



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL DELITO DE VIOLACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA ALFREDO SILVA RAMALES



TESIS CON FALLA DE ORIGEN

DICIEMBRE DE 1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

LA PRUEBA

A).- CONCEPTO.....	1
B).- ANTECEDENTES.....	5
C).- TIPOS.....	15
D).- CLASIFICACION.....	25
PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS.....	27
PRUEBAS SIMPLES Y PRECONSTITUIDAS.....	27
PRUEBAS HISTORICAS Y CRITICAS.....	28
PRUEBAS PERMANENTES Y PRUEBAS TRANSITORIAS.....	28
PRUEBAS REALES Y PERSONALES.....	29
PRUEBAS MEDIATAS E INMEDIATAS.....	29

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO DE VIOLACION

A).- CONDUCTA.....	30
B).- TIPICIDAD.....	38
C).- ANTIJURIDICIDAD.....	43
D).- CULPABILIDAD.....	46
E).- IMPUTABILIDAD.....	51

CAPITULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO

A).- AVERIGUACION PREVIA.....	57
-------------------------------	----

B).- FASE POSTULATORIA.....	65
C).- FASE PROBATORIA.....	72
D).- FASE CONCLUSIVA.....	78

CAPITULO CUARTO
LA PRUEBA PERICIAL EN EL DELITO
DE VIOLACION

A).- PERITAJE MEDICO.....	83
B).- VALORACION.....	91
C).- EL PERITAJE INSTITUCIONAL Y PARTICULAR.....	97
D).- PROPUESTAS PERSONALES.....	102

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO PRIMERO

LA PRUEBA

A1.- CONCEPTO.

El maestro José Ovalle Favela nos dice al referirse a la prueba:

"La palabra prueba tiene una gran variedad de significados, ya que se emplea no sólo en el derecho, sino también en otras disciplinas.

Se prueban los acontecimientos históricos, las hipótesis científicas, los métodos de producción, etcétera. Pero, limitándonos al campo jurídico, y específicamente al procesal, podemos señalar los siguientes significados, que son los más frecuentes.

1.- La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso. Así, se habla de ofrecer las pruebas, de la prueba confesional, de la prueba testimonial, --

etcétera.

2.- También se utiliza la palabra prueba para referirse a la actividad tendiente a lograr ese cercioramiento, independientemente de que éste se logre o no. Aquí, con la palabra prueba se designa la actividad probatoria, por ejemplo, se dice que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos de su acción, para indicar que a él le corresponde suministrar los medios de prueba sobre los hechos en los que afirma basar su pretensión.

3.- Por último, con la palabra prueba se hace referencia al resultado positivo, obtenido con la actividad probatoria, de esta manera se afirma que alguien ha probado, cuando ha logrado efectivamente el cercioramiento del juzgador. Aquí, prueba es demostración, verificación. Este significado se puede ejemplificar en la acuñada frase de las sentencias tradicionales -- que reza: el actor probó su acción, es decir, probó los hechos del supuesto de la norma en que fundó su pretensión". (1)

El maestro Manuel Mateos Alarcón en su obra Estudios Sobre las Pruebas, nos proporciona diversas concepciones de des tacados juristas y al mismo tiempo esgrime una propia al mencionarnos:

(1) OVALLE FAVELA JOSE, "DERECHO PROCESAL CIVIL", EDITORIAL - HARLA, 2A. EDICION, MEXICO 1985, PAG. 100 Y 101.

"Se llama prueba, dice Planiol, todo procedimiento empleado para convencer al juez de la verdad de un hecho.

Esriche, inspirándose en la ley 1a. título 14, partida 3a. define la prueba diciendo que es la averiguación que se hace en un juicio de una cosa que es dudosa; o bien el medio -- con que se muestra y hace patente la verdad o la falsedad de al guna cosa.

Pero, a nuestro juicio, es superior a estas definiciones la que da Laurent, por su extremada precisión y claridad; - la prueba, dice es la demostración legal de la verdad de un hecho". [2]

El ilustre maestro Guillermo Colln Sánchez, en su obra Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, nos marca definiciones diversas y la suya propia al decir:

"Etimológicamente, viene de probandum, cuya traducción es: patentizar, hacer fe; criterio derivado del viejo derecho - español.

Para Vicente y Caravantes, prueba, del adverbio probe, significa. Honradamente, porque se piensa que toda persona, al

[2] MATEOS ALARCON MANUEL, "EDITADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL", MEXICO 1991, PAG. 8 V 9.

probar algo, se conduce con honradez.

Gramatical, es un sustantivo que alude a la acción de probar, es decir, a la demostración de que existió la conducta o hecho concreto; origen de la relación jurídico - material de Derecho Penal, y luego, de la relación jurídico - procesal.

Florián, al estudiar el tema en cuestión, señala; en el lenguaje jurídico la palabra prueba tiene varios significados. Efectivamente, no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo.

Ahora bien, tomando en cuenta los aspectos generales antes consignados, prueba es, todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal". [3]

Nosotros consideramos que prueba es cualquier medio permitido por la ley capaz de constituir un ámbito de convicción en el juzgador.

[3] COLIN SANCHEZ GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", EDITORIAL PORRUA, 11A. EDICION, MEXICO 1989, PAG. 281.

B).- ANTECEDENTES.

Los antecedentes más remotos los encontramos en el Derecho Romano, en donde ya se tiene conciencia de los medios de prueba y al respecto nos dice la maestra Sara Bialostoski:

"En el sistema de las legís acciones los testigos eran el medio de prueba principal dada la oralidad del procedimiento, este medio pasa al sistema formulario, además tenemos el juramento de las partes, los documentos, scípta, tabulae, instrumentos muy utilizados en Oriente, la confesión, la fórmula pública, la presunción, la inspección ocular y los dictámenes de los peritos. El juez es libre para apreciar la prueba, sin que se vea precisado legalmente a dar valor decisivo a tal o cual medio -- probatorio". [4]

En similar sentido se expresa la Autora Beatriz Bravo Valdés quien nos dice:

"Los dos principales modos de prueba son la escrita y la testimonial, siendo ésta la más usual en un principio. La -- prueba escrita recibe el nombre genérico de instrumento privada cuando proviene de documentos redactados por los particulares;

[4] BIALOSTOSKI SARA, "COMPENDIO DE DERECHO ROMANO", EDITORIAL PAX, 6A. EDICION, MEXICO 1973, PAG. 169.

arcaria nomina, chirographa, syngraphae. A fines de la época -- clásica los particulares adoptaron la costumbre de redactar sus convenios utilizando los servicios, de oficiales públicos llamados tabelliones, desde entonces se distinguieron los instrumenta provata y los instrumenta publica. Además de la prueba escrita y de la testimonial, los romanos admitieron como medios de prueba la confesión, el juramento y las presunciones". [5]

Por su parte el maestro Guillermo Floris Margadant es un poco más explícito al referirse a las pruebas que existían dentro del derecho Romano al señalar:

"Las pruebas que conocía el derecho romano eran:

1.- Documentos públicos y privados, cuya importancia crece, en perjuicio de la prueba testimonial, a medida que progresa la orientalización postclásica.

2.- Testigos, la prueba preferida en tiempos clásicos. La regla de testis unus, testis nullus es de Constantino y no existió en la fase formularia. No estaba obligado el iudex a ponerse del lado de la mayoría de los testigos; debía pensar, no contar. Adriano recomendaba fijarse más en el testigo que en el testimonio.

[5] BRAVO VALDES BEATRIZ, "DERECHO ROMANO", EDITORIAL PAX, -- 3a. EDICION, MEXICO 1973. PAG. 246.

En materia civil, no existía el deber del ciudadano de hacer declaraciones testimoniales sobre lo que le constara. Sólo si alguien se había prestado a ser testigo de algo jurídico, después no podía negarse a declarar al respecto, ante la autoridad judicial.

3.- El juramento. No era una prueba decisiva; el juez podía libremente darle el valor que quisiera, con la excepción siguiente: la parte a la cual el adversario hubiera impuesto -- deferido el juramento, podía devolver referir el juramento. Si entonces la parte contraria se negaba a jurar, perdía el proceso.

Desde luego, quien prestaba un juramento falso incurría en graves sanciones.

4.- La declaración de una parte, hasta donde coincidiera con las afirmaciones de su adversario *confessio*, considerada a menudo como la reina de las pruebas.

5.- Peritaje. Este existía no solamente en cuestiones de hecho agrimensores, grafólogos, médicos, sino también de derecho y sabemos que, desde Adriano, el juez debía inclinarse ante la mayoría de las opiniones de los jurisconsultos *investidos del ius publice respondendi*.

6.- La fama pública, mencionada en una obra de Quintiliano sobre la oratoria, como una de las pruebas del proceso romano. Cuando algo era de fama pública, ya no había necesidad de ofrecer prueba testimonial, por tanto, notoria non egent probatione.

7.- Inspección Judicial (D.25.4.1; D.2.12.12 aunque es ta cita se refiere al pretor).

8.- Presunciones humanas o legales que no son auténticos medios probatorios, dogmáticamente hablando. Las presunciones legales pueden ser *iuris tantum* admitiendo prueba en contrario o *iuris et de iure* no admitiendo tal prueba".⁽⁶⁾

Por cuanto hace el Derecho Español Manuel Mateos Alarcón en su Libro Estudio Sobre las Pruebas en Materia Mercantil y Federal hace referencia al antecedente de algunas de ellas en el derecho español y nos señala:

"La ley de enjuiciamiento español, dicen que la confesión, considerada como medio de prueba, es la declaración o reconocimiento que una parte hace de los hechos litigiosos alegados por la contraria, o como dice la ley 1a. tít. 13, partida 3a. conosciencia es respuesta de otorgamiento que faze la una --

(6) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, "EL DERECHO PRIVADO ROMANO", EDITORIAL ESFINGE, 6A. EDICIÓN, MEXICO 1978, PAG. 169.

parte a la otra en juicio".^[7]

Por su parte el ilustre maestro Guillermo Colín Sánchez nos dice:

"En el viejo Derecho Español, la prueba fundamental para dictar toda condena fue la confesión, tal vez por eso las partidas autorizaron también el empleo del tormento".^[8]

La prueba documental se hayaba regulada en el Derecho Español en términos de lo señalado por el autor Manuel Mateos Alarcón, quien nos dice:

"Los demás comentaristas de la ley de enjuiciamiento -- española dicen: por documento se entiende, en lenguaje forense, todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga.

Fundados los autores, intérpretes de nuestra antigua legislación en la ley 1a. tit. 17, partida 3a., distinguan los documentos en públicos, auténticos y privados. Llamaban públicos a los documentos o escritura con las solemnidades establecidas por

[7] MATEOS ALARCÓN MANUEL, OP. CIT., PAG. 54.

[8] COLÍN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 309.

las leyes ante escribano público, relativa a algún acto jurídico".^[9]

Como antecedente en España de la prueba documental el autor Guillermo Colín nos dice:

"En España tuvieron el mismo origen. Según opinan los autores, - antiguamente se celebraban los contratos ante algún sacerdote, monje o religioso, el cual redactaba la escritura, que firmaban además varios testigos, estampando el sello de sus armas o blasones los que las usaban. Esta costumbre duró hasta el tiempo del rey Don Alfonso el Sabio, quien, con acuerdo de los tres estados o brazos del reino, creó los escribanos públicos y dispuso que en cada pueblo, cabeza de jurisdicción, se estableciera cierto número de ellos, para autorizar las escrituras o instrumentos con asistencia de dos o tres testigos, señalándoles ciertos derechos por su trabajo".^[10]

La prueba pericial fue concebida, en la Doctrina y en la legislación Española de la siguiente forma:

"Por juicio de peritos se entiende el parecer o dictamen de personas experimentadas en su oficio, arte o ciencia, o que poseen conocimientos sobre ciertos hechos u objetos contenciosos, en virtud de examen o reconocimiento que les confía el juez con el fin de obtener las noticias necesarias para la deci

[9] MATEOS ALARCÓN MANUEL, OP. CIT., PAG. 111 Y 112.
[10] COLÍN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 378.

sión del pleito, y que no puede procurarse por sí mismo". (11)

La prueba testimonial, en España se consideraba de la siguiente forma:

"La ley de enjuiciamiento española adopta la definición diciendo que se entiende por testigo la persona fidedigna llamada por las partes a declarar en juicio sobre lo que sabe acerca de la verdad o falsedad de los hechos controvertidos". (12)

Por último y en relación a nuestro país creemos conveniente el mencionar al Código de Procedimientos Penales de 1880 que será el primero en su especie en nuestro país. Este ordenamiento fue decretado bajo el mandato constitucional del C. Presidente Porfirio Díaz entrando en vigor el 10. de noviembre de 1880 y en sus disposiciones encontramos lo concerniente a las pruebas en su título denominado de la instrucción, en sus capítulos 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, en los que encontramos la existencia de las pruebas confesional, o de inspección judicial, de peritos, de testigos, de careos de doctos y de confrontación, señalando lo siguiente:

En relación a la confesión encontramos el artículo --

158:

(11) MATEOS ALARCON MANUEL, OP. CIT., PAG. 170 Y 171.
 (12) IBIDEM, PAG. 213.

"Cuando haya motivo bastante para sospechar que una -
persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, debe pro-
cederse a recibirle declaración indagatoria".

Al referirse a la inspección o visita domiciliaria el
artículo 169 nos dice:

"El reconocimiento y exámen que hayan de efectuarse,
dentro de alguna casa de habitación, edificio público o lugar -
cerrado, no podrán practicarse sino por el juez y por los demás
servidores que tienen facultad de hacerlo conforme a las leyes,
y previa orden que los determine y los motive; salvo el caso en
que el jefe de la casa llame a un servidor que tenga esta facul-
tad, para que entre en aquella, por estarse cometiendo en la --
misma casa un delito o falta o existir ahí las pruebas de que -
se cometieron o cuando se trate de un delito infraganti. En es-
tos casos se levantará una acta en que se hagan constar los re-
sultados del reconocimiento y los motivos que dieron ocasión pa-
ra practicarlo. Esta acta será firmada por el jefe de la casa,
y si no lo hiciere, se hará constar el motivo".

El fundamento de la prueba pericial lo encontramos en
el artículo 180 que nos dice:

"Siempre que para el examen de alguna persona o de al
gún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá

con intervención de peritos".

Tratándose de la prueba testimonial su fundamento lo encontramos en el artículo 196, que nos dice:

"Si en los informes que presentare el Ministerio Público, en las revelaciones que se hicieren, en las primeras diligencias, en las querellas, o de otra manera resultaren indicadas algunas personas cuyo exámen se estime necesario para la averiguación del delito, de sus circunstancias o de la persona del delincuente, el juez deberá examinarlas".

La confrontación tenía lugar cuando había que reconocer la identidad del sujeto activo del delito y su fundamento lo encontramos en los artículos 227 y 228.

"Artículo 227.- Toda persona que tuviere que referirse en su declaración o en otro acto, lo hará de un modo claro y distinto, que no deje lugar o duda respecto de la persona que señale, mencionando su nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que supiere y que puedan darla o conocerla".

"Artículo 228.- Cuando el que declare no pueda dar esta noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero exprese que podría reconocerla si se le presentara, se procederá a la confrontación".

Los careos constituyen una reconvención de las declaraciones que se hacen de los ofendidos o testigos en contra del imputado y se hallaban regulados en el artículo 234 del ordenamiento en análisis y al respecto se estableció:

"Los careos de los testigos entre sí y con el procesado, o de aquellos y de éste con el ofendido, deberán practicarse a la mayor brevedad posible, y durante la instrucción, sin perjuicio de que se repitan al tiempo del debate".

Por último la prueba documental se hallaba regulada en el artículo 237 que señalaba:

"Los documentos que se presenten durante la instrucción, o que de cualquier manera deban obrar en el proceso, se agregaran a éste, previa citación de las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 152".

No queremos hacer referencia a los Códigos Procesales que siguieron a éste, como fueron el de 1894, 1908, 1929 y 1931 para no ser reiterativos pues si bien es cierto que existen algunas pequeñas modificaciones sustancialmente son los mismos.

C).- TIPOS.

Los tipos de prueba se hayan fundamentados en nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su título segundo, sección Ira. capítulo IV, en el que establece - el artículo 135 lo referente a las pruebas:

"La ley reconoce como medios de prueba:

I.- La confesión;

II.- Los documentos públicos y los privados;

III.- Los dictámenes de peritos;

IV.- La inspección judicial;

V.- Las declaraciones de testigos, y

VI.- Las presunciones".

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que -- pueda ser conducente, a juicio del, juez o tribunal. Cuando la

autoridad judicial lo estimen necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

Entrando al análisis de las pruebas en particular, corresponde al turno a la prueba confesional.

"La confesión es un medio de prueba, a través del cual un indiciado, procesado o acusado manifiesta haber tomado parte en alguna forma, en los hechos motivo de la investigación".^[13]

Por su parte el maestro José Becerra Bautista nos clasifica a la prueba confesional, en judicial y en extrajudicial.

"Confesión judicial es el reconocimiento, de hechos propios que producen efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace y formalmente en juicio.

La confesión judicial para distinguirla de la extrajudicial, que también es el reconocimiento de hechos propios pero realizado fuera de juicio, en declaraciones verbales o escritos con la intención de producir efectos jurídicos".^[14]

[13] COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 308.

[14] BECERRA BAUTISTA JOSE, "EL PROCESO CIVIL EN MEXICO", EDITORIAL PORRUA, 8A. EDICIÓN, MEXICO 1980, PAG. 103.

Su fundamento lo encontramos en el artículo 136 del -
Código Penal:

"La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida -- ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Es incuestionable que la confesión es la declaración unilateral que el presunto responsable hace de los hechos sucedidos en relación a la acusación que se le imputa, nosotros nos atrevemos a discrepar del maestro Guillermo Colín Sánchez, --- quien sostiene que la confesión radica en la declaración de haber tomado parte en los hechos que se imputan, sin embargo no -- por el hecho de no haber confesado no tomar parte en los hechos delictivos deja de ser confesión aún cuando la valoración de la prueba sea diversa.

Tratándose de la prueba documental, nuestro Código -- Procesal nos remite al Código de Procedimientos Civiles al señalar:

"Artículo 230.- Son documentos públicos y privados -- aquéllos que señala con tal carácter el Código de Procedimien-
tos civiles."

Por su parte el Código de Procedimientos Cíviles nos dice al respecto:

"Artículo 327.- Son documentos públicos:

I.- Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas;

II.- Los documentos auténticos, expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

III.- Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal;

IV.- Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto a -- constancias existentes en los libros correspondientes;

V.- Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

VI.- Las certificaciones de constancias existentes en

Los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren - cotejados por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;

VII.- Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actos - de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno General o de los Estados, y las co pias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII.- Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX.- Las certificaciones que expidieren las bolsas mer cantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por co rredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X.- Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley".

"Artículo 334.- Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o for mados, por las partes o de su orden y que no estén autorizados - por escribano o funcionario competente".

Para el autor Cipriano Gómez documento es:

"Documento es una cosa que contiene la representación material, através de signos, símbolos figuras e dibujos de alguna idea o pensamiento... Ahora bien el documento es de carácter público, cuando es producido por un órgano de autoridad en el ejercicio legítimo de sus atribuciones... Lo ya dicho anteriormente para documento en general vale para el que es considerado como documento privado". (15)

Los dictámenes de peritos, son la interpretación de personas con conocimientos técnicos, que hacen de un hecho determinado que el juez no alcanza a comprender por carecer de éstos y que se hace indispensable para llegar a la verdad de los hechos, al respecto el autor Juan José González Bustamante nos dice:

"La pericia obra como un medio subsidiario de la inteligencia del juez para el conocimiento de hechos o circunstancias ya existentes pero que escapan a sus conocimientos personales". (16)

El maestro José Ovalle nos dá su noción sobre el dictámen pericial y nos dice:

(15) GOMEZ LARA CIPRIANO, "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", EDITORIAL TEXTOS UNIVERSITARIOS, 2A. EDICIÓN, MEXICO 1979, -- PAG. 303.

(16) GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, "PRINCIPIOS DE DERECHO -- PROCESAL PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1967, PAG. 174.

"El dictamen pericial es el juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia". (17)

El fundamento la prueba pericial la encontramos en el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales que nos dice:

"Siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos".

Cabe hacer notar que los conocimientos técnicos a que hemos hecho referencia en algunas ciencias o artes deberá ser -- avalado por el título oficial respectivo, como es el caso de los médicos e incluso de los licenciados en derecho, ya que así lo -- consigna nuestro Código Procesal Penal.

"Artículo 171.- Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el -- cual deben dictaminar, si la profesión o arte están legalmente -- reglamentadas; en caso contrario, el juez nombrará a personas -- prácticas. Cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a --

(17) OVALLE FAVELA JOSE, OP. CIT., PAG. 134.

dicho grupo étnico indígena".

Sin embargo no en todas las épocas se requiere el título respectivo, como es en el caso de artesanos, carpinteros, --- electricistas, etcétera, ante tal situación, el Código de Procedimientos Penales nos dice:

"Artículo 172.- También podrán ser nombrados peritos - prácticos, cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción; pero en este caso se librará exhorto o requisitoria al juez del lugar en que los haya, para que, en vista de la declaración de los prácticos, emitan su opinión".

La inspección radica en el hecho de que la autoridad - se cerciore por medio de los sentidos del lugar físico en donde sucederán los hechos para estar en aptitudes de entender y relacionar las circunstancias que se dieron en la conducta delicti-
va.

El maestro Colín Sánchez nos dice:

"La inspección es un acto procedimental que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad, de una conducta o hecho o para el des-

cubrimiento del autor". (18)

Por su parte nuestro Código de Procedimientos Penales nos dice:

"Artículo 144.- La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las de claraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales -- que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación únicamente cuando el funcionario que practique las diligencias de policía judicial o el juez o tribunal lo estimen necesario; en todo caso, deberá practicarse cuando ya esté terminada la -- instrucción, siempre que la naturaleza del hecho delictuoso cometido y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del juez o tribunal. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado, cuando el juez o tribunal lo es timen necesario, aún cuando no se haya practicado en la instruc ción".

La prueba testimonial radica en la circunstancia que personas que estuvieron presentes al momento de suceder los hechos rinden su declaración de ésto ante la autoridad.

Esta prueba se haya fundamentada en el artículo 191 - de nuestro Código de Procedimientos Penales que dice:

(18) COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 365.

"Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de su testimonio se aquilatará en la sentencia.

Es incuestionable que sólo las personas físicas pueden ser testigos, por lo que también debe de hayarse en pleno uso de sus facultades mentales puesto que de nada serviría del testimonio de una persona que se haya afectado de sus facultades mentales, salvo el caso de que llegará a tener momentos de lucidez. Por cuanto hace al testigo éste es concebido de la siguiente forma:

"Tomando como punto de partida que la palabra testigo viene de testando (declarar, referir, o explicar), o bien, de detestibus (dar fe a favor de otro), testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga".⁽¹⁹⁾

(19) COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 324 Y 325.

La presunción se haya contemplada en el artículo 245 - del Código de Procedimientos Penales que establece.

"Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos de terminados".

Estas presunciones constituyen la circunstancia de que de un hecho conocido se puede llegar al conocimiento de otro desconocido por medio de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo.

Por último y en relación al artículo 135 al que ya hemos hecho referencia, el legislador ha dotado de facultades al - Ministerio Público y al juez, para que admita cualquier cosa que se ofrezca como prueba, con la sola limitante de que ésta pueda ser propia para esclarecer los hechos.

D).- CLASIFICACION.

Existen diversos criterios de clasificación que la ley señala por lo que señalaremos los más comunes: Así el maestro Colín Sánchez las clasifica en fundamentales o básicos, complementa

rios o accesorios y mixtos, y al respecto nos dice:

"a).- FUNDAMENTALES O BASICOS.- Son aquellos a través de los que puede lograrse el conocimiento de la verdad histórica; son informaciones de quienes, en alguna forma, adquieren experiencia sobre los hechos, o simplemente, hacen saber algo relacionado con el procedimiento, lo cual se traduce en atestados referidos al pasado, cuyo conocimiento adquirieron fuera del proceso y que pueden recaer sobre conductas o hechos, personas, objetos y lugares.

Los medios de prueba de ésta clase, son: las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de terceros llamados testigos.

b).- COMPLEMENTARIOS O ACCESORIOS.- La vida y operancia de éstos elementos, dentro del procedimiento, depende de las pruebas fundamentales o básicas; tienen por objeto, robustecer, clasificar, desentrañar dudas o contradicciones, cuestiones técnico - científicas de alguna rama del conocimiento, u otros aspectos a que aquéllas han dado lugar, para así llenar su objetivo.

Entre éstos medios de prueba tenemos el careo, la confrontación, la inspección, la reconstrucción de la conducta o hecho y la peritación.

c).- MIXTOS.- Están caracterizados por contener elementos de los fundamentales o básicos y de los complementarios o accesorios, como los documentos". (20)

Otra clasificación nos la proporcionan los maestros José Ovalle Favela y José Becerra Bautista, quienes establecen:

PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS.- Las primeras muestran al juzgador el hecho a probar directamente y las segundas lo hacen por medio de otro hecho u objeto - declaración, dictamen, etcétera. La regla general es que las pruebas sean indirectas; la confesión, el testimonio, los documentos, etcétera. La prueba directa, por excelencia, es la inspección judicial, la cual pone al juez en contacto directo con los hechos que se van a probar". (21)

PRUEBAS SIMPLES Y PRECONSTITUIDAS.- "Bentham definió - como simples las pruebas que se forman durante la tramitación - del procedimiento y a causa de éste. Tales son las declaraciones de testigos extraños a la controversia, los dictámenes periciales, etcétera Ugo Rocco, las llama también por constituir porque se forman después de la constitución o durante el desarrollo del proceso.

{20} COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 304.
 {21} OVALLE FAVELA JOSE, OP. CIT., PAG. 121.

Las preconstituidas son las que pre-existen a la formación del juicio, las que las partes crean preventivamente, para el caso de que surja una contienda posterior. A esta clase pertenecen los documentos otorgados ante fedatarios, como son los notarios o los corredores; las informaciones adperpetuam, etc". [22]

PRUEBAS HISTÓRICAS Y CRÍTICAS.- "Las primeras reproducen o representan objetivamente los hechos por probar; tal es el caso de las fotografías, las cintas magnetofónicas, los documentos, etcétera. Las segundas no representan el hecho por probar, sino que demuestran la existencia de un hecho, del cual el juzgado infiere la existencia o inexistencia del hecho por probar. - De esta segunda clase son las presunciones". [23]

PRUEBAS PERMANENTES Y PRUEBAS TRANSITORIAS.- "Los documentos pertenecen a la primera clase, porque tienen la eficacia de conservar la realización de los hechos, independientemente de la memoria del hombre; a la segunda pertenece la declaración de testigos que se basa en la memoria del hombre, que reconstruye los hechos con elementos puramente subjetivos". [24]

[22] BECERRA BAUTISTA JOSÉ, OP. CIT., PAG. 102.

[23] OVALLE FAVELA JOSÉ, OP. CIT., PAG. 121.

[24] BECERRA BAUTISTA JOSÉ, OP. CIT., PAG. 102.

PRUEBAS REALES Y PERSONALES.- "Las pruebas reales son las que consisten en cosas, documentos, fotografías, etcétera. Las pruebas personales, como su nombre lo indica, consisten en conductas de personas; la confesión, el testimonio, el dictamen pericial, etc.

A continuación se estudian cada uno de los medios de prueba señalados en el artículo 289".^[25]

PRUEBAS MEDIATAS E INMEDIATAS.- "La representación -- que produce de los hechos una fotografía es inmediata; la representación que produce la declaración de testigos es mediatas, -- pues se basa inmediatamente en la memoria del hombre y sólo a través de ella puede reproducirse el hecho narrado".^[26]

Como podemos observar independientemente de las pruebas que permita nuestro Código Procesal habrán de adecuarse a las clasificaciones señaladas aunque cabe destacar que pueden existir tantas clasificaciones como autores haya, por lo que no profundizaremos más al respecto.

[25] OVALLE FAVELA JOSE, OP. CIT., PAG. 121.

[26] BECERRA BAUTISTA JOSE, OP. CIT., PAG. 102.

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO DE VIOLACION

Dentro de éste apartado hemos de abocarnos al estudio dogmático del delito de violación de acuerdo con la teoría penatómica, iniciando por la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad, analizándolos no sólo en el aspecto positivo que hemos mencionado sino incluso en su aspecto negativo, como es la ausencia de conducta, la atipicidad, la antijuridicidad, la inculpabilidad y la inimputabilidad, para poder establecer si existió el delito o no y con los anteriores conceptos vertidos en el primer capítulo como en el presente estar en aptitudes de introducirnos a la fase procedimental siguiendo todas sus secuelas.

A).- CONDUCTA.

Independientemente de la teoría que se utilice respecto del delito es incuestionable que la conducta siempre ha --- constituido el primer elemento de éste, es decir, de la teoría del delito y los doctos en la materia han establecido que esto es:

"La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad - al realizarse la acción u omisión". [25]

En casi idéntico sentido se conduce el autor Rafael --- Márquez quien nos dice:

"Para que haya delito, se requiere una conducta humana, la cual puede ser un hecho positivo o negativo material y exteriorizado. Será positivo cuando se trate de un movimiento corporal - que se concrete en un resultado y este último sea un cambio o - peligro de él en el mundo exterior físico o psíquico. A su vez, será negativo cuando se trate de una voluntaria ausencia del movimiento corporal que se espere y que también origine un resultado. En resumen la conducta, la actividad, la acción humana positiva o negativa, se constituye en el elemento fundamental del delito". [26]

[25] LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "TEORIA DEL DELITO", EDITORIAL PORRUA, 2A. EDICION, MEXICO 1995, PAG. 73.

[26] MARQUEZ PINERO RAFAEL, "DERECHO PENAL", EDITORIAL TRI---LLAS, 2A. EDICION, MEXICO 1990, PAG. 155.

Al referirse a la conducta Celestino Porte Petit nos dice:

"La conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiene de a un fin. Por tanto, la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción". [27]

Nuestro Código Penal del Distrito Federal en Materia -- Común y para toda la República en Materia Federal, hace referencia a la conducta aunque no específicamente al señalar en su artículo 7o. lo siguiente:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes -- Penales."

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente..."

[27] PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA -- PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", EDITORIAL PORRUA, 11A. EDICIÓN, MEXICO 1987, PAG. 234.

Cabe hacer mención que los delitos pueden ser cometidos por personas físicas mayores de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, situación que no debemos confundir con la conducta, puesto que si bien es cierto que cualquier persona puede realizar un acto u omisión que sancionen las leyes penales, también lo es que no cometerá un delito si es inimputable y como ejemplo bastenos citar a los retrasados mentales y a los menores de edad, quienes se hayan fuera de la ley penal, ya que incluso a éstos últimos se les denomina menores infractores y no menores delincuentes.

En este orden de ideas nuestro Código Penal no es muy acertado al establecer lo que es el delito, puesto que de la simple lectura del artículo transcrito pareciera que se olvida de los elementos del delito como es la imputabilidad, a la que nos referiremos en páginas posteriores.

A pesar de que nuestro Código Penal sólo hace referencia a la conducta de acción y omisión, los doctrinarios han establecido una clasificación aun mayor, al referirse a la comisión impropia o comisión por omisión al señalar:

"La comisión por omisión, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, pro-

duciendo un resultado tanto típico jurídico como material". {28}

Fernando Castellanos Tena nos dice:

"En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos - normas, una preceptiva y otra prohibitiva. Existe un delito de - comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y ma - terial, por un no hacer, voluntario o culposo delitos de olvido - violando una norma preceptiva, penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.

Como se ha explicado en el capítulo anterior en los deli - tos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una acti - vidad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios de - lictos de omisión) es necesario un resultado material una muta - ción en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el derecho - ordena. Por eso quienes emplean los términos conducta y hecho pa - ra designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la - omisión propia o simple, tal elemento es sólo la conducta, en - tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un he - cho (conducta, resultado y nexa causal). En la omisión simple, - sólo se viola la norma que ordena porque el agente no hace lo - mandado; en la comisión por omisión infríngense dos normas: La -

dispositivo que impone el deber de obrar y la prohibitiva, que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado. La omisión propia sólo comporta resulta jurídico, la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente preceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena, con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material". [29]

La comisión por omisión, no es propia del delito de violación en términos de lo manifestado por los anteriores autores, máxime que como hemos señalado nuestro Código Penal vigente no regula éste tipo de conducta puesto que sólo se hace referencia a la acción y a la omisión.

Por lo que resulta más que evidente que para que exista cópula debe haber una acción, que es el movimiento corporal voluntario, y que en el delito que nos ocupa se convierte en la introducción del miembro viril, por lo contrario si alguien introduce el miembro viril aún en el caso de que se utilice violencia física o moral, lo hará con su consentimiento y no en contra de su voluntad, por lo que resulta imposible que en éste sentido pueda realizarse la conducta por medio de una omisión o de una comisión por omisión.

[29] CASTELLANOS TENA FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", EDITORIAL PORRUA, 20A. EDICIÓN, MEXICO - 1978, PAG. 153 Y 154.

El aspecto negativo de la conducta lo constituye la ausencia de conducta que de acuerdo con el maestro Eduardo López se da en los siguientes supuestos.

"La ausencia de conducta se presenta por:

- 1.- Vis absoluta o fuerza superior exterior irresistible
- 2.- Vis maior o fuerza mayor
- 3.- Movimientos reflejos

Para algunos autores también son aspectos negativos:

- 4.- El sueño
- 5.- El hipnotismo
- 6.- El sonambulismo". [30]

Cabe señalar que respecto de los tres últimos, existen autores que sostienen que éstos son causas de inimputabilidad y no de ausencia de conducta sin embargo nosotros consideramos que el sueño es una parte normal y natural del ser humano ya que na-

[30] LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, OP. CIT., PAG. 97.

dié escapa a éste, máxime que es la forma, en que el ser humano se recupera del agotamiento físico motivado por sus actividades, e incluso constituye una tercera parte de la vida de todo ser humano, por lo que no puede considerarse como un estado de incapacidad, en idénticas condiciones puede resultar el hipnotismo y el sonambulismo ya que no se requiere de ser incapaz para poder sufrir éstas circunstancias, aún cuando en el hipnotismo el estado de sueño es provocado por un agente externo lo que de algún modo también constituye una fuerza física irresistible.

La fuerza irresistible es el sometimiento de la voluntad por medio de mecanismos físicos para realizar determinada conducta, ejemplo de lo anterior lo encontramos en que una persona de mayor corpulencia y físicamente más fuerte, puede someterse a otra para que realice la conducta, es decir, que dispare el arma de fuego.

La fuerza es la intimidación verbal hecha con la promesa de causar un daño presente o futuro a determinada persona, -- quien al haber sido atemorizado se ve forzada a realizar la conducta descrita en el tipo penal.

Tratándose de los movimientos reflejos éstos son movimientos corporales no voluntarios, que son el resultado de una disfunción orgánica producida por la contracción involuntaria de los músculos como es el caso de los tic's nerviosos.

Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 15 las excluyentes del delito correspondiéndole a la fracción I la ausencia de conducta al establecer:

"El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

Tomando en consideración que el delito de violación se produce -- por la introducción del miembro viril en la vagina de la mujer resulta imposible que se pueda obligar por la fuerza física a que un hombre realice tal proceder y tratándose de la violencia moral ésta se podrá dar bajo amenazas que son la promesa de causar un mal futuro si no se realiza lo deseado, pero que también resulta casi imposible.

8).- TIPICIDAD.

La tipicidad es el segundo elemento de la teoría del delito que -- consiste en la adecuación de la conducta al tipo descrito por -- la ley, y así lo señalan los siguientes autores:

Francisco Pavón Vasconcelos.

"Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legis-

lativa; el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal, como dice el propio SOLER, de tal manera que la tipicidad presupone el hecho típicado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal. No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos". [31]

Para Requena Amuchategui:

"El tipo es la descripción legal de un delito o bien la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva". [32]

El tipo lo encontramos en el artículo 265 de nuestro Código Penal que dice:

"Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

[31] PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, 10A. EDICIÓN, MEXICO 1991, PÁG. 289.

[32] AMUCHATEGUI REQUENA "DERECHO PENAL", EDITORIAL HARLA, 1A. EDICION, MEXICO 1993, PÁG. 56.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

No debemos olvidar que el tipo penal es:

"El tipo penal puede, conceptualizarse como la abstracción que concretiza el juicio valorativo del legislador y que recoge la ley penal". (33)

Por cuanto hace a los elementos del tipo encontramos que el bien jurídicamente tutelado se haya catalogado en diversas teorías el cual expone el maestro Celestino Porte Petit al decirnos:

"Las que estiman como bien jurídico tutelado, en este delito, la libertad sexual.

Manfredini anota que el bien jurídico penalmente protegido por la norma, es decir el objeto del delito, es el derecho a la libertad de disposición carnal. En el mismo sentido Saltelli y Romano Di Falco, al sostener que se tutela, el bien jurídico -

(33) VELA TREVIÑO SERGIO, "ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACION", - EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1976, PAG. 40.

de la libertad sexual, relativamente a la inviolabilidad carnal.

Los que entienden que el bien jurídico es la libertad individual.

Fontán Balestra, dentro de éste segundo grupo, es de parecer que el bien jurídico lesionado es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.

Gómez sostiene que el bien jurídico lesionado por el delito de violación es la honestidad, es decir, el pudor individual, agregando que la violación implica, desde luego, un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentido del pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad".^[34]

Tratándose del objeto material el mismo maestro Celestino Porte Petit nos dice:

"Si la conducta del sujeto, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto".^[35]

[34] PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION" EDITORIAL PORRUA, 3A. EDICION, MEXICO 1980, PAG. 35.

[35] IBIDEM, PAG. 45.

En relación a los sujetos, en el delito de violación - necesariamente, el sujeto activo será el hombre pues de acuerdo con nuestra legislación penal es el único capaz de realizar la - cópula, aún cuando en otras legislaciones se pudieran dar el caso de realizar la violación de la mujer hacia el hombre.

Tratándose de los medios del delito de violación señalados, son la violencia física y moral.

La primera es el medio mediante el cual por una fuerza física irresistible, se comete el delito, y la segunda consiste en las amenazas morales, con el objeto de causar un daño, sino - se comete el delito.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la - atipicidad, que en contravención a la tipicidad será la no adecuación de la conducta al tipo penal, y el caso que nos ocupa en en contramos las siguientes:

La falta de calidad en el sujeto activo puesto como he mos mencionado el hombre será el único, capaz de realizar la cópula, es decir, de introducir el miembro viril.

La falta del bien jurídico tutelado, que en éste caso - sería la libertad sexual que proteger el delito.

La falta de objeto material que sería en éste caso el hombre o la mujer como sujeto pasivo.

La falta de medios, es decir, que no se empleare violencia física o moral ya que en éste caso estaríamos en el supuesto de un consentimiento de parte del sujeto pasivo.

C).- ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es el tercer elemento de la teoría del delito y esta es definida por el autor Eugenio Cuello Calón de la siguiente forma:

"La antijuridicidad presenta pues un doble aspecto, un aspecto formal constituido por las conductas opuestas a la norma y otro material integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal, tipicidad es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad, la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad". (36)

Es incuestionable que el delito de violación es antijurídico.

(36) CUELLO CALÓN EUGENIO, "DERECHO PENAL", EDITORIAL BOSCH, 16A. EDICION - BARCELONA ESPAÑA 1971, PÁG. 365.

dico porque se haya la conducta opuesta a lo establecido por la ley y asimismo porque esa conducta causa una lesión.

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituye la juridicidad, que consiste en realizar la conducta descrita -- por la ley al margen de una causa de justificación, las que se -- hayan contenidas en el artículo 15o. de nuestro Código Penal que señala:

"Artículo 15o. El delito se excluye cuando:

....

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre qu exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defien-- de.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, al de sus dependencias, o a los de cualquier persona que -- tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren -- bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación

gación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en -- circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agre---sión.

"V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de me nor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro - no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

"VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que - exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Fuera de éstos casos no existe causa de justificación pa ra realizar una conducta ilícita, pero tratándose del delito que nos ocupa no existe ninguna causa de justificación que puede amparar ésta conducta.

D).- CULPABILIDAD.

La culpabilidad es la conciencia y determinación de que--
rer y realizar una conducta, aceptando el resultado.

Por su parte los doctrinarios la definen de la siguiente
forma:

Para Jiménez de Azúa:

"Es el conjunto de presupuestos que fundamenta la repro-
chabilidad personal de la conducta antijurídica". (37)

El maestro Eduardo López nos proporciona en su libro di-
versos conceptos y nos señala:

"Maggiore define a la culpabilidad como la desobediencia
consciente y voluntaria y de la que no esta obligado a responder
a alguna ley. Mientras que Jiménez de Azúa la define como el con-
junto de presupuestos, que fundamentan la reprochabilidad perso-
nal de la conducta antijurídica.

Para Zafaroni: La culpabilidad es la reprochabilidad de
un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que

(37) CITADO POR MARQUEZ PINEIRO, OP. CIT., PAG. 240.

el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.

Mezger supone "la culpabilidad es el conjunto de los pre supuestos que fundamentaban el reproche personal al autor por el punible que ha cometido". (38)

El fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 8 - de nuestro Código Penal que señala:

"Las acciones u omisiones de ilícitos solamente pueden -- realizarse dolosa o culposamente".

Como se puede observar el Código Penal sólo hace referencia a la culpabilidad en sus formas dolosa y culposa, aún cuando la doctrina ha considerado una tercera, que es la preterintencional.

En relación al dolo el maestro Jiménez de Azúa señala:

"Dolo es la producción de un resultado típicamente anti-jurídico conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del recurso esencial de la - relación de causalidad existente entre la manifestación humana y

(38) LOPEZ BERANCOURT EDUARDO, OP. CIT., PAG. 203 Y 204.

el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratióica". [39]

El fundamento jurídico de la culpabilidad dolosa la encontramos en el artículo 9 de nuestro Código Penal que señala:

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley y".

Para el maestro Francisco Pavón la culpabilidad consistente en:

"La culpa es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previo o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres". [40]

El fundamento de la culpabilidad culposa lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 9 del Código Penal que nos dice:

[39] PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, OP. CIT., PAG. 394.
[40] IBIDEM, PAG. 411.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, -- que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones -- personales".

Quintano Ripollés nos dice: "La preterintencionalidad -- consiste en no haber tenido el delincuente intención de causar -- un mal de tanta gravedad como el que produjo". [41]

En consecuencia cuando el sujeto activo quiere y realiza la conducta delictiva y desea el resultado, estará actuando dolosamente, pero si al mismo tiempo comete otro sin la intención de hacerlo, se configurará la figura de la preterintención, que de acuerdo con nuestra legislación penal no se da.

Por lo anterior el delito de violación sólo podrá darse en forma dolosa, es decir, que se quiere la conducta delictuosa y se acepta el resultado.

Como elemento negativo de la culpabilidad encontramos la inculpatibilidad que se haya reglamentada en el artículo 15 fracción VIII del Código Penal que señala:

[41] PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, OP. CIT., PAG. 117.

"El delito se excluye cuando:

...

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B).- Respecto de la ilícitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código".

No debemos olvidar que el error consiste en la apreciación falsa de la realidad, por lo que es incuestionable que en el delito de violación no se puede tomar la inculpabilidad.

E).- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es definida por el maestro Fernando Castellanos en los siguientes términos:

"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 Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

Será imputable, dice Carranca y Trujillo, todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidos, abstracto e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo - jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana". [42]

Eduardo López Betancourt en su obra utiliza una definición de Luis Jiménez de Asúa y señala:

[42] CASTELLANOS TENA FERNANDO, OP. CIT., PAG. 218.

"Luis Jiménez de Azúa expone que la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse con el padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente la ejecutó, como a su causa eficiente y libre". (43)

Como elementos de imputabilidad se pueden establecer dos la salud mental, que consiste en el pleno uso de sus facultades mentales y la edad biológica, constituida por la mayoría de edad.

Refiriéndonos a que el sujeto tenga pleno uso de sus facultades mentales nos referimos a que psicológicamente se haya en aptitud de ser sujeto de la ley penal, y al referirnos a la edad, nuestra legislación establece que para ser procesado, de acuerdo con la legislación penal deberá de contar el sujeto pasivo al momento de cometer la conducta ilícita con la mayoría de edad, sin embargo ésta no se haya reglamentada por nuestro Código Penal por lo que tenemos que acudir a diversos ordenamientos legales para establecer, como es el Código Civil que nos dice:

"Artículo 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

(43) LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, OP. CIT., PAG. 171 Y 172.

Otro ordenamiento que también determina la responsabilidad penal lo encontramos establecido en la ley para el tratamiento de menores infractores que en su artículo 6 nos dice:

"El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 10. de esta ley. Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán en este aspecto, como auxiliares del consejo.

La competencia del Consejo se surtirá atendiendo a la edad que hayan tenido los sujetos infractores, en la fecha de comisión de la infracción que se les atribuya; pudiendo, en consecuencia, conocer de las infracciones y ordenar las medidas de orientación, protección y tratamiento que correspondan, aún cuando aquéllos hayan alcanzado la mayoría de edad.

En el ejercicio de sus funciones el Consejo instruirá el procedimiento, resolverá sobre la situación de los menores y ordenará y evaluará las medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social".

Como resultado de lo anterior será imputable la persona

física que estando en pleno uso de sus facultades mentales sea mayor de edad y realice la conducta delictiva.

Como aspecto negativo de la imputabilidad encontramos a la inimputabilidad que de acuerdo con el maestro Jiménez de Asúa son:

"Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales 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 antifurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró". (44)

Por cuanto hace al fundamento jurídico de la inimputabilidad tienen su fundamento en el artículo 15 fracción VII y en el artículo 67 que señalan respectivamente:

"Artículo 15.- EL delito se excluye cuando:

VII.- AL momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no -

(44) LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, OP. CIT., PAG. 181.

ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico -- siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuido, se estará a lo - dispuesto en el artículo 69 - Bis de este Código".

"Artículo 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en interna-- miento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la - pena impuesta por el delito cometido".

En el caso del delito de violación pueden operar las - dos causas de inimputabilidad, incluso, con el aumento de delin- cuencia que ha sufrido nuestro país por la difícil situación por

La que atravieza, el índice de criminalidad ha aumentado y es co
mún que los diarios publiquen en sus planas que delincuentes ju-
veniles, cometen violaciones.

También se puede dar el supuesto de que una persona se
encuentre afectada de sus facultades mentales pueda cometer el -
ilícito por lo que inimputabilidad puede operar en el delito de
violación.

CAPITULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO

A).- AVERIGUACION PREVIA.

La averiguación previa de acuerdo con el maestro Juan José González Bustamante es:

"... La averiguación previa, llamada también fase preprocesal, - es la que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal". (45)

Su fundamento lo encontramos en nuestra Constitución en el artículo 21, que nos dice:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mandato inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones (45) GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, OP. CIT., PAG. 123.

nes de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas..."

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al referirse a la averiguación previa nos dice:

"Artículo 30. Corresponde al Ministerio Público:

1.- Dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole - la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias..."

Nosotros consideramos que la averiguación previa es - la etapa procedimental en la que el Ministerio Público ejerce sus facultades de investigador, para determinar si a su parecer existe o no delito y ejercitar en su caso la acción penal, sin embargo, para ello se requiere de la existencia de una denuncia o querrela, pues así lo contempla nuestra Constitución en el artículo 16, que señala:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papales o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o -- por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculgado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia..."

Como se puede observar del dispositivo legal transcrito, para que proceda cualquier detención o aprehensión es necesario que proceda denuncia, acusación o querrela y al respecto el maestro Fernando Arias nos dice:

"Los únicos medios con que se inicia la averiguación previa y con ello el procedimiento penal, es la denuncia y la querrela; la primera reservada a los delitos de persecución oficiosa y la segunda a los delitos privados de persecución pública, ya que ambos términos por denuncia o de oficio deben concebirse como sinónimos, toda vez que en el práctica, en la integración de averiguaciones previas y en la persecución de delitos de oficio, siempre figura el Ministerio Público como autoridad investigadora; el ofendido o un tercero como denunciante, y como probable responsable una o varias personas, y nunca se observa al Ministerio Público con doble carácter, de autoridad investigadora y denunciante por hechos o conductas delictuosas de que pudiera tomar conocimiento personalmente, puesto que siempre interviene por un parte de policía o la denuncia del particular que figura directamente como ofendido o tercero, llevando la noticia criminalis". [46]

La denuncia la podemos conceptualizar como la noticia que cualquier persona dá a la autoridad, de haberse cometido al

[46] CITADO POR MANUEL RIVERA SILVA, "PROCEDIMIENTO PENAL", EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1960. PÁG. 52.

gún delito o próximo a su consumación, para que se tomen las medidas pertinentes.

Por querrela debemos entender de acuerdo a lo que establece el maestro Rafael de Pina:

"La querrela tal y como la entiende nuestro legislador, es el acto mediante el cual el ofendido pone en conocimiento de la autoridad competente la comisión del delito de que ha sido víctima y pide que sea debidamente sancionado, en realidad, no es más que una simple denuncia". (47)

Al tener conocimiento de un hecho delictuoso, el Ministerio Público iniciará inmediatamente la averiguación de oficio, o a petición de parte ofendida o de su representante legítimo, cuando se trata del delito cuya persecución requiera querrela la parte, o que pudiere tener conocimiento de su perpetración, llevará a cabo todas las investigaciones, demás circunstancias que pudieran contribuir a comprobar el hecho, determinar su naturaleza, gravedad y averiguación a las personas responsables.

La denuncia puede hacerse personalmente o por medio de mandatario con poder especial y puede ser escrita o verbal, si es escrita la debe firmar el denunciante, y sino puede hacerlo,

(47) DE PINA RAFAEL., "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES ANOTADO", EDITORIAL HERRERO 1991, PAG. 13.

otra persona a su ruego.

El funcionario que la recibiera rubricará y sellará todas las hojas en presencia de quien la presente.

Si la denuncia fuere verbal, el funcionario que la recibe levantará una acta en forma de declaración, en la que expresará lo que manifieste el denunciante, firmándola ambos.

Cuando las denuncias o querrelas se formulan verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que la reciba. Cuando sea -- por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

Cuando se presente la querrela o la denuncia por escrito, deberá ser citado el que la formule para que la ratifique y proporcione los datos -- que se consideren necesarios pedirle, para su mejor integración.

Por último toda persona que tenga conocimiento de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciar lo al Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier -- funcionario o Agente de Policía.

Una vez que el Ministerio Público se ha enterado de -- los hechos delictivos procederá a la investigación de éstos, para lo cual deberá:

- a).- Recoger los vestigios o pruebas de la perpetración del delito;
- b).- Describir detalladamente el estado y las circunstancias conexas de las personas o cosas que se encuentren relacionadas con el mismo;
- c).- Nombrar peritos, en los casos que sean necesarios, para la debida apreciación de las circunstancias de la persona o cosa relacionada con el delito.
- d).- Llevar a cabo una inspección ocular en el lugar en que se cometió el delito y hacer la descripción del mismo, para la comprobación del ilícito penal.
- e).- Recoger las armas, instrumentos u objetos que pudieren tener relación con el delito si se hallaron en poder del presunto responsable o en parte conocida, expresándose cuidadosamente el lugar, tiempo y circunstancias en que se encontraron, -- haciendo una minuciosa descripción de su hallazgo.
- f).- Cuando fuere conveniente para la integración de la averiguación previa, levantar planos del lugar de los hechos,

tomar fotografías del mismo, así como de las personas que hubieren sido víctimas del delito.

g).- Cuando no queden huellas o vestigios del delito, deberá hacerse constar, oyendo el juicio de peritos, si la desaparición de las pruebas materiales ocurrió natural, causal o intencionalmente.

h).- Si se tratare de delitos, que por su propia naturaleza no dejó huellas de su comisión, se deberá tomar la declaración de testigos, por medio de los cuales se acredite la perpetración del hecho delictuoso recibiendo las demás pruebas que demuestren la ejecución del delito y sus circunstancias.

De las investigaciones que realice el Ministerio Público en la averiguación previa, se podrán dar dos situaciones, la primera de ellas será la de ejercitar la acción penal y la segunda consiste en no ejercitar la acción penal, y en caso de haber detenido o detenidos ponerlos en libertad por falta de elementos para consignar.

Estas dos determinaciones serán el resultado de las pruebas obtenidas por el Ministerio Público en su acción investigadora, y en su caso se procederá a ejercitar acción penal en --

contra del inculpado.

BI. - FASE POSTULATORIA

Una vez ejercitada la acción penal por el Ministerio Público surge el auto de radicación que es la primera etapa de la instrucción.

Podemos definir el auto de radicación como la resolución que dicta el juez, competente, por el cual sujeta a las partes al procedimiento, surgiendo la trilogía procesal, en busca de la verdad jurídica, para impartir la justicia y proteger el orden social.

El auto de radicación, señala el inicio de un período procesal; su importancia radica en establecer las bases para la -- iniciación del proceso, es decir determinar la existencia de un delito y de la presunta responsabilidad.

Sin éste auto, no se puede hablar de proceso, ya que se carecería de principios sólidos para la justificación de actuaciones posteriores.

En el derecho, el auto de radicación carece de requisi

tos formales, y lo que necesariamente debe de contener es la manifestación de que ha quedado radicado algún asunto.

Los elementos que contiene el auto de radicación pragmáticamente son los siguientes:

- a).- Nombre del juez que lo pronuncia.
- b).- Lugar.
- c).- Año, mes, día y hora en que se dicta.

Mandatos relativos que se deberán llenar en el auto de radicación:

I.- Radicación del asunto.

II.- Intervención del Ministerio Público.

III.- Orden para que se proceda a tomar la declaración preparatoria al detenido.

IV.- Que se practiquen las diligencias necesarias para establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

V.- Que en general, se facilite al detenido su defensa conforme lo que dispone la ley, como lo señalan los artículos 134 bis y 269 del Código de Procedimientos Penales.

Como consecuencia de derecho, el auto de radicación trae consigo que el juzgador se encuentre en la facultad y obligación para resolver las cuestiones de proceso, de tal manera que no quede a capricho del juez, resolver las cuestiones procesales en cualquier tiempo; sino que debe hacerlo dentro del término que la ley señala.

Respecto a las partes que intervienen en el proceso las deja vinculadas, en tal virtud el Ministerio Público tiene que actuar en el tribunal donde ha quedado radicado determinado proceso; así también el acusado y su defensor quedarán sujetos al juez que conozca del asunto y ante el cual se llevarán a efecto las diligencias y actuaciones que se estimen pertinentes.

En cuanto a los terceros también quedan obligados al tribunal donde se haya verificado la radicación.

Si la radicación se ha hecho con detenido, el juez examinará, si se han llenado los requisitos Constitucionales, y en tal virtud decretará la detención del consignado.

Las medidas limitativas de la libertad personal, impuestas, por el estado al sujeto activo de la acción penal, res-

ponden a necesidades de índoles diferentes para garantizar la -- efectividad de la sentencia, y la de mantener el aseguramiento -- del presunto responsable para todos los trámites del procedimiento.

Cuando el Ministerio Público consigna sin detenido, - solicita la detención o comparecencia del sujeto activo de la acción penal, siendo el juez quien tiene que decidir si la concede o la niega; todo depende si están reunidos o no los requisitos - que exige la Constitución.

El Código de Procedimientos Penales hace referencia - al auto de radicación en su artículo 286 bis, al señalar:

"Cuando aparezca de la averiguación que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se han comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional - que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y -- practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resultan procedentes.

Si durante el plazo de diez días, contados a partir del que se haya hecho la consignación, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Plena del Tribunal Superior que corresponda.

El juez ordenará o negará la aprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los quince días contados a partir del que se haya acordado la radicación. Si no resuelve oportunamente sobre este asunto el Ministerio Público procederá en los términos previstos en la parte final del párrafo anterior".

La orden de aprehensión no la podemos concebir, si no hasta después que el Ministerio Público a ejercitado la acción penal, y una vez que se ha dictado el auto de radicación podrá proceder siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos para ello.

La detención y la prisión son el resultado de actos jurisdiccionales y corresponden al auto de detención y el auto de formal prisión respectivamente.

Una vez que se ha dictado el auto de radicación, habrá de procederse a dictar el auto de formal prisión, en los términos asentados en el artículo 19 de nuestra Constitución, que señala:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin - que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán; el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a -- los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso aparece que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objecto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la -- acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda - molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

El auto de formal prisión, tiene por objeto definir - la situación jurídica del inculcado y fijar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

A éste respecto el procesalista Guillermo Colón Sán--

chez, nos dice:

"Conforme al artículo 19 Constitucional y las leyes adjetivas - federal y del distrito, es la resolución judicial para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y -- dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la -- responsabilidad siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una -- causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar -- el delito o delitos por lo que a de seguirse el proceso". [48]

Para Sergio García Ramírez. "El auto de formal prisión en orden al derecho mexicano, es la resolución jurisdiccional dictada dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculpado". [49]

El auto de formal prisión contempla los siguientes - requisitos de fondo, que al faltar alguno de ellos, constituiría violación a las garantías que consagran la Constitución en los

[48] COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 268.

[49] GARCIA RAMIREZ SERGIO, "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1981, PAG. 200.

artículos. 18, 19 y 20.

I.- La comprobación plena del cuerpo del delito.

II.- La comprobación de la probable responsabilidad penal del inculpado.

III.- Que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria.

IV.- Que no esté plenamente comprobada alguna causa eximiente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

Una vez que se ha dictado el auto de formal prisión, el procedimiento entra en su fase probatoria.

C1.- FASE PROBATORIA.

Al dictarse el auto de formal prisión se definirá que el procesado queda sujeto a proceso y recluso, en su caso se le hará saber de que goza de los beneficios de la libertad bajo fianza, además de definirse si el procedimiento se sigue por vía sumaria o por vía ordinaria. El procedimiento sumario se sigue cuando exista flagrancia, que el término medio aritmético -

de la pena del delito de que se trate no exceda de cinco años de prisión o exista una pena alternativa; de igual forma se seguirá en el supuesto de que las partes manifiestan su conformidad con el mismo, por no tener otras pruebas que ofrecer, salvo lo conducente a la individualización de la pena o la medida de seguridad; si el procesado o su defensor solicitarán que se siga el juicio por vía ordinaria, se revocará la declaración de juicio sumario y se continuará el procedimiento ordinario (artículo 305 del Código de Procedimientos Penales.)

Si el juicio penal se seguirá por vía sumaria, las partes dispondrán de diez días comunes, contados desde el siguiente de la notificación del auto de formal prisión para ofrecer pruebas.

Por otra parte, si el delito que fuere consignado por el Ministerio Público no encuadrará dentro de los supuestos para seguir el procedimiento sumario o existiera solicitud del procesado, el juicio a seguirse será el procedimiento ordinario y en el auto de formal prisión se pondrá el expediente a la vista de las partes para que ofrezcan pruebas dentro del término de quince días contados a partir del siguiente a la notificación del referido auto de formal prisión. En esta etapa tanto el Ministerio Público, como el procesado podrán ofrecer las pruebas conducentes a establecer la responsabilidad del procesado y éste para establecer que no es penalmente responsable.

FALTA PAGINA

No. 74

personas por medio de la fuerza pública en los términos del artículo 33".

De acuerdo con el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal serán admisibles en el procedimiento penal las siguientes pruebas:

"La ley reconoce como medios de prueba:

I.- La confesión;

II.- Los documentos públicos y los privados;

III.- Los dictámenes de peritos;

IV.- La inspección judicial;

V.- Las declaraciones de testigos, y

VI.- Las presunciones;

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio -

de prueba, establecer su autenticidad".

No queremos hacer mención a los medios de prueba, -- puesto que a ello ya nos hemos referido en el capítulo primero -- del presente trabajo por lo que para no ser reiterativos baste -- con mencionarlos.

Una vez ofrecidas y admitidas las pruebas se procederá al desahogo de las mismas y hecho lo anterior se cerrará la -- instrucción, bien sea en el procedimiento ordinario o en el ex-- traordinario en términos de los artículos 315 y 308 de nuestro -- Código de Procedimientos Penales que respectivamente señala:

"Artículo 315.- Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiere -- promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días por cada uno, para la formulación de -- conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, -- por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día de plazo señalado sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el ministerio Público haya presentado conclusiones -- el juez deberá informar mediante notificación personal al procurador acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u

ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se le ha ya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan; pero si, el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso".

"Artículo 308.- La audiencia se realizará dentro de los diez días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de prueba, en el que se hará, además, fijación de fecha para --aquella:

Una vez terminada la recepción de pruebas, las partes podrán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta relativa. Cualquiera de las partes podrá reservarse el derecho de formular por escrito sus conclusiones para lo cual contará con un término de tres días.

Si es el Ministerio Público el que hace dicha reserva al concluir el término señalado, se iniciará el concedido a la -

defensa".

D).- FASE CONCLUSIVA.

Esta fase tiene lugar una vez que se ha cerrado la -- instrucción, poniéndose a disposición del Ministerio Público el expediente, para que este formule sus conclusiones para lo cual contará con un término de 5 días, el cual será también aplicable a la defensa del acusado, para lo cual habrán de sujetarse a lo señalado por los artículos 316, 317 y 318 que señalan:

"Artículo 316.- El Ministerio Público al formular sus conclusiones, hará una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de -- ellos surjan, citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminará su pedimento en proposiciones concretas".

"Artículo 317.- En las conclusiones, que deberán presentarse por escrito, se fijarán en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes y de la jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del cuex

no del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal."

"Artículo 318.- La exposición de las conclusiones de la defensa no se sujetarán a ninguna regla especial. Si aquella no formula conclusiones en el término que establece el artículo 315, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad y se impondrá al o a los defensores una multa hasta de quinientos pesos o un arresto hasta de tres días, salvo que el acusado se defienda por sí mismo."

Una vez que se han hecho las conclusiones y estas han sido aceptadas como definitivas se procede a la audiencia final de primera instancia para lo cual habrá de citarse a las partes y se procederá en términos del artículo 326 que señala:

"Las partes deberán estar presentes en la audiencia. En caso de que el Ministerio Público o el defensor no concurren, se citará para nueva audiencia dentro de tres días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor particular y se informará al procurador y al jefe de la Defensoría de Oficio, en su caso, para que impongan la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y puedan nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada."

El anterior artículo tiene como misiva el no permi-

ta que se deje en estado de indefensión a alguna de las partes, en virtud de que es indispensable que el Ministerio Público como representante de la sociedad y el defensor del acusado estén presentes en la audiencia final, para que aleguen lo que a su derecho convenga, ya que en caso contrario, éstas no tendrían un representante para ello.

Después de oír los alegatos de las partes, y de recibir las pruebas que puedan presentarse y de la lectura de las constancias que las partes señalan, el juez declarará visto el proceso con lo que se terminará la diligencia y se estará en aptitud de dictar sentencia, lo anterior se hace con el fin de que se cumpla con el principio de inmediación en el que el juez se entere de las pruebas ofrecidas, de las constancias que las partes desean se tomen en especial consideración y de los alegatos de éstas, para que atendiendo a todos éstos elementos el juez pueda dictar sentencia conforme a los hechos y a derecho.

El maestro Colín Sánchez nos dice que:

"La sentencia penal es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve

la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia". (50)

De acuerdo con el autor Guillermo Colín Sánchez la sentencia penal deberá constar por escrito atendiendo a las siguientes normas de redacción.

"El prefacio inicia la sentencia, en él expresan -- aquellos datos necesarios para singularizarla y que mencionaremos al ocuparnos de las formalidades.

Los resultados (averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas, etc). Otro tanto puede decirse de los considerandos, sólo que en éstos se califican y razonan los acontecimientos, para así, a través de la parte decisoria, expresar los puntos concretos a que se llegue.

Las formalidades son: la fecha y lugar en donde se dicte, el tribunal que la pronuncie, el número del expediente, - los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, el lugar de su nacimiento, su edad, estado civil, domicilio y profesión (prefacio); un extracto de los hechos que, según nuestros Códigos, - debe ser breve, aunque, si ya se habla del extracto, quizá esta exigencia los redujera a grado tal que resultaran incomprensibles para su razonamiento y fundamentación legal; por tanto, de-

(50) COLIN SANCHEZ GUILLERMO, OP. CIT., PAG. 415.

be hacerse de manera conveniente y sin reducir demasiado la historia de los mismos resultados; las consideraciones de los hechos, lo que implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales en donde se apoye el juez para robustecer su criterio, el estudio de la personalidad del delincuente, citando los preceptos legales en que se sustentan jurídicamente los razonamientos sobre estos aspectos considerados, la declaración imperativa y concreta de que el delito se cometió, la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, la culpabilidad, la inculpabilidad, la naturaleza de la sanción del daño, la imposición de la multa, determinando su cuantía, la confiscación de los objetos del delito, la amonestación al sentenciado, la orden de que se notifique a las partes y el mandamiento para que se cumpla en el lugar en donde lo determine la Dirección General de Servicios -- Coordinados de Prevención y Readaptación Social (parte decisoria), etc. (51)

CAPITULO CUARTO

LA PRUEBA PERICIAL EN EL DELITO DE VIOLACION

A1.- PERITAJE MEDICO.

Como hemos señalado en los capítulos anteriores la prueba pericial es la interpretación de una persona docta en una profesión arte u oficio y en el caso concreto del delito de violación la prueba pericial reviste una enorme trascendencia.

Es indiscutible que se requiere de un dictamen médico que determine si existe o no cópula ya que esta no es apreciable a simple vista y por si esto fuera poco los trastornos físicos que conlleva, también requieren del estudio y análisis de un profesional.

El dictamen médico habrá de rendirse por escrito como lo señala el maestro Javier Piña Palacios que nos dice:

"Los peritos, al emitir su dictamen deben hacerlo -- por escrito, y tanto el juez como el Ministerio Público, en su -

caso, están obligados a que lo ratifiquen en una diligencia especial; pero podrá ordenar la ratificación el juez o el Ministerio Público, únicamente en el caso de que los dictámenes fuesen objeto de falsedad o que, tanto el juez como el Ministerio Público, lo estiman necesario". [52]

De acuerdo con el maestro Alfonso Quiroz Cuarón entendiéndose por estos los médicos que asisten al juez o Ministerio Público en los asuntos médicos legales, tendrán las siguientes funciones.

"Con las personas vivas;

- a).- Identidad.
- b).- Enfermedad. Deficiencia mental.
- c).- Simulación, disimulación o sobresimulación.
- d).- Diagnóstico de enfermedad venérea.
- e).- Diagnóstico de gravidez.
- f).- Diagnóstico de lesiones.

[52] PIÑA PALACIOS JAVIER, "MEDICINA FORENSE", EDITORIAL PO---RRUA, 2A. EDICIÓN, MEXICO 1980, PAG. 257.

g).- Diagnóstico de intoxicaciones; alcohólica, mariguana, etc.

h).- Afirmar o negar la existencia de delitos sexuales". (53)

Tratándose del apartado correspondiente a la existencia de delitos sexuales el perito médico forense habrá de realizar su dictamen pericial en los siguientes términos:

1).- Causa penal, que corresponde al número del expediente en que interviene el perito y en el que habrá de rendir su dictamen pericial.

2).- El nombre del procesado o procesados, para identificar plenamente el expediente.

3).- La autoridad ante la que se dirige.

4).- Los datos del médico como son su número de cédula y la personalidad con que comparece así como el peritaje -- que habrán de realizar.

5).- Los datos de la persona o personas que habrán de ser examinadas, cabe hacer mención que en este punto podrán

(53) QUIROZ CUARON ALFONSO, "MEDICINA FORENSE", EDITORIAL PORRUA, 2A. EDICION, MEXICO 1980, PAG. 153.

ser examinados los puntos responsables y el sujeto pasivo del delito, estableciendo sus datos personales y sus descripciones físicas.

6).- La determinación del problema planteado que será en cada caso específico es decir atendiendo al examen de la persona a la que se quiera examinar, dentro de esta el autor Alfredo Achaval nos dice que habrán de practicarse los siguientes exámenes en la víctima.

"a).- Forma de violación con violencia (signos de la violencia usada) y violación sin violencia;

b).- Estado himeneal previo al hecho; virginidad, desfloración;

c).- Signos de acceso carnal; desfloración (rotura -- del himen por el pene; cuando el desgarró tiene otro origen se cita la causa de la rotura, digital, por cuerpo extraño, por empalamiento, etc, etc); fecundación (posibilidad de ser anterior a la violación, posibilidad del himen complaciente); etc.

d).- Signos de condiciones de no resistencia física o psíquica;

e).- Examen bio-psico-social, valor del consentimiento, provocación, etc.

La inmisión del pene puede presumirse con el arrastre de pelo vulvar en los segmentos altos de vagina o en hocico de - tenca así como también en el hallazgo de esperma, en especial - cuando es sólo en esa cavidad. Si hubo eyaculación puede investi garse la fosfatasa ácida mediante comprimidos o tiras reactivas; sin embargo el resultado positivo sólo se obtiene con valores su periores a 200 U.K.A/ml.

Cuando la cantidad de esperma es exagerada puede de-- berse a eyaculaciones repetidas o a que los que eyacularon fue-- ron varios.

Debemos recordar que la impotencia sexual masculina - es un síndrome de posibles causas múltiples y simultáneas, razón por las cuales su estudio debe ser sistematizado.

El perito debe tener presente que una mujer puede sen tirse excitada sexualmente sin que ello signifique consentimiento". (54)

Tratándose del presunto responsable habrán de reali-- zarse los siguientes exámenes:

"a).- Lesiones por defensa según la forma de la viola

(54) ACHAVAL ALFREDO, "MANUAL DE MEDICINA LEGAL", EDITORIAL -- ABELEDO PERROT, 4A. EDICIÓN, BUENOS AIRES ARGENTINA 1994, PAG. 565.

ción;

- b).- Examen serológico de grupos sanguíneos;
- c).- Examen de pelos, esperma, etc;
- d).- Enfermedades venéreas en período de contagio;
- e).- Examen de fuerza física y factores tóxicos;
- f).- Examen bio-psico-social". (55)

7).- Las técnicas empleadas, en donde el perito habra de explicar los análisis que se llevaron a cabo para realizar el dictamen.

8).- Los resultados en esta etapa el perito explica - los hallazgos encontrados en los análisis practicados.

9).- Las conclusiones que son las apreciaciones a los que llego el perito después de haber realizado el peritaje.

10).- La bibliografía utilizada.

11).- La fecha en que se realiza el peritaje.

12).- La firma del perito.

Cabe hacer mención que los signos de violación varían dependiendo del caso concreto, por lo que también el peritaje deberá variar atendiendo a cada caso en particular, baste mencionar las siguientes hipótesis.

Violación de mujer virgen, bien sea por la introducción del pene por vía anal, oral o vaginal.

Violación de mujer desflorada, la cual también se comete por vía anal, bucal o vaginal.

La violación de hombre, la cual solo se puede cometer por vía anal u oral.

Es evidente que el ofendido podrá ser hombre o mujer pero el presunto responsable, siempre será hombre por lo que los exámenes en relación al primero de estos variará.

El servicio médico forense se haya regulado por la ley orgánica de los tribunales de justicia del fuero común del Distrito Federal, título IX, capítulo VI denominado del Servicio Médico Forense y otros, en el que se establece las funciones que

habran de desempeñarse y los requisitos que habran de cubrirse - para ser médico forense y el artículo 175 nos dice:

"Para ser perito médico forense se requiere:

a).- Tener 25 años cumplidos de edad;

b).- Poseer título de médico cirujano registrado ante la Dirección General de Profesiones y la Secretaría de Salubridad y Asistencia;

c).- Tener tres años ininterrumpidos de ejercicio profesional;

d).- Acreditar antecedentes científicos, labores docentes o dedicación profesionales que demuestren idoneidad en la materia y haber cursado estudios de especialización en esa disciplina, exhibiendo en su caso el documento que lo justifique, y

e).- Ser de notoria buena conducta".

Es incuestionable que en cuanto a los requisitos que señala la ley orgánica, no se cuenta con estudios de psicología, los cuales son indispensables en virtud de que quien ha sido ultrajado presenta no solo consecuencias físicas sino incluso psicológicas ya que el pasar por la experiencia de una violación re

sulta traumante y si a esto le agregamos el tener que enfrentar el peritaje médico legal, existieran mayores consecuencias psicológicas.

Debido a lo anterior se han creado agencias especializadas del Ministerio Público en las que se da un trato más digno y más humano a quienes han sido víctimas del delito de violación situación que desde luego ha sido acogido con beneplacito y por la sociedad y por quienes han acudido en su carácter de ofendidos ya que incluso estos centros cuentan con una ayuda asistencial de psicólogos y trabajadores sociales pero no implica que el médico forense, tenga conocimientos de psicología, sin embargo es un avance trascendental el hecho de quien realiza un peritaje es una mujer cuando el ofendido es mujer y hombre cuando el sujeto pasivo es hombre.

B).- VALORACION.

Antes de entrar al estudio de la valoración de la prueba pericial llevada a cabo por el perito médico legista hemos de señalar que el peritaje es valorado en dos etapas procedimentales que son en la averiguación previa y en la instrucción.

En la averiguación previa ante la denuncia que reali-

za el ofendido se procede al peritaje médico, para lo cual como hemos mencionado quien ha sido víctima del delito de violación se canalizará a la Agencia del Ministerio Público especializada en delitos sexuales, en la cual se levantará el acta respectiva y se procederá a realizar el peritaje con las circunstancias a que ya hemos hecho referencia en el inciso anterior.

Del resultado que arroje la prueba pericial y los --- otros medios de prueba que hayan sido ofrecidos el Ministerio Pú blico estará en aptitud de ejercitar acción penal.

Una vez ejercitado la acción penal corresponderá al - juez en turno el abocarse al conocimiento de los hechos y de tomar en consideración el peritaje para dictar sentencia.

Tratándose de la prueba pericial el artículo 254 del- Código Procesal Penal establece:

"La fuerza probatoria de todo juicio pericial, incluso el cotejo de letras y los dictámenes de peritos científicos, será calificada por el juez o tribunal, según las circunstan--- cias".

Nuestra legislación no es clara al establecer que los dictámenes periciales serán valorados según las circunstancias, por lo que deja al arbitrio del juez la facultad de concederle -

valor.

Respecto a la valoración el maestro Guillermo Colín nos dice:

"El juez considerará aspecto de orden subjetivo y objetivo.

En lo subjetivo, sin duda, toda valoración implica un juicio sobre la personalidad del perito, con el fin de establecer si existe alguna causa que haya podido influir para que la peritación no sea imparcial.

Con lo objetivo queremos significar que habrá necesidad de tomar en cuenta los razonamientos contenidos en el dictamen, su alcance lógico, la precisión, coherencia y análisis que -- sirvan de fundamento al juicio emitido, y las afirmaciones hechas, pues no será lo mismo, emitir un dictamen sobre una hipótesis que sobre algo susceptible de demostrarse. Además, será indispensable relacionar la peritación con las demás probanzas, para justipreciar la opinión del perito.

Aunque el juez goza de libertad suficiente para valorar el dictamen pericial, ello no es sinónimo de arbitrariedad; si de valoración se trata esto implica un razonamiento suficiente para justificar el porque se acepte o se rechaza el dicta---

men". (56)

Atendiendo a la consideración de los aspectos subjetivos y objetivos a que hace referencia Guillermo Colín Sánchez en relación al artículo 254 del Código Penal el autor Javier Piña - Palacios es un poco más explícito al señalar:

"El valor de la prueba pericial depende de las siguientes circunstancias, las primeras con relación al perito y las segundas con relación a la persona que debe apreciar la prueba.

I.- Circunstancias de aptitudes del perito:

- a).- Aptitud física del perito.
- b).- Aptitud psíquica del perito.
-
- c).- Capacidad técnica del perito.
- d).- Amplia práctica del perito en el arte o ciencia.
- e).- Amplio tiempo de ejercicio de esa experiencia.
- f).- Adelantos de la ciencia o arte.

g).- Frecuencia de la renovación de los conocimientos.

h).- Habilidad en el empleo de su arte o ciencia.

i).- Honestidad en el empleo de la ciencia o arte.

j).- Claridad en el planteamiento del problema.

k).- Estricta aplicación de la lógica en el razonamiento.

l).- Precisión en las conclusiones.

II.- Circunstancias de aptitudes de quien emplea el dictamen:

a).- Aptitud física.

b).- Aptitud psíquica.

c).- Facultad de análisis.

d).- Precisión en el empleo del dictamen.

e).- Razonamiento lógico en el empleo.

f).- Razonamiento de las conclusiones.

g).- Honestidad u habilidad en la aplicación de los conocimientos adquiridos por el dictamen.

h).- Conclusiones claras sobre las razones por las que se llega al conocimiento de la verdad". [57]

Con todo lo anterior el juez habrá de tomar en consideración la valoración del peritaje, cabe señalar que en el delito de violación el peritaje es determinante puesto que en el se establecen circunstancias especiales y específicas como son las características de la desfloración, de las lesiones producidas por el miembro viril, de los residuos de esperma que habrán de compararse con el presunto responsable, muestras de pelo, saliva e incluso sangre que se hallen como indicios al cometerse el delito, lo que evidentemente facilita la comprobación de la presunta responsabilidad y del cuerpo del delito, lo que contrabuiara a conocer la verdad jurídica en la comisión de los delitos.

[57] PIÑA PALACIOS JAVIER, OP. CIT., PAG. 248 Y 249.

C).- EL PERITAJE INSTITUCIONAL Y PARTICULAR.

Es evidente que este tipo de peritajes se da en función de las garantías constitucionales que consagran el derecho a la defensa del inculpaado y así el artículo 14 nos menciona.

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho ..."

Este artículo consagra el derecho de legalidad que toda persona tiene, para no ser molestado de su libertad sin previo juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, las que evidentemente implican el derecho de ser oído y vencido en juicio, pues así lo dispone el artículo 20 -- Constitucional en sus fracciones V y VII que señalan que todo -- acusado tendrá derecho a ofrecer pruebas ya que se le proporcionen los datos que solicite necesarios para su defensa.

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado

Las siguientes garantías:

...

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

...

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

..."

Lo anterior se corrobora con lo señalado por el artículo 164 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal - que nos dice:

"Cada una de las partes tendrá derecho a nombrar hasta dos peritos, a los que se les hará saber por el juez su nombramiento, y a quienes se les ministrarán todos los datos que -- fueren necesarios para que emitan su opinión. Esta no se atenderá para ninguna diligencia o providencia que se dictare durante

la instrucción, en la que el juez normará sus procedimientos por la opinión de los peritos nombrados por él".

Por su parte el autor Alfonso Quiroz Cuarón hace referencia al perito médico forense y nos dice:

"La intervención del perito médico forense puede ser como perito oficial o particular o privado. Es decir, puede intervenir por designación del juez, del Ministerio Público, de la defensa, o como coadyuvante del representante de la sociedad. Si viviéramos en la República de Platón, en la Ciudad de Sol o en Utopía, estas divisiones resultarían arbitrarias, puesto que el perito médico forense es un hombre de ciencia que aplica sus conocimientos a resolver los problemas que le plantean". [58]

El hecho de que el órgano acusador como la defensa puedan ofrecer peritos radica en el hecho de procurar una equitativa impartición de la justicia pues de lo contrario se dejaría en un estado de indefensión al procesado, sin embargo tratándose del delito de violación comunmente la prueba pericial ofrecida por el presunto responsable versa sobre el dictamen realizado por el perito médico legista adscrito al Ministerio Público especializado en delitos sexuales ya que debido al tiempo que ha transcurrido sería difícil e imposible el poder hallar muestras de semen,

[58] QUIROZ CUARÓN ALFONSO, OP. CIT., PAG. 148.

saliva y pelos entre otros ante lo cual sólo se procederá como - hemos dicho a rendir el dictamen pericial en función de el peritaje ya rendido sin embargo esto no existe impedimento alguno de que pueda practicarse la prueba pericial del médico en la víctima, para determinar cuestiones como el hecho de que esta haya tenido o no relaciones antes de la violación lo que pudiera restar le credibilidad al dicho del ofendido si es que éste manifestó - no haber tenido relaciones con anterioridad y el médico legista no hizo referencia a ello.

A continuación hemos de señalar algunas diferencias - entre el peritaje institucional u oficial y el particular y al - respecto el maestro Alfonso Quíroz nos dice:

"Hay una diferencia importante entre los peritos oficiales y los particulares; los primeros tienen nombramiento oficial y cobran un sueldo, y los segundos cobran honorarios cuando sus servicios son requeridos; ambos cobran, los primeros cada - quince días y los otros cada vez que intervienen"^[59]

El hecho que el presunto responsable cubra los honorarios del perito particular implica una parcialidad, lo que en -- realidad sucede mediante componendas entre el perito y quien paga el peritaje lo cual se hace al margen de la ley y en detrimento

to de la impartición de justicia pero que es práctica común y cotidiana tal hecho, situación que es agravada por las presiones a que se hayan sujetos los peritos oficiales, como son las derivadas de sus superiores jerárquicos quienes mediante una recomendación pretenden librar de responsabilidad a sus recomendados que mediante influencias y dadas tratan de burlar a la ley.

Los peritos médicos particulares generalmente intervienen en los casos espectaculares, o en aquellos otros en que los protagonistas de los hechos antisociales, que casi siempre son de naturaleza penal, poseen recursos económicos, esto último hace más difícil la defensa, pues entonces se mueven recónditas fibras subconscientes que nublan el entendimiento, asimismo los peritos particulares cuentan en muchas ocasiones con mejores instrumentos técnicos que facilitan su labor, en tanto que los peritos oficiales tienen que ajustarse al material que el Estado les proporciona.

Otra diferencia es el hecho de que los peritos particulares habrán de aceptar el cargo y no así los oficiales ya que así lo establece el artículo 168 que nos dice:

"Los peritos que acepten el cargo, con excepción de los oficiales, tienen obligación de presentarse al juez para que les tome la protesta legal.

En casos urgentes, la protesta lo harán al producir o ratificar el dictamen".

Por último queremos hacer mención del hecho de que - en caso de que exista discrepancia entre los peritajes oficial y particular el juez podrá citar a una junta de peritos en los que se decidiran los puntos de diferencia, pudiendo cuestionar a estos sobre las preguntas que crea oportunas y si lo juzga conveniente podrá nombrar un perito tercero en discordia el cual evidentemente también será oficial.

D).- PROPUESTAS PERSONALES.

Después de haber analizado el sistema probatorio en nuestro país, la teoría del delito de violación, el procedimiento penal y en particular lo concerniente al peritaje médico en - el delito de violación, toca el turno de elaborar y de proponer a su apreciable criterio las siguientes propuestas.

Primera.- Cuando una persona es víctima del delito - de violación se hace indispensable el peritaje médico correspondiente y a pesar de que se ha creado un Ministerio Público especializado en delitos sexuales que es un gran avance, el personal médico no cuenta con conocimiento de psicología y si bien - es cierto que los doctores están concientes de la situación emocional del ofendido esto no es suficiente ya que también se necesi

ta atención psicológica para concientizar a los afectados ya que como es sabido hay delitos que no se denuncian por temor al escándalo público, situación que se agrava si tomamos en cuenta el desinterés, el burocratismo que algunos malos funcionarios realizan por lo que desde este momento sugerimos el hecho de que quien realice el dictamen médico cuenta por lo menos con un curso especializado de atención a víctimas de delitos sexuales, para que de esta forma pueda darse una mejor atención a las personas que han sido ultrajadas.

Segunda.- Dentro del examen médico y de la declaración que se le realice al ofendido u ofendida, debe permitirse que siempre este acompañado de una persona de su confianza ya que de esta forma se logra un ambiente de seguridad para el ofendido, quien estará apoyado por sus parientes o amigos y en el tan molesto examen médico brindará un apoyo más al médico que realice la inspección.

Tercera.- Debe realizarse un estudio con el fin de eliminar todos aquellos trámites, superfluos e innecesarios en la denuncia de estos delitos a efecto de que la declaración y el examen médico se realicen en la forma más rápida y eficaz evitando las mayores molestias al ofendido.

Cuarta.- Realizar inspecciones periódicas al Ministerio Público especializado en delitos sexuales a fin de comprobar que el personal que labore ahí este cumpliendo cabalmente con su

función en la institución, y en caso contrario proceder a suplir al elemento pernicioso.

Quinta.- Capacitar continuamente al personal en cuanto a las funciones que desempeñe y al mismo tiempo concientizarlo de la importante función que desempeña en su cargo.

Sexta.- Crear una especialización del peritaje médico legal de tal forma que existan médicos forenses, neumólogos, endocrinólogos, gastroenterólogos y en especial en sexología, dentro de este último supuesto, a su vez deben existir quienes tengan una especialidad en hematología, toxicología entre otras, de tal manera que el dictamen pericial se vea reforzado por un criterio médico especializado.

Septima.- Tratándose del estudio de laboratorio referente a las muestras de semen, saliva, sangre, pelo, como son indicios que sólo pueden ser analizados momentos después de cometido el ilícito y a efecto de evitar cualquier componenda nosotros consideramos que debe realizarse por duplicado en distintos laboratorios para de esta forma tener una certeza aun más precisa de las sustancias analizadas.

Octava.- Proporcionar un mejor sueldo a los peritos médicos oficiales ya que en la actualidad su salario es insuficiente, lo que implica que no sean peritos médicos legistas ex-

clusivamente sino que se tengan que dedicar a otras actividades para poder subsistir decorosamente.

Novena.- Implementar una mejor infraestructura, creando en diversas zonas territoriales agencias investigadoras especializadas dotándolas de un sistema de computación interrelacionado, que ayude a determinar si un mismo sujeto ha realizado diversas violaciones y en que zonas así como las características peculiares de este individuo en su proceder, es decir, en su patrón de conducta, crear cubiculos privados donde se rinda la declaración ante el Ministerio Público, incrementar el número de Ministerios Públicos en la agencia especializada, de tal forma que las víctimas del delito no tengan que esperar mucho tiempo para rendir su declaración, implementar el mobiliario de tal forma que se cuenten con los aparatos necesarios para realizar el dictamen médico en la mayor brevedad posible y con las menores molestias al ofendido, adicionar al personal con un psiquiatra que apoye emocionalmente a la víctima no sólo al momento de rendir su declaración sino incluso posteriormente y hasta que médicamente pueda darse de alta.

Decima.- Para cumplir con los objetivos señalados se hace necesario que se incremente el presupuesto otorgado a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal con el fin de que realice una intervención seria y profesional.

Décima Primera.- Reformar el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal en su artículo 265, modificando la pena de prisión, la cual de acuerdo con nuestro criterio y en vista de los trastornos físicos y emocionales del ofendido y aún de los causados a los familiares de la víctima, como ocurre en el caso de que la mujer no desea tener relaciones sexuales con su marido deberá -- ser de 15 a 30 años de prisión.

Décima Segunda.- Debe de reformarse el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 164 agregándose el siguiente párrafo.

"Excepción hecha del peritaje médico en el delito de violación el cual sólo se realizara sobre el dictamen ya existente y nunca en el ofendido".

En virtud de las consecuencias emocionales que conlleva el delito y el procedimiento en sí.

Décima Tercera.- Conceder al peritaje pleno valor probatorio tratándose del delito de violación en virtud de que no existe duda respecto de los análisis físicos y de laboratorio -- que se realizan en la víctima y en las sustancias que se encuentran, como son semen, sangre, saliva, pelo, etc, que será comparado con muestras del presunto responsable.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La prueba pericial trasciende desde la averiguación previa hasta el momento de dictar sentencia.

SEGUNDA.- La prueba pericial es la más diversa de todas las pruebas en virtud de que existieran tantos peritos como - materias, artes u oficios existan.

TERCERA.- El máximo de peritos será de dos por cada - parte en relación a cada uno de los hechos en que se requiera la pericia.

CUARTA.- La prueba pericial reviste tal importancia - que el mismo Estado cuenta con un cuerpo de peritos a disposi- - ción de la trilogía procesal.

QUINTA.- Los honorarios del perito correrán por cuenta de quien ofrezca el dictamen pericial, sin embargo, el juez y el Ministerio Público se auxiliarán de los peritos adscritos a - La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, lo más mo ocurrirá cuando el procesado no cuenta con recurso económico para solventarlo.

SEXTA.- El perito nombrado por el procesado será por cuenta propia, pero lo que en la práctica desafortunadamente se

aprecia, es que el perito adecúa su peritaje de tal forma que resulta parcial y no imparcial como debiera ser, por lo tanto --- quien cuenta con recursos económicos poder comprobar el peritaje.

SEPTIMA.- En el delito de violación la prueba pericial es determinante al momento de dictar sentencia, por lo que debe existir una especialización en esta rama de la medicina, para contar con personal mas capacitado y apto en el desempeño de sus funciones.

OCTAVA.- Tratándose del delito de violación debe regularse el hecho de que el dictamen médico sea elaborado por el médico legista de la agencia investigadora especial y los subsecuentes peritajes sólo se realicen en función de éste.

NOVENA.- El delito de violación trae consigo trastornos físicos y psicológicos no sólo para el ofendido sino incluso para los familiares de este por lo que su penalidad debe incrementarse de 15 a 30 años de prisión.

DECIMA.- Conceder el peritaje pleno valor probatorio tratándose del delito de violación en virtud de que no existe duda respecto de los análisis físicos y de laboratorio que se realizan en la víctima y en las sustancias que se encuentran, como son semen, sangre, saliva, pelo, etc, que será comparados con muestras del presunto responsable.

BIBLIOGRAFIA

- ACHAVAL ALFREDO, "MANUAL DE MEDICINA LEGAL", EDITORIAL ABELEDO - PERROT, 4A. EDICION, BUENOS AIRES ARGENTINA 1994.
- AMUCHATEGUI REQUENA, "DERECHO PENAL", EDITORIAL HARLA, 1A. EDICION, MEXICO 1993.
- BECERRA BAUTISTA JOSE, "EL PROCESO CIVIL EN MEXICO", EDITORIAL - PORRUA, 8A. EDICION, MEXICO 1980.
- BIALOSTOSKI SARA, "COMPENDIO DE DERECHO ROMANO", EDITORIAL PAX, 6A. EDICION, MEXICO 1973.
- BRAVO VALDES BEATRIZ, "DERECHO ROMANO", EDITORIAL PAX, 3A. EDICION, MEXICO 1978.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", EDITORIAL PORRUA, 20A. EDICION, MEXICO 1978.
- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", EDITORIAL PORRUA, 11A. EDICION, MEXICO 1989.
- CUELLO CALON EUGENIO, "DERECHO PENAL", EDITORIAL BOSCH, 16A. --- EDICION, BARCELONA ESPANA 1971.
- DE PINA RAFAEL, "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES ANOTADO", EDITORIAL HERRERO 1991.
- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, "EL DERECHO PRIVADO ROMANO", EDITORIAL ESFINGE, 8A. EDICION, MEXICO 1978.
- GARCIA RAMIREZ SERGIO, "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1981.

- GOMEZ LARA CIPRIANO, "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", EDITORIAL --
TEXTOS UNIVERSITARIOS 2A. EDICION, MEXICO 1979.
- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL -
PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1967.
- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, "TEORIA DEL DELITO", EDITORIAL PORRUA
2A. EDICION, MEXICO 1995.
- MARQUEZ PINERO RAFAEL, "DERECHO PENAL", EDITORIAL TRILLAS, 2A. -
EDICION, MEXICO 1990.
- MATEOS ALARCON MANUEL, "EDITADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTI-
CIA DEL DISTRITO FEDERAL", MEXICO 1991.
- OVALLE FAVELA JOSE, "DERECHO PROCESAL CIVIL", EDITORIAL HARLA, -
2A. EDICION, MEXICO 1985.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO",
EDITORIAL PORRUA, 10A. EDICION, MEXICO 1991.
- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENE-
RAL DE DERECHO PENAL", EDITORIAL PORRUA, 11A. EDICION, MEXICO --
1987.
- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELI-
TO DE VIOLACION", EDITORIAL PORRUA, 3A. EDICION, MEXICO 1980.
- QUITROZ CUARON ALFONSO, "MEDICINA FORENSE", EDITORIAL PORRUA, 2A.
EDICION, MEXICO 1980.
- RIVERA SILVA MANUEL, "PROCEDIMIENTO PENAL", EDITORIAL PORRUA, --
MEXICO 1960.

**VELA TREVIÑO SERGIO, "ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACION", EDITORIAL
PORRUA, MEXICO 1976.**