

320809
15
97



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

CAMPUS TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LAGUNAS LEGALES RESPECTO DE LA PRACTICA
DEL ABORTO PRODUCTO DE UNA VIOLACION.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
GABRIEL MARTINEZ CAMACHO

ASESOR: LIC. HECTOR HERNANDEZ AGUILAR
DICTAMINADORA: LIC. AURORA BASTERRA DIAZ



MEXICO, D. F.

~~1998~~

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
POR LA LABOR DESEMPEÑADA.**

**ESPECIALMENTE A LAS MUJERES QUE TRAS
DE HABER SIDO AGREDIDAS SEXUALMENTE,
SON AGREDIDAS POR UNA SOCIEDAD.**

**A MIS PADRES CON AMOR, POR SU LUCHA
INCANSABLE, PORQUE YO, ALCANCE, LA
META DESEADA.**

**A MI ESPOSA Y A MI HIJA, CON GRAN AMOR, POR SER
UNA DE LAS PRINCIPALES ILUSIONES
QUE ME MUEVEN EN LA VIDA.**

**A LA LICENCIADA AURORA BASTERRA,
AL LICENCIADO HECTOR HERNANDEZ AGUILAR Y
A LOS MAESTROS, QUE CONTRIBUYERON EN MI FORMACION
COMO PROFESIONISTA, POR HABERME BRINDADO SUS CONOCIMIENTOS.**

**A MIS HERMANOS:
MA. ELENA, MA. GUADALUPE, LUZ MARIA, AIDE, ABEL Y GOYO
Y A CADO UNO DE LOS INTEGRANTES DE SUS RESPECTIVAS FAMILIAS.**

**A MIS AMIGOS, ESPECIALMENTE A LOS LICENCIADOS:
NORMA RAQUEL LAGUNES ALARCON,
BEATRIZ ELENA MORENO CARDENAS,
MARIA ELENA AVALOS RODRIGUEZ,
ANDRES H. MARTINEZ DIAZCONTI Y
ROGELIO A. MAGOS MORALES**

**LAGUNAS LEGALES, RESPECTO DE LA PRACTICA
DEL ABORTO, PRODUCTO DE UNA VIOLACION.**

INDICE GENERAL.

INTRODUCCION.....I

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACION Y ABORTO.

1.1. - BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO.....1
1.2. - DERECHO PENAL EN MEXICO.....1
1.2.1.-EN EL MEXICO PRECOLONIAL.....1
1.2.2.-EN LA NUEVA ESPAÑA (EPOCA COLONIAL).....6
1.2.3.-EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.....7
1.3.-EL DERECHO PENAL EN EL MUNDO ANTIGUO.....9
1.3.1.- EL DELITO EN GRECIA.....9
1.3.2.- EL DELITO EN ROMA.....11
1.3.3.-EL DELITO EN CHINA.....13
1.3.4.- EL DELITO EN ESPAÑA.....13
1.4.-BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE ABORTO.....16
1.4.1.-EN EPOCA ANTIGUA.....16
1.4.2.-EL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.....18
1.4.3.-EL ABORTO EN INGLATERRA.....21
1.4.4.- EL ABORTO EN FRANCIA.....22
1.4.5.-EL ABORTO EN SUIZA.....24
1.4.6.-EL ABORTO EN CHINA.....25

CAPITULO II.

ELEMENTOS DEL DELITO.

2.1.- CONCEPTO DE DELITO.....	27
2.2.- ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.....	33
2.2.1.-CONDUCTA O HECHO.....	33
2.2.2.-TIPICIDAD.....	35
2.2.3.-ANTI JURIDICIDAD.....	37
2.2.4.-IMPUTABILIDAD.....	39
2.2.5.-CULPABILIDAD.....	41
2.2.6.-CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	43
2.2.7.-PUNIBILIDAD.....	45
2.3.- ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.....	46
2.3.1.-AUSENCIA DE CONDUCTA.....	46
2.3.2.-ATIPICIDAD.....	50
2.3.3.-CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	52
2.3.4.-LA INIMPUTABILIDAD.....	56
2.3.5.-INCULPABILIDAD.....	57
2.3.6.-AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	61
2.3.7.-EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	62

CAPITULO III.

ESTUDIO DEL DELITO DE ABORTO.

3.1.-DESARROLLO DEL DELITO DE ABORTO.....	66
3.1.1.-DIFERENTES ACEPCIONES DEL DELITO DE ABORTO.....	66
3.1.2.-EN QUE MOMENTO SE CONSIDERA VIVO A UN SER HUMANO.....	68

3.1.3-DIVERSOS TIPOS DE ABORTO.....	69
a) .-ABORTO SUFRIDO.....	69
b) .-ABORTO CONSENTIDO.....	71
c) .-ABORTO PROCURADO.....	73
3.1.4.- ABORTOS NO PUNIBLES.....	74
a) .-ABORTO NECESARIO.....	75
b) .-ABORTO IMPRUDENCIAL.....	76
c) .-ABORTO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.....	77
3.1.5.-ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO.....	79
a) .-CONDUCTA.....	79
b) .-RESULTADO.....	81
c) .-RELACION DE CAUSALIDAD.....	81
d) .-PRESUPUESTO DEL DELITO.....	84
e) .-BIEN JURIDICO.....	85
f) .-OBJETO MATERIAL.....	86
g) .-SUJETOS.....	85
h) .-MEDIOS.....	87
i) .-ATIPICIDAD.....	87
j) .-ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD.....	88
1) .-CONSENTIMIENTO.....	89
2) .-ESTADO DE NECESIDAD.....	89
3.1.6.-CODIGOS Y PROYECTOS DE CODIGOS QUE CONTEMPLAN EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.....	89
3.1.7.-ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO AL QUE CORRESPONDE EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO+ SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.....	90

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

4.1.-NECESIDAD DE ESCLARECER Y HACER MAS PRACTICO Y UTIL EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.....	93
4.1.1.- EMBARAZO CAUSA DE UNA VIOLACION Y SUS REPERCUSSIONES BIOPSIOSOCIALES.....	93
1).-LESIONES PSICOLOGICAS DE LA VICTIMA DE LA VIOLACION.....	97
2).-LESIONES BIOLÓGICAS DE LA VICTIMA DE VIOLACION.....	98
a).-EXTRAGENITALES.....	98
b).-PARAGENITALES.....	99
c).-GENITALES.....	99
4.1.2.-PROBLEMATICA QUE PRESENTA LA EMBARAZADA.....	99
4.1.3.-LAGUNAS LEGALES QUE EXISTEN RESPECTO DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.....	102
4.1.4.- DELITOS QUE PUEDEN ORIGINARSE A CONSECUENCIA DE LAS LAGUNAS EN ESTUDIO EN EL APARTADO QUE ANTECEDE.....	104
4.1.5.- PROPUESTAS PARA QUE SE LEGISLE SOBRE EL MOMENTO Y LA AUTORIDAD COMPETENTE QUE DEBE EMITIR LA ORDEN PARA QUE SE PRACTIQUE EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.....	106
4.1.6.- LA INSTITUCION QUE DEBERA DE ENCARGARSE DE LA PRACTICA DEL ABORTO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.....	110
CONCLUSIONES.....	
BIBLIOGRAFIA.....	

INTRODUCCION.

El presente estudio es un breve análisis de lo que son las lagunas que existen en nuestro Código Penal, respecto al aborto consecuencia de un delito de violación, ya que si bien es cierto que nuestra legislación establece que éste no es punible, en el artículo 333 de la Ley sustantiva de la materia, también lo es que nuestro Código no contempla quién debe dar la autorización para que se practique dicho aborto, ni quién deba practicarlo, por tal motivo ninguna Institución se atreve a practicarlo, porque con justa razón éstos no pueden saber si dicho aborto es lícito o no, toda vez que no podrían tener la certeza de que el sujeto pasivo que solicitare dicha atención estuviere diciendo la verdad, ya que para que una institución de la Secretaría de Salud, o una institución o médico particular, llegara a practicar este tipo de abortos debe ampararse bajo una orden, la cual a mi parecer debe de ser emitida por una autoridad de carácter ministerial por la naturaleza del caso; asimismo en nuestra legislación debe de señalar los requisitos para que tales instituciones deban de realizar la práctica del aborto por dicha causa, y además ésta deberá ser cualquiera que pertenezca al sector salud, ya que este tipo de abortos, deberá de realizarse en forma gratuita porque no sería justo que la sujeto pasivo después de haber recibido la agresión en su cuerpo y denigrante para su persona psicológicamente, tenga que seguir recibiendo más agresiones denigrantes y rechazo por parte de las personas que no creyeran

en ella y que como sucede en la mayoría de los casos le dieran un trato malo y despótico, aunado a ello encontramos el hecho de que la sujeto pasivo tenga que desembolsar una cantidad excesiva de dinero para que un médico a nivel particular y de modo oculto pueda practicarle dicho aborto, como si esta persona fuera una delincuente y no una víctima.

Todo esto provoca que la víctima, ya sea porque no tiene los medios necesarios para poder practicarse el aborto o porque quiera evitarse la vergüenza que les causa su deshonra, tienen que culminar con el embarazo, hasta el nacimiento del producto concebido por haber sido víctima de una violación; y el trastorno psicológico que sufren estas personas por la agresión sufrida y por el hecho de tener que estar viendo al producto del ilícito que sufrió, las lleva a cometer otros delitos como lo puede ser el HOMICIDIO EN RELACION AL PARENTESCO (anteriormente llamado INFANTICIDIO), o el delito de ABANDONO DE PERSONA o el TRAFICO DE INFANTES, por lo que como prevención a dichos delitos y para el mejor apoyo a la mujer violada, es que se realiza esta propuesta.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACION Y ABORTO.

- 1.1.- BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO
- 1.2.- DERECHO PENAL EN MEXICO.
 - 1.2.1.-EN EL MEXICO PRECOLONIAL.
 - 1.2.2.-EN LA NUEVA ESPAÑA (EPOCA COLONIAL).
 - 1.2.3.-EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.
- 1.3.-EL DERECHO PENAL EN EL MUNDO ANTIGUO.
 - 1.3.1.- EL DELITO EN GRECIA.
 - 1.3.2.- EL DELITO EN ROMA.
 - 1.3.3.-EL DELITO EN CHINA.
 - 1.3.4.- EL DELITO EN ESPAÑA.
- 1.4.-BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE ABORTO.
 - 1.4.1.-EN EPOCA ANTIGUA.
 - 1.4.2.-EL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.
 - 1.4.3.-EL ABORTO EN INGLATERRA.
 - 1.4.4.- EL ABORTO EN FRANCIA.
 - 1.4.5.-EL ABORTO EN SUIZA.
 - 1.4.6.-EL ABORTO EN CHINA.

1.1 -BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO.

Con la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, se inicia la vida en sociedad, ya que el hombre tiende a agruparse para enfrentar las inclemencias de la naturaleza y la lucha por la sobrevivencia; En todas las ciencias es menester conocer los antecedentes que influyeron en su desarrollo y como se sucedieron en el devenir histórico, cada una de las expresiones de determinada rama del conocimiento.

La Historia sirve no solo para allegarse de información, sino el aprovecharse de las experiencias surgidas con antelación y en ese sentido la historia se torna dinámica convirtiéndose en una ciencia eminentemente activa y utilitarista.(1)

1.2.-DERECHO PENAL EN MEXICO.

1.2.1.-EN EL MEXICO PRECOLONIAL.

Enseguida estudiaremos la historia del derecho penal en nuestro país, para lo cual lo subdividiremos en cuatro periodos, que son: Mundo Precortesiano, Epoca Colonial, México Independiente y México Revolucionario.

De todo lo acontecido antes de la llegada de los españoles, se tienen escasas noticias fidedignas;

1 López Betancourt Eduardo, *Historia del Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 3.

lamentablemente la mayor parte de los documentos como los pergaminos, códices y otros vestigios que hablaban de las culturas prehispánicas fueron destruidos por los propios españoles; en ese aspecto uno de los defensores de los aborígenes, Fray Bartolomé de las Casas, relata que en la zona de Yucatán, donde floreció la cultura Maya, la quema de papiros y códices se hizo de tal magnitud que "las lenguas de fuego se veían a varias leguas de distancia". A pesar de ello los pocos datos que conocemos es gracias a los estudios científicos que a partir de 1950, han realizado un grupo de serios y profesionales antropólogos e historiadores, quienes después de analizar el hallazgo pictórico indígena que sobrevivió, obtuvieron valiosas conclusiones dignas de fe.

A pesar de la escasa información, podemos señalar de los pueblos precortesianos que debido a su gravedad y rigidez en materia penal, mantenían una apacible y ordenada vida social. Los actos considerados por ellos como delitos graves, eran el abuso de confianza, el aborto la alcahuetería, el adulterio, el asalto, la calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez, estupro, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, pederastía, peculado, malversación de fondos, rifa, robo, sedición, traición; el derecho penal de esta época se caracterizaba por ser drástico de ahí que la mayoría de estos actos delictivos se castigaban con la pena de muerte (mediante lapidación, decapitación, descuartizamiento etc), destierro,

cárcel, azotes y mutilaciones. El pueblo Azteca se erigía como el mas poderoso y gozaban de un régimen de gobierno sustentado en la participación ciudadana y su organización no fue como desafortunadamente se ha dicho, un imperio, sino o mas bien se constituyo en una confederación de tribus, dirigida por un jefe militar y por un jefe político. Su forma de Gobierno se dividía en tres áreas Ejecutivo, Judicial y Religioso.

El poder judicial se confería a los jueces a quienes se les investía con la personalidad de funcionarios públicos como características principales se distinguían: por una parte la independencia que, en el ejercicio de sus funciones, guardaban frente al poder Ejecutivo, y por la otra que la impartición de justicia era en forma gratuita.

Los aztecas fraccionaron la ciudad de Tenochtitlan en calpullis o barrios y con ellos se constituyó la unidad étnica y jurídica más trascendental de dicho pueblo. En cada barrio o calpulli existía un Tribunal o casa de Justicia donde se dirimían los problemas legales y para Juzgar a una persona se seguían determinadas reglas. (2)

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

2 Kohler, *El derecho de los aztecas*, Tr. Carlos Rovalo y Fernandez, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924*

semejante. Aplicaban como penas principales el destierro, los azotes y la pena de muerte. La cárcel era poco común, generalmente servía por breves periodos, se asemejaba a jaulas de madera, donde se exhibía a los delincuentes provisionalmente mientras se decretaba la sanción a que se habían hecho merecedores. La pena de muerte se imponía a diversidad de delitos, entre ellos al traidor a la patria, al homicida, al violador, al ladrón que actuaba con violencia y a los funcionarios inmorales. La pena capital se aplicaba por ahorcamiento, a garrotazos o quemándolos, todo dependía de la gravedad del delito.

Conocieron las causas excluyentes de responsabilidad y los conceptos modernos de la participación, el encubrimiento, la concurrencia de delito, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Practicaban una moral muy rígida, por ello consideraban delitos muchos actos que en la actualidad han sido superados tales como la embriaguez, la cual inclusive llegaba a castigarse con la pena de muerte; el celestinaje, cuando se orientaba a una mujer casada también se castigaba con la pena de muerte, el mentir también podía ocasionar la misma penalidad, a los sacerdotes que no guardaban la continencia e igual suerte corrían los homosexuales a los que se les ejecutaba. Existía una gran coincidencia entre el derecho penal azteca y el actual derecho positivo mexicano

Los mayas al igual que los aztecas se organizaron en una confederación llamada nuevo imperio maya, contaban con dos gobernantes, uno de carácter político (Canek) y el otro en el orden religioso (Kincanek). El derecho penal maya tendía precisamente a proteger el orden social imperante; la función represora la mantenía el Estado; se castigaba basándose en el resultado y no en la intención; los jueces poseían el atributo de funcionarios públicos quienes actuaban con un amplio arbitrio. Los delitos mas graves fueron el homicidio, el adulterio, el robo, el incendio, la traición a la patria, la injuria y la difamación. Entre las sanciones se cuentan la muerte, una especie de esclavitud, la infamación y la indemnización; la cárcel se utilizaba únicamente por los delitos in fraganti con un carácter temporal hasta en tanto imponían la sanción que correspondía; en algunos delitos como el robo, operaba una especie de excusa absolutoria, para cuando se cometía por primera vez, se le perdonaba, pero al reincidente se le imponía la sanción de marcarle la cara. (3)

Los purépechas no solo eran distintos en costumbres, lenguaje y en general en sus rasgos culturales a los demás pueblos que también habitaron mesoamérica, sino que además eran profundamente moralistas; pues bien este pueblo se encontraba gobernado por un jefe militar denominado calzontzin, quien tenía fundamentalmente la responsabilidad de proteger su territorio y por medio de guerras seguirlo

J Gonzalez de Cossio, *Apuntes, para la Historia del "jus punitivi" en México, Talleres Offset Larios, S.A., México, p 53.*

acrecentando. En materia penal los purépechas llegan a aplicar sanciones con extrema crueldad; perseguían con mayor dureza, los delitos de homicidio, traición a la patria y el adulterio cometido con una de las esposas del calzontzin; se aplicaba generalmente la pena de muerte, la cual se ejecutaba con verdadera saña ya que se les enterraba vivos hasta la cabeza para ser devorados por aves de rapiña o amarrados de brazos y pies se les despeñaba; tratándose de faltas no tan graves, se les imponían otras penas infamantes aunque no menos crueles como abrirles la boca hasta las orejas. En general la comisión de delitos en la comunidad purépecha era bastante reducida.

1.2.2.-EN LA NUEVA ESPAÑA (EPOCA COLONIAL).

En la época colonial se aplicaron tres tipos de leyes: las destinadas a todo el territorio español, las dirigidas solo a las colonias de ultramar y las exclusivas de la Nueva España, en estas últimas mencionadas, se les otorgaban ciertas concesiones a los aborígenes, tales como permitirles aplicar el derecho de sus antepasados, cuando se opusiera al Español, lo cual fue una utopía, ya que los beneficiados eran únicamente los Españoles ya que a los nativos se les marginaba.

Para el siglo XVIII se incrementan en la nueva España diversos Tribunales especializados como el Tribunal de la Acordada, encargado primordialmente de perseguir y castigar a

los salteadores de caminos; el Real Tribunal de Minería, que conocía de contiendas surgidas entre mineros; el Consejo de Indias, el cual ejercía funciones Judiciales en los negocios de carácter civil y penal. El abuso, la arbitrariedad y en general la injusticia, fueron los signos característicos de esta época en perjuicio de los aborígenes, a quienes en especial en materia penal se les imponían crueles penas.

1.2.3.-EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Durante primeros años de vida independiente estuvo vigente el derecho español, ya que no hubo tiempo para legislar en materia penal, en esta época, fueron los abusos cada vez mas frecuentes en el ámbito penal, originándose problemas de inseguridad e intensa comisión de delitos. Se estableció una junta provisional gubernativa, bajo el mandato de Agustín de Iturbide que dio como resultado el Primer Proyecto de Código Penal del México Independiente. En el año de 1835, en el Estado de Veracruz, se aprobó el primer Código Penal Vigente, debido a los trabajos de una comisión integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Fernández Leal, José Julián Tornel y Antonio María Solorio. En 1848, la Legislatura Estatal de Veracruz comisionó a José Julián Tornel, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para formular un Proyecto de Código Criminal y Penal que no fue aprobado. En 1869 el propio Estado de Veracruz aprobó un Nuevo Código Penal, conocido con el nombre de "CODIGO CORONA".

Durante el imperio de Maximiliano de Habsburgo, entró en vigor el Código Penal Francés, pero dispuso designar una comisión formada por Tadosio Laris, Urbano Fonseca y Juan B. Herrera para elaborar un proyecto, propio que nunca llegó a tener vigencia debido a la caída del imperio.

En 1861, Benito Juárez, presidente de la República, ordenó el restablecimiento de una comisión para formular un proyecto de Código Penal, la cual fue presidida por Antonio Martínez de Castro. La comisión concluyó sus trabajos en 1868 y para 1871 se aprobó esta nueva Ley, básicamente influenciada por el Código Español de 1870, por su orientación en favor de la escuela clásica del derecho penal. (4)

En el México Revolucionario, el Derecho Penal no podía quedar a la zaga del cambio político del país y dados los primeros años del triunfo del movimiento armado se manifestaron un sinnúmero de inquietudes por formular un nuevo Código Penal, pero debido a problemas políticos, fue hasta el año de 1925, cuando el Presidente de la República, Plutarco Elías Calles designó una comisión para que redactara un Código para el Distrito y Territorios Federales; cuando llegó a ser Ley en el año de 1929, se le conoció también con el nombre de Código Almaraz. Este código fue duramente criticado y de hecho no se logró conocer su eficacia, mas bien hubo precipitación por derogarlo y por eso el Licenciado Emilio Portes Gil,

⁴ *Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal 8a ed. Editorial Porrúa, México, 1983, p. 49*

presidente de la República ordenó designar una nueva comisión redactora la que dio vida al vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal en Materia del Fuero Común y de toda la República en materia Federal. Este Código promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortíz Rubio, entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año. Este Código después de 62 años, aún sigue vigente, lo que resulta inexplicable, ya que si bien fue considerado un buen documento para su época, actualmente muchos de sus conceptos y orientaciones se encuentran superados. Por su falta de actualización, se ha abusado de reformas, que de manera impresionante ha sufrido tan importante cuerpo de leyes; podemos decir que poco queda del Código original, pero no se resuelve el problema si no que lo agrava, puesto que tantas reformas han suscitado confusiones y hasta criterios contradictorios.

1.3.-EL DERECHO PENAL EN EL MUNDO ANTIGUO.

1.3.1.-EL DELITO EN GRECIA.

En la antigua Grecia se distinguen tres grandes períodos, en materia jurídica penal:

Periodo Legendario. Corresponde a la época de las leyendas de Grecia; en ella predominaba la venganza privada. El concepto de delito tuvo su origen en el destino pero

también la venganza inexorablemente era un acto propio del destino; se crean los institutos de venganza.

Periodo Religioso. Se caracteriza porque el Estado al dictar las penas, lo hace como delegado del Dios Júpiter. El que cometía un delito debía purificarse mediante el cumplimiento de una pena.

Periodo Histórico. Se distingue porque el derecho penal se sustenta en bases morales. La responsabilidad adquiere un carácter individual. Una pena terrible era la expulsión de la comunidad, cuando se decretaba cualquiera podía matar al expulsado y decomisarle sus bienes.

Las Leyes penales atenienses que son las más importantes, no se inspiraban en absoluto en las ideas religiosas, y en ellas se afirma y predomina el concepto del Estado. La pena tenía su fundamento en la venganza y en la intimidación, y los delitos se distinguían según lesionasen los derechos de todos o un derecho individual. Acabó con las penas inhumanas que estaban en vigor en todo el viejo oriente, y llegaron a no diferenciarse según la calidad de las personas. Una de las más características penas de la práctica político-penal de Grecia fue el ostracismo. Las Leyes espartanas estaban colmadas de espíritu heroico y sentido universalista. Castigaban especialmente al soldado cobarde en el combate; por eso se azotaba a los jóvenes afeminados, se imponían penas a los célibes, y por eso se ordenaba dar muerte a los niños que

nacían deformes, dando con tal medida la más remota muestra de eugenesia. En las Leyes de Locris, las penas adquirieron el más expresivo simbolismo. Así a los reos de delitos sexuales, se les sacaban los ojos, por ser la puerta donde la pasión penetró. Las Leyes de Carondas consideraban delito las lesiones personales, los atentados contra la propiedad los que ponían en riesgo a las personas etc. (5)

1.3.2.-EL DELITO EN ROMA.

Con anterioridad a la fundación de Roma la pena tiene carácter de expiación religiosa; la venganza privada es obligatoria para quienes forman parte de la familia y de la gens. El pater familias ejercía el derecho a matar a los miembros de su familia. Se carecía de un sistema procesal; y en tres personajes se depositaba la facultad de imponer sanciones: el pater familias, el jefe militar y un magistrado.

En la fundación de Roma subsiste el carácter sagrado de la pena. Se inicia el principio de la venganza pública. El Rey goza de plena jurisdicción penal. Aparecen los delitos públicos (crimina) entre ellos lo son el perduellio (mal guerrero), el parricidio y el incesto. (6)

En la República surgen importantes disposiciones jurídicas, como la Ley de las XII tablas; en las tablas VII y

5 Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal 3ª ed.*, Ed. Losada, Buenos Aires Argentina, 1964, Tomo I pp. 271-277.

6 López Betancourt Eduardo, *Op. Cit.*, p.12.

XII se analiza todo lo referente a los delitos, se precisa cuales son los delitos privados; se afirma el principio de la Ley del Tali3n; se establece la composici3n como medio para evitar la venganza privada, consiste en comprar la venganza entre los particulares; se mantienen los delitos p3blicos. Posteriormente han de prevalecer las disposiciones dictadas por los Gracos y las contenidas en las Leyes Cornelia y Julia donde entre otras cosas prescriben la disminuci3n de los delitos privados y el incremento de los p3blicos. La pena se vuelve intimidatoria. se aten3an las penas y al final de la Rep3blica se suspende la pena de muerte.

En el imperio se crean Tribunales de Justicia, se implanta nuevamente la pena de muerte 3nicamente para el delito de parricidio, se establecen nuevos castigos en lo concerniente al trabajo en las minas y el de trabajos forzados. Se distingue el dolo de prop3sito del de impetu; se manejan nuevos conceptos jur3dicos penales como: la provocaci3n, la preterintenci3n y la ignorancia juris.

El derecho penal romano no alcanz3 los impresionantes niveles del derecho civil pero no por ello debe dejarse de reconocer la verdadera importancia del derecho penal romano como lo es: la afirmaci3n del car3cter p3blico y social del derecho penal; el amplio desarrollo alcanzado por la doctrina de la imputabilidad, de la culpabilidad y de las causas que la excluyen, especialmente el error.

1.3.3.- EL DELITO EN CHINA.

Su organización jurídico-penal data desde el año 2205 a. de C., época en que estuvo vigente el Código de Hia. En la época del emperador Seinu existió un libro denominado "de las cinco penas", cuya característica esencial era la Ley del Talión, la cual seguía el principio de "ojo por ojo diente por diente", y es aquella facultad que se ejerce contra el causante de un daño, de recibir un castigo de la misma proporción del cometido.

La pena de muerte se imponía en público con el fin de escarmiento y de purificación y se ejecutaba por decapitación, horca, descuartizamiento y entierro en vida, las otras clases de pena eran mutilantes o de marca, esta última para los delitos de menor gravedad.

1.3.4.- EL DELITO EN ESPAÑA.

Durante la Edad Media el derecho en España atravesó por un largo período indefinido, no es sino hasta el siglo XIII que España adopta el Derecho Romano. Posteriormente en 1567 surge la nueva recopilación, que regiría la legislación activa para las colonias conquistadas en América, y en 1805 se elabora la Novísima Recopilación. Entre los preceptos penales más destacados de la historia Española consideramos el

Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.⁽⁷⁾

Las cartas-pueblos y fueros municipales fueron instrumentos de privilegio, los cuales actuaban en favor de sus titulares, mediante ellos se dispensaban diversidad de beneficios y en cierta forma se les trataba con favorable parcialidad. Entre los fueros que más destacaron se encuentra el de Castilla, en razón de que le reconocía valor al derecho consuetudinario. En este documento jurídico se regularizó la composición pecuniaria para los delitos de sangre bajo el nombre de enmienda o caloña.

El Fuero Real se aprobó en el año de 1255 y es una de las grandes obras legislativas de Alfonso IX de León y XIX de Castilla. Este documento jurídico sirvió no solamente a las provincias de León y Castilla, sino además a otros lugares que carecían de disposiciones jurídicas escritas. Al Fuero Real también se le conoció con los nombres de fuero de las Leyes, Fuero del Libro y Libro de los Consejos de Castilla. Este se divide en cuatro libros que a su vez se subdividen en 72 títulos; el derecho penal se trata en el libro IV y sus principales características son: se disminuye la aplicación de la pena de muerte; las penas que impone son crueles y llegan a suscitar el horror de la sociedad; sostiene la no retroactividad de la ley; concede a todo hombre el derecho de

⁷ Jimenez de Asúa Luía, Op. Cit. p.31.

acusar a cualquier otro, dándose así la acusación pública popular; Distingue el Procedimiento Civil privado del procedimiento penal público y paralelamente a ellos se establece el de oficio; el adulterio es considerado como delito público y el adúltero es entregado al marido para que disponga de él.

Las Siete Partidas que forman parte del Fuero Real contemplaban: el establecimiento del sistema acusatorio mediante la forma escrita; exigir en los delitos privados la querrela del ofendido; se permitía la acusación a los muertos en los delitos de traición y herejía; la acusación tendía a probarse de tres maneras: por testigos, por pesquisas y por lid, seguida de un duelo judicial o juicio de dios; la prevaricación del abogado se equiparaba al fraude; se permitía el homicidio del adúltero, solo si era sorprendido in fraganti; los tormentos se encontraban restringidos y su aplicación dependía por mandato de un Juez; la pena contiene tres principios: expiatorio, intimidatorio y ejemplar. (*)

En 1822 se aprobó en España un nuevo código penal con un título preliminar para definir generalidades sobre el delito y las penas; este Código recibió influencias del Código penal francés pero este pronto se derogó y volvió a tener vigencia la Novísima Recopilación. Lo anterior fue hasta el año de 1848 en que se aprobó otro código penal compuesto por tres libros; en el primero se incluyen generalidades, en el segundo se

* *Ibidem*, p. 31.

definen los delitos y en el tercero se analizan las faltas. En 1870, se aprobó un nuevo código penal con una vigencia de 60 años en el cual se incluyen figuras delictivas como: la limitación de la pena.

1.4.- BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE ABORTO

1.4.1.-EN EPOCA ANTIGUA.

En el antiguo Oriente no era delito procurarse el aborto, como tampoco lo fue en Grecia, pues inclusive Aristóteles creía que el aborto debía ser obligatorio cuando no eran suficientes los medios de subsistencia que la mujer tenía. En Roma, dado que el producto de la concepción se consideraba parte de la mujer encinta no fue conocido el delito de aborto. Si la mujer abortaba voluntariamente no hacía otra cosa que disponer de su propio cuerpo; si era casada solo era responsable frente al marido, el cual podía promover una acción sobre el derecho que tenía en orden a la prole, pero si un tercero procuraba el aborto sin que la mujer consintiera, existía un delito contra ésta. Más tarde, desde la época de Séptimo Severo el aborto fue considerado como delito y como reacción contra el pasado fue castigado con penas muy graves. Y en el Derecho Canónico se equiparaba al asesinato; pero pronto se consideró como un delito distinto, pues valoraciones realizadas pusieron en relieve sus diferencias con los demás

delitos contra la persona, concluyendo que el aborto es solo la destrucción de una esperanza.

En las Leyes de la antigua India, Código de Manú, cuando una mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja, se daba muerte al hijo, ya sea provocando el aborto o por el suicidio de la madre. En Grecia salvo ciertas prohibiciones no se miraba al aborto como deshonesto; los filósofos hablaban de su práctica como un hecho natural. En Roma durante los primeros tiempos fue considerado como grave inmoralidad el aborto provocado de un feto; sin embargo, ni en la época Republicana ni en la primera del imperio fue calificada de delito dicha actuación; según las Leyes regias, era permitido al marido practicar el aborto de su mujer como derivación del concepto patrimonial sobre los hijos. Hasta la época de Severo no se le sometió a sanción penal, hasta que se instauró la pena de confiscación y destierro y si en la práctica del aborto, la mujer perdía la vida, al marido se le podía aplicar hasta la pena capital y a la mujer que se provocaba el aborto la castigaban con el destierro.

Con el cristianismo comenzó a verse en el aborto un verdadero delito, salvo que el Derecho Canónico, imbuido en las teorías anímicas distinguió la muerte del feto vivificado, con alma y la del feto en que no residía ésta; para establecer la distinción, se decía que el embrión se animaba de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo; cuando

el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte, porque la acción condenaba al limbo un ánima no redimida por las aguas del bautismo; en caso contrario las penas eran inferiores, por lo regular de carácter pecuniario o en su caso se desterraba al abortador a una isla, por cinco años. Conforme al edicto de Enrique II de Francia, se castigaba con muerte a las mujeres por el solo hecho de ocultar su embarazo.

En la antigua legislación de España, el fuero Juzgo castigaba con muerte o ceguera a los que mataban a sus hijos antes o después de su nacimiento, así como a los que proporcionaban hierbas abortivas (Libro VI, tit.III, Leyes 1ª y 6ª).

En el siglo XVIII se inició enérgico movimiento intelectual en contra de la severa penalidad del aborto. El Pensamiento de Beccaria protestando contra las penas del infanticidio, (hoy Homicidio en relación al parentesco), introdujo también en el aborto la atenuación, lográndose una mayor disminución en el aborto, ya que se considera que el producto es una esperanza a la vida únicamente

1.4.2.- EL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica resolvió el 22 de enero de 1973, en una Sentencia

que sentó Jurisprudencia en todo el Territorio Americano, que las mujeres tienen derecho a abortar durante los tres primeros meses del embarazo. El pronunciamiento fue hecho después de dos años de deliberaciones sobre la Ley a la sazón vigente en el Estado de Texas, y fue dictado por siete votos contra dos. Los Jueces de la mayoría resolvieron que la mujer tiene derecho a la maternidad voluntaria durante los tres primeros meses y que la decisión debe ser adoptada exclusivamente por ella.

La resolución de la Suprema Corte se basó en el respeto a la vida privada de las mujeres según lo que declaró el Juez HARRY BLACKMAN al anunciar la decisión. La Suprema Corte rechazó la tesis de los adversarios del aborto que pretenden considerar como persona al feto para hacerlo acreedor a la protección Constitucional. El Juez Blackman agregó que no corresponde a la Suprema Corte resolver el difícil problema del comienzo de la vida, máxime cuando los médicos, filósofos y teólogos han sido incapaces de ponerse de acuerdo. En el estado actual de los conocimientos humanos, no es de la competencia Judicial especular sobre la respuesta que deba darse al indicado problema, sino tan sólo comprobar que los progresos de la medicina permiten practicar abortos sin peligro durante los tres primeros meses de embarazo. En su fallo la Suprema Corte resuelve que las autoridades de cada Estado no podrán impedir que una mujer se someta a un aborto dentro de los primeros tres meses de embarazo y señala que los

estados pueden fijar legítimamente normas para regular los abortos después de los tres primeros meses, si con ello desean proteger la vida de la madre.

La Ley Texana con antelación exceptuaba de la punibilidad del aborto, el caso de que la vida de la madre se hallare en peligro, y cuatro estados Nueva York, Washington, Hawai y Alaska se habían adelantado a la resolución de la Suprema Corte. Fue la Ley Neoyorquina del primero de julio de 1970, la primera que autorizó el aborto dentro del Estado más densamente poblado de la Unión Americana.⁽⁹⁾ A raíz de esta Ley los hospitales municipales prestaron asistencia a sesenta mil casos de abortos anuales, además de las cincuenta mil mujeres que abortaron en clínicas privadas.-La Junta de Salud de Nueva York tuvo que hacer frente a una demanda multitudinaria de casadas y solteras, mayores o menores de edad, para quienes era una catástrofe la llegada de hijos no deseados, por razones de planeación familiar, deslices ocultos, motivos económicos, imposibilidades físicas y mentales. Por otra parte, el hecho de que fuera el Estado de Nueva York el único en que se podían practicar legalmente tales operaciones, produjo el mismo fenómeno que se observa en algunas ciudades fronterizas en torno a los divorcios al vapor, en las que en una de cada dos casas, hay un especialista en tales menesteres, convirtiendo al Estado en una verdadera fábrica de abortos. Cifras conservadoras

⁹ Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo II 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1979, p. 203

calcularon en medio millón la afluencia de mujeres neoyorquinas que se trasladaron a dicho Estado con los indicados fines. Los médicos practicaban el legrado con la misma rapidez y habilidad que un dentista extrae una muela: sin hemorragias, complicaciones infecciosas o lesiones al útero.

1.4.3.- EL ABORTO EN INGLATERRA.

En Inglaterra la ley del 27 de octubre de 1967 establece que la terminación del embarazo deberá efectuarse por un médico debidamente colegiado, siempre que otros dos médicos igualmente colegiados certifiquen que debe llevarse a cabo porque la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida de la embarazada, la posibilidad de una lesión física o mental de cierta importancia para ella o un daño o peligro para cualquiera de los hijos ya existentes en su familia o cuando existe riesgo de que el nacido viniera al mundo con anomalías físicas o mentales que impliquen serias limitaciones. Excepcionalmente, en caso de peligro inminente y grave para la mujer el aborto puede practicarse de inmediato por el médico sin necesidad del certificado antes citado. En principio, la interrupción del embarazo ha de realizarse en los hospitales o instituciones del Ministerio de la Salud. Toda persona que deba participar en la interrupción del embarazo puede por objeción de conciencia rehusarse a intervenir. Esto ha hecho que algunos médicos se niegen a

practicar la interrupción o a extender el certificado incluso que enfermeras o auxiliares de hospitales se rehusen participar. Y aunque del año 1967 las interrupciones voluntarias del embarazo aumentaron, los abortos clandestinos que eran numerosísimos antes de la Ley, prácticamente han desaparecido. En 1974 una comisión de médicos y Juristas elaboró el Informe Lame, después de haber consultado estadísticas e interrogado a ginecólogos y oído testimonios, para llegar a la conclusión de que las ventajas de la legalización habían sido mayores que los inconvenientes.

1.4.4.- ABORTO EN FRANCIA.

El aborto fue considerando en Francia como un crimen acreedor a la pena de muerte. La mujer y quien lo practicaba eran condenados a dicha pena hasta el siglo XVIII, en que fue sustituida por la de reclusión. El Código Penal de 1810 en su artículo 317 estableció esta pena para quien mediante alimentos, brebajes, medicamentos o violencia o cualquier otro medio procure el aborto de una mujer encinta, sea que hubiere consentido o no, y para la mujer que se lo procure. Han sido necesarios el transcurso de los años de matanzas ginecológicas realizadas en la clandestinidad en todo el mundo a cincuenta millones de mujeres cada año, acompañadas muchas veces de la muerte de la madre, para que el aborto fuera legalizado en Francia. SIMONE VEIL declaró durante la discusión en la asamblea de la Ley de 1974: no sé cuando la vida empieza. Pero

si sé que una mujer no experimenta, en manera alguna, igual impresión, cuando por desgracia pierde su hijo a las pocas semanas de nacer que cuando lo pierde recién nacido. Por otra parte, todos los días contemplo violaciones a la Ley realizadas por mujeres que abortan en condiciones intolerables, así como la indignante desigualdad que ante este drama humano existe entre ricos y pobres, puesta bien de relieve con el hecho de que más de trescientas mil francesas viajan al año a Holanda, Gran Bretaña y Suiza para someterse a intervenciones abortivas.

La ley Francesa del 29 de julio de 1939 vigente hasta la promulgación de la Ley de Simone Veil el 29 de noviembre de 1974 sancionaba a la mujer que destruía el producto de la concepción, salvo cuando la vida de la madre estuviere en peligro. La ley Simone Veil no sanciona el aborto voluntario cuando concurren estas tres condiciones:

a).- Que la decisión la tome exclusivamente la mujer, salvo que fuere menor de dieciocho años en que se requiere la autorización de los padres.

b).-Que se practique antes de la décima semana del embarazo.

c).- Que se realice por un médico en un hospital público o privado reconocido. (10)

10 *Ibidem*, p. 205.

1.4.5.- EL ABORTO EN SUIZA.

El Código Penal Suizo que entró en vigor en 1942 sanciona con la pena de prisión a la mujer que por su propio derecho o a través de un tercero se procure su aborto (art.118); al tercero que con el conocimiento de la persona encinta la haga abortar o le preste asistencia durante el aborto (art. 119); y con mayor pena al que la hiciera abortar sin su consentimiento, si el reo hiciera un oficio de la práctica del aborto o si la persona encinta muriere a consecuencia del hecho o el reo lo hubiere podido prever; el artículo 120 no pune el aborto cuando el embarazo haya sido interrumpido por un médico, con el consentimiento estricto de la persona encinta y el dictamen conforme de otro médico, para evitar un daño imposible de eludir, que amenace la vida de la madre o ponga seriamente en peligro su vida a causa de una enfermedad grave y permanente. El dictamen a que se refiere el párrafo anterior debe de ser emitido por un médico calificado como especialista, en atención al estado de la persona encinta y autorizado por la comisión competente del cantón donde la persona encinta tenga su domicilio o donde la operación habrá de realizarse; debido a que este Código tropezó con muchas dificultades principalmente que en los cantones católicos no se constituyeron las comisiones encargadas de autorizar el aborto, en 1971, MAURICE FABRE, presentó una iniciativa constitucional tendiente a despojar al aborto de su carácter delictivo; en dicho proyecto se autorizaba la interrupción del embarazo dentro de las 12 semanas que sigan a la concepción,

pero frente a este proyecto el Consejo Federal elaboró un nuevo proyecto, en el que pune el aborto, salvo que el embarazo sea producto de una violación, que implique un peligro clínico para la vida de la madre o un riesgo para ella de grave angustia, en razón de su edad, así también dependiendo del número de hijos o situación social, y se realice previa opinión de un médico en los casos de peligro clínico, de un especialista en cuestiones sociales en los de angustia grave y de una comisión investigadora en los de violación. Este proyecto fue aceptado el 28 de mayo de 1978, y únicamente se rechazó la parte del proyecto en que se autorizaba el aborto si el nacimiento planteaba problemas sociales a la madre.

1.4.6.- EL ABORTO EN CHINA.

El aborto es considerado como parte de la planeación oficial de la natalidad en China, y el principio que rige esta planeación se consagra en esta frase "tardío, espaciado y poco". se trata de que los chinos contraigan matrimonio lo más tarde posible; que tengan los hijos con grandes intervalos entre un nacimiento y otro y que tengan pocos, uno o dos hijos cada familia. El aborto está libremente admitido y se realiza gratuitamente en los hospitales y clínicas oficiales. La mujer casada puede procurar su aborto sin consentimiento del marido. No hay obstáculo administrativo alguno si la mujer que intenta

abortar ha tenido hijos anteriormente; pero sí lo hay, si se trata del primer embarazo

CAPITULO II.
ELEMENTOS DEL DELITO.

- 2.1.- CONCEPTO DE DELITO.
- 2.2.- ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.
 - 2.2.1.-CONDUCTA O HECHO
 - 2.2.2.-TIPICIDAD.
 - 2.2.3.-ANTI JURIDICIDAD.
 - 2.2.4.-IMPUTABILIDAD.
 - 2.2.5.-CULPABILIDAD.
 - 2.2.6.-CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
 - 2.2.7.-PUNIBILIDAD.
- 2.3.- ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.
 - 2.3.1.-AUSENCIA DE CONDUCTA.
 - 2.3.2.-ATIPICIDAD.
 - 2.3.3.-CAUSAS DE JUSTIFICACION.
 - 2.3.4.-LA INIMPUTABILIDAD.
 - 2.3.5.-INCULPABILIDAD.
 - 2.3.6.-AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
 - 2.3.7.-EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

2.1.-CONCEPTO DE DELITO.

La noción del delito ha variado conforme a los momentos históricos de cada pueblo, de manera que es difícil establecer un concepto aplicable en todo tiempo y lugar.

Múltiples definiciones se han elaborado de acuerdo con diversas corrientes doctrinales que han respondido a situaciones y necesidades específicas.

La palabra delito deriva del supino "delicto" o "delictum" del verbo delinquere, delinqui, que se entiende como desviarse, resbalar, abandonar; a su vez delinquere, delinquieri y el prefijo de que se toma como linquieri viam, dejar o abandonar el buen camino.

Por lo que "...Delito es la infracción de un deber exigible, un daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la Ley; es una disonancia armónica o es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultando de un acto externo del hombre, positivo o negativo, normalmente imputable políticamente dañoso (Carrancá); es la violación de un derecho (Franck); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho sino también es la oposición al deber (Wundt Welffen); es desde el ángulo

histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico y desde el ángulo valoratorio, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expresión consistente en la pena. (11)

Desde el punto de vista sociológico, delito es "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia, piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad". (12)

El delito es una acción punible. (13)

El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. (14)

Desde el punto de vista legal, el Código Penal de 1871 en su artículo 4° establecía: "el delito es la infracción voluntaria de una Ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda, es decir, nos está indicando que se violan normas prohibitivas o preceptivas". (15)

Nuestra legislación penal vigente da el concepto en el artículo 7°, en los siguientes términos:

11 Carrancé y Trujillo Radí, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Ed. Porrúa, México, 1968, p.220.

12 Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1989, p.201.

13 Cesar Augusto Osorio y Nieto, *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Trillas, México, 1986, p.43.

14 *Ibidem*, p.43.

15 Porte Petit Candaudap Celestino, *Op. Cit.* p.198.

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Por otro lado la doctrina ha clasificado al delito desde varios puntos de vista, entre los que están los siguientes:

a).-Por la conducta, los delitos pueden ser de acción u omisión.

Los delitos de acción son aquellos en donde existe un movimiento corporal, la actividad con la que se viola la Ley prohibitiva. Ejemplo: EL ABORTO.

Los delitos de omisión pueden ser de omisión simple en donde el sujeto se abstiene de realizar una conducta jurídicamente ordenada por la Ley, como en los casos de delitos de omisión de auxilio; asimismo los delitos de omisión pueden ser de comisión por omisión en donde el sujeto activo decide no actuar para producir un resultado delictivo, es el caso de quien estando al cuidado de un enfermo, resuelve no proporcionarle los medicamentos prescritos a fin de causarle la muerte.

b).-Por el resultado, los delitos pueden ser formales o materiales.

Los delitos formales agotan el tipo con la acción u omisión del sujeto activo, sin que para su consumación se

altere el mundo exterior, en tales delitos se sanciona la conducta en sí misma, sin atención a resultados externos, ejemplo: amenazas, portación de arma prohibida, etc.

Los delitos materiales requieren para su integración un cambio o mutación en el mundo exterior, un resultado material apreciable por los sentidos; verbigracia: Homicidio, Lesiones etc.

c).- Por su duración, los delitos pueden ser permanentes o continuados e instantáneos.

Los delitos instantáneos se dan cuando su consumación se agota en el mismo momento en que se hayan realizado todos los elementos constitutivos.

Los delitos permanentes o contínuos son aquellos en los que la consumación se prolonga en el tiempo.

Los delitos continuados se presentan cuando con unidad de propósitos delictivos y pluralidad de conductas, se viola el mismo precepto legal.

d).- Por el daño, los delitos pueden ser de lesión o de peligro.

Los delitos de lesión ocasionan un daño real directo y efectivo a los bienes jurídicamente tutelados (Homicidio).

Los delitos de peligro únicamente los ponen en riesgo, es la posibilidad de producirse un daño al bien tutelado de la norma (Abandono de Personas).

e).-Por el elemento subjetivo o culpabilidad, los delitos pueden ser culposos o dolosos.

Los delitos son dolosos cuando conociendo las circunstancias del hecho típico, se quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Los delitos culposos son cuando el que realiza un hecho típico lo hace incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones le imponen.

f).-Por el número de actos que la integran, los delitos pueden ser unisubsistentes o plurisubsistentes.

Los delitos unisubsistentes están integrados por un solo acto como es el caso del Homicidio.

Los delitos plurisubsistentes se componen en su descripción típica de varios actos, ejemplo: Ataques a las Vías de Comunicación que requieren manejar en Estado de ebriedad, vehículos de motor y cometer alguna infracción a los reglamentos de tránsito, estos actos en forma aislada no son hechos delictuosos.

g).-Por el número de sujetos que intervienen, los delitos pueden ser unisubjetivos o plurisubjetivos.

Los delitos unisubjetivos, solo se requiere un sujeto que lleve a cabo la conducta típica, aún cuando intervengan varios.

Los delitos plurisubjetivos necesariamente requieren la concurrencia de dos o más personas para su ejecución (Adulterio, Asociación delictuosa etc.) sin esta vinculación de personas, no se puede dar el delito.

Ahora bien, se han realizado esfuerzos para elaborar una noción filosófica del delito, tal empresa desempeñada, se comprende con la consideración de que el delito tiene sus raíces en las realidades sociales y humanas, mismas que cambian según pueblos y épocas.

Por lo que podemos hacer notar, que el delito es un hecho que se sitúa en el mundo fáctico, por lo tanto, su contenido es rigurosamente fáctico.

A diferencia de la norma jurídica que es general, abstracta, impersonal y permanente, el delito es particular, concreto, personal y temporal.

Particular porque el hecho es un caso específico, concreto porque es en el mundo del ser y temporal por estar

limitado a un momento o lapso, asimismo plenamente determinado.

Temporalmente y por exigencia de principio de legalidad el delito aparece después del proceso legislativo, es decir una vez que el legislador ha recogido la norma en Ley con toda precisión la describe y la sanciona. Por otra parte por razones de legislación, el delito es previo a la actuación del órgano jurisdiccional quien después de verificar su existencia, aplica la norma general y abstracta al caso particular en concreto.

2.2.-ELEMENTOS POSITIVOS.

2.2.1.-CONDUCTA O HECHO.

Procedemos a estudiar los elementos que integran el delito en forma general. El primer elemento o requisito es la conducta conocida también con las expresiones de acto, hecho, actividad, acción, etc., consideramos más idóneo el utilizar el término conducta como forma genérica de significar el comportamiento positivo, referente a un hacer, o negativo a un no hacer realizado por el hombre, único dotado de inteligencia y voluntad para proponerse un fin.

Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es así, el elemento básico del delito, consistente en un hecho material, exterior,

positivo o negativo producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo el resultado un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico, y si es negativo consistirá en la ausencia voluntaria de un movimiento corporal, lo que también causará un resultado.

Para Castellanos Tena, la conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.

López Gallo sostiene; la conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos de olvido) que produce un resultado; a).- de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos, b).-de una preceptiva en los omisivos, y c).-de ambas en los delitos de comisión. (16)

Para Ranieri: por conducta debe entenderse el modo en que se comporta el hombre dando su expresión a su voluntad; por ello puede decirse que es la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del sujeto. (17)

La conducta no puede entenderse sino como un proceso finalista, o sea, encaminado a una meta. (18)

16 Citado por Pavón Vasconcelos Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1987, p.185.

17 Pavón Vasconcelos Francisco, *Op. Cit.* p.186.

18 Carrancá y Trujillo Raúl, *Op. Cit.* p.276.

Siguiendo este orden de ideas, diremos que la conducta o hecho es el elemento esencial del delito el cual puede ser de una manera positiva o negativa: positiva cuando se realiza un movimiento corporal que produzca un resultado considerado como delito, y negativo cuando se abstiene de realizar un movimiento corporal el cual produce un resultado que se considera como ilícito; debe atenderse a la actividad o inactividad, independientemente del resultado material, (en caso de haberse producido), el cual es una consecuencia de la conducta.

Por lo que se concluye que la conducta es el comportamiento realizado por un sujeto con voluntariedad de producir un cambio en el mundo exterior, manifestado ya sea, por un hacer o por un no hacer.

Así mismo dicha conducta debe producirse involuntariamente como en los delitos imprudenciales, en que se produce el resultado aún en contra de la voluntad del sujeto activo del ilícito.

2.2.2.-TIPICIDAD.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución en su artículo 14, establece en forma expresa que:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, aún por mayoría de razón, pena alguna, que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

De lo anterior se desprende que no existe delito sin tipicidad.

No podemos confundir el tipo con la tipicidad; el tipo es la creación legislativa, la descripción que se hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto.

Al elemento tipicidad, algunos autores lo definen de la siguiente manera:

La tipicidad, es la acción antijurídica, ha de ser típica para considerarse delictiva. (19)

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador, es en suma la acunación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la

19 Carrancá y Trujillo Raúl, Op. Cit. p.442.

adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula "nullum crimen sine lege". (20)

Para Luis Jiménez de Asúa, "la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y que se relacionan con la antijuricidad, por concretarla en el ámbito penal, la tipicidad no sólo es pieza técnica, es como una secuela del principio legalista, garantía de la libertad". (21)

Soler dice que "la tipicidad es el encuadramiento o subsunción del hecho en la figura legal". (22)

Tomando en consideración lo anteriormente citado, podemos decir que la tipicidad es la adecuación de una conducta determinada, al precepto legal establecido por la Ley (tipo). Es la adecuación de la conducta al tipo legal.

2.2.3.-ANTIJURIDICIDAD.

Generalmente por el sentido de la palabra, muchos autores entienden a ésta como lo contrario a derecho, sin embargo otros consideran que no se trata de una contradicción, sino que se presenta cuando una conducta delictuosa se ajusta a lo descrito en una norma penal.

20 Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1978, p.166.

21 *Ibidem*, p.168.

22 Pavón Vasconcelos Francisco, *Op. Cit.* p.289.

Se debe precisar, que si bien es verdad que el delito es una conducta humana, no toda conducta humana es delictuosa, precisa además que sea típica, antijurídica y culpable.

Al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

Algunos autores han definido a este elemento diciendo:

"...La antijuricidad es un concepto negativo, antilógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo comúnmente se aceptó como antijurídico lo contrario a derecho. Javier Muñoz, escribe el contenido último de la antijuridicidad que interesa al Juez Penalista, es lisa y llanamente la contradicción objetiva de los valores estatales...en el núcleo de la antijuridicidad, como el núcleo mismo de todo fenómeno penal sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente, para el autor citado, actuó antijurídicamente quien contradice el mandato del poder".⁽²³⁾

"...Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal, tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer la acción ejecutada".⁽²⁴⁾

²³ Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.* p.175.

²⁴ *Ibidem*, p.176.

"...Wessels dice que la acción es antijurídica si se realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación".(25)

Por lo que podemos concluir que la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal, tutelar de un bien jurídico, sin que esté amparada dicha conducta por una causa de justificación, es decir, cuando la conducta realizada se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.

2.2.4.-IMPUTABILIDAD.

Es preciso aclarar que la imputabilidad no es considerada como elemento del delito, sino como un presupuesto de la culpabilidad, pues para atribuirle a un sujeto que es culpable, es necesario que, primeramente se le considere imputable de manera general; estableciéndose que la imputabilidad es una abstracción porque consiste en una situación psíquica, mientras que lo concreto estaría dado precisamente por la culpabilidad de una capacidad de imputación legal. La imputabilidad comprendiéndose como aquella capacidad de querer y entender por parte del sujeto, el resultado de un hecho delictuoso.

25 *Porte Petit Candaudap Celestino, Op. Cit. P.376.*

Por lo que para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable. Para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera el resultado, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquéllo que conoce.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente, es la capacidad de obrar en el derecho penal, es decir, realizar actos referidos al derecho penal y que traigan consigo las consecuencias penales en la infracción.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho.

"...Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, todo aquél que posea, el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstractas e indeterminadas por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a exigencias de la vida en sociedad humana". (26)

"...Carrancá dice que la imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad y la capacidad penal ...". (27)

"...Imputabilidad en sentido amplísimo, es la imputación física y psíquica, siendo ese el sentido en que aparece usando

26 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p. 218.

27 Favón Vasconcelos Francisco, Op. Cit. p. 373.

la expresión en el artículo 34 del Código penal, pero no se le utiliza técnicamente en tal sentido amplísimo, con ello quiere designarse generalmente a la capacidad psíquica de culpabilidad...". (28)

La Imputabilidad es la capacidad de entender y querer, se integra por dos elementos, uno intelectual referido a la comprensión del alcance de los actos que se realizan, y otro de índole volitivo es decir, desear el resultado.

De las anteriores concepciones, llegamos a considerar que el sujeto es imputable cuando al momento de cometer una acción delictuosa se encuentra en condiciones psíquicas para entender y querer, y por lo tanto, en capacidad de atribuírsele el hecho y hacerlo responsable ante la Ley penal.

2.2.5.-LA CULPABILIDAD.

Ha sido considerada, através del tiempo de diversas maneras. primeramente en las épocas más antiguas la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ello. La responsabilidad, por lo tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado, la legitimación de su punibilidad.

28 *Ibidem.* p. 372.

Posteriormente tomándose en cuenta además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, al elemento psicológico relacionando al daño con su autor, el cual no se hizo consistir en la previsión del evento típico y la voluntariedad de la causación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones se castigó con independencia a la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal; condiciones que prueban que el hecho mismo es atribuible al sujeto.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable; se considerará culpable la conducta cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochable.

Algunos autores definen la culpabilidad de la siguiente manera:

"...Existe culpa, cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley (Cuello Calón). Actúa culposamente quien

infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever". (29)

"...La culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta; solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre, pues no es un estado o condición más o menos permanente del individuo sino una nota que recae sobre una actuación concreta; únicamente puede hablarse de culpabilidad en el sentido penal cuando se trata de hechos típicos y antijurídicos, nunca de una conducta permitida por la Ley...". (30)

"...La culpabilidad en amplio sentido ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica...". (31)

"...Jiménez de Asúa define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de una conducta antijurídica...". (32)

Podemos concluir diciendo que la culpabilidad es cuando una conducta o un hecho que se considera típico, es reprochable penalmente, o sea, se gradúa la culpabilidad de acuerdo con la reprochabilidad de la conducta.

2.2.6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

29 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.245.

30 Carrancá y Trujillo Raúl, Op. Cit. p. 10.

31 Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit. p.361.

32 Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Argentina, 1954, p.379.

Son las exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, son un requisito para que opere la punibilidad.

"...Las condiciones objetivas de punibilidad, Ernest Beling, las define diciendo: son ciertas circunstancias exigidas por la Ley penal para la imposición de la pena, que no pertenece al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar según se dice, las sextas condiciones objetivas de punibilidad, y sin embargo, se le suele denominar más comúnmente como segundas condiciones objetivas de punibilidad...Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos que pertenezcan al tipo por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo de la gente, sino basta con que se den, por lo que simplemente en el mundo externo, se les suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas...". (33)

Puede decirse que en algunos casos la ley exige para que exista punibilidad de la acción, un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos.

Todas estas condiciones objetivas de punibilidad de la acción, ajenas a la acción misma, en su aspecto casual pueden

33 Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit. p.383.

ser consideradas como anexos del tipo, como condicionantes de la penalidad, o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal.

2.2.7.-PUNIBILIDAD.

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, engendra una amenaza por parte del Estado para los infractores de ciertas normas jurídicas.

En materia penal, el Estado reacciona mucho más energicamente en contra de los infractores, que tratándose de infractores en materia civil o de otro tipo, obra drásticamente al culminar la ejecución de determinados comportamientos en la aplicación de penas.

"...Punibilidad es: a).- Merecimiento de penas, b).- Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y c).- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley..." (34)

"...La punibilidad es la acción antijurídica, típica y culpable, para ser inculpada ha de ser conminada con la

34 *Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.267.*

amenaza de pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria...".(35)

"...Por punibilidad entendemos, en consecuencia la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social...".(36)

Para Jiménez de Asúa, punibilidad es: "...El carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la Ley recibe una pena...".(37)

En resumen, se puede decir que la punibilidad es la sanción prevista por el legislador, para determinadas conductas consideradas como delitos.

2.3.- ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

2.3.1.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Haremos alusión ahora a los elementos negativos del delito, y siguiendo el orden lógico jurídico, el primer aspecto lo será la ausencia de conducta, que como hemos aludido con anterioridad, la conducta humana en sus formas de manifestación (acción u omisión) depende del acto de voluntad;

35 Carrancá y Trujillo Raúl, Op. Cit. p.453.

36 Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit. p.453.

37 *Ibidem.* p.454.

sin ésta, que es su fase fundamental, no existirá delito, a pesar de que por las circunstancias aparentemente lo haya.

Así mismo, se ha hecho mención que si llegara a faltar alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integraría, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de la apariencias o circunstancias.

La ausencia de la conducta es uno de los aspectos negativos del delito, o sea, un impedimento de la formación de la figura delictiva, por ser la actividad humana.

La doctrina señala como las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta a las siguientes:

- 1.- La vis absoluta o fuerza física irresistible.
- 2.-La vis maior.
- 3.-El sueño.
- 4.-El hipnotismo.
- 5.- El sonambulismo.
- 6.- Los actos reflejos.

1.- Debiéndose entender por vis absoluta, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible.

Un gran número de autores estiman que la vis absoluta es estar frente a una ausencia de conducta; en efecto, la fuerza

física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta.

Está involucrada una actividad o una inactividad humana, de tal manera que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer que no quería ejecutar. En consecuencia, si hay fuerza irresistible la actividad o inactividad forzada no puede constituir una conducta por faltar uno de sus elementos (la voluntad), se ha estimado que en determinados casos el hombre actúa como un instrumento sin carácter de querer realizar la conducta, por lo que se está en presencia de la ausencia de conducta.

2.- La vis maior es cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible subhumana. Los elementos de la vis maior son: una fuerza subhumana, física e irresistible.

Sí comparamos a la vis absoluta con la vis maior se observa que en ambas hay ausencia de voluntad por lo que constituye un aspecto negativo de la conducta y la diferencia que existe entre ambas es que en la vis absoluta la fuerza física proviene del hombre y en la vis maior proviene de la naturaleza o de los animales.

3.- El sueño, en este caso diremos que el durmiente no tiene dominio sobre su voluntad, por lo que si no controla su

voluntad no existe conducta, pues la voluntad es un elemento de la conducta.

4.-El hipnotismo; con relación a este estado de inconsciencia se consideran los siguientes casos:

a).-que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realiza una actividad tipificada por la ley penal: En este caso el sujeto no es responsable toda vez que sin su voluntad fue hipnotizado y sin su voluntad realizó el hecho tipificado en la Ley Penal.

b).- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos. En este caso el sujeto es responsable, en virtud de que se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

c).- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste. En este caso el sujeto es responsable de un delito culposo toda vez que pudo prever el resultado.

5.- El sonambulismo. En este caso será responsable el sonámbulo que aprovechando esta circunstancia comete un ilícito penal, y será responsable de un delito culposo, cuando haya previsto el resultado y no lo hubiese evitado.

6.- Los actos reflejos son aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias ante

un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

De todo lo anterior, podemos concluir que la ausencia de conducta del sujeto activo, es la carencia esencial de uno de los elementos del delito, por consecuencia si no existe conducta, no existirá delito.

2.3.2.- ATIPICIDAD.

Al hablar del elemento atipicidad se alude a lo contrario de la tipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo penal, ya que si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa lo que es decir que en toda atipicidad hay falta de tipo, por ejemplo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de éste no existe tipicidad.

"...Las causas de atipicidad pueden reducirse en las siguientes: a).- Ausencia de calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos; b).- si falta el objeto material o el objeto jurídico; c).- Cuando no se dan referencias temporales o especiales requeridas en el tipo; d).- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e).- Si faltan los

elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, y f).- por no darse en su caso, la antijuricidad especial...".(38)

A continuación haremos mención de lo que varios estudiosos del derecho dicen es la atipicidad.

"Atipicidad es la ausencia de adecuación típica".(39)

La ausencia de tipicidad o la atipicidad, constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o un hecho. Hay atipicidad en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo penal.

"...La atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo...".(40)

Ya establecimos que la tipicidad es la adecuación de la conducta del sujeto activo al tipo previsto por la norma penal, en consecuencia, la atipicidad es la falta de esa adecuación, por no existir un nexo entre la conducta desplegada y el tipo penal descrito por la Ley.

38 *Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.173.*

39 *Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit. p.290.*

40 *Ibidem, P.173.*

2.3.3.-CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Es opinión generalizada que en la teoría que las causas de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico. La característica general de una causa de justificación, es la de excluir la posibilidad de toda consecuencia jurídica no solamente penal, sino también civil, administrativa, fiscal, etc., no solo respecto del autor sino también de quien o quienes lo hayan inducido.

En el ordenamiento jurídico el único dato con el que puede identificarse una causa de justificación es la exclusión de la pena.

Por lo que se hace mención de que no existe un número total de causas de justificación ya que es imposible precisarlas, toda vez que las causas de justificación confieren un derecho para obrar.

"...Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal: esto es aquéllos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo el carácter de ser antijurídicas, de contrarios al derecho que es el elemento más importante del crimen. En suma las causas de justificación no son otra cosa que aquéllos actos realizados conforme al derecho..." (41)

41 Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit. p.284.

"...Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica...".(42)

Ya que toda conducta o hecho tipificado en la Ley constituye acciones prohibidas, por contener en ellas mandatos de no hacer de abstención, de no realizar, únicamente cuando se realiza en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren el carácter de licitud excluyendo con esto la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, lo que ha sido reconocido desde nuestro antiguo derecho hasta nuestros días.

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere, se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no chocó con el orden jurídico. no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.

Conforme a nuestro derecho son causas de justificación las siguientes:

1).- Legítima Defensa: existe cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la

42 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.181.

persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Los elementos de la Legítima Defensa son: que la agresión sea actual, violenta, injusta, de peligro inminente y que el peligro no sea inevitable por otros medios; además debe ser proporcional al ataque.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal señala los casos en que opera la legítima defensa, aquellos en que no opera y las circunstancias en que se presume.

2.-El estado de necesidad: es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato, para la persona, su honor o bienes propios o ajenos que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a personas distinta.

Los elementos del estado de necesidad son: a).-Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato; b).-que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno; c).- Violación de un deber jurídicamente tutelado, distinto y la imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

3.- Cumplimiento de un deber: Esta justificación prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal consistente en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico,

tal sería el caso del Agente de la Policía Judicial que en cumplimiento de una Orden de Aprehensión detiene a una persona, en esa situación no comete delito por ese hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber.

4.-Ejercicio de un Derecho.-La persona que actúa conforme a un derecho que la propia Ley le confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones causadas en el ejercicio de los deportes y los originados como resultado de tratamientos médico quirúrgicos.

Las lesiones u homicidio cometidos en la practica de deportes las realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho legalizado por un Estado, para llevar a cabo tales actividades y salvo situaciones de imprudencia o dolo, la conducta realizada no es antijurídica.

Los tratamientos médico-quirúrgicos pueden provocar lesiones y aún homicidios, los cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo Estado, a través de la Ley, hace respecto de determinados bienes, es decir, se justifican tales alteraciones de la salud o privación de la vida por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una

profesión autorizada y reconocida legalmente o por un estado de necesidad, para evitar un mal mayor.

2.3.4.-LA INIMPUTABILIDAD.

Es admisible, tanto de las excluyentes legales, como las llamadas supralegales; las causas de inimputabilidad de naturaleza legal consiste en el: a).-Estado de Inconsciencia permanente o transitoria.

La Inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, para lo cual las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para delinquir.

Los legisladores tratan los motivos de la inimputabilidad al ocuparse de la imputabilidad; hay muchos tratadistas del derecho que creían que no era preciso definir la inimputabilidad, ya que manifestaban que todos los sujetos eran responsables socialmente.

"Son causas inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos mentales pasajeros que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró, y además

requiere del elemento volitivo consistente en el querer cometer el ilícito.⁽⁴³⁾

2.3.5.- LA INculpABILIDAD.

Se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como es el caso del error esencial y en términos generales la coacción de la voluntad.

Comprendimos que la culpabilidad está configurada por el juicio de reproche respecto de una conducta, valorando las condiciones subjetivas del agente del delito (voluntad y conocimiento), en el momento de la ejecución de dicha conducta, así cuando no es posible hacer el reproche por la ausencia de una o ambas condiciones subjetivas estaremos frente al aspecto negativo de la culpabilidad o sea la inculpabilidad, y al no haber culpabilidad no hay reprochabilidad.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad o sea, el conocimiento y la voluntad, como ya mencionamos con anterioridad.

⁴³ Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit. p. 339.

Para que un sujeto sea culpable debe operar en su conducta la intervención del conocimiento y su voluntad, por lo tanto la inculpabilidad debe de referirse a esos dos elementos, intelectual y volitivo, toda causa eliminatoria de alguno o varios elementos deberá ser considerada como causa de inculpabilidad.

"...La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad..". (44)

Jiménez de Asúa sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto del juicio de reproche. (45)

Castellanos Tena dice que si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o ambos.

Las causas de inculpabilidad son: El error, la obediencia jerárquica, legítima defensa putativa, estado de necesidad putativo, no exigibilidad de otra conducta, encubrimiento de familiares y allegados.

El error puede ser de hecho o de derecho, existe el primero en caso de que un sujeto por un falso concepto de la realidad, invencible y esencial ignora que integra una conducta típica (delito) si el activo no conoce, por circunstancias invencible al cometer los hechos, los elementos

44 Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.* p.53.

45 Jimenez de Asúa Luis, *Op. Cit.* p.392.

del tipo legal, esto es, actúa bajo una causa de inculpabilidad.

El error de licitud (Derecho), y las eximientes putativas, se produce cuando el individuo cree encontrarse ante una causa de justificación, por error invencible, o sea, tiene un falso concepto sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

La obediencia jerárquica es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre él.

Este caso se presenta cuando el subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene el deber de obedecer, o sea, la orden es incuestionable en cuanto a su contenido e impostergable respecto de su cumplimiento. Se da la eximiente porque la verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.

Castellanos Tena, expresa: "...Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia en realidad de la injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación...". (46)

Estado de necesidad putativo, opera la manera igual que la legítima defensa, esto es, la persona al encontrarse ante

46 Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.260.

una situación de peligro actual o inmediata que solo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica y actúa lesionando estos bienes.

No exigibilidad de otra conducta, se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal, pero debido a excepcionales y especiales circunstancias que rodean a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducta.

Es el caso de los familiares ascendientes descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado están exentos de toda sanción en caso de que hayan ayudado a un familiar a darse a la fuga, siempre y cuando no lo hagan con violencia.

El estado de necesidad opera, como ya mencionamos cuando en presencia de bienes jurídicamente protegidos se prefiere el de mayor jerarquía, ante la imposibilidad absoluta de salvar a ambos, pero en el supuesto de que los dos bienes jurídicos sean del mismo rango, debe aceptarse la excusa, en atención a que no es razonablemente exigible el sacrificio de un bien de mayor jerarquía para salvar un bien ajeno de menor jerarquía.

Por todo lo anteriormente expuesto concluimos que existe inculpabilidad cuando se absuelve al sujeto del juicio de reproche, y se excluye la responsabilidad sancionada por la Ley.

2.3.6.-AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Como ya se mencionó, las condiciones objetivas de punibilidad a que aluden los autores, no son propiamente tales sino elementos valoratorios y más aún comunmente modalidades del tipo que en caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad.

Esas condiciones objetivas no suelen preverse en la parte general de los Códigos Penales, salvo en el artículo 44 del Código Italiano de 1930, y por ende, su falta ha de acreditarse en cada caso concreto de la parte especial de la ley.

" Solo importa aquí esclarecer los particulares efectos de su ausencia, cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse, pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad y las excusas absolutorias, que luego estudiaremos, hacen para siempre imposible sancionar el hecho y si se reproduce la denuncia o querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, libre podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de punibilidad por nosotros estimadas como más propias, permiten que una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, continuar la acción contra el responsable".(47)

47 Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit.p. 425.

"...Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de una conducta o hecho impiden la aplicación de la pena..."⁽⁴⁸⁾, bajo el principio de "non bis in idem", que significa que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito sea que se le absuelva o se le condene.

2.3.7.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen solo la pena.

"...Son hechos determinados por la Ley, que sin borrar el carácter delictivo del acto sin suprimir la culpabilidad del autor, producen, sin embargo, una excepción de la penalidad que ordinariamente se acusa a la perpetración de una infracción..."⁽⁴⁹⁾

Las excusas absolutorias son circunstancias en las que a pesar de subsistir las antijuricidad o culpabilidad, queda excluido desde el primer momento imponer una pena a su autor. Mismas excusas absolutorias que difícilmente encuadran en un sistema doctrinario, puesto que cambian y evolucionan de pueblo a pueblo y según los tiempos.

"...Son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor culpable, que no se asocie pena alguna por razones de utilidad

⁴⁸ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p.271.

⁴⁹ Jiménez de Asúa Luis, Op. Cit. p.433.

pública, es decir, que son motivos de impunidad, como también les llama Vidal, Utilitales causa...".(50)

En casos excepcionales señalados expresamente por la Ley y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito.

Estas conductas excepcionales constituyen las causas absolutorias que según Castellanos Tena, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la penalidad.

En nuestro sistema jurídico encontramos las siguientes excusas absolutorias:

Excusas por razones de mínima temibilidad.

Excusas en ABORTO IMPRUDENCIAL O EN EMBARAZO RESULTADO DE VIOLACION.

Las contenidas en los artículos 280 fracción II, 151, 247 fracción IV y 55 del Código Penal.

50 *Idem*, p. 433.

La primera de ellas se refiere a cuando el robo cometido no excede de diez veces el salario mínimo, y es cometido sin violencia y es restituido por el agente activo voluntariamente y paga los daños antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho. Artículo 375 del Código Penal.

La segunda de ellas se refiere a cuando la madre por imprudencia aborta, sufriendo con ello las consecuencias de una maternidad frustrada y cuando la mujer es víctima de una violación no es dable imponerle a la mujer una maternidad odiosa. Artículo 333 del Código Penal.

El artículo 280 fracción II prevé la no imposición de sanción a determinados familiares de un responsable de un homicidio, si ocultan, destruyen o inhuman el cadáver de la víctima sin la autorización correspondiente.

El artículo 151 habla de la excusa en favor de ciertos familiares de un detenido, procesado o sentenciado cuando facilite la evasión de éste sin utilizar violencia en las personas o fuerza en las cosas.

El artículo 247 fracción IV habla de lo relacionado con la falsa declaración del acusado, caso en el cual no se le impondrá pena alguna al mismo por declarar con falsedad.

El artículo 55 deja al arbitrio del juzgador imponer o no pena alguna a quien sea mayor y de avanzada edad o se

encuentre en la senilidad, con una grave enfermedad o que por la comisión del delito haya sufrido ya un daño en su persona.

En conclusión determinamos que las excusas absolutorias son las circunstancias emocionales, temporales, etc. en que se realizó cierta conducta delictiva, forzados por estas mismas circunstancias.

CAPITULO III.

ESTUDIO DEL DELITO DE ABORTO.

3.1.-DESARROLLO DEL DELITO DE ABORTO.

3.1.1.-DIFERENTES ACEPCIONES DEL DELITO DE ABORTO

3.1.2.-EN QUE MOMENTO SE CONSIDERA VIVO A UN SER HUMANO.

3.1.3-DIVERSOS TIPOS DE ABORTO.

a).-ABORTO SUFRIDO.

b).-ABORTO CONSENTIDO.

c).-ABORTO PROCURADO.

3.1.4.- ABORTOS NO PUNIBLES

a).-ABORTO NECESARIO.

b).-ABORTO IMPRUDENCIAL.

c).-ABORTO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.

3.1.5.-ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO.

a).-CONDUCTA.

b).-RESULTADO.

c).-RELACION DE CAUSALIDAD.

d).-PRESUPUESTO DEL DELITO.

e).-BIEN JURIDICO.

f).-OBJETO MATERIAL.

g).-SUJETOS.

h).-MEDIOS.

i).-ATIPICIDAD.

j).-ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD.

1).-CONSENTIMIENTO.

2).-ESTADO DE NECESIDAD.

3.1.6.-CODIGOS Y PROYECTOS DE CODIGOS QUE CONTEMPLAN EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

3.1.7.-ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO AL QUE CORRESPONDE EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO + SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

3.1.- DESARROLLO DEL DELITO DE ABORTO.

3.1.1.- DIFERENTES ACEPCIONES DEL DELITO DE ABORTO.

La palabra aborto se deriva del latín abortus:

- a).- ab: partícula privativa.
- b).- ortus: nacimiento

Así etimológicamente significa no nacimiento.

También podemos encontrar el origen del término en el vocablo aborire: nacer antes de tiempo.

En cualquier caso, aborto quiere decir destrucción de un organismo antes de tiempo.

En virtud de que el término de aborto remite a un concepto obstétrico en rigor, y los Códigos Penales suelen apartarse de la definición obstétrica, es aconsejable, en primer término, definirlo desde el punto de vista de la obstetricia y después conceptualizarlo médico-legalmente y así, por último, definirlo jurídico-delictivamente.

Obstéricamente, se entiende el aborto como la expulsión del producto de la preñez cuando no es viable, es decir, dentro de los primeros seis o cinco y medio meses del embarazo. La expulsión del producto de la concepción dentro de los tres últimos meses se considera como parto prematuro.

En medicina legal, se había entendido el aborto como la expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto

de la concepción. Esta definición médico-legal no considera la hipótesis de que el producto de la concepción muera sin ser expulsado. Por ello, dicha definición fue desplazada desde la época de Carrara, para quien "el aborto es la muerte dolosa del feto en el útero (feticidio) o su violenta expulsión del vientre materno, con la que también se consigue su muerte"

Cuello Calón, para comprender la expulsión prematura del feto y su muerte dentro del claustro materno dice que: es la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos de la preñez. (51)

La noción del delito en las diversas legislaciones presenta variantes: algunos definen o reglamentan la infracción, entendiéndola por ella la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho) sin fijarse directamente en lo que dé o no por consecuencia la muerte del feto.

El Código Penal de 1931, actualmente en vigor, define al aborto en el artículo 329 como: "...la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez." Es decir define el delito por su consecuencia final, la muerte del feto: la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamiento de la vida en gestación.

51 Cuello Calón Eugenio, *Cuestiones Penales Relativas al Aborto*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981, p. 68.

La definición de nuestro actual Código Penal no solo se aparta del concepto médico-legal tradicional, es decir, no solo contempla la posibilidad de la muerte del producto de la concepción sin expulsión, sino que se diferencia, así mismo de la fórmula de Carrara, pues no exige que dicha muerte se cause dolosamente, con lo que es posible que el aborto se produzca culposamente.

3.1.2.- EN QUE MOMENTO SE CONSIDERA VIVO A UN SER HUMANO.

Ni la ciencia ni algunas otras ramas de la ciencia han podido determinar si el feto es un ser humano, ya que existen múltiples opiniones sobre este tema.

Thomas L. Hayes, biofísico de la Universidad de California, ha comentado: "la ciencia sólo puede contribuir en un lugar secundario para dar solución a la pregunta sobre el Origen del individuo ... Por un lado no puede pasar por alto la teología y limitar la definición de la persona humana a los límites de la teología es pretender ignorar la importancia de las experiencias realizadas por el conocimiento. La ciencia puede sin embargo, suministrar algunos indicadores importantes a la naturaleza de la vida que se desarrolla en el vientre de la madre. (52)

La ciencia dice que en el momento de la concepción se crea un complejo genérico enteramente nuevo, que no presenta

52 Russel Shaw, *Abortion On Trial (aborto en proceso)*, Robert Hale Editions, London, 1969, p.79.

ninguna similitud con otro complejo genético anteriormente existente.

Existen argumentos de diversos científicos concordantes entre sí, en los cuales se afirma que el ser humano comienza desde el huevo, ya que señalan que en el huevo existen todas las potencialidades, que dan forma al ser humano.

3.1.3.- DIVERSOS TIPOS DE ABORTO.

El Código Penal para el Distrito federal regula tres clases de aborto, cada una de ellas con sus modalidades: el aborto sufrido, el consentido y el procurado. El mismo ordenamiento punitivo regula también el consentimiento de aborto

a).- ABORTO SUFRIDO.

El aborto se produce cuando cualquier persona sin el consentimiento de la mujer embarazada, causa la muerte del producto de la concepción. esta figura tutela, además de la vida del producto de la concepción, un bien más: el derecho a la maternidad. El aborto sufrido puede realizarse por medio de la violencia física o moral y entonces el delito es más grave pues se afecta un tercer bien: la libre determinación de la mujer embarazada. De los abortos contemplados en el Código Penal, el aborto sufrido es el único que tutela otros bienes

distintos del producto de la concepción, y el único cuya penalización nadie objeta.

El aborto sufrido se encuentra contemplado en el segundo párrafo del artículo 330 del Código Penal, el cual dice:

"Al que hiciere abortar a una mujer...Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral, se impondrá al delincuente de seis a ocho años de prisión".

El victimario en este caso no es más que quien lleva a cabo las maniobras abortivas, dada la falta de consentimiento de la mujer embarazada y en un momento dado también el padre.

Las víctimas en este caso son: tanto el producto de la concepción como la mujer embarazada, a quien se le priva de su derecho a la maternidad, puesto que la falta de consentimiento indica la oposición de la mujer a hacerse abortar; figuran también como víctimas el padre del hijo, como ascendiente consanguíneo y quien ve frustrada su paternidad.

En este tipo de abortos es muy frecuente que sea el propio padre quien sea el victimario, ya que muchas veces por pensamientos mezquinos o por no querer ninguna responsabilidad obliga a la esposa o concubina a abortar.

El aborto pudo haber ocurrido con o sin violencia, de cualquier manera en los dos casos los papeles no cambian en

nada ya que el consentimiento para abortar de todos modos se ve forzado ya sea por la violencia física o moral o bien por un engaño invencible. Lo único que cambiaría sería la pena, ya que existiendo violencia se aumenta ésta.

b).-ABORTO CONSENTIDO.

El aborto consentido consiste en la muerte del producto de la concepción, causada por cualquier persona siempre y cuando cuente con la anuencia de la mujer preñada. A diferencia del aborto sufrido la presencia del consentimiento de la mujer embarazada nos lleva a la conclusión de que el único bien lesionado, de concretarse la hipótesis típica, es la vida del producto de la concepción. Con base en el sujeto activo tradicionalmente se ha dicho que el aborto consentido es un delito plurisubjetivo y bilateral, ya que se apunta, tanto el tercero como la mujer embarazada son sujetos activos, pues uno provoca la muerte del producto de la concepción y la otra consiente en ello. Cabe señalar que la conducta típica del aborto es cualquier actividad idónea para privar de la vida al producto de la concepción. La conducta de consentir, única que realiza la mujer, no satisface la propiedad típica aludida, esto es, no es idónea para privar de la vida al producto de la concepción. Por ende, la conducta de consentir, tipificada por el legislador, da lugar a un tipo distinto al del aborto consentido, y podría denominarse correctamente, consentimiento de aborto.

El aborto consentido se encuentra regulado en el párrafo primero del artículo 330 del Código Penal el cual dice:

" Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicara de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella..."

En el tipo legal antes invocado se toma como victimario a la persona que lleva a cabo el aborto, basándonos en la interpretación lógica del precepto legal antes invocado ya que únicamente nos manifiesta "Al que hiciere abortar a una mujer y sin embargo el aborto consentido, se perfecciona con lo estipulado por el artículo 332 del Código Penal al contemplar lo siguiente " se impondrá de uno a cinco años de prisión a la madre que voluntariamenteconsienta en que otro la haga abortar". Por tal cuestión la mujer embarazada también es sujeto activo del delito.

Por consiguiente, la víctima principal en este caso es el producto de la concepción. Pudiendo desprenderse de aquí que siendo la mujer embarazada quien únicamente dio el consentimiento para que se le practicara el aborto, existen otras víctimas como el propio padre a quien se le priva de su derecho a la paternidad y la familia misma de la mujer embarazada que generalmente no consintió en que ella abortara; en caso contrario, cuando el padre del hijo y los familiares

de la mujer están de acuerdo en el aborto, los papeles podrían invertirse y también se les podría mencionar como victimarios.

c).-ABORTO PROCURADO.

Es aquél en que la propia mujer embarazada, se provoca el aborto, causando la muerte del producto de la concepción

En el aborto procurado la mujer es el sujeto activo primario. Ella efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a producir la muerte del feto o ingiere las sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin. Es necesario que la madre realice íntegramente los actos ejecutivos, pues si una parte de dichos actos fuere realizada por un tercero, estaríamos en la hipótesis fáctica del aborto consentido, pero, las terceras personas que intervengan en la concepción o preparación del hecho o que hubieren inducido o compelido a ejecutarlo o prestado auxilio, son también responsables.

El aborto procurado se encuentra regulado en el párrafo primero del artículo 332 del Código Penal el cual dice:

"Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto...si concurren estas tres circunstancias:

- I. Que no tenga mala fama;
- II. Que haya logrado ocultar su embarazo, y

III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

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

En este caso las víctimas serían el producto de la concepción, así como el padre ya que se le priva de su derecho a la paternidad.

Tanto en el aborto procurado como en el consentimiento de aborto, la punibilidad es menor si concurren los denominados móviles de honor.

Lo mismo tratándose de aborto sufrido que de aborto consentido, cuando el sujeto activo es médico, cirujano, comadrón o partera, se agrava la punibilidad: además de las sanciones privativas de libertad, se les suspende de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión, esto se encuentra contenido en el artículo 331 del Código Penal.

La regulación de los abortos está contenida en los artículos 329 a 332 del Código Penal.

3.1.4.-ABORTOS NO PUNIBLES.

Por otra parte, el legislador ha precisado las hipótesis en las que, por disposición expresa, el aborto no es punible,

es decir, los casos en que el aborto, de realizarse, no es un delito, como son los siguientes casos:

a) ABORTO NECESARIO.

El artículo 334 del Código penal, en concordancia con la tendencia de la mayoría de los Códigos punitivos del mundo, excluye del campo delictivo el aborto realizado por un médico cuando peligra la vida de la mujer embarazada.

Un serio problema entraña la redacción del artículo 334: se requiere de la intervención de un médico, al menos uno, y en la vida se presentan casos en que no es posible contar con la presencia del médico y es urgente la realización del aborto, pues la demora podría traer consigo la muerte de la mujer. Sin embargo, la fórmula del artículo 334 no es sino una especificación, técnicamente mal planteada, de la causa de licitud conocida como estado de necesidad justificante, que tiene lugar cuando se sacrifica un bien de menor valor por constituir ese sacrificio, en caso de conflicto, la única vía para salvaguardar el bien de mayor valor. No cabe duda de que la vida de la mujer embarazada ha de considerarse de mayor valía que la vida en formación del producto de la concepción. Ahora bien, la fórmula de la causa de licitud indicada no requiere evidentemente de la presencia del profesional en medicina, por lo que si la intervención de este último no se produce pero la vida de la mujer embarazada corre peligro y,

por esto, se recurre al aborto, éste quedara amparado por la justificante invocada.

b).- ABORTO IMPRUDENCIAL.

Artículo 333, primera parte, excluye también del marco delictivo al aborto "causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada". Francisco González de la Vega formula un comentario interesante y discutible: "Esta causa especial de impunidad, derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos de imprudencia, se funda en la consideración de que, cuando la mujer, por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría absurdo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad. La frase "sólo por imprudencia de la mujer" es oscura; su estrecha interpretación literal llevaría a la absurda conclusión de que, cuando en un aborto coexisten imprudencia de la mujer y de terceros, la una y los otros deben considerarse como responsables. En mi concepto, la interpretación adecuada es la de que la mujer no haya tenido ni la más remota intencionalidad en el aborto. (53)

Es claro que González de la Vega ensancha los confines del texto legal, y por tanto su interpretación no es violatoria del principio de legalidad, y que además es

53 González de la Vega Francisco, *El Código Penal Comentado*, México, Ed. Porrúa, 1994, p. 421.

plausible desde el punto de vista político-criminal que la mujer no sufra castigo en el caso de que concurra con su culpa la culpa de un tercero. Sin embargo, no puede dejar de exponerse la siguiente reflexión: si la mujer no consiente en que se le haga abortar, la causación del aborto por parte de un tercero constituye aborto sufrido, el que puede ser doloso o culposo. Si es culposo, es de aplicarse la regla según la cual la culpa del sujeto pasivo no excluye la culpa del sujeto activo. Hay, entonces, un delito de aborto sufrido culposo, y en éste, además del producto de la concepción, es sujeto pasivo la mujer embarazada, razón por la cual a ella no le es aplicable punibilidad alguna, aunque hubiese incurrido en culpa, pues de otra forma se le estaría considerando simultáneamente sujeto activo y sujeto pasivo del mismo delito, lo que resulta insostenible. Pero el tercero no pierde el carácter de sujeto activo del aborto sufrido culposo.

c).- ABORTO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.

En el mismo artículo 333, pero en su segunda parte, se excluye del campo delictivo al aborto siempre que "...el embarazo sea resultado de una violación". También en esa hipótesis el legislador sigue una tendencia mundial, basada en la premisa de que la mujer violada merece una consideración especial, pues sería no sólo injusto, sino monstruoso, imponerle el nacimiento de un hijo engendrado contra su

voluntad, y al que difícilmente, por el ultraje sufrido, podría no repudiar. (54)

Se ha llamado la atención sobre el hecho de que, en la realidad, la mujer que se halla en esa tristísima situación y quiere interrumpir su no deseado e ignominioso embarazo, se encuentra con que no hay autoridad facultada por la Ley para autorizar el aborto, y a mayor demora corresponde mayor peligro para la salud, o la vida incluso, de la mujer embarazada

Cuando el embarazo es el resultado de una violación, y tal situación no es deseada, se funda en el derecho de la mujer a la voluntaria y no forzada maternidad; por tal motivo, el papel de victimario generalmente es asumido por la mujer embarazada, por el hecho de dar su consentimiento para abortar, aunque también debemos tener en cuenta que por tratarse de un caso en el que la mujer también fue víctima en la comisión de un delito, que dio por resultado un embarazo no deseado, el producto de la concepción debe considerarse la única víctima directamente hablando y la mujer embarazada, aunque es una víctima directa de la violación, es una víctima indirecta del aborto, por considerar, en la mayoría de las veces el gran conflicto al que debe enfrentarse; un dilema en el que está de por medio su derecho a la maternidad voluntaria y la vida de su hijo que no tuvo la menor culpa.

54 Jiménez de Asúa Luis, *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, Santander, Edición de Historia Nueva, 1929, p. 93.

3.1.5.- ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO.

Vamos a estudiar cada uno de los elementos de la figura delictiva del ABORTO CONSENTIDO, toda vez que en esta figura podría adecuarse lo que es el aborto a consecuencia de una violación en caso de que fuera punible.

El elemento esencial general material consiste, en ésta figura en un hecho y como éste está constituido, a su vez por los siguientes elementos: conducta, resultado y relación de causalidad.

a).- CONDUCTA.

La estructura de este delito sólo permite la forma de conducta: acción, debiéndose realizar el aborto consentido por un movimiento corporal necesario. Así Ranieri explica que la conducta del ejecutor consiste en los actos, o en el empleo de medios idóneos para procurar ilegítimamente el aborto. (55)

Ya que su forma genuina de comisión es aquella en que la madre faculta a otro para que practique sobre ella maniobras abortivas. No es exacto aquí hablar de una simple "tolerancia" de la mujer y asimilar su actitud a una complicidad negativa o connivencia, pues la mujer no permanece inerte sino que coopera consintiendo en las practicas abortivas, esto es,

55 *Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale, Tomo III, Padova, 1952, p.111.*

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

prestándose a ellas con sus movimientos corporales o, cuando menos, poniéndose en posición obstétrica. El concepto no se desnaturaliza cuando la madre efectúa materialmente, alguno de los actos ejecutivos.

La muerte del producto, embrión o feto de la concepción puede ser causada por el sujeto activo mediante cualquier conducta típicamente idónea para alcanzar dicho resultado bien utilice medios físicos (introducción en el útero de sondas, cánulas o legra, o golpes abdominales, corrientes eléctricas, raspadura del útero, succión), o químicos (permanganato, apiolina, ergotina, cornezuelo de centeno u otras sustancias que tengan propiedades abortivas). Los sustos o disgustos y demás ardidés de índole moral a nuestro juicio no son típicamente adecuados para la realización del delito, habida cuenta que una recta interpretación de tipo presupone el empleo de medios materiales de inequívoca potencialidad lesiva. Esta conclusión no la invalida la circunstancia de que el artículo 330 al sancionar "al que hiciere abortar a una mujer" agregue "sea cual fuere el medio que empleare". ya que el legislador desecha la posibilidad de que en este tipo de aborto pudieran emplearse los medios morales, ya que así mismo dice "siempre que lo haga con consentimiento de ella", por lo que se presume que no se puede realizar éste tipo de aborto con los que obliguen contra su voluntad a la mujer embarazada a realizarse el aborto.

En el aborto consecuencia de una violación, se da la conducta típica del aborto consentido, toda vez que éste se realiza con consentimiento de la madre y es practicado por un tercero; en algunas ocasiones la madre provoca su aborto pero posteriormente necesitaría la intervención de un tercero, lo que se podría encuadrar en lo que es también el aborto procurado, y sin embargo lo adecuamos al consentido, toda vez que por lo regular el procurado se realiza con un sentido de ocultamiento total.

b).- RESULTADO.

Si por resultado debemos entender la mutación en el mundo exterior, física, fisiológica o psíquica, descrita por el tipo, en este delito consistirá el resultado en la muerte del producto de la concepción. Expresa Ranieri, resultado es la dispersión o la muerte del producto de la concepción dependiente de la conducta criminosa por la cual es interrumpido el proceso fisiológico de la preñez. (56)

En el caso del aborto consecuencia de una violación, el fin es la muerte del producto de la concepción

c).-RELACION DE CAUSALIDAD.

Es indudable que, entre la conducta activa y el resultado material, debe existir un nexo de causalidad.

56 *Ibidem*, p. 112.

El nexo de causalidad es la unión indispensable que se establece entre la conducta desplegada y el resultado, que en el caso del delito de aborto es la muerte del producto de la concepción por lo que puede decirse que la conducta es la causa del resultado y como consecuencia de ello ambos se encuentran ligados necesariamente y el requiere de ella para producirse.

El aborto consentido es un delito de acción.

Este delito puede realizarse en un solo acto o en varios, originándose en consecuencia, un delito de aborto unisubsistente o plurisubsistente.

Por lo que respecta al resultado, el aborto consentido es:

a).-Un delito instantáneo, en cuanto que hay destrucción del bien jurídico y porque tan pronto como se produce la consumación, se agota.

b).-Un delito continuado, en cuanto que hay destrucción del bien jurídico con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad del sujeto pasivo se produce la consumación en el tiempo, ya que es de acción únicamente

El delito de aborto es un delito material, ya que se produce un cambio en el mundo exterior. Y así, entre otros, los sostiene Vannini cuando asienta que " el Delito de aborto es delito material".

Un delito de daño, porque se destruye el bien jurídico protegido

En el aborto producto de una violación, se dan todos y cada uno de los presupuestos, ya que existe un nexo de causalidad, entre la conducta desplegada que es el querer y entender y el resultado que es la muerte del producto de la concepción; es de acción únicamente, porque realizan actos tendientes para realizar el hecho, estos actos pueden ser unisubsistentes o plurisubsistentes ya que puede ser instantáneo o continuado; es de resultado material, ya que se crea un cambio en el mundo externo, y es de daño, toda vez que se destruye el bien jurídicamente tutelado por la Ley, que sería la vida del producto de la concepción.

No pueden presentarse en el delito de aborto consentido ninguna de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta: la Vis absoluta, la Vis mayor o fuerza mayor y los movimientos reflejos, según el caso y con relación al tercero, pues para que se den éstas, tiene que faltar la voluntad del sujeto pasivo y en este caso tiene que existir el consentimiento de la mujer embarazada y la voluntad del tercero que practique el aborto si no ya no se encuadraría este tipo de aborto y estaríamos hablando de un aborto sufrido o procurado.

Pavón Vasconcelos estima que "para que exista este elemento, se requiere que el hecho realizado se adecúe a alguno de los tipos delictivos de aborto recogidos en los

artículos 330 y 332, siendo indispensable la comprobación, en cada uno de ellos, de los elementos típicos referidos a los sujetos, a los medios, al objeto, etc.". (57)

d).-PRESUPUESTO DEL DELITO.

Si para que haya aborto se necesita dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, es indispensable la existencia de un presupuesto material del hecho que es el embarazo, reconociéndose así en la doctrina.

Altavilla, expresa que " presupuesto específico de este delito es la existencia de una preñez". (58) Presupuesto indispensable del delito de aborto, anota José Agustín Martín, es el embarazo de la mujer. (59)

Recordemos que la falta de un presupuesto de la conducta o del hecho implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descrito por el tipo y por tanto del delito. Si no hay preñez, no hay posibilidad de la realización del hecho configurado como aborto y estaríamos frente a una tentativa imposible de aborto por falta de objeto material y, consecuentemente, ante una hipótesis de atipicidad por falta de ausencia de objeto.

57 Gámez Foster, *El Aborto Consensual*, México, 1959, p.27.

58 Altavilla, *Dilitti Contro la Persona*, Milano, 1934, p.316.

59 Martínez José Agustín, *Aborto Ilícito y Derecho al Aborto*, La Habana, 1954, p.35.

e).-BIEN JURIDICO.

La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía, que es tutelado no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez. Como en el aborto, se lesiona la vida humana en su germinación biológica. y en congruencia con este pensamiento el artículo 329 del Código Penal estatuye: "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Los entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de bienes o intereses jurídicos.⁽⁶⁰⁾ Forzosamente ha de reconocer, por el mismo linaje de razones, que también los entes biológicos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de dichos intereses; negar dicha posibilidad tanto sería como incidir en una incongruencia lógica, permanecer devotos de un irreal formalismo y desconocer lo que ante los ojos ofrece la viva realidad.

La vida en gestación es, pues, el bien jurídico protegido en el tipo de aborto, ya que al expresar que aborto es "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", forja con el verbo matar el núcleo y esencia del tipo.

⁶⁰ Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal, Tomo I, Ed. Porrúa, México 1979, p. 240.*

Son intrascendentes las afirmaciones de que el embrión es una víscera de la madre, una esperanza de vida, un órgano de los que integran la naturaleza fisiológica de la mujer, una masa de sangre o un trozo de carne sin hacer. Encierra una realidad biológica que supera el ámbito de la visión poética, el feto es un ser viviente; cada día se le ve crecer y vegetar.

No puede negarse que el verdadero feto es un ser vivo. Y en aquella vitalidad presente, aunada a la posibilidad de futura vida independiente y autónoma, hállase en forma suficiente, el objetivo del delito de quien voluntariamente la destruye.

f).-OBJETO MATERIAL

El objeto material en este delito es el producto de la concepción.

g).-SUJETOS.

a).- Sujeto activo: el que realiza el aborto puede ser cualquiera, siendo por esta razón, en cuanto al tercero, un delito de sujeto común o indiferente

La mujer embarazada, el otro sujeto activo, no puede ser cualquier mujer, sino la que esté embarazada, constituyendo a este respecto, en consecuencia, un delito propio o exclusivo.

b).- Sujeto pasivo: en esta figura delictiva, es el producto de la concepción, que a su vez es el objeto material.

El aborto consentido puede ser un delito plurisubjetivo, colectivo, de concurso necesario o pluripersonal, en virtud de que requiere de dos sujetos activos que son el que realiza el aborto y la mujer embarazada que consiente el mismo.

h).-MEDIOS.

En relación a los medios de que puede valerse el Agente para cometer el aborto se señalan dos corrientes:

- a).- La que acepta los medios físicos, químicos y morales.
- b).- Aquella que, reconociendo los físicos y químicos, rechaza los medios morales.

Por nuestra parte, estimamos que los medios con los cuales puede cometerse el aborto son físicos, químicos y excluimos los morales, toda vez que debe existir el consentimiento de la mujer embarazada.

i).-ATIPICIDAD.

La atipicidad puede presentarse por falta de objeto material o por falta de objeto jurídico (originándose una tentativa imposible de aborto).

Por lo que el aborto consecuencia de una violación es una conducta típica, la que realiza tanto la mujer embarazada como

el tercero que practica el aborto, toda vez que ésta se encuadra en el supuesto del tipo penal de aborto contemplado en el artículo 333, pero se permite la practica de éste por no ser punible. Esta es la principal causa por lo que el aborto producto de una violación no es considerado como delito.

La falta de medios idóneos, de objeto material y objeto jurídico son casos, que pueden acarrear la atipicidad de un hecho en relación con el escrito en la figura delictiva.

El hecho realizado debe ser antijurídico, o sea, que siendo típico, no esté el sujeto protegido por alguna causa de justificación.

En el aborto producto de una violación podría existir una causa de justificación, ya que para que se de ésta es necesario que el evento sea típico, y en este caso lo es, ya que lo contempla el artículo 333 del Código Penal y se daría la justificación porque sería a consecuencia de un hecho delictivo anterior sufrido por la mujer que resultó embarazada, y sin embargo no es necesario encuadrarlo en una causa de justificación, ya que el mismo tipo no pena dicha conducta.

j).-ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTILJURICIDAD.

Vamos a ocuparnos en este aspecto negativo de la antijuricidad, del consentimiento y del estado de necesidad.

1).- CONSENTIMIENTO: El consentimiento de la mujer embarazada no tiene relevancia alguna para excluir la antijuridicidad, puesto que es necesario para la existencia del aborto consentido.

El título delictuoso en examen, presupone el consentimiento de la mujer, y, tratándose de un interés no disponible, a tal consentimiento no podía naturalmente, ser reconocida eficacia excusante.⁽⁶¹⁾

2).- ESTADO DE NECESIDAD: en el aborto consentido tiene particular importancia el estado de necesidad, es el caso del aborto, necesario o terapéutico y del aborto consecuencia de una violación.

3.1.6.-CODIGOS Y PROYECTOS DE CODIGOS QUE CONTEMPLAN EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

El Código Penal de 1931 establece que no es punible el aborto causado, solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. El proyecto del Código penal de 1958, para el mismo Distrito y territorios Federales, no reglamenta el aborto a que nos referimos. Y el proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana, de 1963, preceptúa que no es punible el aborto procurado o

⁶¹ *Mansini, Trattato Di Diritto Penale Italiano, Tomo VII, Torino, 1946, p. 538.*

consentido por la mujer cuando el embarazo sea resultado de una violación (artículo 291).

El proyecto del Código penal del Instituto Nacional de Ciencias penales, de 1979, reglamenta en el artículo 131-IV, el aborto por causas sentimentales, cuando el embarazo haya sido resultado de una violación, siempre que se practique dentro de los noventa días de gestación, argumentándose en la exposición de motivos: "si el aborto es por causas sentimentales, es decir, cuando el embarazo haya sido resultado de un delito de violación, sólo se establece, que el aborto se practique dentro de los noventa días de gestación, pues a la mujer no se le puede exigir que haya hecho uso de medios de prevención de la concepción. Se admite el aborto en este caso, en virtud de que no se le puede forzar a la mujer por el estado a querer o aceptar el hijo, sino que se le deja a su libre y personalísima desición.

El proyecto de Código penal tipo para la República Mexicana de 1963, en el artículo 291, establece que no es punible el aborto procurado o consentido por la mujer, cuando el embarazo sea resultado de una violación. por otra parte, debe anotarse, que aunque la hipótesis de aborto cuando el embarazo es resultado de una violación, constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

3.1.7.-ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO AL QUE CORRESPONDE EL ABORTO CAUSADO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

Es de interés precisar a qué aspecto negativo del delito corresponde el aborto causado cuando el embarazo sea resultado de una violación, porque, como acertadamente expresa Jiménez Huerta, "no es fácil fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de pena establecida en el artículo 333".

Hay cuatro corrientes a este respecto:

a).- La primera sostiene que se trata de una causa de justificación; dentro de esta corriente debemos señalar dos criterios:

1.- El que considera que estamos frente a un estado de necesidad, porque las consecuencias dañosas de la violación, o sea, la gravidez, constituyen la permanencia de la causa creadora del peligro actual de un daño grave a la persona, y en tanto permanecen dichas consecuencias, la mujer está autorizada a remover la causa dañina o amenazadora mediante el aborto.

2.- El que considera que implica el ejercicio de un derecho, porque se deriva de la recta interpretación del orden jurídico.

b).- La segunda le da el rango de una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

c).- La tercera los sitúa como excusa absolutoria toda vez que existe un hecho, típico, imputable al autor, antijurídico y culpable, pero no punible, por motivos de política criminal.

d).- La última incrimina como delito tal especie de aborto toda vez que se sostiene que se trata de proteger un bien que tiene un valor superior que es la vida del producto de la concepción que es totalmente inocente.

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.

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

4.1.-NECESIDAD DE ESCLARECER Y HACER MAS PRACTICO Y UTIL EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

4.1.1.- EMBARAZO CAUSA DE UNA VIOLACION Y SUS REPERCUSSIONES BIOPSIOSOCIALES.

1).-LESIONES PSICOLOGICAS DE LA VICTIMA DE LA VIOLACION.

2).-LESIONES BIOLOGICAS DE LA VICTIMA DE VIOLACION.

a).-EXTRAGENITALES.

b).-PARAGENITALES.

c).-GENITALES.

4.1.2.-PROBLEMATICA QUE PRESENTA LA EMBARAZADA.

4.1.3.-LAGUNAS LEGALES QUE EXISTEN RESPECTO DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

4.1.4.- DELITOS QUE PUEDEN ORIGINARSE A CONSECUENCIA DE LAS LAGUNAS EN ESTUDIO EN EL APARTADO QUE ANTECEDE.

4.1.5.- PROPUESTAS PARA QUE SE LEGISLE SOBRE EL MOMENTO Y LA AUTORIDAD COMPETENTE QUE DEBE EMITIR LA ORDEN PARA QUE SE PRACTIQUE EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.

4.1.6.- LA INSTITUCION QUE DEBERA DE ENCARGARSE DE LA PRACTICA DEL ABORTO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.

4.1.-NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE EL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

4.1.1.- EMBARAZO CAUSA DE UNA VIOLACION Y SUS REPERCUSIONES BIOPSIICOSOCIALES.

Iniciaremos por un breve análisis de los valores considerados como fenómenos tanto de carácter material como espiritual, capaces de satisfacer cualquier necesidad de un hombre, de una clase o de una sociedad, de servir a sus intereses y fines.

Los valores han sido divididos, en naturales, necesarios para la sobrevivencia del hombre, aire, sol, etc.; económicos, medios de producción, bienes materiales; Político sociales que corresponden a las relaciones ideológicas como materiales, libertad, igualdad, justicia; éticos, deber, honor, bien.

Los valores son categorías compuestas de componentes cognoscitivos, afectivos y elementos capaces de predisponer una determinada conducta; dan una impregnación valorativa a todos nuestros juicios, aspiraciones y acciones.

Vivimos en una sociedad de valores, un mundo donde todo se estima o se menosprecia, de ahí la importancia que le damos a los valores, el valor que realmente tienen; que aprendemos a manejarlos a operarlos para vivir sin tantas presiones sociales o conflictos.

Un valor es la carga afectiva que un grupo social otorga a una acción o conjunto de acciones que consideran afectivas para un propósito determinado.

Es común que la gente englobe dentro de la concepción de valor algo que no lo es. Para diferenciar los valores de aquellos hechos que se consideran valores tenemos que a los primeros se les llama valores ontológicos y que se definen como valores reales o existenciales y se refieren al hecho mismo de existir. Tienen una consecuencia inmediata, estos valores dirigen la conducta humana hacia la conservación del propio ser; ejemplo: el que cada quien sea responsable de su propio cuerpo y responsable de su conducta.

A los segundos se les denomina valores ideológicos: aquellas formas ideales en que la sociedad debería comportarse, o sea idealizaciones de los hechos; ejemplo: el de no causar daño a los demás

La segunda dimensión es la jerarquización de estos valores que se encuentra basada en lo ontológico, en lo existencial y su contexto. Cada persona adquiere paulatinamente un sistema propio de valores cuyos elementos se hallan subordinados u ordenados por valores fundamentales o vitales.

En este marco social que la mayoría de los países sustenta; donde se encuentra una mujer agraviada en su integridad corporal en contra de su libertad sexual; donde de manera paradójica la misma familia la considera un tanto responsable, porque de manera velada, la acusan de provocar o propiciar dicha acción, sintiendo que como familia son estigmatizados; basandose en la virginidad de la víctima el honor de la familia así como en el caso de la mujer casada que llega a ser atormentada por los celos del esposo responsabilizándola de la agresión sin comprender que es víctima de instintos patológicos de algún desalineado; esgrimiendo ante las víctimas la pérdida de valores, más aun si esto tiene como consecuencia un embarazo.

Es entonces cuando ante el daño psicológico del abuso sexual se viene a sumar la angustia de estar embarazada, experimentando miedo, tensión, ansiedad, pasando por estados depresivos, sufre temores y fantasías en cuanto a los cambios que ésta experimentó en su cuerpo, así como una gran ambivalencia entre el ser independiente y tener alguien que dependa de ella.

Experimenta sentimientos de minusvalía, culpa, vergüenza y trastornos en cuanto a sus relaciones, la reacción de sus familiares, de su pareja ya sea novio o esposo y de su entorno social. Su embarazo en una sociedad como la nuestra es visto en términos generales con misericordia y culpabilidad,

convirtiéndose en víctima doble por los mal llamados "valores".

En el hogar se presenta generalmente una crisis, que como mínimo repercute en una confusión que requerirá de una orientación profesional para evitarle mayor daño a la agraviada.

La familia tiende a tratar de ocultar la violación y no darla a conocer creyendo que de esa manera evitan el desprestigio social.

En el caso de una mujer establecida en una relación conyugal que ha sido víctima de una violación se presentan problemas psicosexuales, como anorgasmia, rechazo a la relación sexual, fobias, vaginismo, etc. Se altera la relación de pareja ya que el esposo puede reaccionar de muy diferente manera a un embarazo en el cual no tiene nada que ver.

Por otra parte en la casi totalidad de los casos la mujer que desempeña una labor fuera del hogar se ve obligada a dejar sus estudios o su trabajo, repercutiendo en una menor instrucción en el caso de estudiar, y en el caso de la mujer que trabaja le será muy difícil volverse a contratar en otro empleo más aún con un estado gravídico ya que como requisito laboral es necesario presentar una prueba de no embarazo. Lo que no les facilita un bienestar económico.

Es necesario señalar que ante tantas presiones la víctima del delito sexual llega a experimentar un sentimiento de culpa, la cual se deriva de la ejecución de una conducta que transgrede los "valores sociales" que se manejan en términos morales y que le provocan malestar social y anímico, conduciéndola a la ansiedad, depresión, enojo, frustración e intolerancia con respecto a los demás y consigo misma.

1).- LESIONES PSICOLÓGICAS DE LA VÍCTIMA DE LA VIOLACION.

Para el doctor Whittaker, Lesión psicológica, es aquélla que se da como resultado de una lesión del sistema nervioso como consecuencia de una experiencia emocional profunda sufrida por una persona. (62)

La mayoría de los profesionistas psicólogos, establecen que una persona que fue violada ha sufrido un atentado contra su estabilidad emocional y le provoca problemas de personalidad, depresiones, inhibiciones sexuales, traumas, temor hacia los hombres, desorientación y rechazo de su núcleo sociofamiliar etc.

Durante una experiencia emocional profunda, el cuerpo reacciona según una variedad de maneras diferentes.

Existen cambios en la resistencia eléctrica de la piel, elevación de la presión arterial, aumento de la frecuencia

62 Whittaker James O, *Psicología*, Cuarta Edición, Nueva Editorial Interamericana s.a. de c.v., 1991, p.129.

cardíaca, respiración más rápida, dilatación de la pupila, disminución de la secreción salival, y así sucesivamente.

En el centro de terapias de apoyo y atención a víctimas de la violación informo que las lesiones psicológicas más frecuentes que sufren las víctimas de la violación son: el miedo Intenso, angustia y pérdida de la memoria.

2).-LESIONES BIOLÓGICAS DE LA VÍCTIMA DE VIOLACION.

La lesión biológica es toda alteración anatómica o perturbación funcional, originada por una violencia exterior material. (63)

Las distintas lesiones biológicas que se pueden encontrar en las víctimas de la violación son: extregenitales, paragenitales y genitales.

a).-EXTRAGENITALES (LESIONES EN LAS REGIONES TOPOGRAFICAS).

Contusiones del cuero cabelludo.

Hematomas del rostro (bucales y peribucales).

Hematomas del cuello.

Excoriaciones ungueales en rostro, cuello, tórax y mamas.

Contusiones por mordeduras en el rostro, labios, mamas o pezones.

Hematomas en el nivel de la pared abdominal, muslos, rodillas o piernas.

Signos de estrangulamiento manual o con lazos.

63 Bonnet Emilio, *Medicina Legal, Segunda Edición, Tomo II, López Libreros Editores, Buenos Aires, Argentina, 1980, p.1030.*

Signos de comprensión toracoabdominal.

b).-PARAGENITALES (LESIONES EN LA ZONA ABDOMINAL, INFRAUMBILICAL, MONTE DE VENUS, RAIZ DE MUSLOS Y ZONAS GLUTEAS).

Contusiones o desgarros perineales.

Contusiones o desgarros vesicales.

Hematomas pubianos.

Hematomas de la cara interna de los muslos.

Hematomas, escoriaciones, mordeduras, quemaduras.

c).-GENITALES (LESIONES EN GENITALES EXTERNOS, PERINE Y AREA ANORRECTAL).

Contusiones o desgarros de la vulva, horquilla y fosa navicular.

Desgarros del himen.

Contusiones o desgarros de la vagina.

Contusiones o desgarros de los fondos de saco uterovaginales.

Contusiones o desgarros anales.

Equimosis himeneales.

4.1.2.-PROBLEMATICA QUE ENFRENTA LA EMBARAZADA

Se puede observar que el daño sufrido no solo es causado por la violación misma sino por la reacción del entorno social de la víctima. En estudios de victimología, se puede demostrar que en los casos en que no hay violencia ni comparecencia ante los tribunales, las secuelas psicológicas que dejan los

hechos, son menores. De aquí la importancia de tener un extremo cuidado en el procedimiento Judicial.

Es en este estado de agresión familiar y social al que se enfrenta una mujer víctima de violación con un embarazo no deseado, mismo que la orienta a pensar en el aborto, mismo al que tiene derecho en base a lo estipulado por el Código Penal en el artículo 333 en su último párrafo.

Sin embargo este derecho que la ley le otorga, se ve entorpecido por el procedimiento penal, mismo que decidirá tardíamente, cuando el embarazo esté muy avanzado y sea de alto riesgo para la vida de la mujer.

Debido a lo lento de los procesos con respecto a este delito, los cuales se llevan a través de juicios ordinarios que duran un mínimo de seis meses, al cabo del cual obtendrán una orden judicial para llevar a cabo la interrupción del embarazo, con la cual la mujer violentada acude a los centros hospitalarios de instituciones públicas donde le es negada la atención médica para este procedimiento aún y que llevarán una orden Judicial.

Son varias las razones que argumentan las instituciones medicas; en primer término que ningún hospital quiere identificarse como el que lleve a cabo la práctica abortiva, argumentando que ellos no pueden saber si ese aborto que se

quiere practicar la víctima es por causa del delito de violación sufrido por ésta, o únicamente lo quieren hacer pasar por tal para lograr un propósito mezquino por un desliz que haya tenido ésta, lo que daría origen a un aborto procurado, el cual no está permitido, ya que si se practica este tipo de abortos, incurrirían en un delito, por lo tanto niegan la atención médica a la persona que verdaderamente ha sido violada, por no poder ellos definir si efectivamente hay violación o no, ya que eso le corresponde determinarlo a un órgano competente de carácter legal. Por otra parte si les llegaran a presentar una orden de carácter legal para la práctica del aborto consecuencia de una violación, no lo realizan manifestando que no hay una Ley que los obligue o faculte para realizar ese tipo de abortos.

Cuando se encuentra la agraviada ante tales circunstancias y agregada a éstas la angustia de una situación social y familiar, acudirá con médicos de dudable reputación profesional el cual fijará sus honorarios en cifras millonarias que en la mayoría de la veces la mujer no puede pagar, quedando como alternativa en este caso utilizar los servicios de empíricos, los cuales se limitan a inducir el aborto provocando cuadros sépticos como consecuencia de las maniobras hechas, es entonces, cuando el hospital que antes no cumplió la orden acepta a la mujer con un aborto incompleto, con las atribuibles complicaciones colaterales, que pueden culminar con la muerte de las madres gestantes consignándolos como casos médicos-legales através del dictamen de necropsia;

o bien optan por esperar a que nazca el producto de la concepción por no tener a su alcance los medios para evitarlo, pero una vez nacido cometen otros delitos de los cuales se hablará posteriormente.

4.1.3.-LAGUNAS LEGALES QUE EXISTEN RESPECTO DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACION.

Nuestros Legisladores por desgracia son gente que no conoce el derecho, en virtud de que algunos ni siquiera la primaria han cursado, y aunque tengan preparación no conocen los problemas sociales de cerca, ya que la mayoría jamás ha estado ante una agencia del Ministerio Público, o ante un Juzgado ya que sus puestos son de carácter político y no se les exige que tengan alguna preparación porque supuestamente son gente que el pueblo designa. Pero sin embargo el Gran Cuerpo Legislativo realiza reformas en una forma exagerada y no toma en cuenta algunas cuestiones que para la salud mental y física para los miembros de una sociedad tienen mucha importancia.

Siendo uno de estos casos el aborto que se contempla en el artículo 333 del del Código Penal, ya que si bien es cierto que en el mismo se manifiesta que es permitido, también lo es que es lo único que dice dejando grandes lagunas como son:

-En qué momento se va a poder realizar dicho aborto.

-Qué autoridad es la que emita la orden para que la víctima de una violación que resulte embarazada pueda abortar; y.

-Cuál va a ser la Institución Medica o el facultativo al que se le emita la orden para que practique el aborto

Ya que nuestra Legislación únicamente se concreta a decir que el aborto está permitido cuando el embarazo sea producto de una violación. dejando a la victima todo el paquete de tener que convencer a alguna institución o algún facultativo de que le realicen el aborto porque en esos casos es permitido; lo que resulta risorio e irreal toda vez que nunca lo va a lograr únicamente con su palabra toda vez que no cuenta con otros medios para hacerlo; así mismo dejan indefinido si la victima se tenga que practicar por cuenta propia el aborto ya que ni siquiera mencionan que se les otorgue una orden para que se los puedan realizar; por lo que en este caso se está dejando desamparada totalmente a la mujer, que después de haber sufrido una violación, todavía tiene que pasar el tormento de tener que preocuparse por un embarazo no deseado y que es consecuencia de una agresión sufrida por un enfermo sexual. Por lo que por este tipo de omisiones pueden dar cabida a que se cometan muchos otros delitos que en el apartado que procede estudiaremos.

4.1.4.- DELITOS QUE PUEDEN ORIGINARSE A CONSECUENCIA DE LAS LAGUNAS EN ESTUDIO EN EL APARTADO QUE ANTECEDE.

En este apartado podremos ver la magnitud de lo que puede causar la situación de que no exista legislación completa sobre ciertos aspectos como en el caso que nos ocupa es la del aborto producto de una violación.

Como ya lo hemos venido mencionando las víctimas del delito de violación al no verse amparadas pueden cometer deferentes delitos por la desesperación que les causa la impotencia de no poder resolver su situación por lo que estudiaremos brevemente algunos de los posibles delitos que éstas o sus familiares podrían cometer.

Cuando una víctima del delito de violación que resulta embarazada y quiere abortar se ve frustrada, toda vez que ninguna Institución médica le quiere realizar el aborto y tampoco puede pagar las cantidades estratosféricas que le cobraría un médico particular por realizar ese aborto aun sabiendo ella que es lícito, no le quedan mas que dos caminos, uno es que se tiene que ver en la necesidad de acudir con un empírico que también le va a cobrar pero en menor cantidad por lo que pone en riesgo su integridad física en el mejor de los casos pero la mayoría de los empíricos realizan el aborto con insalubridad o por no saber hacerlo le llegan a causar lesiones, esta víctima tiene que ser internada en un hospital

en donde ahora si la atienden, pero recibéndola como un caso legal en donde se da parte al Ministerio Público, pasando a ser la que fue un sujeto pasivo de una agresión sexual, un sujeto activo del delito de aborto, por el cual hasta se le llega a procesar, toda vez que en la mayoría de la veces no tienen cómo comprobar que fueron víctimas de una violación por no haber denunciado por el temor a ser maltratadas o a que se les vea como un bicho raro.

En el segundo de los casos las víctimas del delito de violación que resultan embarazadas por no tener las posibilidades ni siquiera de poder pagar a un empírico no les queda otro camino mas que tener al producto de la concepción de una violación el cual les causará muchos traumas y que las marcara para toda su vida y por tal hecho éstas al nacer dicho producto lo que hacen es tratar de deshacerse de él algunas personas ven mas viable matarlo al momento de que éste nazca lo que las convierte en asesinas, toda vez que se tipificaría el delito de HOMICIDIO EN RAZON DEL PARENTESCO, el cual aparte de ser un delito aun más es agravado, este tipo de delitos por lo regular se va a cometer cuando la mujer no se hace atender por ninguna persona facultada para hacerlo, ya que en la mayoría de los casos se atienden por si mismas o por algún familiar de ellas. Por si se pudiera decir así, en el mejor de los casos las mujeres que tienen a sus hijos que fueron producto de una violación, optan por regalarlo, pudiéndose concretar el delito de TRAFICO DE INFANTE, o bien otras optan

por abandonar a sus hijos en un basurero, en la puerta de una casa o en cualquier otra parte, lo que se vendría a convertir en un ABANDONO DE PERSONA, lo que traería consecuencias fatales, ya que van a ser personas que tienen que crecer sin ningún tipo de amor o cariño sin ninguna atención u orientación y a lo largo se van a convertir en unos delincuentes como ya existen muchos de ellos.

4.1.5.- PROPUESTAS PARA QUE SE LEGISLE SOBRE EL MOMENTO Y LA AUTORIDAD COMPETENTE QUE DEBE EMITIR LA ORDEN PARA QUE SE PRACTIQUE EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.

Como comentamos en el apartado que antecede, la víctima de una violación ve perdidos sus valores como persona y como mujer ante la sociedad y en caso de quedar embarazada vería reflejado en ese producto su vergüenza y su deshonra y si bien es cierto que se ha comentado que la mujer violada no pierde sus valores ni como mujer ni como persona y mucho menos su dignidad, es muy difícil que la sociedad lo entienda así y mucho mas va a ser para la mujer que se encuentra trastornada psicológicamente, por ello se debe atender y dejar bien protegida en la Ley a la mujer que aparte de haber sido violada todavía tiene que aguantar humillaciones, desprecios y malos tratos de las personas que la rodean.

Por ello debemos dejar bien establecido en qué momento y qué Autoridad es la competente para emitir una orden con la

cual se ampare la persona agraviada por este delito ante alguna Institución y le sea practicado el aborto en una forma gratuita, ya que no sería justo que después de haber sufrido una agresión sexual que les causa mucho daño a las víctimas, tanto psicológica como físicamente, todavía el tenerse que preocupar que hacer o como hacerle con un hijo no deseado teniendo la opción de tener a ese hijo a pagar las cantidades estratosféricas que cobran los médicos por realizar un aborto clandestino.

Por ello propongo que sea el Ministerio Público Investigador el Organo que emita la Orden para que le sea practicado el aborto a la mujer que después de haber sido violada resulte embarazada; y esto dentro de los tres primeros meses del embarazo, ya que es el tiempo durante el cual corre menos riesgo la vida y la salud de la mujer.

La idea de que sea el Ministerio Publico, quien emita la orden en mención es porque no se puede saber el tiempo exacto en que se consigne una Averiguación Previa, ya que ésta se puede consignar el mismo día de la denuncia o quizá nunca ya que cuando se desconoce quien haya sido el victimario es imposible consignar en virtud de que no se puede pedir la aprehensión sin saber quien es el presunto responsable, lo que no quiere decir que no exista la violación, ya que existe el delito pero lo que no se sabe es quien es el autor; y para el caso de que se emita una orden para que se le practique el

aborto a una mujer que resultó embarazada por consecuencia de una violación, lo único que a mi parecer se tiene que acreditar es que efectivamente haya sido violada la persona que lo requiere y que el embarazo que presenta sea producto de dicha violación siendo que si es posible que el Ministerio Público integre el tipo del delito cuando se realizan las pesquisas necesarias para su acreditación, pudiéndolo hacer de una manera rápida.

Para ello el Ministerio Público tendrá que apoyarse en profesionistas como son psicólogos y criminólogos, ya que esto requiere de un estudio minucioso de cada una de las pruebas que servirán para integrar dicho delito así mismo es de vital importancia la intervención de por lo menos dos Psicólogos de preferencia que sea personal femenino quiénes son los mas indicados para entrevistar a la víctima, ya que es de vital importancia entablar una relación de confianza con la querellante para no hacerla sentir más mal de lo que se puede sentir al momento de declarar además podrán percibir de una mejor manera la forma de actuar de dicha víctima y poder dejar precisado si ésta es fingida o real.

Por lo que para lograr una debida integración de los elementos del tipo del delito de violación es necesario que realicen un interrogatorio directo a la víctima, evitando todo tipo de intervención de alguna otra persona, la entrevista que se realice se deberá de ir asentando detalladamente que versará desde el modus operandi, el acto mismo hasta la

tipología del victimario. Las preguntas serán dirigidas a tratar de investigar los sentimientos que en ese momento experimenta, como dolor, vergüenza timidez, deseos de venganza a sí mismo. Deberá de dejarse bien claro qué es lo que ocurrió, cuándo ocurrió, dónde ocurrió, si sabe quién o quiénes fueron los autores, cómo ocurrió, si tiene idea porqué ocurrió y qué es lo que sintió, en virtud de que el enlace lógico y coherente de la declaración de la víctima, es de vital importancia para la integración del delito y así mismo se podrán descartar denuncias falsas que sirvan de confabulación como causales de justificación del aborto o venganza; esto irá seguido de un reporte médico muy minucioso sobre las lesiones sufridas por la víctima, tanto exteriores como interiores; así mismo los peritos Criminólogos deberán de realizar un estudio minucioso de las ropas que haya llevado la víctima al momento de sufrir el ataque sexual, pues de ahí se pueden encontrar como cabellos, restos de piel etc., de lo cual del estudio de estos nos pueden llevar a conocer hasta quién fue el agresor. Por lo que al realizarse un enlace de todas estas pruebas se podrá saber si efectivamente existió una violación o si se desecha la querrela por no ser cierta.

Por lo que al tenerse por acreditado el tipo del delito de violación es más que suficiente para poderse emitir una orden tendiente a que le sea practicado el ABORTO a la víctima.

Es importante señalar que mientras más rápido se efectúe la denuncia, existen más posibilidades de acreditar el delito

ya que se pueden encontrar más medios de prueba los cuales se pueden perder por el transcurso del tiempo o porque la víctima se haya bañado, cambiado de ropa o hasta lavado las manos en virtud de que en el caso de violación se le podrá identificar por los cabellos dejados sobre la víctima cuando trató de defenderse, en restos de piel tomados por las uñas de la víctima, en células espermáticas etc.; y para que se pueda lograr esto la Procuraduría deberá de realizar una campaña publicitaria en donde les dé confianza a las víctimas de los delitos sexuales para que éstas denuncien, tendiente a que serán debidamente atendidas por profesionales y que además tendrán todo el apoyo necesario por parte de las autoridades.

4.1.6.- LA INSTITUCION QUE DEBERA DE ENCARGARSE DE LA PRACTICA DEL ABORTO CONSECUCENCIA DE UNA VIOLACION.

Así mismo la mujer que ha sido víctima de una violación, en la legislación mexicana se encuentra totalmente desamparada, ya que tampoco nuestros legisladores previeron la situación de quién le va a practicar el aborto a la víctima de violación que haya quedado embarazada el cual se encuentra autorizado en el artículo 333 párrafo último del Código Penal, ya que si bien es cierto dicho artículo dice: No es punible el aborto... Cuando el embarazo sea resultado de una violación, también lo es que los legisladores nunca imaginaron que cuando una persona fuera ante una institución del Sector Salud, éstos iban a rechazar el practicar el aborto ya que como lo

mencionamos ellos no pueden saber si la persona que está solicitando el aborto es efectivamente una víctima de la violación y aunque lo pudieran saber no hay una Ley que los obligue a practicarlo, por lo que para ellos es más importante atender otro tipo de traumatismos, por esa razón es que líneas arriba se propone que se emita una orden por parte del Ministerio Público, quien es la Autoridad que primeramente conoce de los delitos que se cometen, pero así mismo esta orden carecería de valor alguno si no se le autoriza a alguna institución médica, a que practique el aborto de referencia.

Por tal razón y partiendo de la idea de que el Estado tiene la obligación de prestar las atenciones necesarias a cualquier víctima de algún delito, con mayor razón tiene que apoyar a una víctima de una violación, por ser un delito que afecta la salud mental de una sociedad, ya que la víctima de este delito sufre irreparables repercusiones tanto físicas como mentales por tal situación se propone que se legisle sobre el hecho de que una Institución que pertenezca al Sector Salud, tenga la obligación de Ejecutar la Orden que emita el Ministerio Público, respecto a que sea practicado el aborto a la persona que haya sido víctima de una violación y que por tal motivo resulte embarazada.

Se propone que sea una institución del Sector Salud quien deba de practicar este tipo de abortos, toda vez que éste se debe de practicar en una forma gratuita, pues no sería justo

que después de que la víctima sufra un ataque sexual, todavía tenga que pagar para deshacerse del producto de dicha agresión.

Todo lo anterior se propone en virtud de que a lo largo de mi experiencia en la rama me he podido percatar que a consecuencia de que una víctima de violación por no ser atendida debidamente, la mayor parte de este tipo de delitos no son denunciados ya que ha sido comprobado, que únicamente se denuncian un treinta por ciento de los mismos, aparte de que se originan un sinnúmero de delitos más por tal situación por parte de las víctimas o de sus familiares, por lo que éstas después de ser víctimas se convierten en victimarias.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Si la Libertad Sexual es el bien jurídicamente tutelado por la Ley en el artículo 265 del Código Penal y si bien es cierto que es imposible que se erradique dicho delito, es determinante que las autoridades deben de dar mayor auxilio a las personas que sean sujetos activos de dicho delito.

SEGUNDA.- En el artículo 333 del Código Penal, los legisladores únicamente se concretaron a reconocer un derecho que tienen las víctimas de violación sin otorgarles ningún beneficio.

TERCERA.- En virtud de que las víctimas de violación no encuentran ningún apoyo por las autoridades ya que éstas únicamente se concretan a investigar sobre el delito de violación y no les importa si la víctima tiene problemas emocionales psicológicos o familiares y asimismo no le toma mayor importancia si ésta resultó embarazada o no ya que cuando se da este caso lo que hace el Ministerio Público es lavarse las manos y aventarle la bolita al Juez al cual se consigne o simplemente le da el carpetazo, amparándose en que el no se encuentra facultado para dar otro tipo de apoyo. Y si bien es cierto que existe una sección de apoyo a las víctimas, también lo es que este no cumple con las funciones que tiene encomendadas pues se encuentra burocratizado y tampoco tiene la potestad para expedir la orden para la Práctica del aborto a una mujer que ha sido violada.

CUARTA.- Cuando se consigna un delito de violación en el cual la víctima resultó embarazada, de igual manera el Juzgador únicamente se avoca a lo que es; si se encuentra o no acreditado el tipo y la responsabilidad del indiciado en forma presuntiva olvidándose que la sujeto pasivo se encuentra embarazada y si se le hace hincapié sobre dicho problema se salen por la tangente diciendo que ellos no pueden emitir una orden hasta que se compruebe debidamente que existió violación lo que se convierte a que debe de existir una sentencia; tiempo en el cual una mujer que necesita se le practique el aborto, ya tuvo a su hijo.

QUINTA.- Por los motivos antes expresados es que la mayoría de las mujeres que sufren una violación no la denuncian porque prefieren, las que pueden, realizarse un aborto en una forma clandestina, para no estar sufriendo toda su vida su desdicha y así evitan ser tratadas como si ellas hubieran sido las delincuentes y a que se les complique por completo la realización del aborto deseado y al cual tienen derecho. Y así mismo las mujeres que ni pueden pagar el aborto en forma clandestina tienen que esperar a que nazca el niño dando origen en la mayoría de la veces a otros tipos de delitos como son: HOMICIDIO EN RAZON DEL PARENTESCO, TRAFICO DE INFANTE O ABANDONO DE PERSONA; convirtiendo a estas mujeres que fueron víctimas en victimarias y todo por que no se encuentran protegidas y apoyadas por la Ley como deberían de estarlo.

SEXTA.- Por lo que es indispensable que nuestro cuerpo legislativo se encargue de legislar sobre la protección que se le debe de dar a una mujer que ha sido víctima de una violación y que ha quedado embarazada ya que únicamente se concretaron a plasmar en el Código Penal en el artículo 333, un derecho que tienen estas víctimas.

SEPTIMA.- El Legislador debe de tomar en cuenta que una mujer a la cual se le está reconociendo un derecho, que sería el de abortar si ella así lo deseara, se le debe brindar el mayor apoyo posible, y para ello se debe tomar en cuenta que debe de haber una autoridad que emita una orden para que le sea practicado el aborto a toda víctima de una violación que resulte embarazada, toda vez que no basta con reconocer que éstas tienen derecho al aborto, ya que en ninguna parte les van a practicar el mismo, únicamente con manifestar que fueron víctimas de una violación.

OCTAVA.- Así mismo se debe de contemplar en nuestra legislación quien se va a encargar de dar cumplimiento a la orden que se emita, toda vez que ninguna institución del Sector Salud ni facultativo particular alguno se quiere hacer responsable de practicar dicho aborto.

NOVENA.- Para que se pueda emitir la Orden de la que se habla en el apartado séptimo es necesario únicamente que quede

bien integrado el tipo del delito de violación, o sea que se compruebe que efectivamente la mujer que denuncia tal ilícito haya sido violada. Para lo cual es necesario que exista una conducta típica antijurídica y culpable ejecutada sobre la sujeto pasivo.

DECIMA.- Como la comprobación del Tipo Penal de violación puede quedar debidamente integrada ante las Agencias del Ministerio Público, siempre y cuando se cambie la manera rutinaria que se sigue en las Fiscalías Especiales de Delitos Sexuales, es por lo que se propone que sea el Agente del Ministerio Público Investigador quien emita la Orden para que se le practique el aborto a la mujer que sufrió una violación y a consecuencia de la cual haya quedado embarazada, debiendo éste valerse de facultativos en la materia de psicología y Criminología para que quede debidamente integrado el tipo de violación.

DECIMA PRIMERA.- Asimismo se propone que sea cualquier Institución del Sector Salud, la que se encargue de cumplimentar dicha orden en una forma gratuita, dejando a salvo el derecho de la víctima para que con esa misma orden se pueda practicar el aborto ante un facultativo particular.

BIBLIOGRAFIA.

Altavill, Dilitti Contro la Persona, Milano, 1934.

Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México, 1968.

Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1978.

Cesar Augusto Osorio y Nieto, Sintesis de Derecho penal, Parte General. Editorial Trillas, México, 1986.

Cuello Calon Eugenio, Cuestiones Penales Relativas al Aborto, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981.

Gómez Foster, El Aborto Consensual, México, 1959

González de Cossio, Apuntes Para la Historia del "Jus Puniendi" en México, Talleres Offset Larios, S.A., México.

González de la Vega Francisco, El Código Penal Comentado, México, Editorial Porrúa.

Jiménez de Asúa Luis, Libertad de Amar y Derecho a Morir, Santander, Edición de Historia Nueva, 1929.

Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Losada, Buenos Aires Argentina, 1964.

Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1979.

Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

Kohler, El Derecho de los Aztecas, Tr Carlos Rovalo y Fernandez, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924.

López Betancourt Eduardo, Historia del Derecho penal, Editorial Porrúa, México, 1993.

Manzini, Trattato Di Diritto Penale Italiano, Tomo VII, Torino, 1946.

Martínez Jose Agustín, Aborto Ilicito y Derecho al Aborto, La Habana, 1954.

Pavon Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1987.

Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Octava Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

Ronnet Emilio, Medicina Legal, Segunda Edición, Tomo II, López Libreros Editores, Buenos Aires, Argentina 1980.

Russel Show, Abortion On Trial (Aborto en Proceso), Robert Hale Editions, London, 1969.

Whittaker James O., Psicología, Cuarta Edición Nueva Editorial Interamericana s.a. de c.v., 1991.