra sin consentimiento de la mujer embarazada;

II.- De uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días - multa, si se obra con consentimiento de la mujer.

De numeral en mérito, se extrae la existencia de dos elementos materiales descriptivos de dicho tipo penal genérico:

- a) Al que provoque la muerte del producto de la concepción, y
- b) En cualquier momento del embarazo intrauterino.

Respecto del inciso a', es menester señalar, que el sujeto activo lo es cualquier persona, por lo que es incalificado "al que provoque", se refiere a causar el aborto, en consecuencia debe existir una relación de causa efecto entre el hecho perpetrado por el agente y el resultado dañoso. Debe existir una conducta, un resultado y un nexo de causalidad. Los medios empleados deben ser materiales e idoneos. Es un delito doloso.

Por cuanto hace al inciso b', hace la referencia temporal al señalar "en cualquier momento del embarazo intrauterino". Aquí es necesario detenerse a examinar con cuidado lo que se ha apuntado con anterioridad, el embarazo es el periodo comprendido desde el momento de la concepción hasta el parto (referencia temporal), mismo que necesariamente se produce en el seno materno, por lo que resulta ocioso repetir embarazo intrauterino, pues precisamente el presupuesto material del delito en estudio, lo es el estado de gravidez de la mujer, por lo que no puede ser extrauterino y, el aborto, en la especie, es la muerte

dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno, con lo cual también se sigue la muerte del feto.

Lo antes mencionado a simple vista parece un aserto incuestionable, sin embargo, es necesario mencionar que en la actualidad cuando se habla ya de "hijos de probeta", "embarazos extrauterinos", tal aserto empieza a ser cuestionable, pues si bien es cierto no es algo común, tal parece esa posibilidad actualiza una sombra sobre las bases semánticas y ontológicas del delito en estudio, y el término "embarazo intrauterino" no implicaría una redundancia, sino una diferenciación con otro término como lo sería "embarazo extrauterino", para efectos, tal vez, de una nueva clasificación en el tipo de aborto.

La fracción I del numeral en comento, refiere a un sujeto activo no calificado, y a la ausencia del consentimiento de la mujer grávida. Es el caso del aborto sufrido.

La fracción II del mismo precepto legal, refiérase al aborto consentido, que requiere un sujeto activo no calificado y el consentimiento de la mujer grávida para el evento criminoso.

El Artículo 258 del mismo Ordenamiento Legal antes citado establece:

"Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que corresponden conforme al artículo anterior, se les suspenderá de dos o cinco años en el ejercicio de su profesión"

Al respecto reproducimos el comentario que hacen RAUL CARRANCA y TRUJILLO y RAUL CARRANCA y RIVAS, por considerarlo atinado para ello: "Lo mismo tratándose del aborto consentido que de aborto sufrido, el sujeto activo en el caso de la aplicación del Artículo (331 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal) es calificado: solo pueden serlo un médico en sus diversas ramas profesionales o una partera. La Ley reglamentaria de los Artículos 4 y 5 Constitucionales, de diciembre de 1944, no reconoce la profesión de cirujano, sino sólo la de médico en sus diversas ramas profesionales, y la de partera. Tampoco existe legalmente reconocida la profesión de comadrón.

Ahora bien, la cirugía es una especialidad de la profesión médica; por tanto, cabe dentro de la denominación legal de "médico en sus diversas ramas profesionales".

Comadrón es el médico que asiste a la mujer parturienta; por lo que también está comprendido en aquella denominación legal. Pero cuando se trata de comadrón práctico, o sea sin título profesional, no le es aplicable la calificativa que se refiere el Artículo comentado⁴².

El numeral 259 del Código Sustantivo Penal para el Estado de México, refiere:

"Se impondrán de uno a tres años de prisión, a la mujer que diere muerte al producto de su propia concepción o consintiere que otro se la diere.

Se impondrán de seis meses a dos años de prisión, si hubiere dado muerte al producto para ocultar su deshonra"

En el primer supuesto se refiere al auto - aborto, ya que la madre es el sujeto activo del delito, pues la mujer no hace sino procurar su aborto. Asimismo, cuando refiere que "consintiere que otro se la diere", se refiere a la mujer embarazada dé su consentimiento para que otro realice las maniobras abortivas en ella, por lo que estamos en presencia del aborto consentido.

En el segundo supuesto de la norma en comento, se refiere al aborto por causas de honor u honoris causa, atenuando la pena o bien privilegiado en la penalidad. Cabe señalar al respecto que en este sentido, es más explícita y mejor formulada la descripción que hace el numeral 332 del Código Penal para el Distrito Federal, pues detalla cuáles son las causas de honor para ocultar la deshonra.

Por último, el Artículo 260 del Código Penal para el Estado de México, señala:

"No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

⁴² Op. Cit. Pág. 784.

I.- Cuando aquélla sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada;

II.- Cuando el Embarazo sea el resultado de un delito de violación,
y

III.- 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 ésto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Por cuanto hace a la fracción I del numeral en estudio, se refiere a la excusa absolutoria únicamente por culposidad de la mujer embarazada, con ausencia de conciencia y voluntad de causa en el resultado material.

Sin embargo, al respecto refieren RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO y RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS⁴³, "Pudiere darse la imprudencia de la mujer conjuntamente con la de un tercero. No por ello será punible el aborto, pues la excusa absolutoria está configurada en la ley en consideración a la maternidad involuntariamente frustrada".

En relación a la fracción II, existe discrepancia en la doctrina para su tratamiento, ya que tanto FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP y LUIS JIMENEZ DE ASÚA, opinan que este tipo de aborto no es punible en razón de constituir una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, denominándolo aborto por causas sentimentales. RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO y RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS, estiman que esta excusa absolutoria se funda en el derecho de la mujer a la voluntaria y no forzada maternidad.

FERNANDO CASTELLANOS TENA⁴⁴, citando a LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, refiere "con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Azúa, expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de ininputabilidad no hay deficiente y en las excusas absolutorias no hay pena".

⁴³ Op. Cit. Pág. 785.

⁴⁴ Op. Cit. Pág. 182.

De ello se desprende que se trata de adecuar la conducta abortiva en la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o bien como ausencia de punibilidad. Esto será cuestión de estudio adelante, por lo que por el momento únicamente se hacen las referencias.

La fracción III, se refiere al estado de Necesidad o aborto terapéutico y se excluye la antijuridicidad.

" ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA VIOLACIÓN "

3.1 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA VIOLACIÓN

Con anterioridad fué común a todas las legislaciones agrupar bajo un concepto genérico la violación, los abusos deshonestos y el rapto, los cuales se distinguían solo por la penalidad aplicable en cada caso, que se caracterizaban por su dureza y severidad.

Por ejemplo, en Egipto se penaba con la castración y entre los hebreos con la pena de muerte o multa, según fuera la mujer casada o soltera; (Deuteronomía 25. XXII), en Grecia se castigaba al violador con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si ésta consentía y, en caso contrario, se le condenaba a muerte; la Ley de los sajones, la castigaba con una multa si la víctima concebía.

Cita GONZALEZ BLANCO⁴⁵, que el edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además si era noble y rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes; en Inglaterra, Guillermo el Conquistador, impuso la pena de ceguera y castración; y la Constitución Carolina (Cap. XXXV), la pena de muerte.

La Ley Julia de Vis Pública, castigaba con la pena de muerte la unión sexual violenta de cualquier persona. Por su parte el derecho Canónico, solamente consideró la violación en el caso de que hubiera desfloración y se obtuviera ésta en contra de la voluntad de la mujer, pero propiamente lo que aceptaba era "estrumum de adulterum".

En la legislación española, antecedente de la nuestra, encontramos que en el derecho Juzgo, Lib. III Tít. V., se castigaba al forzador si era hombre libre con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo de la mujer a quien forzaba, y si era siervo, se le quemaba. Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio, si ésta prohibición infringía, quedaba en calidad de siervo.

⁴⁵ GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO.- Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo. Pág. 136.

ALBERTO KVIKTO⁴⁶, señala al respecto, en el Fuero Juzgo Libro III, Título IV. Se los adulterios y de los fornicios. Ley XIV Si el omne libre ó siervo fiziere fornizio ó adulterio por fuerza con la mujer libre. Si algún omne fiziere fornizio ó adulterio con la mujer libre, si el omne es libre reciba C. Azotes. é sea dado por siervo á la mujer que fizo fuerza; é si es siervo, sea quemado en el fuego y el omne libre que por malfecho fuere metido en poder de la mujer, en ningún tiempo non pueda casar con ella. E si por aventura ella se casar con él en alguna manera, pues aquel recibiere por siervo, por pena desde fecho sea sierva con todad sus cosas de los herederos mas propinquos.

En el Fuero Viejo de Castilla. Libro Segundo - Título - II - los que fuerzan la mugeres. Ley III: Este es fuero de Castiella. Que si alguno fuerza muger, e la muger dier querella al merino del rey, por tal racon como esta, o por quebrantamiento de camino, o de Ygresia, puede entrar el merino en las behetrias, o en los solares de los Fijosdalgos em pos del malfechor para facer justicia, é tomar condicho, mas develo pagar luego; e aquella muger, que dier la querella, que es forçada, si fuer el forfecjo en yermo, á la primera Viella, que llegare, deve echar las tocas, e en tierra arrastrarse, e dar apellido diciendo: Fulan me forco, si le conoscier; si nol conoscier, deiga la señal de él; e si fuer muger virgen, deve mostrar su corrompimiento a bonas mugeres, las mejores que fallere, e ellas probando esto, devel responder aquel, a que demanda, e si ella ansi non lo ficier, non es la querella entera e el otro puedese defender; e si lo conocie el facedor, e ella lo provare con dos varones, o con un varon e dos mugeres de buelta, cumple sua prueba en tal racon. E si el fecho fuer en logar poblado, deveella dar voces, e apellido, alli dó fuer el fecho e arrastrarse diciendo : Fulan me forcó, e cumplir esta querella enteramente, ansi como sobredicho es, e si non fuer muger, que non sea virgen, deve cumplir todas estas cosas, fuera de la muestra de catarla, que debe ser de otra guisa; é si este que la forcó se pudier auer, deve morir por ello, e si non lo podiere auer, deven dar a la querellosa trescientos sueldos, e dar a él por malfechor, e por enemigo de los parientes della; e quando l'podieren auer los de la justicia del Rey, matarle por ello.

⁴⁶ KVIKTO, LUIS ALBERTO. La Violación. Pág. 15

Es decir, en el fuero Viejo de Castilla, se encuentran tres leyes, de las cuales dos se refieren a la violación y en las cuales se castiga al ofensor con la pena de muerte. En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del libro IV, Tít. X., hacen referencia a la violación sin distinguirla del raptó y se sancionaba con la pena de muerte, cuando era cometida en mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesá; igual pena se estableció en las Leyes de Estilo; por último la Ley 3a. Tít. XX de la partida VII, que también involucra la violación con el raptó, al prescribir que "robando algún hombre alguna mujer viuda, de buena fama o virgen o casada, o religiosa y yaciendo con alguna de ellas por fuerza", se le confiscaban sus bienes de pagar con su vida el ultraje cometido.

3.2 D E F I N I C I Ó N

Hechas algunas referencias históricas del delito de violación, cabe ahora continuar con la definición doctrinaria del delito en estudio, por ello se citan algunas de las que nos refieren autores eminentes.

MARIANO JIMÉNEZ HUERTA⁴⁷, define la Violación como "El acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo por medio de la fuerza física o moral fuere cual fuere su sexo", agregando dicho autor, que es el delito más grave contra la libertad sexual de las personas.

PORTE PETIT⁴⁸, la define como: "Por violación propia debemos entender la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva".

SEBASTIAN SOLER⁴⁹, define este ilícito como: "El acceso carnal con una persona de uno u otro sexo con violencia real o presunta".

GONZÁLEZ DE LA VEGA⁵⁰, dice "Imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o de la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de la Instituciones penales como en la doctrina y en la legislaciones contemporáneas constituye la esencia del verdadero delito sexual".

Por su parte FRANCESCO CARRARA⁵¹, lo define como "El conocimiento carnal real sobre una persona que resulta y se logre por medio de la violencia verdadera o presunta".

GIUSSEPPE MAGGIORE⁵², refiere al respecto que "Consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencia o amenaza".

⁴⁷ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Pág. 250.

⁴⁸ CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP. Ensayo dogmático del Delito de Violación.

Pág. .

⁴⁹ SOLER, SEBASTIÁN. Derecho Penal Argentino. Pág. 281.

⁵⁰ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Pág. 142.

⁵¹ CARRARÁ, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. VOL. II TOMO IV. Págs. 250 - 266.

⁵² GIUSSEPPE MAGGIORE. Derecho Penal Italiano. TOMO IV Pág. 56.

Tomando en consideración las definiciones anteriores, es menester hacer un somero estudio del bien jurídico tutelado en éste ilícito, los sujetos del mismo, así como sus elementos, ya que de conformidad con las definiciones de los ilustres doctrinarios, se desprende tal necesidad pues tales elementos se encuentran ínsitos en las definiciones vertidas, por ello a continuación se desarrolla cada uno de éstos.

3.3 BIEN JURÍDICO TUTELADO

Cabe señalar al respecto algunas opiniones en referencia al tópico que nos ocupa, al efecto GONZÁLEZ DE LA VEGA⁵³, considera que el bien jurídico tutelado concierne a la Libertad Sexual, contra el ayuntamiento carnal impuesto por la violencia y constituye el máximo ultraje. Ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo ofendido anulando así su resistencia (Violencia Física) o bien por empleo de amagos graves que, por la intimidación que produce o por evitar otros daños, le impide resistir (Violencia Moral). Tanto con la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual indeseado, ofreciéndose así el Derecho Penal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

Por otra parte, JIMÉNEZ HUERTA⁵⁴, opina que es este el delito más grave contra la Libertad Sexual y el bien jurídico tutelado es "El derecho que al ser humano corresponde por copular con la persona que libremente su voluntad escoja y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su agrado". De donde se deduce que el bien jurídico tutelado lo es la libertad sexual, coincidiendo al respecto con autores tales como MEZGUER, ANTOLISEI, MANFREDINI, RANIERI, PANAIM y CONTIERI.

Al respecto de la temática tratada SEBASTIAN SOLER⁵⁵, alude que el bien jurídico tutelado lo es la libertad sexual, como característica específica de esta figura, y siendo esta libertad la más importante no podrá ser vulnerada separadamente de la libertad misma, y queda absorbida por la figura de la violación la acción de sujetar a la víctima y cualquier forma de privación de la libertad para realización del acto mismo".

CELESTINO PORTE PETIT⁵⁶, señala las siguientes opiniones de doctrinarios:

⁵³ Op. Cit. Pág. 143.

⁵⁴ Op. Cit. Pág. 143.

⁵⁵ Op. Cit. Pág. 282.

⁵⁶ Op. Cit. Págs. 33, 34, 35 y 36.

MANFREDINI, SALTELLI, ROMAN DI FALCO, consideran como bien jurídico tutelado la Libertad Sexual.

FONTAN BALESTRA y EUSEBIO GÓMEZ, consideran como bien jurídico tutelado La Libertad Individual, al respecto **EUSEBIO GÓMEZ** dice, Que el bien lesionado lo es también la honestidad, es decir el pudor individual, implicando un ataque a la libertad sexual".

MANZINI, expresa que el bien jurídico en consideración no es siquiera aquél de la libertad sexual, en sentido estricto, porque el delito puede cometerse también en relación con persona del mismo sexo, en cuyo caso la conjunción carnal no representa una violencia sexual, en sentido propio, incluyendo esta idea de una relación del sexo, es decir, entre hombre y mujer, terminando en el sentido de que el objeto de la tutela penal es la Inviolabilidad Carnal, punto de vista que comparte **VANNINI**.

3.4 SUJETOS DEL DELITO

En relación a los sujetos del delito en estudio, encontramos algunas discrepancias entre los doctrinarios, pues algunos arguyen la posibilidad de que la mujer sea también activo en el delito, tal es la postura que asume JIMÉNEZ HUERTA⁵⁷, quien cita la frase "tenga cópula"; que gramatical y conceptualmente tiene un significado mucho más amplio que plantee proyectarla tanto sobre el varón como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el activo del delito sea quien accede o penetra, ya que desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento físico del miembro viril con la parte externa de la cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe con el solo hecho de que se produzca acceso o penetración, con independencia de quien fué el activo y quien el pasivo del indicado hecho contemplado y su significado penalístico.

En consideración a lo anterior, SEBASTIAN SOLER⁵⁸, opina: "" en relación al sexo de los sujetos activo y pasivo, solo el hombre puede ser activo, para tal efecto dicho autor, toma como base la expresión "acceso carnal", pues dice que éste significa que hay entrada o penetración y no compenetración, por tanto quien tiene acceso es el que penetra.

Por su parte FRANCESCO CARRARA⁵⁹, admite la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo en el caso de violencia moral, pero no de violencia física. EUSEBIO GÓMEZ, es de la opinión de CARRARA, agregando que "sujeto activo de la violación puede ser no solamente el hombre, sino también la mujer, porque no es absurda la suposición de que una mujer procure tener contacto carnal con un hombre mediante intimidación. Tampoco debe excluirse la posibilidad de violencia física de la mujer sobre el hombre, con el fin expuesto.

Sujeto activo de la figura del delito de Violación, es cualquiera en tanto un hombre como una mujer; la solución genérica de la ley no dá ninguna limitante, ni por otra parte, subsiste imposibilidad de violencia de mujer a hombre; por tanto, sujeto activo puede ser tanto un hombre

⁵⁷ Op. Cit. Pág. 239.

⁵⁸ Op. Cit. Pág. 282.

⁵⁹ Op. Cit. Pág. 122.

como una mujer. Al respecto MANFREDINI refiere, nosotros nos encontramos en una imposibilidad de una violación de una mujer sobre un varón, ya que la coacción puede efectuarse no solo físicamente: como por ejemplo, actuando sobre el sentido moral del deber de abstención, que puede coexistir cualquiera el porer de inhibición ético - psicológico, sin que se torne imposible el mecanismo de la función.

GONZÁLEZ DE LA VEGA⁶⁰, en relación a la temática tratada alude en relación al Artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, reformado por decreto del 20 de diciembre de 1990,) D. O. 21 enero 1991), que "En esta reforma, el discutido tema de que si la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, queda aclarado ya que puede ser ella quien introduzca un instrumento rígido distinto del miembro viril en otra persona".

Entratándose del sujeto pasivo, JIMÉNEZ HUERTA⁶¹, apunta que existe un problema en cuanto si debemos considerar como sujetos pasivos a las prostitutas y dice, tenemos como ejemplo la legislación española y argentina en las cuales el delito de Violación está incluido en el Título delitos contra la Honestidad, a lo cual se argumenta que la prostituta carece de honestidad y es un ser inmoral y de malas costumbres, pero que la cuestión no debe ser resuelta con base en la estructura formal que preside la agrupación o sistematización de los delitos, sino desentrañándose la sustancial realidad del interés tutelado en cada tipo penal. La prostituta puede ser sujeto pasivo de la violación, la razón que el bien jurídico tutelado lo es la libertad sexual, y así su triste realidad social no la manifiesta sin libertad y como despojo humano.

En torno al sujeto pasivo, cabe destacar que éste puede ser cualquier persona independientemente del sexo.

Respecto a la edad de los sujetos pasivos, SEBASTIAN SOLER⁶² refiere:

- SUJETO PASIVO.- Menor de doce años, en éste caso se presume Violación por vía irrefragable, de modo que la simple fornicación constituye delito, por total inexperiencia de la víctima.

⁶⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Pág. 389.

⁶¹ Op. Cit. Pág. 273.

⁶² Op. Cit. Pág. 284.

- VICTIMA MAYOR DE QUINCE AÑOS.- En este caso no basta la seducción, es necesario el fraude para la comprensión de la figura del delito la sustitución del término virginidad por honestidad y que la supresión de la seducción como requisito toda vez que ésta es tradicionalmente presunta, según la edad.

- SUJETO PASIVO MAYOR DE DOCE AÑOS Y MENOR DE QUINCE.- Se presume la seducción, porque tratándose de una mujer honesta debe entenderse que se ha entregado.

PORTE PETIT⁶³, hace alusión de dos corrientes con respecto a los sujetos activo y pasivo:

- Aquella encabezada por autores que admiten que el hombre o la mujer pueden ser sujetos activos del delito de violación, ya se trate de la vis absoluta o de la vis compulsiva.

Quienes sostienen que el hombre es sujeto activo de este delito cuando se trata de la vis absoluta o la vis compulsiva, y la mujer respecto de ésta última.

⁶³ Op. Cit. Pág. 40.

3.5 ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

FRANCESCO CARRARA⁶⁴, sostiene que la esencia de hecho del delito de violación, está constituido por dos elementos:

- **EL CONOCIMIENTO CARNAL.**- Hace que este delito se diferencie del simple ultraje violento contra el pudor ; pero es necesario que se haya consumado la cópula para que se mantenga el título de violencia carnal; basta que la cópula haya sido con el fin del agente y que los actos de éste no se haya dirigido a un simple desahogo de la propia sensualidad, sin tender a la consumación del coito.

- **VIOLENCIA.**- En este elemento, generalmente, se sostiene que puede ser ejercida por el hombre sobre la mujer; pero mal podrá configurarse la violencia carnal consumada por la mujer sobre el hombre, dentro del término de violencia física, y por esto los doctores suponen comunmente esta hipótesis dentro de la violencia moral.

Para este tratadista, existen dos tipos de violencia, a saber:

- **VIOLENCIA PRESUNTA.**- Se presenta por ejemplo en el caso de una mujer ebria o dormida violada, quien en su voluntad decididamente contraria al abuso sufrido, suministra el elemento subjetivo de la violencia, así como el elemento subjetivo lo suministra las fuerzas naturales o artificiales que el culpable empleó como instrumento de su maldad para vencer esa voluntad opuesta a la suya.

- **VIOLENCIA VERDADERA.**- Entre las prácticas nació la doctrina que equipara la violencia verdadera empleada contra la mujer para someterla a los propios deseos y la violencia figurada, cuyo origen no se sitúa en el sujeto activo, ni en actos de fuerza o amenaza empleados con el fin de subyugar la voluntad ajena. Esta violencia deberá ser:

- **SERIA**, cuanto está exenta de simulación y refleja una auténtica voluntad contraria.

⁶⁴ Op. Cit. Pág. 239.

- **CONSTANTE**, cuando es mantenida hasta el momento último excluyendo aquella que exista a comienzo y después cede para participar en el recíproco goce.

En relación a los elementos señalados, apunta MARCELA MARTÍNEZ ROARO⁶⁵, que desde los antiguos juriconsultos se atendía a cuatro presunciones para determinar la existencia de la violación:

- 1.- Que la resistencia de la víctima fuere siempre constante e igual.
- 2.- Que entre la fuerza del agresor y la agredida existiera una evidente desigualdad.
- 3.- Que la agredida demandara auxilio.
- 4.- Que la mujer presentara en su cuerpo huellas y señales que atestiguaran el empleo de la fuerza.

Otro elemento lo es pues, la fuerza moral, ésta es dirigida al sujeto pasivo con respecto a otra u otras personas o cosas ligadas a ella, de tal manera que estando de por medio la intimidación sea necesario que ceda la víctima. En cuanto a este tipo de violencia moral, se dice que no basta cualquier tipo de amenaza para constituir la violencia psíquica, sino como refiere RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO y RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS⁶⁶, "la violencia sea física - vis absoluta - o sea moral - vis compulsiva -, es el medio operatorio señalado por la ley para la obtención del acceso carnal. Ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se presente como la causa inmediata y directa de dicho acceso".

Por cuanto hace a la cópula, apunta JIMÉNEZ HUERTA⁶⁷, que la cópula en su acepción sexual, significa unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas, y que la unión o ayuntamiento ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de la cavidad natural del cuerpo ajeno, requiere del acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral, pudiendo ser dicha cópula incompleta.

⁶⁵ MARTÍNEZ ROARO, MARCELA. Delitos Sexuales. Pág. 235.

⁶⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL y CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL. Código Penal Anotado. Pág. 641.

⁶⁷ Op. Cit. Pág. 269.

Esta cópula puede realizarla el varón en la mujer y el hombre a un hombre (anal u oral), ya que son indiferentes las cualidades del sujeto pasivo, pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser pasivos.

3.6 EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO

Contempla el Artículo 279 del Código Penal en vigor para el Estado de México, que: "Se impondrán de tres a ocho años de prisión, y de cincuenta a setecientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días - multa, si la persona ofendida fuere impuber".

Artículo 280.- Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años.

Artículo 281.- Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días - multa, cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas.

Artículo 282.- Se impondrán de uno a tres años de prisión, además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden cuando el delito de violación fuere cometido por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra de su hijastro. En los casos en que ya ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos les proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido hasta por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión.

De lo anterior y entrando a un breve bosquejo dogmático del delito de aborto, encontramos:

- Clasificándolo en orden a la conducta, es de acción y es unisubsistente.

- Clasificándolo en orden al resultado es formal, instantáneo y de daño.

- En cuanto a la Tipicidad, el objeto jurídico protegido lo es la libertad sexual, el objeto material lo es el sujeto pasivo.

- a) Sujeto Activo.- Común o propio y uni o plurisubjetivo.

- b) Sujeto Pasivo.- Personal sin o con calidad especial y unisubjetivo.

Clasificándolo en orden al tipo.- Fundamental , autónomo y subordinado, normal, de formación casuística, alternativamente formado en cuanto a los medios (violencia física o moral) y alternativamente formado en cuanto al sujeto pasivo.

La Antijuridicidad.- Conducta contraria a derecho.

La Imputabilidad.- Capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

La Culpabilidad.- Solamente puede cometerse en forma dolosa.

**" NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXENCIÓN DE LA
PENAL EN EL ABORTO LLAMADO 'POR CAUSAS
SENTIMENTALES' "**

4.1 DISCUSIÓN DOGMÁTICA

Dentro de la clasificación del aborto, encontramos una especie de aborto no punible, que es el realizado por causas sentimentales, o también denominado "aborto por maternidad consciente", que es al que se refiere la fracción II del Artículo 260 del Código Punitivo en vigor para el Estado de México, y que reza al tenor de lo siguiente:

Artículo 260.- No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

Fracción II.- Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación.

De ésta redacción, similar a la del numeral 333 del Código Penal para el Distrito Federal, existen diversos criterios respecto a su debida clasificación, pues si bien es cierto que la doctrina está de acuerdo en la exclusión de la incriminación de tal aborto, atendiendo a que sería injusto y hasta inhumano el obligar a una mujer a dar a luz, soportando previamente el embarazo de un ser no solamente no deseado sino hasta incluso odiado, resultado en una violentación sexual en holocausto de su persona, que sería recordada día tras día en el embarazo y con el producto mismo de tal hecho; es donde se funda en el plano social, ético y ontológico, la legitimación de hacer impune tal aborto; sin embargo, en donde existe discrepancia dogmática, es en fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de la pena establecida en el numeral en comento, de donde según PORTE PETIT⁶⁸, hay cuatro corrientes al respecto:

- a) La primera sostiene que se trata de una causa de justificación.
- b) La segunda le dá el rango de una causa de inculpabilidad.
- c) La tercera la sitúa como excusa absolutoria, y
- d) La última incrimina como delito tal especie de aborto.

Respecto de la primer corriente está el que considera que estamos frente a un estado de necesidad. Así piensa VANNINI, cuando dice que

⁶⁸ CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP. Dogmática de los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Pág. 414.

"el delito está excusado por el estado de necesidad (aborto terapéutico, aborto para salvar el honor sexual de la mujer víctima de violencia carnal)", MANZINI, considera que la mujer violada encinta se encuentra en las condiciones presupuestas por las circunstancias justificante del estado de necesidad, porque las consecuencias dañosas de la violación, o sea, la gravedad, constituye la causa creadora del peligro actual de un daño grave a la persona, y que, en tanto permanecen dichas consecuencias, la mujer está autorizada a remover la causa dañina o amenazadora mediante el aborto, y razona: "A la objeción de que la gravedad en sí mismo no es un estado peligroso o dañoso, se responde que, para valorar el peligro y el daño por remover, se precisa referirse a las causas que lo han creado y a la psicología del agente. El peligro de daño grave a la persona, aunque no se le haga consistir en la gravedad, puede descubrirse en las consecuencias familiares, morales y sociales derivados del parto... Incluso si se quisiera excluir la discriminante del estado de necesidad, el aborto procurado en las hipótesis expuestas no constituiría delito, porque toda persona está autorizada por el orden jurídico general a remover, apenas pueda, con cualquier medio proporcionado, las inmediatas e inminentes consecuencias de un delito, en cuanto que de esta manera actúa la voluntad de la ley, especialmente en un sistema que, como el nuestro, incrimina el aborto procurado no tanto para tutelar la vida del feto como en el interés de la integridad y de la salud de la raza. El contraste entre el interés que constituye el objeto jurídico de los delitos de aborto, y el castigo del aborto procurado en las condiciones mencionadas, se manifiesta particularmente estridente en el caso de la violación por parte del enemigo, porque la inseguridad de la raza no solo no se favorece, sino que resulta manifiestamente perjudicada por el cruce de razas. Por otra parte aunque se quiera considerar el hecho de que se trata, sería inhumano obligar a una mujer, que ha sufrido el daño de violación carnal a soportar también el de la gravedad por consideración a un ser en formación, el cual, no habiendo salido a la vida, no es sujeto de ningún derecho. El derecho penal no puede ni debe nunca estar en pugna con el sentimiento de humanidad. El rigor de la interpretación y las pedanterías doctrinarias deben ceder a las exigencias del sentimiento común de la razón, siendo que la ley tiene suficientes recursos para ofrecer la manera de evitar semejantes contrastes.

Así por ejemplo, si el juez no quiere admitir los mencionados motivos de objetiva discriminación, podría absolver de acuerdo con el artículo 50, porque el imputado creyó por error ejercitar un derecho, (Y actuar en estado de necesidad.)"

Dentro de este primer grupo, existe también otro criterio diverso al considerar este tipo de aborto frente a un estado de necesidad, dicha corriente en México, está abanderada por el Maestro JIMENEZ HUERTA, quien después de rechazar que se trate, en el caso que nos ocupa, de una causa de inculpabilidad, asienta que el aborto perpetrado sobre una mujer embarazada como efecto de una violación, cuando se efectúa dentro de los cauces naturales que se derivan de la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho.

Así, refiere, JIMÉNEZ HUERTA⁶⁹, "No es fácil fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de pena establecida en el Artículo 333. (Correlativo a la fracción II del numeral 260 del Código Punitivo en vigor del Estado de México). A primera vista dijérase que nos hallamos ante una concreción legal de la causa de inculpabilidad conocida con el nombre de "no exigibilidad de otra conducta", habida cuenta de que a la mujer que ha sido fecundada en tan dramático suceso criminal no se le puede exigir que respete la vida embrionaria del concebido. Como la Ley lo exige en todos los demás casos en que perpetró en ella tan gravísima ofensa. Esta fundamentación juri - humanamente el orden jurídico puede y debe hacer, imponerla con la amenaza de una pena, que durante los largos meses de la concepción amadrigue en sus entrañas una vida oriunda del aborrecido ser que no concurre tan odiosa circunstancia. Sería exigir más de parientes ligados a ella por vínculos psico - sociológicos de identidad personal. Empero, con la impunidad establecida en el Artículo 333 se proyecta sobre cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto, obvio es que dicha exención tiene un alcance que desborda y supera el de la mera referencia personal entre el acto y el autor que ontológicamente corresponde a la "no exigibilidad". El médico, por ejemplo, que da muerte al producto de la concepción a pedimento de la mujer violada es ajeno a las circunstancias personales e individualizadoras que en ella concurren, y a pesar de que tampoco está ligado a ésta por vínculos de identidad personal, su conducta, según el

⁶⁹ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano Tomo II. Págs. 192 - 194.

artículo 333, también queda impune. Esto evidencia que esta exención de pena no enraza en una causa de inculpabilidad.

La naturaleza jurídica de la pena de exención restablecida en el artículo 333 -descartada su raíz subjetiva y personal- ha de ser hallada en el ámbito de la valoración normativa. Es incontrovertible, dado el alcance objetivo y general del precepto, que el orden jurídico otorga a la mujer el derecho de no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual, pues, como bien afirma Manzini, cada uno está autorizado por el orden jurídico general a remover apenas pueda, con cualquier medio proporcionado, la inmediata e inminente consecuencia de un delito. El aborto perpetrado sobre una mujer embarazada a consecuencia de una violación, cuando se efectúa dentro de los cauces naturales que se derivan de la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho.

El Código Penal no fija de una manera expresa aquellas circunstancias que impiden que el aborto producido sobre una mujer violada sea un comportamiento ilícito. Cumple, pues, al intérprete reconstruir el sistema imperante, el cual del subsuelo aflora a la superficie tan pronto como se capta la naturaleza justificante que se establece en el Artículo 333. Y en ésta labor, exhumadora y evocadora de las esencias, ideas y vivencias jurídicas que como corrientes subterráneas discurren por las tierras profundas del Código Penal, el consentimiento de la mujer embarazada es fontana que alumbró la licitud en exámen, pues si se proclama el derecho a una maternidad libre y la facultad de remover las consecuencias inmediatas e inminentes dejadas por la violación sufrida, es intuitivo que el ejercicio de este derecho en forma primigenea compete a la mujer.

Por último, refiere que en México, PORTE PETIT, afirma que si una mujer tiene la facultad de resistir una violación, le asiste también el derecho de hacer desaparecer los efectos de ella, mientras éstos persistan en su daño, efectos que producen un estado antijurídico en su persona, y al hacerlos cesar, lejos de atentar contra el derecho, contribuye a restablecerlo.

En una obra posterior, el destacado jurista varía su criterio, pues considera que el ejercicio de un derecho no puede funcionar "porque sería admitir el ejercicio del derecho de matar", y se adhiere a los que opinan que la impunidad se funda en la no exigibilidad de otra conducta. El argumento que tuvo presente el notable penalista para variar su criterio no puede convencernos, sostiene JIMÉNEZ HUERTA, pues encierra un sofisma, habida cuenta que la admisión de un derecho de matar es algunas veces secuela jurídica y lógica de diversos institutos penales, V. gr. la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho. Por otra parte, hubiere, sido interesante conocer como explica la analítica pluma de PORTE PETIT, que la impunidad establecida en el Artículo 333 tenga un tan amplísimo ámbito que abarca no solamente a la mujer violada sino también a cualquier partícipe, dado que la no exigibilidad de otra conducta solo podría fundar la impunidad de la mujer que se hallare inmersa en situación tan personal como dramática.

Respecto a la segunda corriente, la cual le da el rango de causa de inculpabilidad al aborto por causas sentimentales, se encuentran varios autores, entre ellos PORTE PETIT, JIMÉNEZ DE ASÚA, VELA TREVIÑO, PAVÓN VASCONCELOS, GONZÁLEZ DE LA VEGA, de quienes a continuación se refieren algunas opiniones.

JIMÉNEZ DE ASÚA, argumenta que estamos, en este aborto, frente a una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. "En verdad el problema debe plantearse de otro modo, pues ni el aborto o el infanticidio perpetrado por las mujeres violadas deben ser encuadrados en el estado de necesidad; son casos sentimentales que se refieren a la no exigibilidad de otra conducta, es decir, a la esfera de la culpabilidad.

PORTE PETIT.⁷⁰ señala: "Nuestro punto de vista coincide con el de los defensores de que el aborto causado, cuando el embarazo ha sido producto de una violación, constituye una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, existiendo un hecho típico, imputable al sujeto, y antijurídico, pero no culpable, en tanto que la motivación es superior al deber de no delinquir.

⁷⁰ Op. Cit. Pag. 415

PAVÓN VASCONCELOS ⁷¹, dice "Doctrinalmente encuadran, en la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, tanto el llamado aborto honoris causa y el denominado aborto por causas sentimentales, pero dado que en nuestro Derecho positivo el primero, previsto en el artículo 332, constituye un tipo punible de aborto por sanción atenuada respecto a las demás especies, habremos de tratarlo en lugar aparte.

VELA TREVIÑO ⁷², apunta al respecto: La hipótesis que en nuestra opinión contempla la ley como caso de no exigibilidad de otra conducta, es la que se refiere al aborto del producto cuando éste es resultado de una violación; al igual que ocurre en todo caso de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en éste existe el presupuesto lógico de los elementos iniciales de la unidad conceptual denominada delito, o sea la prueba de que hay una conducta típica también antijurídica. La conducta en este caso, es la que se realiza para suspender el proceso de gestación y lograr la expulsión del producto de la concepción; la tipicidad la proporciona el artículo 329, que describe el aborto como la muerte del producto de la concepción el cualquier momento de la preñez; la antijuricidad resulta de la ausencia de alguna causa que justifique o vuelva conforme al derecho a la conducta típica, sea en forma genérica, refiriendo la causa a cualquiera de las causas justificantes o la específica contenida en el artículo 334. Continúa precisando dicho autor, "No es hasta que surge la teoría normativa de la culpabilidad y con ella la no exigibilidad de otra conducta como aspecto negativo de la misma, cuando se ubica esta forma especial del aborto como causa de inexistencia del delito por inculpabilidad, al reconocerse que el Derecho carece de exigencia respecto de aquellas mujeres que abortan el producto de un delito cometido en ellas: no hay ni debe haber ley con la fuerza coercitiva suficiente para alterar la condición humana del sujeto; he aquí la esencia misma de la no exigibilidad de otra conducta en el aborto por causas sentimentales o aborto del producto de una violación, que nuestra ley ha recogido con amplio sentido humano.

En relación a lo sustentado por **JIMÉNEZ HUERTA**, al respecto y que ya ha sido detallado, el mismo autor en cita refiere: "En nuestra opinión el razonamiento no es exacto, porque en toda figura de aborto del

⁷¹ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO Lecciones de Derecho Penal, pág. 346

⁷² VELA TREVIÑO, SERGIO Culpabilidad e Inculpabilidad Teoría del Delito Primera Parte. pags 326 y 328.

artículo 333 se refiere el consentimiento o el acto directo de la mujer embarazada, siendo ésta, en consecuencia, quien confiere la esencia y fundamentación de la exclusión de la responsabilidad. Por ejemplo, si el padre, hermano o esposo de una mujer embarazada como consecuencia de una violación la hacen abortar, contra su voluntad, estimamos nosotros que habría delito. La razón de la inculpabilidad sigue estando dentro de la mujer y es ella la que transmite a los partícipes en el aborto la inculpabilidad de origen.

Por cuanto hace a la tercer corriente citada al inicio del presente capítulo dice PORTE PETIT ⁷³, que hay quienes piensan como ANTONIO DE P. MORENO, que el aborto aludido origina una excusa absolutoria, lo que equivale a admitir que existe un hecho típico, imputable al autor, antijurídico y culpable, pero no punible por motivos de política criminal.

Asímismo, señalan CARRANCÁ Y TRUJILLO Y CARRANCÁ Y RIVAS⁷⁴, respecto de la impunidad en el aborto causado como consecuencia de violación, que: "La excusa absolutoria se funda en el derecho de la mujer a la voluntaria y no forzada maternidad. La impunidad ampara a los partícipes".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que la causa de impunidad a que se refiere el Artículo 333 de Código Penal para el Distrito Federal (correlativo a la fracción II de numeral 260 de Código Penal para el Estado de México), solamente se surte cuando la mujer que aborte voluntariamente se prueba conforma a la ley, es decir, cuando se acredita por lo medios autorizados por la ley procesal, el cuerpo del delito de violación cometido en su agravio. Si en este caso resulta manifiesto que de esa violación procede el embarazo, el aborto que se procure no es punible. Lo anterior significa que no basta la simple afirmación de una mujer en el sentido de que fué víctima de una violación para procurarse el aborto impunemente, y para que la excusa absolutoria establecida en la ley para ese caso alcance a favorecer al médico que practique la operación del aborto. ⁷⁵

⁷³ Op. Cit. Pág. 415.

⁷⁴ RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL y CARRANCA Y RIVAS, RAÚL. Código Penal Anotado. Pág. 786

⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXVIII, pág. 105.

Por último, la cuarta corriente la refiere PORTE PETIT⁷⁶, citando, a ALTAVILLA, y dice: " Se discute en la doctrina si una mujer víctima de una violación carnal, puede deshacerse del fruto inocente del delito del cual fué víctima. Nosotros, que vemos en la norma que castiga el aborto un defensa del derecho a la vida del nuevo ser, cuyo organismo vive formándose en el seno de la madre y la tutela de un interés demográfico, debemos optar necesariamente por la negativa. Y ANTOLISEI, observa : Se discute si la discriminante del estado de necesidad es aplicable a la mujer que, en estado de preñez por efecto de la violación carnal, se procura directamente o por medio de otras personas el aborto. Al tratar en general esta causa de justificación, hemos expresado ya nuestro parecer negativo acerca de esta cuestión y ahora no podemos menos que confirmarla. En efecto, prescindiendo de la observación de que es dudoso si en el caso existe un honor por salvar, puesto que éste no puede considerarse disminuido por un hecho que no ha dependido de la mujer, nos parece innegable que el bien que se quiere preservar tiene valor inferior que aquél que se sacrificaría, cayendo además en la cuenta de la angustiada situación en la que se encuentra la mujer en tal caso, y no pudiendo considerarse suficiente la concesión de la atenuante genérica de los motivos de particular valor moral o social; concesión que, en el estado actual de la legislación, no puede ponerse en tela de juicio, expresamos el augurio de que en una reforma del Código haya sido posible en el caso expuesto un tratamiento que responda mejor a las exigencias de la equidad.

⁷⁶ Op. cit. Pág. 415.

4.2 OPINIÓN PERSONAL

Por nuestra parte, consideramos acertada la opinión de los doctrinarios que conceptúan al aborto por causas sentimentales, basado en la no exigibilidad de otra conducta, y por ende como causa que genera la ausencia de culpabilidad.

En efecto, desde el inicio de la teoría de la "no exigibilidad de otra conducta", desde FRANK hasta EDMUNDO MEZGER, se había ya apuntado que el razonamiento individualizador, es imperativo para su aplicación en el capítulo mas rico del delito, la culpabilidad. Pues dicha "no exigibilidad de otra conducta", no solo encuadra en el terreno de la culpa, sino aún más, también se surte en el dolo.

Asímismo, dicha teoría debe de ser aplicada a un resultado no permitido, previsto como posible (culpa), así como a un resultado dañoso previsto como seguro (dolo), manejando como amplitud la referida "no exigibilidad de otra conducta", previa la exacta valuación de los bienes jurídicos; ya que la gran diferenciación debe buscarse entre la antijuricidad y la culpabilidad en el asunto en estudio, pues cuando prive el bien jurídico de mayor envergadura sobre el de menos ahí radica la ausencia de lo injusto, de ello que considero se trata de una causa de inculpabilidad y no de una causa de justificación.

En este aspecto, refiere JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁷, citando a Edmundo Mezger, "El razonamiento jurídico Penal es en última instancia un razonamiento individualizador. Ciertamente que, como parte integrante de orden jurídico, exige criterios reguladores firmes y legales como base de su desenvolvimiento y garantía de la necesaria seguridad del Derecho mismo. Pero en sus derivaciones últimas y más complicadas se sustrae a tal fijación estática y exige formas que posibiliten una adaptación a las innumerables maneras y aspectos de la vida práctica. Por ello no debe extrañarnos que la vida jurídico-práctica, al llegar al capítulo más delicado y rico en formas de todo sistema penal, es decir, a la doctrina de la culpabilidad, exija imperativamente tal conclusión individualizadora. Ahora bien; como quiera que los términos del problema son distintos en

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. *La Ley y el Delito*. págs. 412 y 413

cada una de las formas de culpabilidad, es preciso la consideración separada de dolo y de la culpa ".

" Ya la determinación conceptual que la culpa impone nos aproxima al examen material del problema relativo a si el agente, al que se reprocha la realización de un determinado hecho, hubiera podido exigirsele otra conducta distinta que la llevada a cabo; puesto que como se ha visto el reproche a título de culpa proviene de un juicio individual de la situación concreta del hecho y del deber que de ella resulta para el autor. Sólo una conducta que choque con el deber fundamentado individualmente y de carácter personal puede constituir la base del reproche a título de culpa "

Resulta, por tanto, que en lo que respecta al ámbito de la culpabilidad culposa, más que el problema del juicio material de culpabilidad lo que importa es la separación entre la forma de culpabilidad de la causa de exclusión de la culpabilidad, porque sólo éste último puede facilitarnos la recta comprensión de la causa de inculpabilidad que nos ocupa".

Por ello, es que residiendo originalmente en la mujer la causa de inculpabilidad en comento, ahí encuentra su fundamento la "no exigibilidad de otra conducta", para hacerse extensiva hacia los partícipes que intervienen en el aborto, en tanto que la motivación es superior al deber de no delinquir.

4.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA PRÁCTICA

La cuestión que ahora nos compete analizar, es sin duda, tan amplia como la misma discusión dogmática acerca de la naturaleza del aborto denominado "por causas sentimentales", ya que si bien es cierto todo o más bien, casi toda la doctrina se encuentra conforme en la excensión de la pena del aborto cuando éste sea resultado de un delito de violación, también lo es que no existe forma procedimental alguna que nos indique en qué momento, bajo qué condiciones, y qué Autoridad es la facultada para conceder "autorización para abortar", cuando el producto de la concepción sea resultado de una violación.

En efecto, en ningún artículo del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, se refiere o se insinúa, la forma y términos en que deba solicitarse "autorización para abortar", ni tampoco qué autoridad es la competente para conocer de tal solicitud lo que obviamente nos impondría en qué etapa del proceso penal nos encontramos, sea en la averiguación previa o en la instrucción, autorizados para ello, por ende, desde ahora se presenta la problemática, en el sentido de que si puede El Ministerio Público Investigador, desde la Averiguación previa conceder "autorización para abortar", y en su caso bajo qué condiciones de información pericial testimonial, etc. podrá hacerlo; así también, si no reside en el Representante Social la facultad de conceder dicha autorización, por obvio debe recaer en el Juez Penal respectivo, lo que de igual forma implicaría plantear en qué momento puede conceder la autorización, y bajo qué circunstancias, es decir, si al momento de radicar sea con detenido o sin detenido, se estaría en dos supuesto diferentes, el primero: cuando se encuentra detenido el presunto, a partir de qué momento se puede conceder dicha solicitud, y el segundo caso: sin no se encuentra detenido, si se puede conceder la autorización al momento de librar la Orden de aprehensión.

Sin embargo, no obstante que no existe normatividad que regule la forma de hacer valer el derecho de la mujer a abortar cuando el producto de la concepción sea resultado de una violación, la doctrina refiere que no es necesario que la violación sufrida por la mujer, conste acreditada,

tal pués refiere JIMÉNEZ HUERTA⁷⁸ : "No es necesario que la violación sufrida por la mujer conste acreditada en sentencia previa. Estas violencias pueden quedar probadas en las diligencias de Policía Judicial o en el proceso incoado para el esclarecimiento del aborto, del mismo modo que cualquiera de los demás hechos que fundamentan el ejercicio de un derecho. Empero, el hecho de la violación debe constar acreditado apodícticamente, pués el precepto en examen puede ser fácilmente desviado de la "ratio" jurídica que motivó su creación".

Por su parte VELA TREVIÑO⁷⁹, señala: En orden a la tercera cuestión planteada, o sea la existencia de alguna condición para llegar al aborto, como serían la previa autorización legal o la intervención de médicos para el aborto, la respuesta debe darse en sentido negativo, puesto que lo único que establece la ley mexicana es el presupuesto consistente en que haya habido una violación y que ésta produjera el embarazo. No se requiere, para que el presupuesto quede satisfecho, la existencia de sentencia irrevocable que determine la violación como delito, sino simplemente que al conocerse de un caso de aborto en las condiciones especiales que nos ocupan, se pruebe, desde el punto de vista fáctico, que hubo tal violación y que ella produjo el embarazo. Esta afirmación que hacemos, fundada en la redacción del artículo 333 y la carencia de condiciones especiales o requisitos legales, ha sido motivo de largas polémicas".

Son todas las opiniones anteriores, las que nos hacen plantear la problemática en la práctica, si bien es el Ministerio Público la Autoridad facultada para autorizar un aborto, o bien si lo es el Juez o en su caso ambos; bajo qué condiciones se puede autorizar, en qué momento procesal; si no es necesario solicitar autorización alguna sino únicamente durante el desarrollo del proceso del aborto, demostrar que éste fuera resultado de una violación, o bien, únicamente desde el punto de vista fáctico, que hubo violación. En virtud, de lo antes expuesto, es de donde surge la interrogante de la ofendida de con qué autoridad ocurrir, qué requisitos debe reunir para que se le autorice abortar en la especie, o bien, si debe hacerlo clandestinamente y llegada la hora, en

⁷⁸ Op. Cit. Pág. 194.

⁷⁹ Op. Cit. Págs. 329-330.

su caso, de que se le instaurará proceso, acreditar durante el mismo que el embarazo fué resultado de una violación.

Tales interrogantes serán las que desde el desarrollo de la práctica jurídico-penal, se observarán en los capítulos posteriores, haciendo un análisis de la averiguación previa, la preinstrucción y la instrucción, al efecto de estar en aptitud de ir resolviendo cada una de ellas, para así eliminarlas y poder llegar a una conclusión.

" FUNCIÓN PERSECUTORIA "

5.1 AVERIGUACIÓN PREVIA. CONCEPTO.

La averiguación previa se encuentra comprendida dispositivamente en el Título Segundo del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado Libre y Soberano de México, abarcando los numerales 103 al 127 además de los Títulos Tercero y Cuarto, más, previamente al entrar al estudio de dichos dispositivos legales, se impone hacer un breve esbozo del concepto de lo que es la Averiguación Previa, para lo cual vertiremos diversas consideraciones de estudiosos.

OSORIO Y NIETO⁸⁰, refiere: "El Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la Averiguación Previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado Artículo 21 Constitucional, otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos"... "Como fase del procedimiento Penal, puede definirse a la Averiguación Previa como la etapa procedimental durante la cual el Órgano Investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".

De lo apuntado por OSORIO Y NIETO, se deduce claramente que la averiguación Previa como tal, tiene su fundamento básico en el Artículo 21 de Nuestra Ley Fundamental, sin dejar de observar, como se verá, las demás reglas contenidas en los numerales 14 y 16 de Nuestra Carta Magna.

Pero continuando con las múltiples definiciones que hay tocante a la fase procedimental que nos ocupa, señala GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ⁸¹, "La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la Averiguación Previa, etapa procedimental en que el Ministerio

⁸⁰ OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. La Averiguación Previa. P ag. 1 y 2.

⁸¹ COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Pág. 257.

Público, en ejercicio de la facultad de policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, par esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".

De la definición apuntada, se extrae otro elemento a considerar, la facultad de Policía Judicial que tiene el Ministerio Público, de ahí que refiera JUVENTINO V. CASTRO⁸², que "La Constitución de 1917 estableció, en materia penal, una doble función del Ministerio Público: como titular de la acción penal y como jefe de la policía Judicial; característica ésta última de extracción netamente Nacional"... "Ya tenemos elementos respecto de la acción penal. Toca ahora examinar la facultad del Ministerio Público de policía judicial, haciendo una comparación de ambas importantísimas funciones.

"La facultad de policía judicial - continua - es el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal, y es definida por JAVIER PIÑA Y PALACIOS, como el acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, como necesidad lógica.

RIVERA SILVA⁸³, refiere en interpretación del Artículo 21 de la Constitución General de la República: "Para comprender con toda diafanidad la función persecutoria se necesita primero, estudiar en qué consiste la persecución de los delitos y segundo, qué caracteres reviste el Órgano a quien está encomendada esta función"

Así, se asienta que la función persecutoria consiste en "perseguir los delitos, o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer gestiones pertinentes para procurar que a los autores de los delitos se les apliquen las consecuencias establecidas en la Ley, por ende deduce dos clases de actividades: una, la actividad Investigadora y otra, el ejercicio de la acción penal.

De la exégesis de lo desarrollado en esta apartado, se deduce que los tratadistas coinciden más o menos en sus opiniones, convergiendo que en la persecución de los delitos existen dos actividades, la

⁸² V. CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México. Págs. 31 y 32.

⁸³ RIVERA SILVA, MANUEL. El procedimiento Penal. Pág. 41.

Investigadora y el ejercicio de la acción penal, de ahí que estemos en aptitud de definir a la Averiguación Previa, como el conjunto de actividades encomendadas al Ministerio Público, para allegarse los elementos necesarios para integrar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y, estar en aptitud de optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

5.2 NOTITIA CRIMINIS

En el Título presente y los subsecuentes, trataremos de desglosar esas actividades que realiza el Órgano Investigador para allegarse elementos que le permitan optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, por ello individualizaremos en diversos apartados cada una de dichas actividades en lo conducente.

Toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que se hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente delictivo, para lo cual se hace una narración breve de los hechos que motivan el levantamiento del acta, los que se denomina exordio.

Posteriormente, el Ministerio Público en acatamiento a lo establecido por el Artículo 16 de nuestra ley fundamental, procede a la investigación.

El Artículo 103 del Código Adjetivo Penal para el Estado Libre y Soberano de México, dispone: "Los funcionarios del Ministerio Público están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común que tengan noticia por alguno de los medios señalados en el Artículo 16 de la Constitución Federal, excepto en los casos siguientes:

- I.- Cuando se trate de delitos que solo sean perseguibles mediante querrela necesaria, si ésta no se ha presentado, y
- II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

En atención al numeral cita, es menester analizar los supuestos que señala el Artículo 16 de la Constitución General de la República, los denominados requisitos de procedibilidad.

Así subraya OSORIO Y NIETO⁸⁴, Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el

⁸⁴ OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. Op. Cit. Pág. 7.

responsable de una conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela".

De tal definición extrae el autor referido, tres conceptos:

1.- **DENUNCIA.**- Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito, y sea perseguible por oficio.

2.- **ACUSACIÓN.**- Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

3.- **QUERRELLA.**- Se puede definir como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome el conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal.

Esta consideración, no encuentra acomodo en otras de diversos autores; en efecto, JESÚS ZAMORA PIERCE, MANUEL RIVERA SILVA, GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ y JUVENTINO V. CASTRO, entre otros, son de opinión diversa, pues consideran que el precepto Constitucional en comento, señala únicamente dos formas: la denuncia y la querrela, veamos:

RIVERA SILVA⁸⁵, señala: "Así, pues, en la actualidad, conforme lo señala el Artículo 16 Constitucional, solo son aceptados como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación, siendo de advertir que en el propio artículo no establece tres instituciones diferentes, a saber: denuncia, querrela y acusación, sino, exclusivamente dos: denuncia y acusación o querrela".

Dicho autor continúa diciendo "La denuncia es la relación de actos que se suponen delictuosos, hecha ante una autoridad Investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos. Así también, define la querrela como "la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el

⁸⁵ RIVERA SILVA, MANUEL. Op. Cit. Págs. 98 y 112.

Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga el autor del delito".

COLÍN SÁNCHEZ⁸⁶, apunta: "La palabra denuncia, denunciar, desde el punto de vista gramatical significa: aviso, poner en conocimiento de la Autoridad competente, verbalmente o por escrito lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos".

Continúa dicho autor: "La denuncia, no es, de ninguna manera, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la Investigación del delito; bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que, de inmediato, esté obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir, en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal y, siendo así, quien es el probable autor"... "Como consecuencia de lo expuesto y para evitar posibles errores es aconsejable utilizar la palabra noticia criminis o noticia del delito, para referirnos al medio por el cual se informa el Ministerio Público sobre la comisión de un hecho delictuoso, como requisito de procedibilidad"

Respecto a la querrela refiere: "La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido".

ZAMORA PIERCE⁸⁷, interpretando el Artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, (similar al 103 del Código Procesal Penal del Estado de México), subraya: "Debemos interpretar que esta norma condiciona la investigación de oficio a que, previamente, la autoridad tenga noticia de que se ha cometido un delito. Y esa noticia llegará a su conocimiento, necesariamente, mediante una denuncia o una querrela. Investigar de oficio, en este texto legal, quiere decir, únicamente, que, recibida la denuncia o la querrela, la autoridad procederá a la investigación del delito sin esperar nuevas exitativas, y sin satisfacer ningún otro requisito, pues ningún otro hay. Cualquier

⁸⁶ COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Op. Cit. Págs. 259 - 265.

⁸⁷ ZAMORA PIERCE, JESÚS. Garantías y Proceso Penal. Págs. 14 y 15.

interpretación diversa de esta norma procesal estaría en conflicto con las disposiciones del Artículo 16 Constitucional.

Así, define la denuncia: "Es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esta noticia criminis puede provenir tanto de la víctima del delito como de un tercero, de un particular o de un funcionario o empleado público, de un procesado, de un reo, de un nacional o extranjero, de un mayor o menor de edad, e incluso del propio autor del delito.

La querrela es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente.

Nos adherimos sin reserva a la opinión de quienes consideran que el Artículo 16 de la Constitución General de la República, acepta únicamente dos instituciones, la denuncia y la acusación o querrela, ya que de la redacción de dicho precepto legal, se deduce tal aserto.

Por otra parte, tocante a los términos, querrela, denuncia y noticia criminis, queremos dejar apuntado brevemente, por no ser motivo de este trabajo, que dichos términos no se excluyen ni contraponen, pues cuando el Artículo 103 del Código Adjetivo Penal", se refiere al conocimiento que por medio de cualquier persona tenga el órgano Investigador de hechos que pueden ser constitutivos de algún delito y, como se apuntó, tal conocimiento puede realizarlo cualquier persona, con la salvedad de que sea denuncia en los delitos de oficio y por el agraviado en los de querrela, lo que implica una noticia criminis, pero implica además de ello, la voluntad del ofendido de que se inicie la averiguación previa respectiva; por ello, consideramos que ambas instituciones, la denuncia y la querrela, se encuentran inmersas en lo que conceptualmente se denomina NOTITIA CRIMINIS, con la salvedad subjetiva de la querrela.

Lo anterior es manifiesto de derecho en una recta interpretación del Artículo 109 del la Ley Adjetiva de la Materia en el Estado Libre y Soberano de México.

5.3 TESTIGOS, EXAMEN.

La Prueba testimonial se encuentra regulada en el Código de Procedimientos Penales en vigor para la Entidad, del Artículo 208 al 220, refiriendo el primer numeral señalado que "Toda persona que conozca por sí o por referencias de otra, hechos constitutivos del delito o relacionados con él, está obligado a declarar ante el Ministerio Público o la autoridad judicial".

Tal definición la podemos estudiar de acuerdo con la doctrina, iniciando con la propia definición de testigo, su naturaleza jurídica, el órgano de prueba y el medio de prueba.

COLÍN SÁNCHEZ⁸⁸, refiere que "testigo" viene de testando (declarar, referir o explicar), o bien, de detestibus (dar fe a favor de otro), testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga".

El testigo se constituye en órgano de prueba en cuanto comparece ante el Ministerio Público (Averiguación Previa), o ante el Órgano Jurisdiccional, a emitir su declaración; ésta se denomina testimonio.

Así RIVERA SILVA⁸⁹, señala: "Testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo cual guarda recuerdo. Los elementos esenciales del testigo son: una percepción, una aperecepción y un recuerdo, o sea, recibir una impresión por los sentidos, darse cuenta de esa impresión, y guardar memoria de ella. La falta de cualquiera de los elementos señalados hace imposible la calidad de testigo".

Por otra parte señala GONZÁLEZ BUSTAMANTE⁹⁰, "El conocimiento de los fenómenos que suceden en el mundo físico y en el desarrollo de los hechos que está a nuestro alcance presenciar, lo

⁸⁸ Op. Cit. Pág. 388.

⁸⁹ Op. Cit. Pág. 249.

⁹⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ. Derecho Procesal Penal Mexicano. Pág. 372.

obtenemos por medio de las impresiones sensoriales que nos permiten referirlos después por el recuerdo que han dejado en nuestra mente.

El testimonio - continúa - es la prueba de más amplia aplicación del procedimiento, y tiene por objeto conocer la existencia de determinados acontecimientos humanos que sirven de guía a la autoridad para la formación de sus juicios".

De lo anterior, es fácil establecer que el testigo será siempre una persona física, que por medio de los sentidos ha presenciado algún hecho delictivo o relacionado con él, del que guarda un recuerdo que le permite ministrarlo a la autoridad respectiva para ilustrarlo en el juicio que vertirá, pero no sólo ello, sino que además, su naturaleza jurídica se manifiesta en obligatoriedad de referir su conocimiento a la autoridad, ya como señala COLÍN SÁNCHEZ⁹¹, " En efecto, el proporcionar conocimiento a los órganos de justicia, en relación con la conducta o hecho motivo del procedimiento, es un deber jurídico, cuando no se cumple, por disposición expresa de la ley, el omiso se hace acreedor a las sanciones del caso, en razón del interés general prevalente para perseguir y castigar a los autores de los delitos",

La obligatoriedad de testificar incluye a nacionales y extranjeros, no se agota con la sola presencia del testigo ante la Autoridad, sino hasta en tanto manifiesta su declaración, misma que, atendiendo a las pretensiones legales, debe ajustarse a la verdad.

Más, asimismo, existen excepciones las cuales refiere el Artículo 209 del Código Adjetivo, y que son:

- I.- Al tutor, curador, pupilo, cónyuge o concubino del inculcado, a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive;
- II.- A los abogados, respecto de hechos que conocieren por explicaciones o instrucciones de sus clientes, y
- III.- A los ministros de cualquier culto, respecto de los hechos que hubieren conocido en el ejercicio de su ministerio.

⁹¹ Op. Cit. Pág. 388.

Si alguno o alguna de las personas comprendidas en las fracciones anteriores tuviere voluntad de declarar, se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración".

Respecto del órgano y medio de pruebas apunta FLORIAN⁹², que "En esta especie de prueba, el órgano de prueba es el testigo y el medio de prueba el testimonio, y así testigo y testimonio aparecen como dos expresiones de un mismo concepto, como dos aspectos de un mismo hecho.

Para determinar el concepto sustancial de testigo - continúa - y de testimonio, es necesario buscar e incluir en él los elementos indefectibles, mínimos, que sirven para caracterizar e individualizar a uno y a otro.

Nos parece que estos elementos, para mayor claridad referidos al testigo, son los siguientes:

- 1.- El testigo es una persona física.
- 2.- A quien se le ha citado al proceso penal.
- 3.- A decir lo que sepa acerca del objeto de aquel.
- 4.- Con el fin de establecer una prueba.

En cuanto a los dos sistemas fundamentales del proceso, puede decirse que la importancia de la prueba de testigos, no cambia en el proceso acusatorio y en el proceso inquisitorio, ya que esta prueba tiene el carácter de fuente histórica, pues se ha clasificado como una prueba "no artificial".

En relación a la dinámica del recabamiento de la declaración de testigos nuestra legislación prevé que los testigos serán examinados separadamente, es decir, por separado a cada uno de los que vayan a deponer, sin alguna otra intervención salvo los casos previstos por el Artículo 212 del Código Adjetivo para el Estado; asimismo que será protestado para que se conduzca con la verdad cuando fueren mayores de 18 años, pues en caso contrario, se les exhortará para que se conduzcan con verdad, procediendo a recabar los generales del deponente, si se halla ligado con el inculcado o el ofendido por vínculos

⁹² FLORIAN, EUGENIO. De las Pruebas Penales Tomo II. Pág. 83.

de parentesco, amistad o cualquiera otros y si tienen motivo de odio o rencor en contra de alguno de ellos; los testigos declararán de viva voz y una vez asentada la misma, les será leída por el funcionario que practique la diligencia o por sí mismos, para que la ratifiquen o rectifiquen y procedan a signarla.

Una vez hecho un somero estudio de los testigos, es menester dejar claro, que resulta vital para el presente trabajo, la relación de la prueba testimonial, en virtud de que es una de las formas de comprobación del cuerpo del delito de aborto, cuando no existe el feto; asimismo, para el caso de antecedentes de la víctima en caso de violación o bien de la violación misma, factores importantísimos que serán manejados con amplitud en posteriores capítulos, esto es, en la valoración del testimonio, el testimonio singular, el testimonio de oídas; la participación de la víctima en el evento criminoso, la provocación victimal; el daño moral, etc.

5.4 FUNCIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

En su función investigadora el Ministerio Público requiere del auxilio de técnicos que mediante actividades especiales le proporcionen elementos para poder decidir de una base sólida sobre el ejercicio o la abstención de la acción penal. Una de esas técnicas de auxilio lo es la función de policía Judicial, de la que ahora nos ocuparemos, así como la pericial, que será tratada con posterioridad.

En palabras de OSORIO Y NIETO⁹³, la policía Judicial es "la corporación de apoyo al Ministerio Público, que por disposición Constitucional, auxilia a aquél en la persecución de los delitos y que actúa bajo la autoridad y mando del Ministerio Público".

Su fundamentación la encontramos en el Artículo 21 de nuestra Carta Magna, al preceptuar:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél... (sic)

Así pues, la intervención de la policía judicial no debe ser indiscriminada, sino que deben de tomarse en consideración las circunstancias existentes en cada caso concreto, para delimitar si se hace razonable la intervención de ésta, o bien, si no se justifica.

OSORIO Y NIETO⁹⁴, señala con razón "para estar en aptitud de resolver acertadamente la procedencia del llamado a policía Judicial es necesario considerar el bien jurídicamente protegido que se ha lesionado, la peligrosidad del sujeto activo, la existencia de la flagrancia, en fin, ponderar el conjunto de elementos existentes en la averiguación. No existe un criterio en razón de delitos, cuantía u otro dato que precise cuando se da intervención a la policía Judicial y cuando no; el criterio

⁹³ OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. Op. Cit. Pág. 54.

⁹⁴ Idem. Pág. 35.

maduro y sereno del Agente del Ministerio Público decidirá la procedencia de tal intervención".

De lo anterior es menester hacer un distinguo, la intervención de la policía Judicial mutuo propio o a ordenamiento del Ministerio Público en caso, ambos, de flagrancia.

En efecto, reviste capital importancia hacer hincapié en tal distinguo, pues una cosa es que el Órgano Investigador, ordene el auxilio de la Policía Judicial, en los casos que se ameriten, y otra, muy otra, que los elementos de la Policía Judicial actúen mutuo propio en forma arbitraria en casos no facultados para ello, lo que a menudo se ve con tristeza en la práctica; por ello antes de entrar al análisis de ambos supuestos, debe dejarse claro que los elementos que integran a la Policía Judicial, deben ser verdaderos técnicos especializados en investigación, con lo que se evitarían demasiados desaguizados que en innúmeras ocasiones se ven día a día.

1.- El primer punto es cuando el Ministerio Público, ordena la intervención de la Policía Judicial, no existiendo flagrancia en el o los delitos que se investigan.

El Ministerio Público, titular de la función persecutoria, debe considerar los casos en que existe la necesidad real de ordenar la intervención de la Policía Judicial en el caso concreto, en auxilio de dicha función y para recabar datos que le ayuden a cumplir su cometido, encomendándoles la búsqueda de datos relativos a la Averiguación Previa respectiva que lleven a conocimiento de la verdad histórica de los hechos, no así a "inventar un culpable" ni a detener "un presunto" ya que ello implica una verdadera conculcación de garantías.

De tal suerte, manifiesta GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ²⁵, "Las diligencias se hacen constar en el acta de policía Judicial, documentos que contienen todas las actividades, las experiencias y las verdades de la averiguación", - continua - "El acta no debe ser una simple redacción escrita de hechos recogidos en la oficina Investigadora de delitos que obedezca a una rutina para el simple cumplimiento de una fórmula

²⁵ COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Op. Cit. Pág. 283.

obligada legalmente; sino por el contrario, el producto de una labor dinámica y técnico - legal en torno a los hechos y al probable autor de los mismos", agregaríamos nosotros, en caso que lo hubiere.

Por ende, debemos distinguir dos situaciones, una, la necesidad razonada del Ministerio Público, de ordenar la intervención de la Policía Judicial y, dos, la actividad realizada por los agentes policíacos en forma técnica y legal para suministrar datos al Órgano Investigador.

2.- El segundo punto a tratar, es cuando la Policía Judicial actúa mutuo propio o por orden del Ministerio Público, en caso de delito flagrantes.

El primer supuesto, cuando los agentes policíacos actúan por sí mismos, únicamente puede ser por la referida flagrancia pues ninguna otra forma está reconocida constitucionalmente, tal aserto se infiere del Artículo 16 de nuestra Carta Magna.

En efecto, el propio Artículo 16 Constitucional, señala un caso de excepción a la regla impuesta de que solamente una persona puede ser privada de su libertad mediante orden de autoridad judicial, tal caso es la flagrancia.

Así, anota JESÚS ZAMORA-PIERCE⁹⁶: "La regla general establecida por el Artículo 16 de la Constitución, conforme a la cual sólo puede privarse de su libertad a una persona por orden de autoridad judicial, encuentra en el propio artículo una primera excepción en los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata". Continúa- "llámese delito flagrante a aquél cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del latín *flagrare*) significa arder o resplandecer como llama o fuego, de manera que, etimológicamente, el delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito".

⁹⁶ZAMORA-PIERCE, JESÚS. Op. Cit. pág. 26

Así pues, lógico es razonar que el Constituyente es de opinión que la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto que autoriza la ruptura de la regla general, sin esperar que exista orden judicial, permitiendo que cualquier persona lo detenga.

Asimismo, creemos conveniente analizar de manera breve, la segunda excepción al principio establecido en el numeral Constitucional en comento, la cual es "la urgencia". Creemos que cuando el legislador se propuso dejar establecida tal excepción, lo hizo imbuido de la Notitia Criminis, que señala el mismo precepto, pues cuando refiere "solamente en casos urgentes podrá la autoridad Administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención del acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la Autoridad Judicial", se refiere a la previa denuncia o querrela presentada de un delito no flagrante, y a la necesaria urgencia de dictar la detención.

El diputado Jara, miembro del Congreso Constituyente, citado por ZAMORA - PIERCE⁹⁷, nos proporciona un clarísimo concepto de lo que se entiende por caso urgente en que hay necesidad de proceder a alguna aprehensión: "Se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho diez días o un mes (esta referencia temporal tiene por objeto distinguir la flagrancia del caso urgente), se encuentra en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque ya está cerca del tren para fugarse".

Por último, puede suceder que el Órgano Investigador tenga conocimiento de un delito cuya ejecución se esté realizando, y como autoridad Ordenadora, en ese momento, ordenar a Agentes de la Policía Judicial, acudir al lugar de los hechos y detengan al autor del hecho delictivo.

Es por demás inútil hacer algún comentario acerca de este tópico, pues en la misma redacción se encuentra imbríto lo legal del acto.

⁹⁷ Idem. Pág. 29.

5.5 PERICIAL MEDICA FORENSE

Como se apuntó en el apartado anterior, para el auxilio de la función persecutoria, el Órgano Investigador requiere del auxilio de especialistas en diversas ramas para su cometido, una de éstas es la Función Pericial Latu Sensu, sin embargo y por motivos obvios del presente trabajo, nos ocuparemos únicamente de la pericial Médica Forense en lo que atañe a las finalidades perseguidas, así también, nos referiremos por el momento a la parte técnica en cuanto al desarrollo de la pericial en comento, para posteriormente al finalizar el presente capítulo, entrando al estudio de las función del Órgano Jurisdiccional, referirnos a los aspectos legales así como a la valoración de la misma.

Por lo subrayado, creemos conveniente dividir el estudio de la pericial médico forense en diversas fases, las que serán a saber: a) Interrogatorio a la presunta víctima y en su caso al presunto responsable; b) Exploración física en el cuerpo de la presunta víctima de violación y exploración física en el cuerpo de la presunta abortadora; c) Toma de muestras; d) Examen psiquiátrico y psicológico en el activo y pasivo para el caso de violación; y , e) Integración del cuerpo del delito de violación y aborto.

a) INTERROGATORIO EN CASO DE VIOLACION.- El interrogatorio que hace el facultativo a la presunta víctima de violación antes de la exploración física y emitir su dictamen, es de capital importancia tanto para el dictamen mismo como para la valoración que se haga de la pericial, pues de acuerdo con el mismo podrá evidenciarse en gran parte la mendacidad o veracidad con que se conduzca en la entrevista la presunta víctima.

Por lo tanto, en el desarrollo del presente punto nos ceñiremos a las ideas expuestas por LUIS ALBERTO KVITO⁹⁸ , en su obra La Violación, en la cual apunta:

"El interrogatorio tiene importancia por lo siguiente:

⁹⁸ KVITKO, LUIS ALBERTO. La Violación. Pág. 91.

1.- El médico sabe y ello le consta por ser fundamento del ejercicio profesional, que el interrogatorio se basa en una buena relación médico - paciente, pues como en la medicina legal no existen pacientes sino personas a examinar, también buscamos una buena o excelente relación médico - legal entre la persona por examinar. Esa buena relación tomará varias direcciones, la primera de las cuales es una buena y fluida comunicación , en su estar y sentirse bien el examinado, hecho que se reflejará en un intercambio de datos de relevante validez médico, legal y jurídica.

2.- De ese modo, la persona examinada depositará en el perito médico toda su confianza, todas sus expectativas, le hará partícipe de todas sus vivencias y le transmitirá todas sus dudas. En fin, hará saber al perito todo aquello que le ha sucedido en virtud del delito, que lo cuenta como víctima. Así, el médico legista podrá saber cosas y conocerá datos y hechos que sólo a él, por su condición de tal, le suministrará la presunta víctima.

3.- El interrogatorio servirá para conocer el nivel intelectual y las particulares características psíquicas del examinado o examinada, para poder tener una idea aproximada acerca de su estado psiquiátrico.

4.- El interrogatorio será de suma utilidad para que la supuesta víctima se sienta cómoda y entre en confianza. No es posible en la actualidad que existan peritos que, ante estos casos, lo primero que solicitan a la persona por examinar es que se desvistan y se coloquen en la camilla en posición ginecológica, para realizar en forma inmediata el estudio genitoanorrectal.

5.- El médico legista, al interrogar a la presunta víctima, conocerá datos diferentes, en el momento del examen y a posteriori, cuando debe llegar a las conclusiones periciales, servirá para ver si concuerdan o no con los datos recabados en el examen anatómico directo de la persona. Dicho profesional podrá saber si los hechos referidos han ocurrido tal y como se le manifiesta o si, por lo contrario, no ha sucedido así. En ciertos casos, podrá llegar a concluir si está frente a un simulador o simuladora".

El interrogatorio consta de siete preguntas a saber:

1.- ¿Qué ocurrió?, 2.- ¿Cuándo ocurrió?, 3.- ¿Dónde ocurrió?, 4.- ¿Quién o quiénes fueron el autor o los autores?, 5.- ¿Cómo ocurrió?, 6.- ¿Por qué ocurrió? y, 7.- ¿Qué sintió?

b) EXPLORACIÓN FÍSICA EN EL CUERPO DE LA PRESUNTA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y EXPLORACIÓN FÍSICA EN EL CUERPO DE LA PRESUNTA ABORTADORA.

En el presente punto abarcaremos la exploración física en el cuerpo de la presunta víctima del delito de violación, haciendo referencia únicamente a cuando la mujer es pasivo de tal ilícito, ya que si bien es cierto también lo puede ser el hombre, éste no puede ser fecundado, por ende, resulta obvio el porque entramos al estudio únicamente por lo que hace a la mujer.

Al respecto refiere KVIKCO⁹⁹, "La exploración física de la presunta víctima de violación comienza con la inspección, al igual que en cualquier especialidad médica asistencial, pese que la medicina forense no tiene esa naturaleza. Así, se podrá observar la actitud de la examinada, su hábito constitucional, su talla, su desarrollo muscular, todo ello con el fin de buscar elementos indiciarios de posibilidad de resistencia. Interesa estudiar enseguida, los signos macroscópicos de violencias externas, tanto recientes como antiguos. Para ello es clásico dividir el cuerpo en tres zonas o áreas:

- I) Zona genital: Incluye genitales externos, periné y área anorrectal.
- II) Zona para - genital: Comprende la zona abdominal infraumbilical, monte de Venus, raíz de muslos y zonas glúteas.
- III) Zona extragenital: Abarca el resto de las regiones topográficas dentro de esta zona, es importante destacar el examen en cabeza, mamas, muñecas y piernas".

Esta exploración en el cuerpo de la presunta víctima de violación es necesaria en virtud del tipo legal que contiene la descripción del delito que nos ocupa, pues deben demostrarse dos factores: uno, el acceso carnal y, dos, que éste se realice sin el consentimiento de la presunta víctima de violación.

⁹⁹ Op. Cit. Pág. 90.

Así por su parte concluye ACHAVAL¹⁰⁰ , "Para algunos autores mencionar lesiones en violación significa referir los signos de la violación. Deberá tenerse presente a tal efecto, que no existen signos patognómicos o para demostrar por si mismos la evidencia del delito".

Las lesiones en la violación se encontrarán debidamente atribuidas en su patogenia, teniendo en cuenta:

- 1.- Examen de la víctima: en caso de violencia física se encontrarán las lesiones en relación con el tipo de la violencia y la intensidad, los medios etc. Los signos de acceso carnal diferirán si se trata de orificio himenal virgen; se recordará que solo se puede denominar desfloración cuando la ruptura del himen se ha producido por el pene, y en ese caso, los desgarros serán descriptos como tienen su orden siguiendo las agujas del reloj y su referencia de lugar de asiento a las horas de cuadrante con las 12 en dirección del pubis. Son importantes por su valor indiciario, el hallazgo de manchas de esperma y de pelos en zonas genitales.
- 2.- Examen del acusado: encontramos en este examen los signos de lesiones de defensa inferidos por la víctima en su resistencia, si la hubo. Obtendremos los datos necesarios para cotejar grupos sanguíneos, pelos, esperma si es posible mediante sus propias manchas, las enfermedades venéreas en periodo de contagio, etc.
- 3.- Las condiciones del hecho que guardan relación estrecha con el lugar donde ocurrió el delito.

A las consideraciones anteriores, habría que agregar amén de la exploración física, la edad de la víctima, importantísima para nuestro estudio, además de los datos que se arrojen en tratándose de enajenadas, enfermas mentales, etc. así como los diversos estados que impiden la resistencia de la víctima en el delito que nos ocupa, papel que es lógico debe ocuparse el médico legista, y aún en su auxilio, especialista psicólogo o psiquiatra.

Por último, debemos hacer breve referencia a las evidencias que se llegan a presentar comúnmente en la violación, las cuales refiere brevemente LeMOYNE SNYDER¹⁰¹, "Las huellas de violación pueden variar considerablemente, dependen principalmente la edad y la

¹⁰⁰ACHAVAL, ALFREDO. Delito de Violación. Págs. 137 y 138.

¹⁰¹ LeMOYNE SNYDER. Investigación de Homicidios. Págs. 368 y 369.

corpulencia de la víctima, así en atención a que la penetración forzada del pene en la vagina causa desgarros, laceraciones y hemorragia francamente ostensibles. Frecuentemente es necesario que el violador realice el acto teniendo que atar los brazos y las piernas de su víctima. Además de lo anterior, lo habitual es encontrar manchas de sangre y de semen en la ropa, circunstancias que le conceden mayor evidencia al delito.

* Evidencias de violación en la mujer joven o en la mujer que no ha tenido frecuentación sexual.- En estos casos los elementos probatorios de la violación no son tan pronunciados como en los casos de niñas menores de doce años. Puede no haber desgarros a la entrada de la vagina, pero sí son frecuentes las abrasiones y la presencia de zonas equitómicas con coloraciones azul y negro. El sangrado puede ser ostensible o no. El semen se puede observar en la cavidad vaginal, en la superficie del cuerpo, en la ropa y en el lugar en donde el cuerpo ha yacido.

* Evidencias de violación en una mujer que tiene frecuentación sexual.- Son los casos que ofrecen mayores dificultades para comprobar la comisión del delito. Si una mujer opone gran resistencia pueden observarse equimosis y excoriaciones a la entrada de la vagina. Sin embargo la ausencia de huellas no descarta la posibilidad del acto violatorio.

No obstante lo sentado por LeMOYNE SNYDER, creemos que se debe de interpretar en una forma más amplia la significación de evidencias, y no en forma restrictiva, esto es, que no debemos de interpretar necesariamente como "evidencias de violación", sino en un sentido amplio "evidencias de acceso carnal" y evidencias de lesiones, pues como lo hemos anotado unas y otras son diferentes.

EXPLORACIÓN FÍSICA EN EL CUERPO DE LA SUPUESTA ABORTADORA.

En general la exploración física en el cuerpo de la mujer que se supone ha abortado, es idéntica para la violación, hechas las excepciones lógicas, pues en general tal situación la refiere el insigne

Doctor QUIROZ CUARON¹⁰², al apuntar: " La ley, además, exige que los peritos médico forenses reconozcan a la madre. Este reconocimiento tiene por objeto el que los peritos describan las lesiones que la madre presente y puedan dictaminar sobre si tales lesiones hubiesen podido ser la causa de la muerte del producto de la concepción ".

" Los médicos están obligados -continúa- a expresar, en primer término, cuál fué la edad de la víctima, en segundo, si nació viable y, en tercero, agregará todos aquellos datos, elementos y conclusiones que puedan servir para determinar la naturaleza del delito, es decir, si la muerte del producto de la concepción tuvo lugar o no durante la preñez.

c) TOMA DE MUESTRAS.- En el desarrollo de los peritajes relativos a la violación, se pueden encontrar diversos tipos de muestras que o bien se pueden analizar en forma inmediata por el médico legista perito, o enviarse al laboratorio criminalístico, donde serán estudiadas.

La importancia de las muestras la refiere KVIKTO¹⁰³, quien señala: " Las muestras a tomar entre otras, son las siguientes:

- 1.- Material de aspiración vaginal, que permitirá determinar la existencia o no de espermatozoides, el tipo de fosfatasa -ácida o alcalina- y el tipo de grupo.
- 2.- En todos los casos, se debe de tomar una muestra de sangre de la supuesta víctima, la cual servirá para identificar la misma y para determinar la eventual evidencia de alcohol, anestésico o psicodroga.
- 3.- Se debe de tomar en forma sistemática una muestra de orina, con la finalidad de realizar un diagnóstico de estado anterior de embarazo.
- 4.- Recolección de pelos, que pueden ser arrancados, cortados o caídos; muestra de flujo vaginal, en caso de existir, para diagnosticar una eventual contaminación venérea; evidencia de mordeduras para el caso de ser necesaria la odontología forense; envío de ropas de la presunta víctima al laboratorio, etc".

¹⁰² QUIROZ CUARON, ALFONSO. Medicina Forense. Págs. 290 y 291.

¹⁰³ Op. Cit. Págs. 67 y 68.

d) EXAMEN PSIQUIÁTRICO Y PSICOLÓGICO EN EL PASIVO Y ACTIVO EN EL CASO DE VIOLACIÓN.- Considerando el fenómeno del delito desde el punto de vista psicológico, anímico del sujeto, vemos que la víctima también tiene un psiquismo que entra en juego en la constelación de los factores desencadenantes del crimen. No es su motor necesariamente el autor del delito, sino también la propia víctima, si se considera que como cualquier otro hombre, sufre asimismo, complejos, inhibiciones, pasiones, retraso mental, etc. que lo pueden predisponer a ser víctima.

Tal aserto es compartido por ACHAVAL¹⁰⁴, cuando señala: " La relación psicológica entre el delincuente sexual y su víctima, no es una relación simétrica de fines como pueden ser los de pareja, entre otras cosas uno valora su finalidad o deseo y la víctima intuye tal finalidad, no la comparte y por consiguiente no coinciden en la manifestación respectiva de sus derechos, de allí su asimetría. Tal diferenciación psicológica hace que, precisamente en los delincuentes que consideramos, tenga interés primordial la personalidad del delincuente como también la de la víctima, es decir, victimología de la violación, que no estudiará un problema nuevo, sino que integrará los progresos de la psicología, los de la psicopatología y de la sociología, sea en el diagnóstico de las relaciones humanas en determinada situación, sea en las motivaciones especiales que concurrieron por parte de la víctima del hecho. El interés de estos estudios será de aplicación para evaluar la responsabilidad del criminal, debiendo aplicar en el futuro aquello que ya expresó Lafón: considerar la posibilidad de imputación de una parte de la falla a la víctima. Esta responsabilidad de la víctima viene a colocarse en una zona intermedia y así como existe entre lo normal y lo patológico, entre el bien y el mal, así también existirá entre las zonas criminal y victimal, como las denomina Mendelssohn".

Así pues, entramos al campo de la denominada "pareja penal", con sus factores endógenos y exógenos que llevan a desencadenar el hecho delictuoso ya sea mutuo propio por el activo o bien con la colaboración de la víctima, lo que denominaremos "predisposición victimal". De tal suerte y antes de entrar al aspecto técnico de la pericial, haremos un

¹⁰⁴ Op. Cit. Pág. 21.

breve bosquejo de lo que diversos autores refieren en relación al delincuente, a la víctima y a la relación entre ambos.

Refiere HILDA MARCHIORI¹⁰⁵, en atención a la conducta psicológica del delincuente: "El delincuente proyecta a través del delito sus conflictos psicológicos ya que esta conducta implica siempre conflicto o ambivalencia".

"La conducta delictiva - continúa - posee una finalidad, que es, indudablemente, la de resolver las tensiones producidas, la conducta es siempre respuesta al estímulo configurado por la situación total, como defensa, en el sentido de que protege al organismo de la desorganización: es esencialmente reguladora de tensiones. Toda conducta es siempre un vínculo, se refiere siempre a otro. Es una experiencia con otros seres humanos: y es evidente que nuestra conducta actual frente a objetos presentes está en gran proporción influida o condicionada por las experiencias anteriores".

La conducta delictiva es, entonces, como una defensa psicológica que utiliza el sujeto como medio para no caer en la disgregación de su personalidad. Complementando tal aseveración, refiere el autor HECTOR SOLIS QUIROGA¹⁰⁶, "De lo dicho resulta que la etiología de la delincuencia es el estudio de la totalidad de causas o factores que originan el conjunto de delitos, como hecho colectivo; aunque solamente podemos hablar propiamente del estudio de las causas de la conducta humana, y después del tipo de ésta que, al violar normas generalizadas penalmente, toma el nombre de crimen o delito, en los adultos".

Interesante resulta tal aseveración, pues si bien es cierto nos hemos referido a los factores endógenos del delincuente, también es menester subrayar la definitiva influencia de otros factores, de ahí que se incorpore su estudio adelante, asimismo, estamos en presencia de un nuevo tópico no disgregado sino complementario, la etiología del delincuente, mostrándose como un verdadero conjunto de elementos que originan el delito, que en forma personal influyen en el ánimo del delincuente y que lo conducen a cometer la conducta antijurídica.

¹⁰⁵ MARCHIORI, HILDA. Psicología Criminal. Pág. 3.

¹⁰⁶ SOLIS QUIROGA, HÉCTOR. Sociología Criminal. Pág. 69.

Pero no solamente es el delincuente siempre en un 100% el propiciador del hecho delictuoso, sino que como lo anota NEUMAN¹⁰⁷, "El sujeto pasivo: muerto, vencido, humillado, patrimonial, física o moralmente, no es siempre - ni mucho menos - sinónimo de inocencia. Así como nadie está exento de culpa penal, o dicho de otra manera, así como cualquier individuo puede llegar al delito canalizando una tendencia inmanente o ante determinadas condiciones sociales, así también, aunque por diversos motivos, con igual o mayor facilidad, se puede llegar a ser víctima de un crimen".

Así pues, el perito al auxiliar al Órgano Investigador y en su momento al Órgano Jurisdiccional, debe tomar en cuenta esta división de causas que originan el crimen, endógenas y exógenas, con las subdivisiones siguientes: las endógenas pueden ser somáticas, psíquicas y combinadas; las exógenas pueden ser físicas, familiares y sociales, que desencadenan el hecho delictuoso, pero no sólo en el supuesto delincuente, así también, debe tomar en cuenta el papel de la víctima, el que resulta en muchas oportunidades considerable y digno de tenerse en cuenta por la provocación e incitación que supone, amén de que en el último capítulo del presente trabajo, se analizará detenidamente esta postura; todo ello para contribuir correctamente en una interpretación del papel de cada uno de los partícipes del evento criminoso, desde la mendacidad de la declaración de la víctima o inculpaado, hasta la provocación o incitación, pasando por los diversos grados de víctima que serán estudiadas en su momento.

Por último, dicho dictamen deberá tener insito lo que señala ACHAVAL¹⁰⁸, "Examen psíquico de la víctima y aún de sus acompañantes, sus actitudes. De ser posible debe hacerse la anamnesis detallada de los hechos, del ambiente, de las personas, tales como detalles de muebles, gritos, menstruación, estado de conciencia, ropas, micciones, frecuencia, dolor, etc."

¹⁰⁷ NEUMAN, ELÍAS. Victimología. Pág. 22.

¹⁰⁸ Op. Cit. Pág. 281.

e) SECUELAS SOMÁTICAS DE LA VIOLACIÓN.

Una de las consecuencias del acceso carnal - sea o no violación - es el embarazo. En múltiples oportunidades le corresponde al Perito médico legista diagnosticar el pseudoembarazo o pseudociesis.

En muchas ocasiones se trata de un síndrome psicoendócrino que se manifiesta en el endometrio por consecuencia de exceso de hormona luteinizante de la hipófisis.

Señala ACHAVAL¹⁰⁹, "En algunos casos en los cuales existía previamente una mala relación interpersonal o una deficiente aceptación de la femineidad y por consiguiente una vida sexual perturbada o una relación conflictiva madre - hija, se ha observado la aparición del síndrome psicossomático premenstrual, resultado de la intensificación de los estados neuróticos con las características reactivas propias de la personalidad, histeria, angustia, obsesión, depresión, etc."

Existen ocasiones que las lesiones imponen intervención quirúrgica y como consecuencia las secuelas comunes de tales actividades terapéuticas, así también en muchos casos queda además como consecuencia la pérdida de la actividad orgásmica y caída de la libido.

Todo lo anterior, no hace sino evidenciar la importancia del estudio psicológico y psiquiátrico del pasivo del delito, así como de la pericial médica en atención a posibles infecciones venéreas, o en su caso el estado de embarazo real o ficto, caso primero que es el que nos ocupa en el presente estudio.

f) INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE ABORTO.

Para el presente rubro, nos ceñiremos a las exposiciones que realizara el insigne Doctor ALFONSO QUIRÓZ CUARÓN¹¹⁰, cuando en su obra Medicina Forense, toca éste tópico, al señalar: En consecuencia, si vamos a ocuparnos del cuerpo de éste delito, nos encontramos que la

¹⁰⁹ Op. Cit. Pág. 165.

¹¹⁰ QUIROZ CUARON, ALFONSO. Medicina Forense. Págs. 290 - 293.

ley procesal nos ordena que no debe comprobarse por la regla general, es decir, justificando los elementos materiales que lo constituyen.

En esa ley, el delito de aborto tiene un medio de comprobación especial; debe comprobarse en la misma forma que el homicidio. Por lo mismo, en este caso, necesitamos plantearnos las tres hipótesis de que hablamos al tratar el homicidio:

- 1.- Cuando existe feto.
- 2.- Cuando no exista feto, pero sí testigos que lo hubieran visto.
- 3.- Cuando no exista feto, ni testigos que lo hayan visto; pero si datos suficientes para suponer la comisión del delito de aborto.

La ley, además, exige que los peritos médicos forenses reconozcan a la madre. Este reconocimiento tiene por objeto que esos peritos describan las lesiones que la madre presente y puedan dictaminar sobre si tales lesiones hubiesen podido ser la causa de la muerte del producto de la concepción.

Los médicos están obligados a expresar, en primer término, cuál fué la edad de la víctima; en segundo, si nació viable y, en tercero, agregarán todos aquellos datos, elementos y conclusiones que puedan servir para determinar la naturaleza del delito: es decir, si la muerte del producto de la concepción tuvo lugar o no durante la preñez".

"La necropsia o autopsia - continua - pone a la vista del médico las lesiones de los órganos que le permiten la corroboración o rectificación de un diagnóstico. En ella se demuestra el proceso orgánico que se ha producido paralelamente a los síntomas, resolviendo problemas difíciles tanto de diagnóstico como de tratamiento futuro.

Dicha inspección no revela todas las partes del proceso, pero pone en evidencia el sustrato material de las enfermedades que hacen de la medicina una disciplina más científica. La necropsia o autopsia comprendida en toda su extensión, abarca diversos estudios que van desde la inspección exterior hasta la investigación microscópica y química de todos los órganos, dejando el resto de los estudios a la anatomía patológica. En resumen debe ser metódica y completa.

Refiramos ahora al segundo de los casos citados, o sea, cuando no exista el feto, pero sí testigos que lo hayan visto. El cuerpo del delito de aborto se comprobará por medio de testigos, los que describirán el producto de la concepción y expresarán si tenía o no lesiones, así como si presentaba huellas exteriores de violencia; también manifestarán las dimensiones de las lesiones y los lugares donde estuvieron situadas aquéllas y éstas. Y expresarán, asimismo, por qué medio creen que fueron causadas las lesiones o huellas y si la madre pudo tener alguna enfermedad que hubiese sido la causa del aborto.

En la tercera situación, el cuerpo del delito de aborto deberá comprobarse por medio de testigos que declaren sobre la preexistencia del feto y el embarazo, tiempo aproximado de ésta, fecha de la desaparición de los signos, posibilidad de que el feto pudiese haber sido ocultado o destruido, y los motivos que tuvieron los testigos para suponer la comisión del delito.

5.6 INSPECCIÓN MINISTERIAL

La inspección en general, se encuentra regulada por los numerales 259 al 261 del Código de Procedimiento Penales en vigor para el Estado de México, siendo en el último numeral citado en donde se establece la procedencia para el caso en estudio, ya que señala "Tratándose de delitos de homicidio, aborto, lesiones y sexuales, el funcionario del Ministerio Público y la autoridad judicial, en sus respectivos casos, practicarán la inspección del cuerpo de los ofendidos, previamente al reconocimiento de los peritos médicos".

Abarcamos en el presente punto la Inspección Ministerial, ya que si bien es cierto existe la Inspección Ocular, también existe la Judicial, sin embargo y amén de su diferenciación, es muy difícil, sino imposible, que se practique una inspección judicial en el cuerpo de la ofendida de un delito de violación o en caso de aborto, de ahí que lo más común es que sea el Ministerio Público Investigador quien practique la inspección ocular o Ministerial en tales ilícitos, pues la judicial como se reitera, en la práctica es casi nula su presentación o realización, en los delitos en comento.

No obstante lo asentado, daremos algunas definiciones de doctrinarios en relación a la inspección in genere, y finalmente la relativa a la Inspección Ministerial, sin descuidar los elementos que la complementan.

COLÍN SÁNCHEZ¹¹¹, la define como: "Un acto procedimental que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad de una conducta o hecho o para el descubrimiento del autor". "En general - continúa - es útil para integrar los elementos del tipo penal preestablecido (averiguación previa), y del delito, o para corroborar la sinceridad o insinceridad de las declaraciones o las circunstancias accesorias o concurrentes de los hechos y precisar el grado de participación del probable autor".

¹¹¹ Op. Cit. Pág. 429.

RIVERA SILVA¹¹² , la define como "el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares. En la inspección es menester distinguir la inspección ocular de la inspección judicial. La primera actúa a guisa de género de la segunda y a ella corresponde la definición general que hemos dado de inspección.

Respecto de la naturaleza jurídica de la Inspección, existe de igual forma, discordancia doctrinal, entratándose si se trata de un medio directo o indirecto de prueba, si es un medio de prueba real, directo y personal, pues si bien es cierto la mayoría de la doctrina lo acepta como un medio de prueba real, directo y personal, porque el conocimiento y la certeza se obtienen por un a vía directa que ofrece menos peligro de insinceridad, algunos procesalistas no aceptan este criterio, pero como apunta COLÍN SÁNCHEZ¹¹³ , una solución convincente a este problema no es fácil obtenerla, porque, aunque en algunas ocasiones la procedencia de la inspección no está condicionada a determinadas declaraciones o peritaciones (averiguación previa), durante el proceso si constituyen un antecedente necesario para su celebración.

Durante el ejercicio de la función de Policía Judicial - continúa - es un medio de prueba; el Agente del Ministerio Público adquiere el conocimiento de manera directa y real, aún cuando no obren en su poder ningunas declaraciones; sin embargo, en el proceso, como no existe medio suficiente para transmitir al juez de manera fidedigna esa experiencia, es un acto complementario de las declaraciones. Por consiguiente, en razón de las singularidades de nuestro sistema procedimental, puede afirmarse que opera en una y otra forma, según el caso".

RIVERA SILVA¹¹⁴, señala que "la inspección constituye un medio de prueba directo e indirecto: directo, cuando el examen u observación es realizada por el propio juez (inspección Judicial) e indirecto cuando el que realiza el examen u observación es el Ministerio Público".

¹¹² Op. Cit. Pág. 269.

¹¹³ Op. Cit. Pág. 430.

¹¹⁴ Op. Cit. Pág. 14.

La inspección se compone de observación y descripción, la inspección se compone y agota con la observación, y la descripción no es el elemento medular, sino la consecuencia de dicha observación.

Por cuanto hace el objeto de la inspección podemos decir que recae sobre personas es necesario que el Ministerio Público inspeccione a las personas cuando se está investigando la comisión de delitos tales como lesiones, aborto, violación y estupro, con fines de integración del cuerpo del delito.

Respecto de los ilícitos en estudio, en la violación la inspección recaerá sobre el cuerpo de la pasivo o el pasivo, fe de ropas que vista el sujeto ofendido, en el lugar de los hechos cuando fuere posible, inspección ministerial y fe de armas o cualquier otro objeto que tuviese relación con los hechos que se investigan. Así una vez hecho un pequeño bosquejo, podemos definir la Inspección Ministerial, como la concibe OSORIO Y NIETO¹¹⁵: "es la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación".

¹¹⁵ Op. Cit. Pág. 14.

5.7 CONFRONTACIÓN

La confrontación se encuentra regulada por los numerales 225 al 229 del Código de Procedimientos Penales en vigor, refiriendo el Artículo 225 que "Toda persona que tuviere que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, mencionando, si le fuere posible, nombres, apellidos, ocupación, domicilio, señas particulares y demás circunstancias que supiere y puedan servir para identificarla.

Cuando el que declare no pudiere dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero exprese que podrá reconocerla, o asegure conocer a esa persona y haya motivos fundados para sospechar que no la conoce, se procederá a la confrontación".

De la redacción hecha por el numeral citado, se desprende que la confrontación no es un medio de prueba propiamente dicho, es más bien un medio complementario de las declaraciones encaminado a despejar dudas y a identificar al sujeto o sujetos que fueran aludidos en dicha declaración.

Así estamos en aptitud de observar, como lo hace COLÍN SÁNCHEZ¹¹⁶, que: "La confrontación, también llamada confronto o identificación en rueda de presos, es un acto procedimental que consiste en identificar, en una diligencia especial, a la persona a que se hace alusión en las declaraciones, para así despejar los aspectos imprecisos o dudosos".

Tal definición nos parece acertada, ya que abarca genéricamente la confrontación, pues este acto procedimental puede ser llevado a cabo tanto en la Averiguación Previa, como en la Instrucción, teniendo en ambos periodos la misma dinámica: un acto singular, impregnado de teatralidad, en el que, el Ministerio Público o Juez, a manera de un espectador, percibe directamente los sucesos y el resultado de dicha diligencia, atendiendo necesariamente a lo que disponen los Artículos 226, 227, 228 y 229 del Código Adjetivo de la Materia para el Estado de México.

¹¹⁶ Op. Cit. Pág. 437.

De tal suerte OSORIO Y NIETO¹¹⁷, la define para los efectos de la Averiguación previa como : "La diligencia realizada por el Ministerio Público en virtud de la cual el sujeto que es mencionado en la averiguación como indiciado, es identificado plenamente por la persona que hizo alusión a él".

La definición anterior nos parece relativamente buena, ya que el resultado que propone es poco feliz, en virtud de que bien puede suceder que no se identifique a persona alguna o se identifique a medias, pero no necesariamente se "identifique plenamente" a alguna persona señalada como indiciado, de ahí que nos parezca razonable lo mencionado por COLÍN SÁNCHEZ¹¹⁸, cuando precisa: "Con la confrontación, fundamentalmente se pretende lograr la convicción del Juez. No obstante, el Ministerio Público, durante la Averiguación previa, no está impedido para celebrarla si así lo estima conveniente; aunque, en esa etapa queda reducida a una simple identificación, de la que no es posible obtener los efectos trascendentales que puedan adquirirse cuando el Juez es el que la ordena y la presencia".

¹¹⁷ Op. Cit. Pág. 17.

¹¹⁸ Op. Cit. Pág. 438.

5.8. PROBLEMÁTICA TEMPORAL DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Ningún precepto legal señala cuál es el término que tiene el Ministerio Público para realizar la Averiguación Previa; en efecto, desde el Artículo 103 al 127 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, no se encuentra señalamiento alguno del tiempo que dispone el Órgano Investigador para realizar la Averiguación Previa, esto se debe a la complejidad que se presenta.

El Artículo 16 Constitucional hace referencia a la oportunidad con la que deben realizarse ciertos actos, por cuanto afirma que la persona que aprehenda al delincuente en flagrante delito deberá ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata. En esas referencias temporales, algunos autores han encontrado motivo para preguntarse si la averiguación previa tiene término, al efecto de resolver si ejercita o no la acción penal. Pero como señala ZAMORA PIERCE¹¹⁹: "Se trata de un falso problema. La Constitución no le pone límites temporales a la investigación de los delitos, ni en el Artículo 16 ni en ningún otro artículo, y, como consecuencia del transcurso del tiempo, la acción penal únicamente puede extinguirse por prescripción". " Las mencionadas referencias temporales -continua- deben darnos pie, más correctamente, para interrogarnos respecto a la posibilidad de que, durante la averiguación previa, el Ministerio Público tenga detenida a una persona, y, en su caso sobre la duración de esa privación de libertad".

Creemos bastante acertado el apunte referido, pues en realidad el mayor problema se presenta cuando existe una persona detenida pues el Artículo 16 Constitucional únicamente refiere "inmediatamente", lo que no evidencia estrictamente un espacio temporal exacto, sin embargo, a partir de la fracción XVIII del Artículo 107 de la Constitución General, se ha interpretado que dicho término lo es de 24 horas, más a pesar de que existe Jurisprudencia que identifica tal interpretación, ésta no es compartida por algunos doctrinarios pues como insiste ZAMORA PIERCE¹²⁰: "Pero el texto de la Fracción XVIII parece más bien fijar un

¹¹⁹ Op. Cit. Pág. 31.

¹²⁰ Op. Cit. Pág. 31.

plazo a quien, en cumplimiento de una orden dictada por la autoridad judicial, aprehende a un individuo, para que lo ponga a disposición del juez que lo mandó aprehender", haciendo manifestación que comparten este punto de vista BURGOA, COLÍN SÁNCHEZ, ORTÍZ LARRAÑAGA y ROJO GONZÁLEZ.

Por nuestra parte creemos que efectivamente no existe un término exactamente definido para la investigación de los delitos, y que en realidad los Tribunales Federales "subsanan" la omisión que hace el Artículo 16 Constitucional, adaptándole las 24 horas que refiere la fracción XVIII del Artículo 107 de Nuestra Carta Magna, que en realidad reglamenta el Juicio de Amparo y no encuentra acomodo en el primer numeral citado, ya como refiere ZAMORA PIERCE¹²¹., "Nos apoyamos más bien, en el sano principio de interpretación conforme al cual las diversas disposiciones de un texto legal deben ser congruentes entre sí, pues sería absurdo que una imponga como obligatorio lo que otra prohíbe como ilícito".

Amén de lo apuntado, baste ver las diversas tesis Jurisprudenciales en las que se precisa que el término de detención lo es de 24 horas, y que el hecho de que a un acusado se le haya prolongado esa detención por término mayor, antes de ser consignado, en todo caso es responsabilidad por parte de las personas que lo detuvieron, más no actos atribuibles a la autoridad Judicial, que pueden ser reparados en el amparo. (Tesis 818 Primera Sala Séptima Época, Volumen 64, segunda parte, pág. 22).

Lo que lleva a evidenciar que prácticamente el prolongar una detención, no favorece en mucho al inculpado, pues se considera un acto consumado que importa responsabilidad, y por otra parte un cambio de situación jurídica al decretársele la formal prisión o sujeción a proceso, y por consiguiente el sobreseimiento del Amparo.

Por lo apuntado es obvio, que el Amparo se ha mostrado impotente en la defensa de la garantía de Libertad, ya que mediante el cambio de situación jurídica, nunca se llega a resolver sobre el fondo, ni a declarar que una detención es ilegal. Ciertamente es loable el esfuerzo hecho por

¹²¹ Idem. Pág. 33.

los Jueces Federales, sin embargo, se repite, ha sido en la práctica intrascendente para los efectos deseados.

Este tópico es materia de un trabajo extenso y, por no ser el objetivo del presente estudio, únicamente dimos una somera exposición de ideas, más entrando de lleno al tema que nos ocupa, cabe señalar que aún cuando se refiera uno u otro término, entratándose de flagrancia, el Ministerio Público Investigador, previo el análisis de las constancias decidirá sobre el ejercicio, como se verá más adelante, pero en el supuesto en comento cabe mencionar, que hasta este momento si se puede precisar si existió un estado de embarazo anterior, esto es, cuando expusimos la problemática del tópico, mencionamos que nuestra intención era determinar si el Ministerio Público o el Juez, eran los indicados para "conceder un permiso para abortar" cuando el embarazo fuere resultado de un delito de violación, por ende, creemos que cuando se encuentra el presunto en calidad de detenido por haber habido flagrancia, a partir de las periciales se puede determinar si existió un estado anterior de embarazo o si no lo existe, de ahí que en caso de consignación del detenido, será responsabilidad del Juez determinar si procede o no tal solicitud en caso de embarazo posterior, pues si existe un anterior es obvio, no fué resultado de violación.

El problema por el momento, se presenta cuando existe denuncia por el delito de violación y se practican todas las diligencias respectivas a la Averiguación Previa, no encontrándose detenido el presunto responsable o bien se ignore quién fué el autor del hecho delictivo.

En el primer supuesto puede bien ocurrir que se consigne sin detenido y se solicite al Juzgador se libre Orden de Aprehesión en contra del presunto, lo que obligaría al Juzgador a afrontar el Problema de conceder una solicitud de aborto; más también puede suceder que antes de la determinación y consignación, se haga dicho pedimento al Representante Social Investigador, lo que nos obliga a preguntarnos, ¿está facultado el Ministerio Público para "autorizar un aborto" considerando que fué resultado el embarazo de una violación? La respuesta en nuestro criterio es que el Ministerio Público no está facultado para tal efecto, en virtud de que partiendo de la idea de que dicho Representante Social consigna hechos no delitos, y que lo que a su

función compete es la de policía Judicial que es propiamente la Averiguación Previa, y en su caso, el ejercicio de la Acción penal, como adelante se estudia, además de la problemática que implica el hecho de que para el inicio de la averiguación previa la denuncia puede ser presentada en cualquier momento antes de que prescriba la acción penal, por lo que bien se puede denunciar el ilícito después de un mes, dos, tres, etc. que ha ocurrido el evento, lo que restaría vestigios a los peritos médicos, y a todas las diligencias practicadas para su cabal cumplimentación, y que por ende se pretendería juzgar sobre el hecho criminoso, facultad que no alcanza el Ministerio Público, pues es órgano Investigador, no juzgador.

En el segundo supuesto, es obvio que corresponde al Ministerio Público decidir sobre la solicitud que se le haga, afrontando los problemas referidos, por igualmente, creemos que no tiene facultades para otorgar el "permiso" por las razones expuestas.

De lo anterior no se colige la idea de que se reste credibilidad a los ofendidos por el delito, pues bien puede acontecer que el presunto o inculpado, se haya dado a lo que se conoce como fuga y también que se ignore quién fué la persona que agredió sexualmente, sea porque no se le pudo ver, porque se le vió pero no se le conoce ni se le ha visto antes, o bien porque fuera una banda de gente que pasó sorpresivamente tomó a la víctima, produciéndose el ilícito en forma tumultuaria, etc.

Por lo anterior, se deduce, que en nuestro criterio el Ministerio Público, una vez practicadas las diligencias de policía Judicial, debe inmediatamente resolver sobre el ejercicio, de la acción penal, reserva o archivo, sin demora alguna, par así en caso de consignación dar parte a la Autoridad Jurisdiccional sobre los hechos denunciados, pero que en los delitos denunciados sobre quien resulte responsable, sin que existan indicios de quién o quiénes pudieron haber sido los responsables, creemos que definitivamente sería imposible que el Ministerio Público Investigador pueda conceder "autorización para abortar".

5.9 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de Órgano Estatal permanente para hacer valer la pretensión penal nacida del delito, por tanto su vida está íntimamente ligada a la acción penal. Por lo que nos parece útil examinar algunas nociones sobre la esencia de dicha acción penal.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE¹²², señala al respecto: "Acción, de agere obrar, en su acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se encamina a un determinado fin". En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Por lo mismo, la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar, y está constituido "por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho".

Continuando con el referido autor, señala: "la comisión de un delito dá origen al nacimiento de la exigencia punitiva, y de ésta surge la acción penal que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, la "exigencia punitiva" corresponde al derecho penal, la acción penal debe entenderse en un sentido procesal... La acción penal, se caracteriza por sus perfiles propios y definidos. Tiene su origen en el delito mismo, a pesar de que haya quien sostenga que no nace del delito sino de la sospecha; lo fundamental para su ejercicio es examinar si el hecho que se supone ocurrido, contiene los caracteres de tipicidad. Es, en efecto, la acción penal un poder- deber de obrar, sustancialmente distinto del derecho subjetivo de castigar o "exigencia punitiva" y que no siempre tiende a la imposición de una pena.

FLORIAN citado por JUVENTINO V. CASTRO¹²³, nos dice respecto a la acción penal: "es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órganos jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad

¹²² Op. Cit. Págs. 36, 37 y 39.

¹²³ Op. Cit. Págs. 21 y 22.

que se despliega con tal fin. La acción penal domina y dá carácter a todo proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta "la sentencia".

Respecto de la pretensión punitiva y acción penal, el autor en cita señala: "La distinción entre acción penal y pretensión punitiva no solo nos parece útil sino exacta. De un delito no nace la acción penal, sino la pretensión punitiva, o sea: el derecho del Estado para castigar al que ha violado una norma penal. Si de todo delito naciera la acción penal, no podríamos explicarnos cuándo se resuelve en un juicio que no había delito que perseguir, qué fué lo que ejercitó en realidad el Ministerio Público durante el proceso, ya que la acción penal - por no haber delito - no llegó a nacer".

Como es fácil de advertir, nos encontramos de acuerdo por cuanto hace a la definición de acción penal, en su sentido procesal, sin embargo, se evidencia asimismo, que existe discrepancia por cuanto hace al nacimiento de la misma, pues GONZÁLEZ BUSTAMANTE, precisa que ésta nace con el delito, por el contrario, JUVENTINO V. CASTRO dice que no nace con el mismo. Por nuestra parte creemos más acertada la noción de que la acción penal no nace con el hecho supuestamente delictivo, sino que como poder - deber de obrar debe encontrarse su verdadera naturaleza procesal lejos del derecho subjetivo de castigar, de ahí el aserto de considerar que no nace del delito; este criterio no es sustentado por RIVERA SILVA¹²⁴, cuando refiere: "Si hemos expresado que el Estado como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta Autoridad, es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictivo surge el derecho - obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que tiene que tener conocimiento del hecho e investigado éste llegar a la conclusión de que es delictivo, para de ésta manera ejercitar su derecho ante la Autoridad Judicial, reclamando la aplicación de la ley. En otras palabras, si la Autoridad es la que reconoce para efectos ejecutivos, los derechos y el Estado tiene facultad para exigir se sancione al delincuente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal

¹²⁴ Op. Cit. Págs. 43 - 45.

una vez que ha reunido los elementos que lo convencen de la comisión de un delito".

Para los efectos del ejercicio de la acción penal, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, reglamenta dicho ejercicio en los numerales 168 al 173.

Por otra parte, es menester analizar lo apuntado por OSORIO Y NIETO¹²⁵, respecto del ejercicio de la acción penal, cuando señala "la acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este acto es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público ocurre ante el Órgano Jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal. Ahora bien, para poder llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es menester cumplir determinados requisitos constitucionales, los cuales están contenidos en el Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se refieren a Cuerpo del delito y Probable responsabilidad".

Lo apuntado por el tratadista que antecede, nos parece en parte acertado y en parte no, esto es, que efectivamente el acto por medio del cual se hace el ejercicio de la acción penal, es precisamente la consignación que debe cumplir los requisitos que señala el Artículo 16 de Nuestra Carta Magna, más éstos no son como señala OSORIO Y NIETO, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Deliberadamente omitimos por el momento abundar en ésta última consideración, en virtud de que iniciaremos con el tratamiento doctrinario de la consignación por cuanto hace a su definición, para posteriormente entrar al estudio de que si dicha consignación debe reunir los requisitos de cuerpo del delito y probable responsabilidad.

En efecto, señala el Artículo 166 del Código Adjetivo de la Materia para el Estado de México, que "tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos del Artículo 16 de la Constitución General de la República, para que pueda procederse a la

¹²⁵ Op. Cit. Pág. 24.

detención de una persona, se ejercitará la acción penal señalando los hechos delictuosos que la motiven".

Tal numeral señala, en realidad, que previamente al acto consignatorio, se deben analizar todas y cada una de las constancias que integran la averiguación previa para estar en aptitud para resolver sobre la procedencia o improcedencia del ejercicio de la acción penal, de ahí que con aserto innegable, RIVERA SILVA¹²⁶, señale: "Las investigaciones practicadas por el Ministerio Público lo llevan a cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Que estime que con las diligencias practicadas todavía no se ha comprobado la existencia de un delito, o la responsabilidad de un sujeto,

b) Que de las averiguaciones practicadas estime comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto, que no se encuentra detenido;

c) Que de las averiguaciones llevadas a cabo, estime comprobadas la existencia de un delito que no merezca pena corporal y la responsabilidad de un sujeto;

d) Que de las averiguaciones efectuadas estime se hallan comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentra detenido.

De la primera procede distinguir dos aspectos:

- 1.- Cuando con las diligencias practicadas no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto, pero quedan por practicarse algunas diligencias, y
- 2.- Cuando habiéndose practicado todas las diligencias que solicita la averiguación, no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto".

De lo anterior se colige la idea de que cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la práctica de las mismas, por el momento se dicta resolución de "reserva" ordenándose a

¹²⁶ Op. Cit. Pág. 113.

la Policía haga investigaciones tendientes a esclarecer los hechos, caso del primer supuesto; más por cuanto hace al segundo supuesto, se dicta lo que se conoce como resolución de archivo, que es pues el no ejercicio de la acción penal.

Evidentemente por cuanto hace a los incisos b), c) y d), se está en aptitud de ejercitar la acción penal, lo cual se hace mediante la consignación, la cual es definida por COLÍN SÁNCHEZ¹²⁷, como: "el acto procesal, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal poniendo a disposición del Juez las diligencias y al indiciado, o en su caso, únicamente las diligencias, iniciándose con ello el proceso penal judicial... Si el acto de consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con penal corporal, va acompañada del pedimento de orden de aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de comparecencia".

Pues bien, ahora la temática tratada nos impele a delimitar si, como señala OSORIO Y NIETO, la consignación debe cumplir los requisitos que señala el Artículo 16 Constitucional, y que se refieren según este autor, al cuerpo del delito y probable responsabilidad; por nuestra parte creemos que efectivamente se deben reunir los requisitos exigidos por el Artículo 16 de la Constitución General de la República, más entre éstos no figura el cuerpo del delito para los efectos consignatorios, pues la comprobación del cuerpo del delito, en cuanto a su valoración, compete únicamente al Órgano Jurisdiccional, quién lo tendrá por comprobado de conformidad con las reglas aplicables para ello, hasta el momento en que decreta el auto de formal prisión o sujeción a proceso, según el caso; amén de lo anterior, el notable tratadista se basa en las disposiciones relativas al Código Procedimental de la Materia en el Distrito Federal, cuyo numeral 122 refiere la regla genérica para "tener por comprobado el cuerpo del delito" para los efectos consignatorios, ésto chocaría con lo que establece el Artículo 16 de Nuestra Carta Magna, ya que de éste precepto no habla en forma alguna del cuerpo del delito, sino que los elementos que señala son: 1.- Que exista una denuncia o querrela; 2.- Que la denuncia o querrela se refiera a un delito sancionado con pena corporal; 3.- Que la denuncia o querrela esté apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe o, por

¹²⁷ Op. Cit. Págs. 291 y 293.

otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; también es de notar que puede tratarse de un delito de pena alternativa para los efectos consignatorios, pero de ningún punto de vista se refiere que "se tenga por comprobado el cuerpo del delito", máxime que incluso no es necesario tener comprobado el cuerpo del delito ni siquiera para el libramiento de la Orden de Aprehensión, criterio que ha sido sustentado por nuestro Máximo Tribunal en diversas tesis jurisprudenciales, sin embargo lo que sí está facultado el Órgano Investigador, es "procurar que se compruebe el cuerpo del delito" suministrando al Órgano Jurisdiccional los elementos que tiendan a su cabal comprobación y razonando jurídicamente la relación de hechos recabados con la disposición o disposiciones normativas que se supongan violadas, proponiendo la forma y términos en que se tenga por comprobado el cuerpo del delito.

Cabe hacer mención que el Artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, establece "Tan luego como aparezca de la Averiguación Previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indicado, en los términos de la primera parte del Artículo 168, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los Tribunales. Para el Libramiento de orden de aprehensión, éstos se ajustarán a lo previsto en el Artículo 16 Constitucional, y en el 195 del presente Código..." El numeral 168 parte primera del cuerpo normativo citado, refiere "El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la policía Judicial y Tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal federal". Estas disposiciones nos parece, caen por su propio peso, pues por los mismos razonamientos antes aludidos, se evidencia su contraposición con el propio Artículo 16 de Nuestra Carta Magna, ya que no es necesario que previo al ejercicio de la acción penal se tenga por comprobado el cuerpo del delito, pues el Ministerio Público consigna hechos no delitos, de ahí que como se ha manifestado, solamente el Órgano Jurisdiccional está facultado para hacer el Juicio valorativo mediante el cual se tenga por comprobado el cuerpo del delito que se trate, y ésto será únicamente en el Auto Constitucional y en su caso, en la Sentencia que se dicte.

" CRITERIO JURISDICCIONAL "

6.1 PERIODO PRE-INSTRUCTIVO

Se denomina el presente rubro como "periodo pre - instructivo", para distinguirlo de la instrucción propiamente dicha, ya que en el mismo se contempla un espacio temporal que liga la consignación con el Auto Constitucional, es decir, abarca desde el acuerdo de radicación hasta la resolución Constitucional de las 72 horas o tres días, en que habrá de decirse si ha lugar o no a instaurar procedimiento penal en contra de un presunto infractor, de ahí que concibiendo la idea de que la instrucción es la etapa en la cual las partes acuden al Órgano Jurisdiccional a ministrar sus elementos de convicción tendientes a esclarecer los hechos que dieran origen al proceso, ésta se diferencia radicalmente de la primer etapa del procedimiento, denominada comúnmente Averiguación previa, más entre la primera y la segunda etapas precisadas, existe un lapso temporal el cual debe ser ligado por medio de actuaciones jurisdiccionales, por ello que para su diferenciación con la Averiguación Previa y la Instrucción, lo denominemos periodo pre - instructivo ya que se localiza posterior al ejercicio de la acción penal y antes de la dictaminación del Auto Constitucional, con el que se abre propiamente la instrucción.

Por lo anterior, es menester, ahora, examinar parte por parte los actos que el órgano Jurisdiccional realiza durante este periodo encontrando los siguientes:

a) ACUERDO DE RADICACIÓN.- El auto de radicación o acuerdo de radicación es el primer acto que realiza el Órgano Jurisdiccional, y tiene por objeto fijar la jurisdicción del juez, vincular a las partes al Órgano Jurisdiccional, sujeta a los terceros a dicho Órgano, y abre el periodo de pre - instrucción o como señala RIVERA SILVA "periodo de preparación del proceso".

En el Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, el auto de radicación se encuentra regulado por los numerales 175 al 178.

b) LIBRAMIENTO DE ORDEN DE APREHENSIÓN.- Como se ha referido, al momento en que el Órgano Investigador ejercita acción penal mediante la consignación, puede bien ocurrir que consigne con el presunto responsable o bien sin él, en cuyo caso y atendiendo a la penalidad del delito cuya presunta responsabilidad se le impute, solicitará el libramiento de Orden de Aprehensión, tratándose de delito cuya pena sea corporal, o el libramiento de Orden de Comparecencia, tratándose de delitos cuya pena no es corporal o pena alternativa.

En el Código de Procedimientos penales en vigor para el Estado de México, el Artículo 176 precisa que cuando se consignen diligencias de Averiguación previa sin persona detenida y se solicite el libramiento de Orden de Aprehensión, la misma se resolverá precisamente en el auto de radicación si se concede o se niega.

Para comprender esta Orden, debemos primero explicar qué se entiende por aprehender, así RIVERA SILVA¹²⁸, señala: "Aprehender viene del latín prehencia, que denota la actividad de coger, de asir, en términos generales se debe entender por aprehender el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad".

Cabe destacar al efecto, que para que proceda el libramiento de la Orden de Aprehensión, deben necesariamente reunirse las exigencias que señala el Artículo 16 de la Constitución General de la República, las cuales son: 1.- Que exista una denuncia o querrela; 2.- Que la denuncia o querrela se refieran a un delito sancionado con penal corporal; 3.- Que la denuncia o querrela esté apoyada con la declaración bajo protesta de personas dignas de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado; y 4.- Que lo pida el Ministerio Público.

c) CONSIGNACIÓN CON DETENIDO.- Al momento en que el Ministerio Público ejercita acción penal y realiza el acto de consignar las diligencias de averiguación previa, puede suceder que remita tales diligencias con el presunto infractor penal, en cuyo caso se dictará un acuerdo de radicación con persona detenida, decretándose precisamente la detención material del presunto que ha sido puesto a disposición de la autoridad Jurisdiccional, y a partir de ese preciso momento, el Órgano

¹²⁸ RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. Pág. 137.

Judicial tendrá la obligación de recabar la declaración preparatoria del inculpado, en un término no mayor de cuarenta y ocho horas.

d) **DECLARACIÓN PREPARATORIA.-** Según **ORNOZ SANTANA¹²⁹**, es la que rinde el indicado en presencia del Órgano Jurisdiccional que conoce de su caso dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al de su detención material y puesta a disposición del Órgano Jurisdiccional, revistiendo requisitos de índole constitucional y procesal.

En efecto, la fracción III del Artículo 20 de Nuestra Carta Magna, señala: "En todo juicio del Orden Criminal tendrá el acusado las siguientes garantías ... Fracción III.- Se la hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la Justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria"; es decir, tal numeral obliga al Órgano Jurisdiccional a que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al en que haya sido decretada la detención material del inculpado, haga del conocimiento del mismo el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, para que, en caso de que el imputado una vez conocido lo anterior, pueda declarar en preparatoria si así es su voluntad, o bien, puede abstenerse de emitir declaración alguna.

El Código de Procedimientos penales en vigor para la Entidad, regula la declaración preparatoria en sus numerales 179 al 188, agregando diversas disposiciones a tal garantía.

¹²⁹ ORNOZ SANTANA, CARLOS. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 80

6.2 AUTO CONSTITUCIONAL

Todo inculpado una vez que ha sido puesto a disposición de la Autoridad Jurisdiccional, goza de la Garantía que señala el Artículo 19 de la Constitución General de la República, la cual se traduce a contrariu sensu, en una obligación del Juzgador, que consiste en que "Ninguna detención podrá exceder del término de tres día, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".

El Constituyente en el párrafo transcrito establece la etapa procesal denominada pre - instrucción, que se inicia en el momento en que el inculpado queda a disposición del juez cuya duración tiene un máximo de tres día, o , más precisamente, de setenta y dos horas como lo señala el Artículo 107 Fracción XVIII Constitucional, y que debe culminar con la resolución de formal prisión o de libertad por falta de elementos para procesarlo.

Al efecto ZAMORA PIERCE¹³⁰ , señala: "El carácter ejecutivo del proceso penal, derivado de la prisión preventiva, impone la necesidad de una resolución judicial no definitiva, dictada al principio del litigio, en la cual el Juez decida si existen elementos suficientes para considerar probado el cuerpo del delito y probable la responsabilidad del inculpado, y, en consecuencia, razonable que se someta a éste a prisión preventiva".

En efecto, la Constitución hace una perfecta distinción entre detención y prisión preventiva, en su causas y efectos: autorizó la primera cuando haya un mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, según el Artículo 16 de Nuestra Carta Magna; pero no permitió la segunda sino cuando se pronuncie el auto motivado que la justifica, de conformidad con el

¹³⁰ ZAMORA - PIERCE. Garantías y Proceso Penal. Pág.

numeral 19 Constitucional, garantizando además, el derecho de audiencia previo al auto de formal prisión.

De igual forma dicho artículo 19 Constitucional, otorga al inculpado el derecho de que su detención no podrá exceder de tres días, a menos que su juez, dentro de tal lapso, dicte en su contra Auto de Formal prisión, que justifique el que continúe privándosele de su libertad, ahora con el carácter de prisión preventiva.

Pero debido a que según el artículo 18 de Nuestra Ley Máxima, sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, resulta que el Artículo 19 del mismo Cuerpo Normativo, nada dice respecto a quienes son procesados por delitos que no merezcan pena de prisión, o bien que son sancionados con pena alternativa, sin embargo, los Códigos Procesales generalmente disponen que, cuando el delito cuya existencia se haya comprobado, no merezca pena corporal, o se encuentre sancionado con pena alternativa, el Juez dictará auto con todos los requisitos del de Formal Prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para hacer presumible su responsabilidad penal, lo cual es un acierto del legislador ordinario.

Por otra parte, si dentro del término de tres días señalado en el Artículo 19 de la Constitución General, no se reúnen los requisitos que el propio artículo exige, no se justifica ya la detención del inculpado y debe ponerse en inmediata libertad al mismo, mediante la resolución denominada "Auto de Libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de Ley", y tratándose de delito cuya pena no sea corporal o bien, sea alternativa, se dictará "Auto de no sujeción a proceso".

Pero, retomando las exigencias del Artículo 19 Constitucional, debe destacarse, sin duda, la temática sobre lo que debe entenderse por "cuerpo del delito".

A principios de este siglo, BELING estudió el tema, admitió que el tipo estaba constituido por la de todos los caracteres del delito (internos y externos), integrantes de su esencia; en otros términos: los elementos materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, sin incluir las notas concernientes a la culpabilidad. Belling, rectificó en 1930,

consideró necesario separar el tipo de la especie delictiva, porque a través del primero se logra destacar el segundo.

Contrariamente en la tesis de Beling, MEZGER afirma que existen tipos objetivos, subjetivos y normativos. Se trata , por tanto, de estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, preceptibles por los sentidos, objetivos fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva, y que han de ser apreciados por el Juez, mediante la simple actividad del conocimiento.

Dentro de la doctrina mexicana, RIVERA SILVA¹³¹, señala que el cuerpo del delito es la parte de un todo, que ese todo es el delito real, precisando que delito real es el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo exterior, etc) una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley, por lo tanto el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que emporta con precisión en la definición legal de un delito". Por su parte COLÍN SÁNCHEZ¹³², señala "tipo delictivo y corpus delicti son conceptos relacionados intimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta previamente considerada como antijurídica por el legislador y el segundo, a la realización del delito".

El Artículo 128 del Código de Procedimientos penales en vigor para el Estado de México, señala textualmente que "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Nos parece conveniente, hacer una distinción entre integración y comprobación del cuerpo del delito:

INTEGRACIÓN.- La integración del cuerpo del delito es una actividad, en principio, a cargo del Ministerio Público durante la

¹³¹ RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. Pág. 154.

¹³² COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Pág. 310.

averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal.

Del conjunto de elementos probatorios que hayan logrado acumular durante la averiguación previa, dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado. Es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiene esencialmente a la integración del corpus delicti.

COMPROBACIÓN.- La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo, misma que solo puede ser realizada legalmente por el Juez.

Por último, es menester dilucidar qué es la presunta responsabilidad a que alude el numeral 19 de Nuestra carta Magna, así RIVERA SILVA¹³³, apunta: "Cuello Calón manifiesta que responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable, de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado. El Código Penal no define lo que es la responsabilidad; simplemente señala qué personas son responsables de los delitos, para eludir la engorrosa teoría, que en este punto es sumamente intrincada y la cual no hace sino oscurecer nuestras ideas, podemos aceptar como responsabilidad, la obligación que tiene un individuo a quien le es imputado un hecho típico, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad (dolo u omisión espiritual) y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción".

¹³³ Op. Cit. Pág. 165.

6.3 INSTRUCCIÓN

Concebida la instrucción como el período procesal que abarca desde el Auto Constitucional dictado, sea formal prisión o sujeción a proceso, hasta el auto que declara agotada la averiguación y cerrada la instrucción, es menester observarlo, en primera instancia, como una verdadera garantía del inculpado, una garantía de defensa de los hechos criminosos a él imputados, en otras palabras el derecho de defenderse es aquél que tiene el procesado para oponerse a la acusación.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción penal y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descanza la idea misma del proceso penal, como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y la exigencia de la correcta y válida administración de Justicia.

ZAMORA - PIERCE¹³⁴, al respecto señala: "Luego entonces si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar por razones de lógica y legalidad que la defensa, en cuanto a concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad de ésta".

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos que el Artículo 20 de la Constitución General de la República consagra: 1.- El derecho a ser informado de la acusación; 2.- El derecho a rendir declaración; 3.- El derecho a ofrecer pruebas; 4.- El derecho a ser careado; 5.- El derecho a tener defensor.

Así, una vez sentado el derecho de defensa comprende la legitimidad de que el procesado pueda oponerse a la acusación, tal derecho solo puede realizarse mediante la regulación ordinaria de los medios y mecanismos de defensa que se presentan al proceso para que se haga uso de los mismo en aras de su pretensión antitética a la acusación, tal regulación puede concebirse como proceso el cual, según RIVERA SILVA¹³⁵, "es el conjunto de actividades debidamente

¹³⁴ ZAMORA - PIERCE, JESÚS. Garantías y Proceso Penal. Pág. 333.

¹³⁵ Op. Cit. Pág. 179.

reglamentadas en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente extados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre situación jurídica que se les plantea"; por su parte GONZÁLEZ BUSTAMANTE¹³⁶, refiere al respecto: "La instrucción es la primera parte del proceso, en que se recogen y coordinan las pruebas con sujeción a las normas procesales, se perfecciona la investigación y se prepara el material indispensable para la apertura del juicio, proporcionando al Juez las pruebas que han de servirle para pronunciar su fallo y al Ministerio Público y la defensa elementos necesarios para fundar sus conclusiones y sostenerlas en el debate. No debe olvidarse que la instrucción se ha hecho para descubrir la verdad".

De todo lo anterior, se colige la idea de que, después de ver a las instrucción como un derecho de defensa, que deviene de una garantía, también se le connota como una Institución Procesal, la cual regula la manera como se desarrolla la actividad probatoria que tiende a descubrir precisamente la verdad, pues a la sociedad le interesa tanto que no sea castigado un inocente, como el que sea reprimido un delincuente, así RIVERA SILVA¹³⁷, apunta: "Los elementos esenciales de la definición de proceso son: 1.- Un conjunto de actividades; 2.- Un conjunto de normas que regulan esas actividades y; 3.- Un órgano especial que decide en los casos concretos sobre las consecuencias que la ley prevé".

Son precisamente los dos primeros elementos los que fundamentan el quehacer probatorio y el tercero el órgano ante el cual se han de desarrollar las actividades materiales para su debida regulación, ya pues, como señala FLORIAN¹³⁸: "El procedimiento probatorio regula la manera como se desarrolla la actividad probatoria, el modo como los objetos de prueba aparecen eventualmente en el proceso, en sus múltiples manifestaciones y la forma como se aducen los órganos de prueba y actúan en aquél. Es fuera de duda que la ley también debe regular la prueba desde el punto de vista de la forma. Si bien no tiene que decir cuándo es creíble la prueba, con todo si tiene que indicar cuándo la prueba es formalmente atendible, esto es, legítima. El procedimiento de la prueba aplica un orden de garantías formales destinadas a reforzar la seriedad y la eficacia de su contenido".

¹³⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ. Derecho Procesal Penal Mexicano. Pág. 197.

¹³⁷ Op. Cit. Pág. 179.

¹³⁸ Op. Cit. Tomo I. Pág. 313.

Es sin duda, la Instrucción ese conjunto de actividades que reglamenta la recepción y coordinación de pruebas, y siendo la prueba su nutriente principal, es menester analizar el concepto de prueba y la realización de cada una de ellas.

Así, prueba, en palabras de FLORIAN¹³⁹ : "es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura es poliédrica. Inclusive un análisis sucinto nos muestra su complejo contenido, del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revisten para los fines prácticos del procedimiento penal".

En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministra ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva".

Así, antes de entrar al estudio de cada una de las pruebas en particular, es menester dejar asentado que las pruebas pueden distinguir tres elementos: 1.- El medio de prueba; 2.- El órgano de prueba; 3.- El objeto de prueba. Sentado lo anterior, se entra al estudio de cada una de las pruebas:

A) PRUEBA CONFESIONAL.- Se dice que la confesión es el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad, es como dice RIVERA SILVA¹⁴⁰, "Una declaración en la que reconoce la culpabilidad en la comisión de un delito", así, dicho autor menciona dos elementos esenciales:

- 1.- Una declaración, y
- 2.- Que el contenido de esa declaración implique el reconocimiento de la culpabilidad. Lo anterior nos permite manifestar que no todo lo manifestado por el inculcado es confesión, sino-unicamente aquello cuyo contenido se resuelve en contra de él, por implicar reconocimiento expreso de la culpabilidad. El resto es declaración.

¹³⁹ Idem. Pág. 43.

¹⁴⁰ Op. Cit. Pág. 211.

Asimismo, cabe destacar que la confesión en el Código Procesal Penal en vigor para la Entidad, se encuentra regulada en el Artículo 206, en donde se señala que la misma se puede recibir por el funcionario que practique la averiguación previa o por la autoridad Judicial en cualquier estado del procedimiento hasta antes de pronunciarse sentencia irrevocable; esto es en parte cierto pues en puridad técnica la confesión considerada como prueba debe hacerse ante el Juez de la causa, pues como señala DRONZO¹⁴¹: "La confesión hecha ante el Ministerio Público debe ratificarse ante el Juzgador y ese momento procesal es el que le dá valor pleno a la confesión; de lo anterior es posible clasificar dicha probanza en atención a tres factores: el primero de ellos referido a saber ante quién debe hacerse la confesión, debiendo concluir que ésta puede ser judicial o extrajudicial, la primera ante el Juzgador y la segunda ante el Ministerio Público; el segundo aspecto se refiere a la forma de obtenerla, debiendo colegirse que debe ser espontánea, o sea que no debe mediar hostigamiento o ser provocada mediante coacción, ya sea psicológica, ya sea física. Por último, se debe aclarar en relación con qué hechos debe referirse, indicándose que debe manifestarse en adecuación a los mismos en forma llana".

B) PRUEBA TESTIMONIAL.- Dentro del cuadro de las pruebas, la testimonial es la que más utiliza el proceso penal, ya que el testimonio es el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos, es pues, la prueba que con mayor energía en el desenvolvimiento de la investigación judicial se presenta.

Según RIVERA SILVA¹⁴² : " el estudio ordenada del medio de prueba referido, exige analizar por separado el testigo del testimonio:

TESTIGO.- Para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto.

EL TESTIMONIO.- El testimonio contiene relación de hechos y nunca puede referirse a apreciaciones".

Así, el estudio del testimonio impone tres capítulos, a saber:

¹⁴¹ Op. Cit. Pág. 126.

¹⁴² Op. Cit. Págs. 249 - 251.

I.- Requisitos previos a la recepción del testimonio:

- a) El testimonio debe recibirse de una manera singular, y
- b) Antes de recabarse la declaración del testigo se le instruye sobre las sanciones que impone la ley a los falsos declarantes, cuando es mayor de edad el testigo se le protesta para que se conduzca con verdad y, cuando es menor de edad, se le exhorta para los mismos efectos.

II.- El testimonio propiamente dicho.- Es el que narra el testigo. Se hace de viva voz y principia con la fijación de los generales del deponente, los vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro y los motivos de odio o rencor que tuviere con los sujetos del delito y por último, se vierte el testimonio propiamente dicho que es el relato de todo lo que sabe vinculado al delito, sus circunstancias o las personas que en él intervinieron, además tanto el Ministerio Público adscrito como la defensa tienen el derecho de interrogar al testigo.

III.- Los requisitos de comprobación del testimonio son todos aquellos que tienen por objeto dejar sentado, en la forma más fiel, lo dicho por el testigo.

En obsequio del testimonio propiamente dicho, cabe destacar que la percepción de hechos está en íntima relación con el testimonio de los sentidos, así GONZÁLEZ BUSTAMANTE¹⁴³, señala: El conocimiento de los fenómenos que se suceden en el mundo físico y el desarrollo de los hechos que está a nuestro alcance presenciar, lo obtenemos por medio de las impresiones sensoriales, que nos permiten referirlos después por el recuerdo que han dejado en nuestra mente. Otras veces el conocimiento lo obtenemos por referencias que nos proporcionan las personas que los han presenciado. En el primer caso tenemos la certeza de su existencia por nuestra propia observación, y por ello lo comprendemos entre las pruebas reales o directas. En el segundo caso, nuestra creencia se funda en la confianza que nos merecen las personas que producen la prueba, y por ello le llamamos prueba indirecta o personal". De ahí que se haga la clasificación de testigo per se o de testigo de "oidas", según medie una u otra circunstancia.

¹⁴³ Op. Cit. Pág. 367.

C) PRUEBA PERICIAL.- El peritaje consiste en hacer asequible al profano en determinada arte, el conocimiento de un objeto cuya captación sólo es posible mediante técnica especial, así RIVERA SILVA¹⁴⁴, señala: "El análisis del peritaje descubre los siguientes elementos:

a) Un objeto que para el conocimiento del profano se presenta de manera velada;

b) Un sujeto que necesita conocer ese objeto, pero su ignorancia en determinada arte le hace imposible la satisfacción de su necesidad; y

c) Un sujeto que por los conocimientos que posee (técnica) le es posible captar el objeto, y mediante el examen y análisis del mismo hacerlo asequible al profano merced a las explicaciones que formula al respecto"

Matizado así el concepto general del peritaje, ahora nos cumple el análisis del peritaje procesal. Así el Artículo 230 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, establece la necesidad del peritaje procesal cuya aparición se establece "siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales"; de tal suerte la presencia del peritaje procesal es necesaria con independencia de que el Órgano Jurisdiccional tenga o no los conocimientos necesarios para el examen mencionado, discrepando por consecuencia el peritaje procesal del peritaje en general, negándose la autoestimación del Juzgador respecto de sus conocimientos especiales y garantiza el conocimiento a cargo de persona diversa, la cual da al juez los medios para obtener e interpretar el dato buscado, pues como apunta RIVERA SILVA¹⁴⁵: "diríase que el técnico (perito), amén de las explicaciones que suministra para hacer asequible el conocimiento del objeto, obsequia al Juez algo de su técnica; le enseña parte de su saber especial para que el Juzgador pueda obtener el conocimiento que busca", así el perito es un ilustrador del Juez de los hechos por interpretar y medios interpretativos.

Del estudio del peritaje en nuestra legislación, como medio probatorio, es menester desnvolverlo en dos vertientes: el del perito y el del peritaje.

¹⁴⁴ Op. Cit. Pág. 237.

¹⁴⁵ Idem. Pág. 239.

En efecto, el perito debe ser una persona con conocimientos especiales sobre determinada materia, con título oficial en la ciencia o arte que se requiera, si la profesión o arte están reglamentadas, en caso contrario el Juez deberá nombrar a peritos prácticos. Cabe destacar que los peritos pueden ser nombrados por las partes o por el Juez, pudiendo las partes nombrar hasta dos peritos, a quienes el Tribunal les hará saber su nombramiento y les ministrará todos los datos para que emitan su opinión.

Por su parte el peritaje es precisamente la opinión que emite el perito sobre el objeto que se trate, así dicho peritaje consta de tres partes: hechos, consideraciones y conclusiones.

Los hechos son la enunciación de los datos que se presentan oscuros y sobre los que versará el dictamen; las consideraciones, son el estudio del objeto del peritaje aplicando la técnica especial al caso de que se ocupe y las conclusiones son los datos obtenidos del estudio especial.

Antes de rendirse el peritaje, los peritos deben ceptar el cargo y protestar su fiel desempeño, con excepción de los peritos oficiales, asimismo el peritaje debe ser rendido por escrito dentro del plazo fijado por el Juez y ratificado cuando no se trate de peritos oficiales, pues en este último caso no es necesaria la ratificación, salvo que lo estime conveniente el Juzgador, de igual forma el Juez puede hacer todas las preguntas que crea oportunas a los peritos e incluso puede asistir al reconocimiento que hagan de las personas o de los objetos.

Por último, si los peritos nombrados descrepan entre sí, el funcionario que practique las diligencias nombrará un tercer perito, procurando que el nombramiento de éste recaiga en persona ajena a la Institución u oficina de los peritos en discordia y los citará a una junta, en los que aquellos y el tercero discutirán los puntos de diferencia, haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión. Quedando la valoración del peritaje a la libre apreciación del Juzgador no obstante que casi siempre es un medio probatorio auxiliar y que sirve al perfeccionamiento de otros medios probatorios.

D) CAREOS.- En su acepción forense, careo significa poner a una persona cara a cara con otra con el objeto de provocar la discusión acerca de las contradicciones que se noten en sus respectivas declaraciones, para llegar de ésta manera al conocimiento de la verdad.

Coincidimos en considerar como lo hace RIVERA SILVA¹⁴⁶, al careo como prueba auxiliar, ya que ciertamente es un medio que perfecciona el testimonio, el cual puede revestir tres formas:

I.- Como careo procesal o real, que es una diligencia consistente en poner cara a cara a dos personas que discrepan en sus declaraciones, para que las sienten o modifiquen.

II.- Como careo supletorio, que se informa de dos declaraciones que discrepan entre sí, con ausencia de una de las personas que produjo una de las declaraciones.

III.- El careo constitucional, que no posee ninguna de las raíces del careo procesal, esto es, no tiene compromisos con el testimonio ni con algún otro medio de prueba, ya que más bien es un derecho subjetivo Público concedido al inculcado para que vea y conozca a las personas que deponen en su contra y no se puedan formar artificiosamente testimonios tendientes a perjudicarlo, así como para formularle las preguntas que estime convenientes a su defensa, según la fracción IV del Artículo 20 de la Constitución General de la República.

Respecto de éste careo, GONZÁLEZ BUSTAMANTE¹⁴⁷, afirma que "El careo constitucional no requiere el debate y es ineludible practicarlo en el periodo de instrucción. Aquí estamos en presencia de un careo distinto del procesal, aún cuando entre la declaración del inculcado y la del testigo de cargo no exista variación substancial ni en la esencia del hecho que relatan ni en sus accidentes".

Por último, el procesado tiene derecho a carearse con cualquier persona que deponga en su contra, concepto que abarca a denunciante o querellante, testigos de cargo y aún al coacusado, ya que como lo

¹⁴⁶ Op. Cit. Pág. 236.

¹⁴⁷ Op. Cit. Pág. 378.

sostiene ZAMORA - PIERCE¹⁴⁸ , "Deberán carearse con el acusado todos aquellos que depongan en su contra, concepto genérico que incluye al denunciante o querellante, pues éstos, al declarar, lo hacen como testigos; e incluso al coacusado, cuya declaración es también un testimonio cuando hace referencia a la conducta del acusado. Luego entonces, el concepto testigos que depongan en su contra, empleado por la fracción IV del Artículo 20 Constitucional, es de idéntica extensión al de acusador que se menciona en la fracción III del mismo numeral".

¹⁴⁸ Op. Cit. Págs. 339 y 340.

6.4 AUDIENCIA DE JUICIO

El Artículo 204 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, prevee: "Si concluida una audiencia en que se hayan desahogado las pruebas ofrecidas por las partes o decretadas por el Juez, éste estima que está agotada la averiguación, prevendrá a aquéllas a que presenten en la misma audiencia pruebas que puedan desahogarse en una última que se celebrará dentro de quince días. Si las partes no ofrecen ninguna prueba, el Juez declarará cerrada la instrucción"

La redacción de tal numeral, nos indica que, a diferencia de lo que establecen El Código Federal de Procedimientos Penales (art.150), y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (apartir de las reformas de 1971) en donde se establece el procedimiento sumario y el ordinario, borrando en ambos el "auto de agotada la averiguación", en el Estado de México, no existe una separación exacta entre el Auto que declara agotada la averiguación y el auto que declara cerrada la instrucción, esto se debe, primeramente a que el desahogo de las pruebas en la Instrucción es diferente, pues como lo señala el artículo 202 del Código Instrumental de la Materia en la entidad, "en la primer audiencia, (que se fija de conformidad con el artículo 197 del mismo cuerpo normativo) las partes ofrecerán sus pruebas y seguidamente se desahogarán las ofrecidas y admitidas, y en caso de no ser posible el desahogo de las mismas, se citará a una audiencia para dentro de los quince días siguientes, celebrándose en tal forma todas las que fueren necesarias para el desahogo de aquéllas; es decir, a partir del auto Constitucional en que se dicte auto de formal prisión o sujeción a proceso no se abre un término para que las partes ofrezcan pruebas y posteriormente se desahoguen, como se hace en el procedimiento Federal, sino que apartir de ese mismo Auto Constitucional, se señala una audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, en la que las partes ofrecen las que estimen conducentes y en la misma audiencia se dicta auto por medio del cual se admiten las que así procedan, seguidamente "se procede al desahogo de las ofrecidas y admitidas", y en caso de no desahogarse todas, se cita a una nueva audiencia para dentro de quince días, celebrándose en esa forma las que fueran

necesarias. Situación que en la práctica no se lleva a cabo en esa forma, ya pues porque no se han preparado las mismas por medio de citaciones o extortos, ya porque no comparezcan al desahogo las personas que fueron citadas, ya porque "las labores del juzgado no lo permiten", en fin, así se lleva a cabo todo un procedimiento en el que se celebran cinco, diez, etc. audiencias de pruebas y muchas de las veces no se decreta el cierre de instrucción sino hasta que transcurre un año de procedimiento y en el que el procesado manifiesta su respaldo de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, para que se decrete dicho cierre de instrucción; en segundo lugar, porque el mismo artículo 204 del Código adjetivo, nada dice de que se deba primero dictar auto que declare agotada la averiguación y se requiera a las partes para que ofrezca las pruebas que falte a su desahogo, sino que deja discrecionalmente al juez la facultad de estimar que se encuentre agotada la averiguación, de ahí que en la práctica más bien se dicte un auto que "Declara agotada la averiguación y cerrada la instrucción" y la mayoría de las veces no se dicta dicho de auto sino a petición de parte. Así, una vez que en la audiencia de pruebas respectiva se decreta el cierre de instrucción, el juez cita a otra, para después de diez días y antes de quince, y en ella las partes presentan sus conclusiones por escrito y hacen, si lo desean, la defensa oral de las mismas (art. 270 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México).

Lo último referido, es lo que se conoce como AUDIENCIA DE JUICIO, que como se advierte, es también diferente a la que se lleva a cabo en el procedimiento Federal, pues en éste último, se concede un término primeramente al Ministerio Público para que formule sus conclusiones y después, otro término a la defensa para que formule las propias, una vez hecho eso, se cita a la audiencia final en la que hacen la defensa de cada una de ellas; sin embargo el Estado de México al cerrarse la instrucción, se cita a ambas partes a que concurran a una audiencia final o de juicio, en la que las partes exhiben en el mismo acto sus respectivas conclusiones, y si lo desean, hacen defensa oral de las mismas.

Cabe, de igual manera destacar, que el procesado y el defensor no están obligados a formular conclusiones con sujeción a regla alguna, e incluso si no presentan conclusiones ni el procesado ni su defensor se

tendrán por formuladas de inculpabilidad, situación que no acontece respecto del Ministerio Público, quien tiene la obligación de presentar por escrito conclusiones haciendo una exposición razonada, lógica y jurídicamente, de los hechos que a su juicio resulten probados y precisará si hay lugar o no a acusar (Art. 271 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México).

De lo anterior se extrae que las conclusiones del Ministerio Público pueden ser en dos formas: 1.- Acusatorias , y 2.- No acusatorias.

En el primer caso, el Ministerio Público fijará en proposiciones concretas el delito que le atribuya al procesado, las circunstancias calificativas o modificativas que en su caso concurren, solicitará la aplicación de las sanciones y citará las leyes aplicables (Art. 272 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México), nosotros agregamos la reparación del daño y perjuicio.

Dentro de las conclusiones acusatorias es menester mencionar las llamadas "conclusiones contrarias a las constancias procesales", las cuales, como su nombre lo indica, no estan acordes con los datos que la instrucción consigna, en tal caso se observarán las reglas de los artículos 273, 274 y 275 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Por último, si las conclusiones no son acusatorias, el juez deberá suspender la audiencia y remitir las conclusiones inacusatorias junto con los autos, al C. Procurador General de Justicia para que confirme o revoque las mismas, y, en el primer caso, debe decirse auto de sobreseimiento en términos de la fracción I del Artículo 296 del Código Procesal Penal en vigor para la entidad.

6.5 SENTENCIA

De conformidad con el numeral 276 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, una vez que ha concluido la audiencia de juicio, el Juez declarará vista la causa y resueltos los recursos promovidos por las partes y dictará sentencia dentro de los quince días siguientes. Dicha sentencia deberá reunir los requisitos de forma que señalan los artículos 85 y 86 del mismo Cuerpo Normativo en cita.

La sentencia penal es, sin duda, el momento culminante de la actividad jurisdiccional de primera instancia, y en ella, como señala RIVERA SILVA¹⁴⁹: "el órgano encargado de aplicar el Derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento". De tal suerte, se han buscado diversas definiciones de sentencia penal, así, COLÍN SÁNCHEZ¹⁵⁰, la define como: "la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva Estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia". De igual forma, se ha discutido sobre la naturaleza de la sentencia, pero para no entrar en discusiones filosóficas, únicamente diremos que para nosotros la sentencia debe entenderse como un acto jurídico procesal sujeto a la voluntad del juez, pues como lo refiere KELSEN, la interpretación de la ley no tiene que conducir necesariamente a una decisión única como la sola correcta, sino posiblemente a varias decisiones, que son todas - en cuanto sólo se ajustan a la norma a aplicarse - del mismo valor bien que sólo una de ellas llega a ser Derecho Positivo en el acto de la Sentencia Judicial; así se puede sostener que en la sentencia del juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica.

En cuanto a la esencia de esta resolución, RIVERA SILVA¹⁵¹ apunta: "En esta faena sobresalen tres momentos: uno de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de voluntad o decisión. El momento de conocimiento consiste en la labor que realiza el Juez qué es lo que

¹⁴⁹ Op. Cit. Pág. 309.

¹⁵⁰ Op. Cit. Pág. 486.

¹⁵¹ Op. Cit. Pág. 309.

jurídicamente existe, es decir, qué hechos quedan acreditados, a través de las reglas jurídicas (es muy probable que un hecho exista realmente y jurídicamente no, por carecer de pruebas a las que la ley les concede eficacia). La interpretación, juicio o clasificación, es una función exclusivamente lógica, en la que el juzgador, por medio de raciocinios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado. Por último, el momento de voluntad se ubica en la actividad que realiza el Juez al determinar cual es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado, dentro del marco que la ley establece".

Cabe destacar que la sentencias pueden ser condenatorias o absolutorias. Una sentencia condenatoria será dictada cuando se compruebe la tipicidad del acto, la imputabilidad del sujeto, la culpabilidad con que actuó, la ausencia de causas de justificación y la ausencia de excusas absolutorias; huelga decir que la sentencia condenatoria no puede dictarse por delito diverso al que se refieran las conclusiones del ministerio público, ya que ahí es donde se precisa la acusación, ni puede excederse en la penalidad de los límites invocados en dichas conclusiones. De igual forma, una de las consecuencias que trae la sentencia condenatoria lo es la Reparación del daño, pero la misma se tratará con amplitud en capítulo diverso por lo que ahora únicamente se menciona como una consecuencia de dicha sentencia condenatoria.

Por otra parte, la sentencia absoluta debe dictarse según RIVERA SILVA¹⁵², en los siguientes casos:

- 1.- Cuando hay plenitud probatoria de que el hecho no constituye un ilícito penal;
- 2.- Cuando hay plenitud probatoria de que al sujeto no se le puede imputar el hecho;
- 3.- Cuando hay plenitud probatoria de que el sujeto no es culpable (ausencia de dolo o de omisión espiritual) ;

¹⁵² Op. Cit. Pág. 312.

4.- Cuando esta acreditada la existencia de una caso de justificación o de una excusa absolutoria:

5.- Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o pruebas suficientes que acrediten la plena responsabilidad:

6.- En caso de duda.

Sin embargo, para llegar a tal resolución, es menester que el Juzgador realice una "valoración de las pruebas que integran el sumario", o bien, como la denomina FLORIAN ¹⁵³ : "apreciación judicial de las pruebas penales la cual ha de resolverse en atención a esta pregunta ¿Quién ha de juzgar el resultado de las pruebas? ¿Juzgará la ley anticipadamente o juzgará el Juez a posteriori, en el caso concreto?"

Después de diversas cavilaciones dicho autor manifiesta que lo que comúnmente se llaman teorías de la prueba no versan, en realidad sino sobre este objeto, así señala ¹⁵⁴ : "en efecto ciertamente no son posibles sino dos métodos fundamentales: de un lado la intervención de la ley en el sentido de que ella aprecia y estima previamente las pruebas, y de este modo fija las reglas para la formación de convencimiento del juez; en este caso impera, no la lógica común, sino la que ha sido definida como lógica oficial y prestada. De otra parte se tiene la potestad conferida al juez para determinar sobre las pruebas de modo libre, su propio convencimiento, esto es, para definir por sí mismo el valor de ellas".

Al primero se le ha denominado el método de las pruebas legales, estimación legal de las pruebas, certeza legal, etc; y el segundo, el método del libre convencimiento, de la certeza moral o íntima, también se dice que este método corresponde a la teoría material de las pruebas y aquél, a la teoría formal de las pruebas.

En el Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, se acepta el método del libre convencimiento según se infiere

¹⁵³ FLORIAN, EUGENIO. De las Pruebas Penales. Tomo I. Pág. 358.

¹⁵⁴ Idem. Pág. 359.

en los numerales 267 y 268, pues se establece que "las pruebas serán valorizadas en su conjunto", razonándose lógicamente y jurídicamente las mismas, tomando en cuenta tanto los hechos a cuyo conocimiento hayan llegado los Tribunales por los medios de prueba justipreciados como los desconocidos que hayan inferido inductiva o deductivamente de aquellos.

La formación de convencimiento, libremente elaborada por el Juez según su propio criterio, es el método que corresponde a una estructura del proceso que, con auxilio de garantías para las partes, repudia las desconfianzas y las limitaciones previas de la ley, este método desde luego, se vincula históricamente al proceso acusatorio en tanto cayó en desuso la forma inquisitoria, pero, asimismo, tal método no debe ni puede llevar a la anarquía en la estimación de la prueba, siendo imperioso tomar en cuenta lo que al respecto señala FLORIAN¹⁵⁵, cuando refiere "Se comprende que el método de libre convencimiento, al contraponerlo con el método de las pruebas legales, vinculadas a los funestos recuerdos del proceso inquisitorio adquiriera en el proceso moderno, dentro de la impetuosa insurrección de la conciencia, contra el dogma un predominio casi exclusivo; pero, una vez establecido su criterio fundamental su aplicación debe ser sometida a cierta revisión de conformidad con estructuras y exigencias que puedan manifestarse en el proceso penal. No conviene hacer del libre convencimiento, como método de apreciación de las pruebas, un principio intangible, inmodificable prejuicio de sistema de escuela, ni conviene envanecerse con él. Por el contrario, debe coordinarse con los fines del proceso, y como en este se trata de obtener la apreciación de las pruebas se haga con arreglo a la verdad, que la fuerza de la prueba actúe en forma completa, sin disminuciones y sin estar alterada por factores extraños a ella, es a todas luces evidente que el método de libre convencimiento debe admitirse solo en cuanto contribuya efectivamente a obtener los fines del proceso y en cuanto pueda en realidad emplearse con utilidad y dar buenos frutos".

¹⁵⁵ *Ibidem*. Págs. 364 y 365.

" LA OFENDIDA EN LA VIOLACIÓN "

7.1 VÍCTIMA Y VICTIMARIO

Señala RODRIGUEZ MANZANERA¹⁵⁶, que la Criminología se puede considerar como una "Ciencia sintética, causal, explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales", definición acuñada en México por Mariano Ruiz Funez y completada por Quiroz Cuarón.

De la definición anotada se extrae que el objeto de estudio de la Criminología son las conductas antisociales en general, haciendo el distingo entre conducta antisocial y delito, pues el primero refiérase a todo comportamiento humano que va contra el bien común, mientras el segundo, lacónicamente es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de ahí que la Criminología en palabras del autor en cita¹⁵⁷ tenga como componentes mínimos, a los siguientes:

- 1.- Antropología Criminológica.
- 2.- Biología Criminológica.
- 3.- Psicología Criminológica.
- 4.- Sociología Criminológica.
- 5.- Criminalística.
- 6.- Victimología.
- 7.- Penología.

Importando sobremanera al presente capítulo la aplicación de la victimología, sea que se le considere como un componente de la Criminología o bien como una ciencia en aras de su total emancipación de la criminología, y como materia prima, lo que se ha denominado "la pareja penal", es decir, víctima y victimario, con su desarmonía; aún cuando en ciertos casos la pareja penal suele comenzar en armonía, lo que le interesa al delincuente fundamentalmente es causar, al final, esa desarmonía que determina y destaca los roles a que estaban destinados en el acto delictual: victimario y sacrificado.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología. Pág. 3.

¹⁵⁷ Idem. Pág. 60.

Así, se ha esbozado diversas definiciones de víctima, desde el concepto del vocablo que apela a dos variedades, a saber: "Vincere"; animales que se sacrificaban a los Dioses, o "vincere" que representa al sujeto vencido, hasta la que propone LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, y que consideramos más aceptable, cuando expresa que en la acepción más generalizada hoy, sirve para designar a la persona que sucumbe, a la que sufre las consecuencias de un acto, de un hecho o de un accidente. Por contrapartida encontramos al delincuente, al ser humano que realiza o deja de hacer, y del cual la escuela Clásica se ocupó, pero no fue sino hasta que apareció Lombroso, para centrar la elucubración en el principal actor del drama penal, el "hombre delincuente", o como diría después Ferri "el protagonista" y es precisamente con Garófalo y Ferri, que la escuela positiva italiana acrecienta el estudio del delincuente, las motivaciones del delito y los tratamientos más adecuados, concluyendo como señala NEUMAN¹⁵⁸: "Lombroso y sus seguidores vendrán a decir en esencia que el delincuente y el ser humano objeto de investigación, forman parte indisoluble del plano penal. En la naturaleza del delito esta la naturaleza del delincuente y la descripción del marco social de la pertenencia. La escuela positiva no se lo propuso directamente pero signó al crimen como una expresión de psicopatía social. Como una enfermedad social con etiología que concernía tanto al hombre en sí como al contexto social".

¹⁵⁸ NEUMAN, ELÍAS. *Victimología*. Págs. 20 y 21.

7.2 DIVERSAS CLASIFICACIONES DE VÍCTIMA

El sujeto vencido, humillado, moralmente o en su patrimonio, muerto, etc. no es siempre ni totalmente sinónimo de inocencia, más bien este concepto de víctima, lo fue amplificando la Victimología, consistiendo el primer paso en abstenerse de contemplar a la víctima como sujeto inocente, el segundo, ir más allá de la pareja penal, en abarcar en su totalidad de fenómenos concretos, la situación de la victimidad, la que en palabras de MENDELSON citado por NEUMAN¹⁵⁹, es "un concepto general, un fenómeno específico común, que caracteriza todas las categorías de víctimas cualquiera que sea la causa de su situación. De esta manera la Victimología satisface por completo las necesidades de la Sociedad, y su definición como ciencia de la víctima resulta ser la más adecuada; por eso deberá tomar en consideración todos los fenómenos que provocan la existencia de víctimas, en la medida que tienen alguna relación con la Sociedad".

Así, pues, desde Mendelson se considera que la víctima puede ser tan culpable como el criminal en el hecho delictivo, de tal suerte que dicho autor, basándose en esquemas gráficas de polos opuestos, elabora diversas categorías de víctimas, las cuales cita NEUMAN¹⁶⁰, en la siguiente forma:

a) LA VÍCTIMA ENTERAMENTE INOCENTE O VÍCTIMA IDEAL.

Es la que se suele denominar Víctima anónima que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Es totalmente ajena a la actividad criminal.

b) LA VÍCTIMA DE CULPABILIDAD MENOR O POR IGNORANCIA.

¹⁵⁹ Op. Cit. Pág. 29.

¹⁶⁰ Idem. Págs. 59 a 61.

En este caso se da un cierto impulso no voluntario al delito pero el sujeto por cierto grado de culpa o por medio de un acto poco reflexivo causa su propia victimación.

c) LA VÍCTIMA ES TAN CULPABLE COMO EL INFRACTOR.

(Víctima voluntaria)

- 1.- Los que comenten suicidio tirándolo a la suerte.
- 2.- El suicidio por adhesión.
- 3.- El caso de la eutanacia.

d) LA VÍCTIMA MÁS CULPABLE QUE EL INFRACTOR.

Para MENDELSON los casos serían los siguientes:

- 1.- La víctima provocadora. Es aquella que por su conducta incita al autor a cometer ilicitud penal.
- 2.- La víctima por imprudencia. Es la que determina el accidente por falta de control.

e) LA VÍCTIMA MÁS CULPABLE O UNICAMENTE CULPABLE.

- 1.- La víctima - infractor. Se trata del sujeto que, cometiendo la infracción, resulta finalmente víctima.
- 2.- La víctima - simulante. Quien acusa y logra imputar penalmente con el deseo concreto de que la justicia cometa un error.
- 3.- La víctima - imaginaria. Se trata por lo general de individuos con seria psicopatías de carácter y conducta.

Mendelson, concluye calificando a las víctimas desde el punto de vista represivo en :

PRIMER GRUPO.- La Víctima inocente. En este caso le será aplicada al infractor la totalidad de la pena o integral, sin ninguna disminución, debido a que la víctima no ha tenido ninguna rol.

SEGUNDO GRUPO.- La Víctima provocadora.

La Víctima por imprudencia.

La Víctima voluntaria.

La Víctima por ignorancia.

Estas víctimas han colaborado en la acción nociva y existe una culpabilidad recíproca, por lo cual la pena debe ser menor para el victimario.

TERCER GRUPO.- La Víctima agresora.

La Víctima simuladora.

La Víctima imaginaria.

En estos casos son las víctimas las que comenten por sí la acción nociva y el inculpaado debe ser excluido de toda pena.

Cabe por último señalar que las diversas clasificaciones de víctimas referidas, no son compartidas por algunos otros autores, sin embargo, interesa fundamentalmente al presente trabajo tomar en consideración el rol de la víctima en el evento criminoso, sea colocando a la misma en una u otra clasificación, y atendiendo a ello, resolver sobre el juicio de reproche que ha menester imponer al infractor, así como la forma y términos en que se ha de materializar la reparación del daño a que tiene derecho la víctima.

7.3 VÍCTIMA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

La víctima en el delito ha sido realmente olvidada, tal olvido ha sido perjudicial principalmente para la propia víctima quien tanta relevancia tuvo en las figuras de la venganza privada y de la composición. Tal vez ello se deba a que como lo refiere NEUMAN¹⁶¹ : "por razones de temores y fantasmas, que la psicología profunda ha ido analizado - temores y fantasmas que nos acometen porque residen en nuestro interior - , vemos en el delincuente el estilete, atente, dañoso, injusto, cruel, pero de un sustancial atractivo. En cambio, la víctima nos parece inocua, sin incentivos. Nadie desea ser robado, lesionado, torturado..."

Ya desde antes de Lombroso se habían puesto los ojos en el criminal, ello se debió a que la víctima resultaba por alguna naturaleza siempre "inocente", como si lo que le sucedió le hubiere podido ocurrir a cualquier persona, de ahí que se clasificara, estudiara, protegiera e intentara readaptar socialmente al delincuente así como humanizar la pena que al mismo debía corresponderle y, por contrapartida, se dejó en gran olvido a la víctima, situación que tendrá que ser rescatada por la Victimología.

Esta ardua tarea de la victimología, debe, desde luego, ser auxiliada por otras disciplinas diversas, emergiendo de entre ellas, la Penología, la que desde ahora proponemos, se encargue del estudio no solo de la pena sino aún más, de la diversa sanción económica que habrá de imponérselo al delincuente para resarcir el daño causado a la víctima.

En efecto, en la llamada pareja criminal al autor le corresponde una pena y a la víctima la reparación del daño, entonces, partiendo del sistema vigente, así como la penología se ocupa de la sanción corporal que ha de corresponder al delincuente por el delito que cometió, igualmente debería ocuparse de la diversa sanción pecuniaria que deberá de imponerse también al delincuente para resarcir el daño a las víctimas del delito, dado el carácter de pena que tiene la Reparación del

¹⁶¹ Op. Cit. Pág. 42.

Daño en nuestro derecho, amén que desde ahora postulamos que la Reparación del Daño deje de tener ese carácter de pena.

Así, en el sombrío panorama de la víctima tal parece la única Institución jurídica que se acerca a su auxilio es la Reparación del Daño, la cual consiste en una restitución del objeto obtenido por el delito; el pago del numerario que con el delito se hizo el delincuente o una reparación de carácter moral que también puede ser apreciada pecuniariamente. Reparación del daño que debe ser reclamable solamente tratándose de víctima inocente o culpable con culpa concurrente, según las diversas clasificaciones de víctima que hemos precisado, y que dará la pauta para cuantificar la proporción en que habrá lugar el resarcimiento económico. Pero, antes de continuar sobre el monto, forma y medios para hacer exigible la reparación del daño, es menester definir lo que es e implica la mencionada Institución, así como la diversa clasificación de la misma.

Ya Francesco CARRARA¹⁶², decía "La Reparación civil se obtiene, según los casos, de diversas maneras o con la reparación natural, que consiste en la reintegración del derecho violado, como lo sería la restitución del objeto robado, el restablecimiento del mojón que se ha movido, etc.; o con la reparación pecuniaria, cuando no pueda obtenerse la natural, ora por accidente, ora porque el derecho es de naturaleza no reintegrable, caso en el cual, el dinero, representante común de todos los valores, desempeña sus funciones; o con la reparación honoraria, cuando el delito haya ofendido el honor del ciudadano, y se exiga para éste una satisfacción especial".

EUSEBIO GÓMEZ¹⁶³, refiere que la Reparación del Daño consiste "no sólo en el resarcimiento de los daños y perjuicios emergentes del delito, sino también, en las restituciones que el autor está precisado a efectuar y en el pago de los gastos de justicia. Puede consistir en la publicación de la sentencia condenatoria, que algunas leyes establecen. Debe ser indemnizado el daño material y el daño moral". Define el daño material como aquel que "de una manera directa o indirecta afecta al patrimonio, exclusivamente. Por eso suele llamarse también daño

¹⁶² CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Vol. I Pág. 366.

¹⁶³ GÓMEZ, EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal. Tomo. Págs. 642 y 643.

patrimonial". "Se hace consistir el daño moral en el sufrimiento psíquico producido por el delito en la persona del ofendido".

De los anteriores criterios doctrinales, se deduce que la Reparación del daño dimanante de un delito debe comprender:

- a) La restitución de la cosa obtenida por el delito,
- b) El pago de lo obtenido por el mismo; y
- c) El resarcimiento del daño moral.

Así, podemos clasificar al daño en atención a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados. Conforme a la existencia de los derechos patrimoniales y los derechos de la personalidad, según sean conculcados, se estará ante diferentes tipos de daños.

En el daño patrimonial obvio es que la violación recae sobre bienes de naturaleza patrimonial. Cuestión radicalmente distinta cuando se habla de agravio moral, pues de inmediato se hace visible la interrogante ¿Qué entiende el derecho por daño moral?. La respuesta es que cuando existe una lesión sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, al daño causado se le llama moral.

Existen diversas consideraciones doctrinarias en atención a la cuestión sobre si el daño moral es valuable pecuniariamente o no; más para no entrar en tales controversias, por nuestra parte sólo diremos que no es posible darle a una cosa inmaterial una exacta adecuación material, es decir, que no existe un exacto resarcimiento entratándose de reparación del daño moral, empero ello no implica que en nuestro derecho el daño moral no sea reparable mediante una suma de dinero, pues en tal sentido esa reparación cumple una función de SATISFACCION EQUIVALENTE.

Es cierto que cuando el problema recae sobre bienes patrimoniales se resuelve de inmediato la controversia; su naturaleza así nos lo permite determinar. Pero si se lesiona el honor de una persona causándole un dolor moral, ese agravio quedará para siempre, pues nunca existirá en la reparación moral la situación de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban o que el daño desaparezca. Es

por eso que la reparación moral sólo cumple una satisfacción equivalente.

Según OCHOA OLVERA ¹⁶⁴, existen dos formas que reviste el patrimonio moral, a saber:

" Patrimonio moral afectivo o subjetivo: se integra por afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración y aspectos físicos ".

" Patrimonio moral social u objetivo: se integra por decoro, honor, reputación y la consideración que de la persona tienen los demás ".

Ahora bien, no obstante el anterior análisis de la reparación del daño, cabe destacar que por una grave falta de técnica se considera al mismo como "pena".

En efecto, el Artículo 25 Fracción III del Código Punitivo para la Entidad, así lo considera, y con ello distorciona desde sus raíces la esencia netamente privada de la Reparación del daño, criterio que comparte JUVENTINO V. CASTRO¹⁶⁵, cuando señala: "La Reparación del Daño, que tiene como fuente primordial carácter patrimonial privado ya que se vé al interés personal del ofendido por el delito -. que se dirige en contra del patrimonio del delincueente y no de su persona; cuya liquidación se aplica en favor de las víctimas del delito (pues sólo excepcionalmente participa de él el Estado), no es, ni debe ni puede considerársele como pena - y ya el mismo FLORIAN la consideraba como acción civil, privada, patrimonial contingente -, entre otras razones porque no puede tener ninguno de los efectos de aquélla", así concluye dicho autor: "Y en verdad que resultaría una pena de dudosa aplicación, y por lo tanto de dudosa utilidad, aquella que por la insolvencia, real o simulada, del delincueente evitara su aplicación, ¡Es en suma, una pena pública cuyo importe se aplica en favor de un particular! ¿Una pena pública de efectos económicos privados?".

Ello se hace evidente en atención a que el Artículo 21 de Nuestra Ley Fundamental, señala "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la Autoridad Judicial. La persecución de los delitos

¹⁶⁴ OCHOA OLVERA, SALVADOR. La Demanda por Daño Moral. Pág. 46.

¹⁶⁵ V. CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México. Págs. 11 y 12.

incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél...etc".

De este dispositivo de la Ley Suprema, se desprende el monopolio exclusivo de la acción penal a favor del Ministerio Público, de donde resulta obvio que al considerarse la Reparación del daño como pena, sólo a través de Órgano persecutor de los delitos puede el ofendido reclamar su derecho a la reparación del daño.

Al determinar el constituyente de Querétaro las funciones del Juez y del Ministerio Público, conjura la inquisitorial que se le asignaba al propio Juez, encomendando en forma exclusiva el ejercicio de la acción pública a la autoridad administrativa, sin embargo, consideramos que la legislación secundaria que reglamente la actuación del Ministerio Público, ha desvirtuado la esencia de dicho precepto Constitucional que impele hacia un sistema acusatorio puro, y se ha desvirtuado al otorgar al Ministerio Público FACULTADES DECISORIAS como el desestimiento de la acción penal y la formulación de conclusiones no acusatorias, ya que con ello está invadiendo evidentemente la actividad de la potestad jurisdiccional.

Por lo anterior es urgente hacer una revisión de la normatividad secundaria que regula la actividad del Ministerio Público para ajustarla al espíritu del Artículo 21 Constitucional, ya que los actos mencionados ocasionan un desequilibrio en la división de poderes.

Y es que la función de Ministerio Público se bifurca en dos formas de actuación: una de autoridad en la persecución del delito cuando actúa por sí y ante sí, y otra en su fase acusatoria, cuando una vez hecha la consignación incoado el procedimiento y surtido por lo mismo el fuero jurisdiccional, no habrá de actuar por sí y ante sí, sino a través del Órgano Jurisdiccional.

Nuestro Máximo Tribunal ha estimado que en la fase indagatoria es procedente el Juicio de Garantías contra actos del Ministerio Público que violen garantías individuales, sin embargo, la propia Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando el Ministerio Público funge como parte en el procedimiento sus actos no son de autoridad y resulta

improcedente el Juicio de Amparo. Tal criterio ha dejado en el desamparo total al ofendido en el delito, pues insistimos que existen actos que realiza el Ministerio Público en la etapa procedimental que tiene naturaleza material de actos de autoridad, tal es el caso de desestimiento de la acción penal y de formulación de conclusiones inacusatorias que traen como consecuencia la terminación del proceso, amén de ello esa inactividad en el ejercicio de la acción pública puede aparecer en la función persecutoria, pues existe la posibilidad que el Ministerio Público no ejercite la acción punitiva por ineptitud, indolencia o parcialidad, entonces encontramos que Nuestro Máximo Tribunal de Justicia, ha sustentado el criterio que en tales circunstancias no es procedente el Juicio de Amparo por tratarse de una "garantía social la violada" y no una individual.

Así, el ofendido se encuentra ante un círculo vicioso, pues en indagatoria no procede el Juicio de Amparo por el no ejercicio de la acción penal, criterio que técnicamente es aceptable en atención que no puede una Autoridad Judicial declarar en resolución la procedencia de la acción penal, pues invadiría una esfera que no le corresponde, sin embargo ello es subsanable mediante un Órgano de control externo como lo sería Derechos Humanos.

Por otra parte, dentro de la actividad jurisdiccional, el ofendido tiene el derecho de apelar contra una sentencia con la que se inconfoma, pero únicamente en relación con la reparación del daño, más no por lo que respecta al delito y la responsabilidad. De tal suerte que si el Representante Social no apela, no puede el Tribunal de Alzada hacer ninguna declaración en lo tocante a la Reparación del Daño cuando no están declarados el delito y la responsabilidad; así el ofendido depende inexorablemente de la actividad procesal del Ministerio Público y ello se debe a la inexacta consideración que se hace de la Reparación del daño como pena y de no considerarse al ofendido como parte en el proceso penal, ni siquiera como parte civil dentro del proceso penal.

En efecto, el Artículo 174 del Código de procedimientos Penales para el Estado de México, señala que "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal, pero podrá prooportunar al Ministerio Público, por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, y la responsabilidad

del inculpado. Podrá, asimismo, ministrar a los tribunales, directamente o a través del Ministerio Público, las pruebas que estime necesarias para demostrar la procedencia y monto de la Reparación del Daño". La concordancia de este Artículo con la fracción III del numeral 25 del Código Sustantivo de la Materia, nos lleva a evidenciar lo nugatorio de tal derecho, pues como se sustenta, el ofendido no es parte en el proceso y cuando quiere ministrar pruebas para la existencia del delito y responsabilidad penal, es menester que "las haga suyas" el Representante Social adscrito, y al efecto de la Reparación del daño, como se ha precisado, dicha Reparación dado su carácter de pena deberá estar a resultas de la sentencia penal que se dicte, y la única regulación que existe sobre Reparación del daño, es cuando la misma es exigible a terceros por considerarse no ya pena, sino como responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente.

Así, podemos concluir conjuntamente con JUVENTINO V. CASTRO¹⁶⁶, "Afirmamos que son inconstitucionales las disposiciones que elevan a la categoría de pena la Reparación del Daño, porque se priva de su derecho para demandar y perseguir la acción de reparación al ofendido, en la cuantía y extensión que sólo el titular de la acción puede probar y demostrar que es la justa, ya que si no llega a aplicarse la pena que realmente corresponde a un delincuente, por desestímulo de la acción o por cualquier otro acto que se suponga indebido, tampoco se logra hacer efectiva la justa y cabal reparación del daño, en detrimento del patrimonio del particular ofendido por el delito, al que se le niega toda participación directa en el proceso".

De lo anterior que postulamos que la Reparación del Daño debe considerarse como una acción privada con carácter de objeto accesorio de la relación principal del proceso penal, y entonces sostener la tesis de FLORIAN cuando afirma que la acción para exigir la reparación del daño es accesorio de la penal, y que cuando desaparece la relación principal del proceso cesa la competencia del Juez penal para conocer de la acción reparadora.

De ahí que, contemplada la reparación del daño como una acción privada con carácter de objeto accesorio, no por ello dejará de tener

¹⁶⁶ Op. Cit. Pág. 113.

autonomía tanto en el proceso penal como aún cuando por alguna circunstancia desaparezca la relación principal del proceso penal, en el ámbito privado y un antecedente de ello lo encontramos en las páginas 73 y 74 del Informe de la Suprema Corte correspondiente al año de 1951, en el Amparo Directo 4392/49. Samuel Castrillón, y que cita JUVENTINO V. CASTRO¹⁶⁷, en los siguientes términos: "La Sentencia penal absolutoria no siempre representa la absolución respecto a la responsabilidad civil. En el Código de 1894 ya se establecía esta conclusión, salvo tres casos de excepción: cuando el acusado obró con derecho; cuando no tuvo participación en el hecho u omisión imputados; y cuando el hecho u omisión no han existido. No toda excluyente de responsabilidad penal es excluyente de la civil ya que las primeras no siempre respresentan un obrar conforme a derecho, sino que muchas de ellas son causas de inimputabilidad o inculpabilidad que obligan a la reparación civil. El Juez o Tribunal que decrete la absolución penal, debe en todo caso hacer una declaración en relación con la responsabilidad civil. Para este último fin el principio de la esencial unidad del poder de jurisdicción fundamenta el que continúe en el Juez penal la competencia jurisdiccional para condenar, en su caso, a indemnizar, a pesar de que absuelva penalmente. La absolución penal por haber obrado el quejoso en estado de légitima defensa previstos en los dos últimos párrafos de la fracción III del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, cuando son procedentes, culminan en una absolución penal pero obligan a la reparación del daño, no permite el examen sino de la acción civil ejercitada y no de la acción penal, cuyo ejercicio compete al Ministerio Público, en cuya virtud la absolución respecto a la responsabilidad delictiva es cosa Juzgada cuyos extremos no pueden ser examinados en el Juicio de Garantías".

Así, dicho criterio no choca con lo sustentado y por el contrario rescata la esencia de la Reparación del daño y el derecho del ofendido a reclamarla con autonomía de la acción penal, y para el mejor tratamiento de la acción de Reparación del daño, debemos retomar el tema de los tipos de reparación, los cuales, en nuestro criterio, dos son los más importantes, a saber:

¹⁶⁷ Op. Cit. Pág. 119.

La reparación natural, que es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de producirse el evento dañoso. Es decir, mediante el desagravio existe una igualdad de condiciones, antes y después del hecho ilícito. Por ejemplo, la entrega del bien robado o la entrega de la suma de dinero debido, con los intereses normales que dicha cantidad hubiese producido en manos del acreedor.

La reparación por equivalencia, la cual define ROJINA VILLEGAS¹⁶⁸, en los siguientes términos: "cuando no es posible el desagravio perfecto, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenía antes del daño, se buscará un equivalente, que va a tener una función ya sea compensatoria, que trate de poner en una situación no idéntica, pero si lo más igual posible, a la que tenía antes del acontecimiento dañoso y el medio que mejor cumple es a función es el dinero".

Así, no cabe duda de la exacta resarcición cuando se trata de menoscabo patrimonial, sin embargo, cuando se refiere el daño moral, surge la interrogante de ¿Cómo se prueba objetivamente el daño moral?, al efecto, es menester precisar que en la legislación civil para el Estado de México, el Artículo 1745, señala que "Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en éste artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1757".

Es decir, hace depender el daño moral del material o patrimonial, por lo que la indemnización no es autónoma, asimismo el monto de la indemnización que fije el Juez no puede exceder de la tercera parte del daño patrimonial, situación que en nuestro derecho no debe ni puede tener cabida, pues ¿Es acaso de mayor trascendencia un agravio patrimonial que un agravio a la personalidad?, ¿De qué servirá considerar a la Reparación del daño, patrimonial y moral, como acciones privadas autónomas si la misma legislación civil del Estado de México, con conceptos bizantinos limita su ejercicio?

¹⁶⁸ ROJINA VILLEGAS, RAFAÉL. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Pág. 137.

La única solución es reformar el Artículo 1745 del Código Civil para el Estado de México, y al efecto deberán de tomarse en consideración los siguientes puntos:

a) La responsabilidad civil que provenga de un daño moral, no puede encontrarse condicionada a la existencia de responsabilidad civil o penal alguna, diferente a la causada por un menoscabo extrapatrimonial.

b) Se derogue la condición de que para que exista un daño moral, debe existir un daño patrimonial.

c) Considerada como autónoma la acción civil de reparación del daño moral, no se le haga depender por cuanto a su cuantificación pecuniaria de la indemnización patrimonial.

d) Subsista la obligación de reparar moralmente para quien haya incurrido en responsabilidad objetiva.

Tales puntos no son de ninguna manera aventurados, sino que su procedencia se ha deducido ya en otras legislaciones no solo extranjeras sino aún en nuestro territorio y para ello es preciso señalar que ya desde el año de mil novecientos ochenta y dos, en el Código Civil para el Distrito Federal, el agravio moral tiene plena autonomía, no se le condiciona a la existencia de un agravio patrimonial, su cuantificación está al criterio del Juzgador y existe la obligación de reparar moralmente en caso de responsabilidad objetiva. En efecto, el Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, señala " Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien

incurra en responsabilidad objetiva conforme al Artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al Artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código".

"La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida".

"El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

"Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios infomáticos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismo den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

Con esta reforma, la legislación civil del Distrito Federal se une a las modernas corrientes sobre reparación del daño moral, y al efecto de probar objetivamente el daño moral, en la exposición de motivos de dicha reforma, según OCHOA¹⁶⁹, se expresó entre otras cosas: "Por tal razón se estima plausible que en el primer párrafo del Artículo 1916 se enuncie la hipótesis del daño moral, con el fin de darle al Órgano Jurisdiccional pautas objetivas para determinar la existencia del agravio de los derechos extrapatrimoniales de personalidad".

"Es cierto que se menciona que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra y a la reputación, así como al sentimiento de inferioridad que provoca una desfiguración o el detrimento del aspecto físico".

¹⁶⁹ Op. Cit. Pág. 80.

"Pero la dificultad de acreditar el menoscabo de los atributos de la personalidad de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia y la dificultad de una determinación exacta del detrimento sufrido, no puede significar que se dejen sin compensación tales afecciones".

"Por ello resulta necesario establecer qué se entiende por daño moral , a fin de que la víctima únicamente deba acreditar la realidad del ataque; y así el Juez no tiene por qué confrontar la intensidad del dolor sufrido, en orden a que el propio dispositivo establece la categoría de los atributos de la personalidad, dignos de protección".

Así, se establece la forma como se ha de probar objetivamente la procedencia de la indemnización del daño moral causado por un hecho ilícito, y se deja al arbitrio del Juzgador, previo del análisis de los derechos lesionados y el grado de responsabilidad de los relacionados, decretar el monto de la indemnización pecuniaria, pero el uso de la facultad discrecional por parte del Juez relativa a determinar la suma de dinero que se ha de entregar para resarcir el daño inmaterial al agravado, no debe constituir para éste un enriquecimiento sin causa.

Por ello que postulando que la Reparación el Daño moral y patrimonial, dejen de tener en el Derecho Penal el carácter de pena, su estudio corresponderá a la Victimología; cierto es que al inicio del presente, se postuló que la Penología se concentrara al estudio de la Reparación del daño, pero ello sólo obedece en tanto se siga considerando a dicha reparación como pena, más lo ideal, sería condiserar a la misma como acción civil con carácter de objeto accesorio de la relación procesal penal, pero autónoma.

Para tal fin es menester reformar el Artículo 1745 del Código Civil para el Estado de México, para quedar en los términos en que es manejada la Reparación patrimonial y moral en el Código Civil para el Distrito Federal, probándose objetivamente el daño moral de tal suerte que la cuantificación sea facultad de Juez atendiendo a los elementos de la misma y con aplicación victimológica en el Proceso Penal, constituyendo al ofendido como coadyuvante del Ministerio Público para

demostrar el hecho delictivo y la responsabilidad del agente, y como parte civil incorporada al proceso penal, reclamando autónomamente dicho resarcimiento en contra del agente y aún de los que les resulte responsabilidad objetiva mediante el incidente respectivo, y ello se logrará solamente en tanto se aplique plenamente el principio de oficiocidad de la acción penal, consistente en que una vez ejercitada ésta no se pueda desistir el Ministerio Público de la misma en el proceso penal y asimismo, realmente se le otorgue plena facultad jurisdiccional al Juzgador en tanto que no obstante que el Representante Social formule conclusiones inacusatorias, el Juzgador pueda resolver sobre la existencia del hecho ilícito, con lo cual se aplicaría eficientemente lo preceptuado en el Artículo 21 de Nuestra Carta Magna, cuando señala que la aplicación de las penas es exclusiva de la autoridad judicial, respetándose con ello la división de poderes.

Una vez hecho lo anterior, caerán por su propio peso la fracción III del Artículo 25 y la fracción III del Artículo 29, ambos del Código Penal en vigor para el Estado de México, la primera para dejar de considerar a la Reparación del daño como pena y la segunda, para dejar de considerar el monto de la Reparación del daño. Reclamable el resarcimiento, como lo habíamos apuntado, únicamente cuando la víctima es inocente o culpable con culpa concurrente, aún cuando en diversa proporción en éste último caso.

Este último postulado, era ya sustentado por CARRARA¹⁷⁰ cuando al efecto expresa: "Pero esta reparación nunca se debe conceder cuando el mismo lesionado fué causa del delito que sufrió, por su propia culpa. Dicha idea concuerda con la doctrina que enseña que no se debe reparación civil al lesionado que fué causa reprochable del propio daño. De aquí surge la teoría de la compensación del dolo y de la culpa, respectivamente".

Por último, respecto del hecho de imposible reparación del daño por insolvencia del agente dañoso, y la obligación subsidiaria del Estado de resarcimiento del daño, no se contempla en nuestro derecho, pero ello no implica que no sea posible, y al efecto de demostrar su procedencia, nos ceñiremos a lo sustentado por el más grande tratadista de derecho

¹⁷⁰ Op. Cit. Págs. 360 y 370.

criminal CARRARA, quien siguiendo el criterio del Código Leopoldino señala: "Es útil y justa la reparación subsidiaria introducida por algunas legislaciones, y que consiste en establecer una caja pública, cuyos fondos se forman con las multas impuestas a los delincuentes, y a la cual se recurre para indemnizar a las víctimas de los prejuicios sufridos por los delitos consumados por personas insolventes. No es moral que el gobierno se enriquezca con los delitos que no ha sabido prevenir, pero sí es moral que la sociedad, cuya protección tienen derecho a exigir los buenos ciudadanos, repare los efectos de la falta de vigilancia.

7.4 LA OFENDIDA ANTE LA INAPLICABILIDAD PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 260 FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL EN VIGOR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.

No obstante lo sustentado en el inciso que antecede en donde se demuestra el relego que ha tenido la víctima del delito, ahora nos enfrentamos a algo que es tal vez tan extenso y menos tratado, el "derecho" de la víctima para abortar en caso de que el embarazo que presente sea resultado de una violación.

En efecto, la fracción II del Artículo 260 del Código Penal para el Estado de México, reconoce la no incriminación de la mujer grávida que dé muerte al producto de la concepción cuando ésta sea resultado de un delito de violación, sin embargo no establece la forma procesal para legitimar este derecho.

Llámesse ejercicio de un derecho, no exigibilidad de otra conducta, excusa absolutoria, etc. según hemos anotado en el capítulo cuarto del presente trabajo, a lo preceptuado por la fracción en cita, no deja de ser un reconocimiento que hace el derecho a la facultad de la mujer para abortar en el supuesto señalado, empero el reconocimiento del derecho sustantivo en la especie no es suficiente, ya que sólo es mediante el derecho adjetivo en donde se realiza el sustantivo. Así, la legitimación de la conducta de la víctima de una violación para abortar el producto de la concepción del hecho ilícito, no se encuentra regulada.

En tal panorama discurre la víctima de un delito, tratando en indagatoria de que le sea legitimado su derecho, o bien ante el Juzgador, mientras en su seno amadriga el recuerdo de la violentación sexual en su persona, pero, ¿cuál es la ratio real de esa fracción?, o de otro modo, ¿Qué es menester reunir como requisitos para legitimar el acto de la víctima en el presente supuesto?

La respuesta a dicha cuestión tal vez pueda darse desentrañando el sentido que el legislador le dió a la frase "cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación".

Desde el punto de vista técnico, a primera vista parecería que se trata que, para la procedencia de la fracción en cita es necesaria la declaración de Sentencia definitiva en donde se acredite plenamente el hecho criminoso de la violación, sin embargo dicho criterio caería necesariamente por su propio peso atendiendo el ámbito temporal.

Ahora bien, descartado el criterio anterior, se puede sustentar que está reconocida una resolución que determina la existencia de un delito, como lo es la resolución de término constitucional o auto constitucional que refiere el Artículo 19 de Nuestra Carta Magna, en tanto obliga al Juzgador a determinar si de autos se comprueba la existencia del cuerpo del delito a través de la acreditación de los elementos materiales de la figura delictiva, criterio que como hemos visto sustenta nuestro Máximo Tribunal cuando refiere que la causa de impunidad que nos ocupa, solamente se surte cuando la mujer que aborte voluntariamente se prueba conforme a la ley, es decir, cuando se acredita por los medios autorizados por la ley procesal, el cuerpo del delito de violación cometido en su agravio.

Este criterio técnico - legal, en esencia nos parece exacto pues efectivamente desde el Auto Constitucional existe una resolución que determina la existencia del corpus delicti, y a partir de allí bien se podrá concluir que se justifique la procedencia para legitimar un aborto en las condiciones citadas, más ¿en qué forma procedimental ha de realizarse?. En nuestro concepto tal supuesto debe realizarse mediante Vía incidental cuya solicitud deberá ser hecha por la ofendida o por su representante legal o quien ejerza la patria potestad tratándose de menores, incapaces, inimputables, etc. con vista al Representante Social adscrito y culminado con la respectiva Interlocutoria en la que el Juzgador decidirá la procedencia de dicha petición. A esta conclusión bien podrá objetarse que aún cuando en el Auto Constitucional se resuelva la existencia del cuerpo del delito de violación, ello no obsta para que durante el procedimiento se demuestre la acreditación de alguno de los elementos que acarreen la inexistencia del cuerpo del delito, esto es, que exista consentimiento o no haya existido violencia alguna para llegar a la cópula, y que por lo tanto se está prejuzgando sobre la consecuencia

legal que habrá de imponerse trayendo como consecuencia el privar de la vida a un ser en gestación.

A esta objeción ha de responderse como lo sustenta MANZINI cuando refiere que: El derecho penal no puede ni debe nunca estar en pugna con el sentimiento de humanidad. El rigor de la interpretación y las pedanterías doctrinarias deben ceder a las exigencias del sentimiento común de la razón, siendo que la ley tiene suficientes recursos para ofrecer la manera de evitar semejantes contrastes.

Pero la cuestión no acaba allí, ahora se plantea el problema de ¿cómo se resuelve esta misma situación el proceso penal hasta antes de dictarse el Auto de formal prisión?, es decir, ¿cómo se realiza esta restricción legalizada del derecho a la vida antes del auto de término?

Al efecto PERALTA SÁNCHEZ¹⁷¹, refiere: "Pongamos de ejemplo un caso mayúsculo (pero posible): una mujer de tan solo 14 años de edad es violada. El violador o violadores escapan y jamás son aprehendidos. Esta mujer (niña) queda embarazada.

¿Tendrá derecho esta niña, ahora potencial madre, a abortar?

Nuestra legislación le da tal derecho; no afirmando que el acto de abortar en tales circunstancias sea "bueno" o "malo", simplemente no lo incrimina.

Dicho autor continúa exponiendo: "Considero que tal vez la más grande diferencia del hombre con los animales, después de la razón, sea la libertad; libertad por la que no somos seres que nuestros actos sean fruto de la causalidad, sería aceptar la postura fatalista o determinista, desapareciendo lógicamente la responsabilidad.

El querer imponer una maternidad a esa niña de 14 años, es decirle que acepte irracionalmente además de la violación la maternidad. Un derecho que exigiera esto, sería un derecho que no respetaría la libertad de la persona".

¹⁷¹ PERALTA SÁNCHEZ, JORGE. Pena de Muerte, Aborto y Eugenesia. Págs. 79 y 80.

Efectivamente, hemos evidenciado que nuestra legislación Punitiva no incrimina el hecho de que la víctima de una violación aborte al producto de la concepción resultante de tal ilícito, sea menor de edad, imputable por algún padecimiento psicológico, mayor de edad, es decir no importa al derecho la condición biopsicosocial de la víctima de la violación para legitimar su conducta abortiva, sino más bien le interesa el hecho de que quede debidamente acreditado que el producto de la concepción es consecuencia de una violación y, como hemos anotado, el reconocimiento que se hace de dicha conducta lo ha interpretado Nuestro Máximo Tribunal sustentando el criterio de que debe estar comprobado el cuerpo del delito de violación para que tenga vigencia la causa incriminatoria que nos ocupa, lo que nos conduce a estimar que ello se hará efectivo en el momento en que se decreta el auto de formal prisión, pero reiteramos, ¿Cómo se legitima esa conducta antes del auto de término?. La solución de ninguna manera es fácil, ya que si la víctima de la violación hace el pedimento legal durante el desarrollo de la Averiguación Previa, ¿Cómo podría una Autoridad Administrativa que carece de facultades decisorias, solamente consigna hechos y no puede decidir sobre la existencia de una causa incriminatoria, "juzgar" la existencia de alguna y autorizar que la víctima de los hechos denunciados pueda abortar?, considero desde luego, que el Ministerio Público no debe ni puede tener esa facultad decisoria, ya que su actuación es sólo la de Policía Judicial y ejercicio de la acción penal, más no está facultado para realizar una determinación de tal magnitud, sin embargo, es menester dejar asentado que desde el año de mil novecientos ochenta y nueve, en el Distrito Federal, el Agente del Ministerio Público ha resuelto en diversas ocasiones sobre la procedencia de legitimizar un aborto consecuencia de una violación (como lo demostramos con las copias de diversas actuaciones que se anexan como número uno, y en donde por razones obvias se borraron los nombres de los ofendidos), en donde por medios institucionales se ha llevado a la práctica el aborto en las condiciones señaladas.

Amén de lo asentado, reiteramos nuestra postura de que el Ministerio Público no es la Autoridad para legitimar el derecho de la víctima para abortar, creemos que tal facultad debe residir en el Juzgador y que éste se encuentra facultado no sólo desde el Auto Constitucional para realizar dicha legitimación, sino incluso en nuestro sistema vigente

desde la resolución del libramiento de Orden de Aprehensión, ya que para que ésta proceda deben reunirse los requisitos previos de motivación y fundamentación que señala el Artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, en donde descanza la razón de nuestra postura.

Sin embargo, retomemos lo que señala PERALTA SÁNCHEZ, cuando citamos el ejemplo de la menor violentada sexualmente y en donde la conducta delictiva que se investiga no pueda ser imputada a persona alguna, en esta situación es lógico que el Investigador no puede realizar el acto consignatorio solicitando el libramiento de Orden de aprehensión ya que no se puede vincular a persona alguna la autoría material del hecho criminoso, de ahí que la petición que se haga para legitimar la conducta abortiva de la víctima del delito de violación, se hará en la Averiguación previa, más como hemos concluido, el Ministerio Público no está facultado para resolver sobre tal petición y el proveer de tal facultad al Representante Social, es desnaturalizar su esencia, y una norma que así lo contemple, es una norma que no puede tener cabida en nuestro derecho, pues la solución bien puede encontrarse en otra forma legal, así nos viene a la mente que el Artículo 16 de Nuestra Carta Magna, contempla la figura del cateo, cuya Orden sólo puede ser emitida por autoridad Judicial y en donde muchas veces el propio Juez se convierte en "auxiliar" del Órgano Investigador para el perfeccionamiento de una Averiguación previa, ya que este último puede solicitar al Juez dicte Orden de Cateo para tales fines, así se puede buscar una figura equiparable, que deberá crear el legislador ordinario, no ya para perfeccionar una Averiguación, sino para que en las condiciones señaladas de petición de legitimación de un aborto por violación dentro de la Averiguación previa, el Investigador esté en aptitud de que previas las diligencias necesarias de averiguación, en donde sea posible integrar la existencia de un delito de violación sin que se pueda vincular la autoría material del ilícito a persona alguna, pueda determinar la procedencia de remitir los autos al Órgano Jurisdiccional competente para que el Juez emita la resolución respectiva a la petición, tomando en consideración la determinación del investigador en donde éste último manifestará por escrito su parecer sobre el pedimento que haga la ofendida o el representante de la misma. Así, no se invadirían funciones entre estas autoridades y existiría una exacta división de poderes.



SECRETARIA DE SALUD

SECRETARIA DE SALUD

JUL 12 1939

DEPENDENCIA	SECRETARIA DE SALUD
TIPO	PUBLICA D.F.
DESTINO	HOSPITAL DE LA MUJER
ASIGNACION	PSICHIATRIA
NUMERO	Prof. Sofía Mirón 575
NUMERO DEL PROCED.	Col. Sto. Tomás, Vol.
EXPEDIENTE	Iguual Hidalgo 1130
	30237

ASUNTO: Con referencia a la C.

1581

México, D.F., Julio 12, 1939.

LIC. DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCION GENERAL DEL MINISTERIO PUBLICO EN LO FAMILIAR Y CIVIL Presente.

La contestación a su oficio No. 573 de fecha 5 de Julio del actual, relacionado con la averiguación previa 110/3/148/909-65 dirigido a la Dirección de este Hospital, me permito comunicarle que después de haber sido valorada por Médicos del mismo la C. se llegó a la conclusión de que no hay contraindicación alguna para cumplir con lo dictado en el auto de fecha 4 de Julio del presente.

En el informe a usted, que dicho procedimiento se llevó a cabo el día 10 de Julio del mismo, sin complicaciones aparentes, dándose un Alta por mejoría el día 11 de Julio del mismo.

Además, aclaro a usted, que por la naturaleza del procedimiento por el cual se realizaron las diligencias no previsible en el asunto, por las cuales no podría hacerse responsable el Hospital.

Atentamente, DIRECTOR GENERAL DEL MINISTERIO PUBLICO EN LO FAMILIAR Y CIVIL

S. S. A. HOSPITAL DE LA MUJER SUB-DIRECCION MEDICA

- cc. Director Médico.
- cc. Jefe de Sección.
- cc. Jefe de Sección de Medicina.
- cc. Jefe de Sección de Cirugía.
- cc. Jefe de Sección de Ginecología.
- cc. Jefe de Sección de Obstetricia.
- cc. Jefe de Sección de Radiología.
- cc. Jefe de Sección de Laboratorio.
- cc. Jefe de Sección de Farmacia.
- cc. Jefe de Sección de Alimentación.
- cc. Jefe de Sección de Higiene.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Jurídica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Social.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Económica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Cultural.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Deportiva.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Recreativa.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Artística.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Científica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Filosófica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Literaria.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Musical.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Dramática.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Cinematográfica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Teatral.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Cinematográfica.
- cc. Jefe de Sección de Asesoría Teatral.

RECIBIDO EN LA SECRETARIA DE SALUD EL DIA 12 DE JULIO DE 1939 A LAS 10:30 HORAS

"CONCLUSIONES"

C O N C L U S I O N E S

1.- La fracción II del Artículo 260 del Código Punitivo en vigor para el Estado de México, reconoce el derecho de la víctima para abortar el producto de la concepción, cuando éste sea resultado de una violación. Esta causa de incriminación se basa en la "no exigibilidad de otra conducta".

2.- La forma procesal para legitimar el ejercicio de esta facultad de la víctima, no se encuentra regulada en nuestra legislación.

3.- El olvido en que se ha tenido a la víctima, ha provocado la nugatoreidad práctica de la legitimación del aborto por causas sentimentales y la efectiva reparación del daño tanto patrimonial como moral.

4.- El Agente del Ministerio Público Investigador no tiene ni debe tener facultad para legitimar la procedencia de un aborto cuando el producto de la concepción sea resultado de una violación. Tal facultad se encuentra exclusivamente en el Juzgador.

5.- A diferencia de lo sustentado por nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que la causa de incriminación que nos ocupa, se legitima cuando exista resolución judicial en donde se tenga por acreditado el cuerpo del delito de violación, consideramos que en nuestro sistema vigente, no existe obstáculo alguno para considerar que el Juzgador tiene la facultad para resolver sobre la procedencia de la petición de legitimar un aborto cuando es resultado de una violación, desde el Auto de Radicación en donde resuelve la procedencia del Libramiento de Orden de Aprehensión.

6.- Para legitimar la forma en que ha de realizarse procesalmente la causa incriminatoria que nos ocupa, proponemos se realice mediante una Tramitación Incidenta no especificada, en los siguientes casos:

a) Cuando en estado de averiguación previa se presente la petición por la ofendida o su representante legal, previas las diligencias

necesarias que acarreen la integración del cuerpo del delito de violación y no se tengan elementos para vincular la conducta delictiva a un probable responsable, el Órgano Investigador realizará determinación en donde expondrá razonadamente su parecer sobre dicha petición y remitirá los autos al Juez penal competente para la resolución interlocutoria que corresponda:

b) Cuando ejercitada la acción penal por la posible comisión del delito de violación y librada la Orden de Aprehensión o dictado el Auto de Formal Prisión, en su caso, el Juez a petición de la ofendida o su representante legal, con vista al Ministerio Público adscrito, resolverá la interlocutoria respectiva.

7.- Cumple al Juzgador el análisis juri - humano de las constancias que se le presenten para resolver sobre la petición para legitimar la conducta abortiva en la causa inculpativa que nos ocupa, tomando en cuenta el grado de participación de la víctima en el hecho delictual, pues como ya lo mencionaba CARRARA, esta reparación nunca se debe conceder cuando el mismo lesionado fué causa del delito que sufrió, por su propia culpa.

8.- Es un error grave considerar la acción de Reparación del Daño en dos formas diversas, una como pena cuando se ejercita contra el procesado y otra, como Responsabilidad Civil cuando se ejercita contra terceros obligados.

9.- La Reparación del Daño no puede tener el carácter de pena, debiendo separarse la Reparación del Daño de la Acción Pública, ello para rescatar su carácter esencialmente civil. De tal suerte el ofendido tendrá la calidad de parte procesal con relación a la acción civil, accesoria a la relación procesal penal, con las facultades inherentes para hacerlas valer ante el Juzgado que conozca de la causa penal y, en su caso, ante la sede privada.

10.- Considerada la Reparación del Daño como acción civil, se bifurcará autónomamente en patrimonial y moral, o ambas cuando sea procedente, cuyo resarcimiento se cuantificará en atención a las pruebas aportadas por el ofendido en el delito, la participación de la víctima en el

delito, la capacidad económica de ofendido y obligado y las consideraciones sociales de cada uno de ellos.

11.- La Reparación Moral del daño es cuantificable y el dinero en este caso solo cumple la función de Satisfacción Equivalente y para su procedencia deberá reformarse el Artículo 1745 del Código Civil para el Estado de México, para quedar en los términos del Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

12.- El daño moral puede probarse objetivamente y al efecto sólo deben acreditarse:

- a) La relación jurídica que vincula al sujeto activo con el pasivo o agraviado.
- b) Demostrar la existencia del hecho u omisión ilícitas que causan el daño moral.

13.- La Reparación del daño deberá reclamarse incidentalmente tanto en contra del victimario como en contra de los terceros obligados por responsabilidad civil objetiva, dado el carácter de acción civil accesoria de la penal pero autónoma para su procedencia.

14.- Se debe conceder el derecho a la víctima para demandar y perseguir la acción de reparación, en la cuantía y extensión que sólo el titular de la acción puede probar y demostrar que es justa, cuya cuantificación será analizada por el Juzgador atendiendo a la participación de la víctima en el delito, concediéndose cuando la víctima sea enteramente inocente y en menor cuantía cuando la víctima sea culpable en culpa concurrente, pero sin que ello constituya una causa de enriquecimiento ilícito.

15.- Dada la separación de la Reparación del daño como acción civil con la acción penal, el Juzgador al resolver en interlocutoria o en sentencia, deberá precisar si hay lugar o no a la reparación del daño, aún en las que se absuelva el reo.

16.- Debe considerarse a la víctima del delito como coadyuvante del Representante Social en lo que respecta a la acción principal, pero con facultades impugnativas en interlocutorias y sentencias.

17.- Se debe realizar un minucioso estudio de las leyes reglamentarias del Artículo 21 Constitucional, desentrañándose la verdadera naturaleza de las facultades y funciones que como Autoridad Administrativa tiene el Ministerio Público Investigador, así como las que le son concedidas cuando se constituye como parte en el procedimiento penal ante el Órgano Jurisdiccional, negándosele en este último caso las Facultades Decisorias que se le conceden y que ponen fin al procedimiento, ya que cuando el Representante Social hace uso de estas facultades sus actos en el procedimiento son realmente actos de autoridad y se rompe el equilibrio de las partes en el procedimiento.

18.- La Victimología ha de erigirse como una disciplina que se ocupe del estudio de la víctima y la reparación del daño, nutriéndose con el estudio de las disciplinas criminológicas y con el objeto práctico de la búsqueda del grado de participación que tuvo la víctima en el delito para una adecuada individualización de la pena, así como para establecer la justificación del resarcimiento del daño y prevenir la gestación del hecho victimal.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **ACHAVAL, Alfredo.**
Delito de Violación.
Editorial ABELEDO - PERROT.
Buenos Aires, Argentina.
- 2.- **BECCARIA, César.**
De los delitos y de las penas.
Vigésima novena edición.
Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia 1990.
- 3.- **BURGOA ORIHUELA, Ignacio.**
Las Garantías Individuales.
Décimanovena edición.
Editorial Porrúa S.A.
- 4.- **CABANELLAS, Guillermo.**
Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.
Tomo I A - B
Vigésima edición.
Editorial HELIASTA. Edición Argentina.
- 5.- **CASTELLANOS TENA, Fernando.**
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Décimanovena edición
Editorial Porrúa S.A.
- 6.- **CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl.**
CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl.
Código Penal Anotado.
Décima tercera edición.
Editorial Porrúa S.A.

- 7.- CARRARA, Francesco.
Programa de Derecho Criminal. Volumen II Tomo IV.
Parte Especial.
Editorial TEMIS. Bogotá 1958.
- 8.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo.
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
Décima tercera edición.
Editorial Porrúa. S.A.
- 9.- CUELLO CALÓN, Eugenio.
Derecho Penal. Tomo II Volumen II. Parte Especial.
Décima cuarta edición.
BOSCH Casa Editorial S.A.
- 10.- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio.
Diccionario de Derecho Penal y de Términos usuales
en el Proceso Penal.
Tomo I.
Segunda edición,
Editorial Porrúa S.A. México 1989.
- 11.- D'TSATSOS, Constantino.
La filosofía social de los antiguos Griegos.
Editorial UNAM.
- 12.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.
Tomo I "A"
Libro de Edición Argentina.
DRISKILL S. A. Argentina 1979.
- 13.- ESCRICHE, Don Joaquín.
Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.
Tomo I. Primera Edición 1979.
Cárdenas Editor y Distribuidor.

- 14.- FLORIS MARGADANT, Guillermo.
Panorama de la Historia Universal del Derecho.
Editorial Miguel Angel Porrúa.
- 15.- FLORIAN, Eugenio.
De las pruebas Penales.
Tomos I y II.
Reimpresión de la Tercera Edición.
Editorial TEMIS. Bogotá- Colombia. 1990.
- 16.- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto.
Delitos Sexuales en la doctrina y en el derecho
positivo.
Editorial Porrúa S.A. México 1979.
- 17.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco.
Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa.
- 18.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco.
El Código Penal Comentado.
Décima edición.
Porrúa México 1992.
- 19.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.
Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito.
ABELED0 - PERROT.
Editorial Sudamericana.
- 20.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano.
Derecho Penal Mexicano. Tomos II y III.
Editorial Porrúa S.A.
- 21.- KVITKO, Luis Alberto.
La Violación.
Segunda edición.
Editorial TRILLAS.

- 22.- LEMOYNE SNYDER.
Investigación de Homicidios.
Editorial LIMUSA.
México 1980.
- 23.- LEÓN PORTILLA, Miguel.
La Filosofía Nahútl.
Tercera Reimpresión.
Centro de Estudios Históricos de la UNAM.
- 24.- MAGGIORE, Guiseppe.
Derecho Penal Italiano.
Tomo IV.
Editorial Bibliográfica 1941.
- 25.- MARCHIORI, Hilda.
Psicología Criminal.
Quinta edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1985.
- 26.- MARTÍNEZ ROARO, Marcela.
Delitos Sexuales.
Tercera edición.
Porrúa México 1985.
- 27.- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio.
El Derecho Precolonial.
Quinta edición. Porrúa 1985.
- 28.- NEUMAN, Elías.
Victimología.
Primera Reimpresión.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
- 29.- OCHOA OLVERA, Salvador.
La Demanda por Daño Moral.
Primera Reimpresión.
México 1991.

- 30.-ORELLANA WACO, Octavio.
Manual de Criminología.
Editorial Porrúa S.A.
- 31.-ORONÓZ SANTANA, Carlos.
Manual de Derecho Procesal Penal.
Editorial Limusa - Noriega.
México 1990.
- 32.- OSORIO Y NIETO, César Augusto. .
La Averiguación Previa.
Quinta edición actualizada.
Editorial Porrúa S.A. México 1990.
- 33.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco.
Derecho Penal. Parte Especial.
Cuarta edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1982.
- 34.- PERALTA SÁNCHEZ, Jorge.
Pena de muerte, aborto y eugenesia.
Joaquín Porrúa. S.A. de C.V.
- 35.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.
Ensayo dogmático sobre el delito de Violación.
Editorial jurídica mexicana 1973.
- 36.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.
Dogmática de los delitos contra la vida y la integridad
corporal.
Séptima edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1982.
- 37.- QUIROZ CUARÓN, Alfonso.
Medicina Forense.
Tercera Edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1990.

- 38.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis.
Criminología.
Quinta edición.
Editorial Porrúa S.A.
- 39.- ROJINA VILLEGAS, Rafaél.
Compendio de Derecho Civil. Tomos II y III.
Editorial Porrúa.
México 1983.
- 40.- SOLER, Sebastián.
Derecho Penal Argentino.
Editores tipográfica.
Buenos Aires Argentina 1970.
- 41.- SOLIS QUIROGA, Héctor.
Sociología Criminal.
Tercera edición.
Editorial Porrúa S.A.
- 42.- V. CASTRO, Juventino.
El Ministerio Público en México.
Séptima edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1990.
- 43.- VELA TREVIÑO, Sergio.
Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito.
Tercera Reimpresión.
Editorial Trillas.
- 44.- ZAMORA - PIERCE, Jesús.
Garantías y proceso Penal.
Quinta edición.
Editorial Porrúa S.A. México 1991.

LEGISLACIÓN

Código Federal de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa S.A.
México 1992.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de fuero común y para toda la República en materia Federal.
Editorial Porrúa S.A.
México 1992.

Código Penal y de Procedimientos Penales para El Estado Libre y Soberano de México.
Editorial Cajica.
México 1992.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa.
México 1992.