

355



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN
FACULTAD DE DERECHO

**REGULACIÓN DEL ABORTO SIN EXCLUYENTES
SÓLO TERAPÉUTICO O POR VIOLACIÓN**

293993

SEMINARIO TALLER EXTRACURRICULAR

"NATURALEZA Y ALCANCES DEL DERECHO

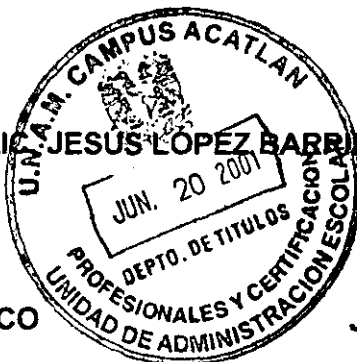
PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL"

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

GUILLERMINA SÁNCHEZ GUTIÉRREZ

ASESOR. LIC. JESUS LÓPEZ BARRIENTOS.



ACATLÁN, MÉXICO

JUNIO DE 2001.





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.

AGRADECIMIENTOS
Y
DEDICATORIAS

**A LA MEMORIA DE MIS PADRES
JUANITA GUTIÉRREZ NABOR**

Y

JUAN SÁNCHEZ GONZÁLEZ

De quienes llevo conmigo su bello recuerdo, porque me dieron el ser y me protegieron en sus noches de desvelo. Por siempre tendré presente que para mi y mis hermanos son buen ejemplo de honradez y honestidad.

En especial doy gracias a mi madre, porque debo a ella todo lo que soy pues con su esfuerzo, trabajo y sacrificio me enseñó el respeto a mis semejantes y el camino honrado del triunfo.

**A LA MEMORIA DE MI ABUELITO:
MANUEL NABOR APOLINAR**

De quien guardo un grato recuerdo en lo más profundo de mi ser.

**A MI HIJA
ADRIANA GUILLERMINA
MEDINA SÁNCHEZ**

Porque es el amor más sublime de mi vida y la gran luz de mi esperanza, para quien dedico este trabajo con la confianza de que algún día de su vida le servirá como estímulo.

A MIS HERMANOS
MARÍA EUGENIA, RAFAEL,
JUAN ARTURO, REYNA MARGARITA
Y
CARMEN PAULA.

Porque en la ausencia física de nuestros creadores, hemos superado todos los obstáculos que se han interpuesto, pero sobre todo hemos formado una gran familia en la que siempre he contado incondicionalmente con su inmenso cariño y su gran paciencia. Gracias por compartir conmigo felicidad, alegrías, penas, tristezas y sinsabores.

A MI QUERIDO Y AMADO ESPOSO
LIC. JOSE F. MEDINA ZAYAS

Que con su paciencia, apoyo e infinito amor y comprensión me ha apoyado en todo momento y quien sin el no hubiese sido posible la realización de este trabajo.

MIS ASESORES Y MAESTROS LICENCIADOS
JESÚS LÓPEZ BARRIENTOS,
JOSE ANTONIO ALVAREZ LEON,
MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ,
AARÓN HERNÁNDEZ LÓPEZ

Y

GUADALUPE LETICIA GARCÍA GARCÍA.

*Quienes distinguidos por su gran calidad humana,
académica, y por su incondicional entrega y dedicación a la
docencia, destinaron gran parte de su tiempo para compartir
conmigo y con mis compañeros, en el Seminario Taller, su
apoyo, su confianza, sus conocimientos y muchas de sus
experiencias para hacer posible este trabajo.*

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO.**

*Porque al abrir sus puertas me brindó la gran oportunidad
de superarme y de servir a mi país.*

**A LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLÁN.**

*Porque con los conocimientos de todos sus profesores
me dio la educación y la formación como profesional del
derecho.*

Gracias a todos mis Maestros.

**AL INSTITUTO DE FORMACION PROFESIONAL
DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL**

*Por facilitar sus instalaciones a los Catedráticos de la
Facultad de Derecho de la Escuela Nacional de Estudios
Profesionales Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma
de México y a los alumnos participantes en el Seminario
Taller Extracurricular "Naturaleza y Alcances del Derecho
Penal en el Distrito Federal"*

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE TRABAJO
*Por su gran apoyo y amistad incondicional que me han
brindado en todo momento para la realización de este trabajo*

En especial para los Licenciados:

GLADYS MARBELLA PÉREZ NAH.

ALICIA NADINA NARCHI KARAM

RICARDO CORTÉS BONILLA

DIANA LAURA VAZQUEZ BUSTAMANTE

DAVID VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ

JOSE LUIS APONTE ALARCÓN

ARLETTE IRAZABAL SAN MIGUEL

Y A TODOS AQUELLOS QUE AUN CUANDO
TEXTUALMENTE NO LOS SEÑALO, SABEN
QUIENES SON.

A DIOS.

*Por ser el autor de mi existencia y de todo lo que me rodea,
porque es el maestro de maestros, porque es en sí todo el
conocimiento, la fuerza, la energía y la justicia de la vida,
porque jamás me has abandonado en todas las etapas de mi
vida.*



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO	5
1.1 DERECHO PENAL	5
1.1.1 DERECHO PENAL OBJETIVO	6
1.1.1.1 CONCEPTO, OBJETO, FINES Y CARACTERES	7
1.1.1.2 LÍMITES	9
1.1.2 DERECHO PENAL SUBJETIVO	9
1.1.2.1 CONCEPTO, TITULAR, IUS PUNENDI	10
1.1.2.2 LÍMITES AL IUS PUNENDI	11
1.1.2.3 LÍMITES FORMALES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO	11
1.2 EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES	13
1.2.1 ASPECTO TEÓRICO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL	14
1.2.1.1 ESCUELA CLÁSICA	14
1.2.1.2 ESCUELA POSITIVA	15
1.2.1.3 TERZA SCUOLA, Y OTRAS	17
1.2.2 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO	18
1.2.2.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA	18

1.2.2.2 ÉPOCA COLONIAL	18
1.2.2.3. ÉPOCA INDEPENDIENTE	19
1.2.2.4 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA	20
1.3 DELITO	21
1.3.1 NOCIÓN DE DELITO	21
1.3.1.1 FORMAL, DOCTRINAL, LEGAL	22
1.3.1.2 PRESUPUESTOS	23
1.3.2 EVOLUCIÓN DOCTRINAL	24
1.3.2.1 TEORÍA CAUSALISTA Y FINALISTA DE LA ACCION.	24

CAPÍTULO II

2. MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1 ELEMENTOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS	32
2.1.1 CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO	32
2.1.2 TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	33
2.1.3 ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	35
2.1.4 CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	37
2.1.5 IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	40
2.1.6 PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	40
2.1.7 INTERPRETACIÓN JURÍDICA	41
2.1.8 TÓPICA	42
2.1.9 EXEGÉTICA	43

2.1.10 ESCUELA LIBRE DE JERSY	44
2.1.11 HERMENÉUTICA JURÍDICA	45
2.2 ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL PARA	
EL DISTRITO FEDERAL	46
2.3. ASPECTOS GENERALES	46
2.3.1 TIPO DE DELITOS (ARTÍCULO 7°)	47
2.3.2 DOLO Y CULPA (ARTÍCULO 9°)	51
2.3.3 TENTATIVA (ARTÍCULO 12)	51
2.3.4 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (ARTÍCULO 13)	53
2.3.5 CAUSAS DE EXCLUSIÓN (ARTÍCULO 15)	54
2.3.6 CONCURSO (ARTÍCULOS 18 Y 19)	54
2.4 ANÁLISIS DOGMÁTICO	55

CAPÍTULO III

3. AVERIGUACIÓN PREVIA	
3.1. MINISTERIO PÚBLICO	60
3.1.1 TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	63
3.1.2 FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO	64
3.1.3 BASES LEGALES DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA	65
3.1.4 EL OFENDIDO COMO COADYUVANTE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA	66
3.1.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.	66

3.2 HECHO.

3.2.1 CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA	67
3.2.2 INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	68
3.2.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	68
3.2.4 FLAGRANCIA, FLAGRANCIA EQUIPARADA Y CASO URGENTE ...	69
3.2.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	70

3.3. EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

3.3.1 CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO	71
3.3.2 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES	71
3.3.3 CONCEPTO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD	71
3.3.4 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES	72
3.3.5 JURISPRUDENCIA APLICABLE	72

3.4 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

3.4.1 GENERALIDADES	74
3.4.2 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO	74
3.4.3 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO	75
3.4.4 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE CATEO	76
3.4.5 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE	

ARRAIGO	77
3.5. DETERMINACIONES	77
3.5.1 EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	78
3.5.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON Y SIN DETENIDO	78
3.5.3 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL TEMPORAL Y DEFINITIVO	79
3.5.4 INCOMPETENCIA POR TERRITORIO, POR MATERIA Y MONTO ...	80
3.5.5 CONSIGNACIÓN, ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO DEL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN	80

CAPÍTULO IV

4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL	84
4.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL	85
4.1.1 ARTÍCULOS 13 A 21 CONSTITUCIONALES	86
4.2 EL PROCESO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL	88
4.2.1 AUTO DE RADICACIÓN	89
4.3 DECLARACIÓN PREPARATORIA Y NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR (ARTÍCULOS 287 A 296 BIS)	90
4.4 AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE SUJECCIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR	91
4.5 TIPOS DE PROCEDIMIENTOS	93

4.5.1 PROCEDIMIENTO SUMARIO (ARTÍCULOS 305 A 312)	94
4.5.2 PROCEDIMIENTO ORDINARIO (ARTÍCULOS 313 Y SUBSECUENTES)	94
4.6 PRUEBAS	95
4.6.1 MEDIOS DE PRUEBA	96
4.6.1.1 CONFESIÓN	96
4.6.1.2 INSPECCIÓN	97
4.6.1.3 PERICIAL	97
4.6.1.4 TESTIMONIAL	99
4.6.1.5 CONFRONTACIÓN	100
4.6.1.6 CAREOS	100
4.6.1.7 DOCUMENTALES	101
4.6.2 VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL	102
4.7 CONCLUSIONES	102
4.8 SENTENCIA	103
4.9 RECURSOS	104
4.9.1 GENERALIDADES: CONCEPTO, TIPOS, FINALIDAD	104
4.9.2 APELACIÓN (ARTÍCULO 414 A 434)	105
4.10 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA	106

CAPÍTULO V

5. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO PROCURADO Y DEL ABORTO TERAPÉUTICO A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL PARA

EL DISTRITO FEDERAL.

5.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEGISLACIÓN DEL DELITO DE ABORTO	109
5.1.1 ANTECEDENTES LEGALES	110
5.2 ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO	111
5.3 PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN ACTUAL	124
5.3.1 PROBLEMÁTICA	126
CONCLUSIONES	134
PROPUESTAS	138
BIBLIOGRAFIA	142
ANEXOS	147

INTRODUCCIÓN

A decir de Raúl Carrancá y Rivas, "En el Derecho todo hay dolor, tragedia, es decir, búsqueda incesante de la verdad. Pero en el Derecho Penal hay un dolor especial: el del hombre que incansablemente persigue un fin último perdido entre las brumas del tiempo. Es la idea de lo social y de la sociedad ... Su protección y defensa de los bienes jurídicos de más elevada jerarquía le confieren el rango de hecho y de acontecimiento cultural...".¹

En este sentido, de los bienes jurídicos tutelados, el de la vida es el más valioso; del derecho a la vida, se genera la estricta obligación de la madre que se encuentra en perfectas condiciones físicas y de salud, para que cree las condiciones óptimas para que el nuevo ser que lleva en su vientre no sufra impactos físicos o inclusive psicológicos, que pongan en peligro su existencia. En concordancia con nuestra legislación, las únicas excluyentes de esa obligación, pueden hacer acto de presencia, cuando se trata de una madre con graves problemas de salud o bien cuando fue víctima de un irrefrenable ataque sexual, en cuyos casos será aplicado un aborto terapéutico. No obstante lo anterior, dicha causa de justificación no se encuentra debidamente reglamentada en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, por lo que dicha situación será analizada en el presente trabajo de titulación.

¹ Carrancá y Rivas, Raúl, *El Drama Penal*, México, Porrúa. 1982, p. 9.

Para tal objeto, en el primero y segundo capítulos se abordan los aspectos teóricos del Derecho Penal y del delito, mientras que la aplicación del Derecho Penal adjetivo será analizado en los capítulos tercero y cuarto, concretamente en su aplicación en las etapas de Averiguación Previa y del Procedimiento Penal, para concluir con el análisis del delito de aborto y la causa de justificación específica relativa al aborto terapéutico.

CAPÍTULO I.

1. MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.

1.1 DERECHO PENAL.

1.1.1 DERECHO PENAL OBJETIVO.

1.1.1.1 CONCEPTO, OBJETO, FINES Y CARACTERES.

1.1.1.2 LÍMITES.

1.1.2 DERECHO PENAL SUBJETIVO.

1.1.2.1 CONCEPTO, TITULAR, IUS PUNENDI.

1.1.2.2 LÍMITES AL IUS PUNENDI.

1.2 EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.

1.2.1 ASPECTO TEÓRICO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

1.2.1.1 ESCUELA CLÁSICA.

1.2.1.2 ESCUELA POSITIVA.

1.2.1.3 TERZA SCUOLA, Y OTRAS.

1.2.2 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.

1.2.2.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA.

1.2.2.2 ÉPOCA COLONIAL.

1.2.2.3. ÉPOCA INDEPENDIENTE.

1.2.2.4 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

1.3 DELITO.

1.3.1 NOCIÓN DE DELITO.

1.3.1.1 FORMAL, DOCTRINAL, LEGAL

1.3.1.2 PRESUPUESTOS.

1.3.2 EVOLUCIÓN DOCTRINAL

1.3.2.1 TEORÍA CAUSALISTA Y FINALISTA DE LA ACCION.

1. MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.

1.1 DERECHO PENAL.

El Derecho Penal en nuestro país equilibra la convivencia social y mantiene la paz social, pues es el resultado de la conducta de los hombres, diferenciados por su condición económica y cultural. Rafael Márquez Piñero asegura que en el entorno sociológico todo está influido por las normas jurídico-penales y que "...entre los bienes protegidos penalmente se encuentran los más preciados por el ser humano, como la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad, la reputación, el patrimonio, etc. ... conjunto de normas jurídicas que describen las conductas constitutivas de delitos, establecen las penas aplicables a las mismas, indican las medidas de seguridad y señalan las formas de su aplicación." ² Para Raúl Plascencia Villanueva: "La denominación de derecho penal es un término relativamente novedoso, pues fue hasta principios del siglo XIX que se empezó a utilizar en sustitución de "derecho criminal", el cual aludía al crimen, la tendencia de los autores en nuestro país ha sido (desde sus orígenes como país independiente en el siglo XIX) adoptar el término derecho penal." ³ Tratándose del derecho penal, se deben abordar dos aspectos fundamentales, el objetivo y subjetivo: "... el primero refiere el conjunto de normas jurídicas, en tanto el segundo alude al derecho a castigar a lo que podríamos considerar como la facultad del Estado para crear y aplicar en los casos concretos las normas penales, modernamente vista como una potestad del Estado desde la óptica de la

² Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, México, Trillas, 1999. p. 13.

³ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. P. 18 y 19.

punición y de ejecutar las sanciones y medidas de seguridad":⁴

Don Fernando Castellanos Tena asegura que: "El derecho en general es el conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza que impone el Estado".⁵ Octavio Orellana Wiarco aclara que la materia penal: "... es el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos".⁶ Los tratadistas citados hacen notar que para la convivencia del hombre en sociedad, el Estado investido de sus facultades y atribuciones, a través de sus órganos puede aplicar medidas coercitivas, para regular el comportamiento de los hombres en la sociedad, razón suficiente para que sea el Estado el facultado para imponer penas y medidas de seguridad a quienes infrinjan las normas.

1.1.1 DERECHO PENAL OBJETIVO.

La denominación de Derecho Penal se adquirió a través del tiempo; para los romanos fue el *ius poenale* o *ius criminale*; lo manipulo la iglesia y vinculó el delito con el pecado, y la pena con la penitencia. En el siglo XIX se incluyó en el Código

⁴ Plascencia Villanueva, Raúl *Op. Cit.*, p. 19.

⁵ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general*, México, Porrúa, 1981, P. 17.

⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, México, Porrúa, 1999, P. 5.

Napoleónico; el término Código se aplicó al conjunto de normas de una sola materia en una sola ley, y no como en Roma, que acumuló leyes de diferente materia. El objeto de crear el derecho penal fue regular la imposición de la pena, llamándose derecho criminal, implicando un derecho social para la aplicación de medidas de seguridad o de defensa social, e incluso tendiente a proteger al propio criminal. La escuela positiva determinó que la denominación correcta es derecho penal, el cual desde el punto de vista objetivo es el conjunto de normas que previenen los delitos y la aplicación de las penas a los delincuentes, así como la aplicación de medidas de seguridad.

1.1.1.1 CONCEPTO, OBJETO, FINES Y CARACTERES.

El derecho objetivo, está contenido en uno o varios ordenamientos jurídicos para aplicarlo. Gustavo Malo Camacho define: "... se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius poenale* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad." ⁷ En cambio, Orellana Wiarco establece que: "Se denomina derecho penal objetivo a la ley, es decir, al conjunto de normas que precisan los delitos, las penas y las medidas de seguridad." ⁸ Pero Francisco Pavón Vasconcelos establece que el derecho objetivo es "... ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos

⁷ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. ed. México, Porrúa, 2000, p. 35.

⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 8.

prohibe.⁹ En consecuencia, el derecho objetivo se forma por la compilación de hipótesis, reglas o disposiciones de orden jurídico, escrito y diseñado, para encausar al individuo a tener un comportamiento adecuado, so pena de un castigo ineludible. El estudio del derecho penal objetivo lleva implícito el estudio del delito, por su contenido social, pues se le ha entendido como un fenómeno jurídico, procurando el estudio de la teoría del delito, bien conforme a la estructura de la norma, o bien respecto de los elementos del delito a partir de la conducta. El Estado pretende prevenir con el derecho penal los ilícitos que dañen a la sociedad, tratando de inhibir las conductas que propicien conflictos sociales. Las normas penales son: bilaterales, porque correlativamente imponen deberes y confieren derechos; heterónomas, porque son creadas por el Estado; externas, porque regulan la conducta de los individuos ante la sociedad y, coercibles, porque su imposición proviene del Estado e impone sanciones, aún en contra de la voluntad del destinatario de la norma. El derecho penal objetivo estudia la teoría del delito a partir de los elementos que lo forman, en especial a la tipicidad, por ser ésta la descripción estructural jurídica de cada delito en particular, aplicándose al análisis de sus elementos objetivos, valorativos y subjetivos que le componen.

El fin del derecho penal es proteger los bienes jurídicos de los sujetos para asegurar la convivencia social y salvaguardar los valores de los individuos. El Derecho Penal tiene las siguientes características: a) Es cultural, porque se desenvuelve en la esfera del deber ser; b) Es público,

⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 14ª ed. México, Porrúa, 1999, p. 21.

porque el Estado crea las normas que regulan las relaciones de los individuos y define los delitos; c) Sancionador, porque aplica las normas creadas por el Estado; d) El Derecho Penal es valorativo porque al desarrollarse en el mundo del deber ser, sólo interviene cuando un sujeto asume una conducta con la que lesiona alguno de los valores fundamentales de la sociedad; e) Es finalista porque persigue un fin colectivo para los miembros de una sociedad reprimiendo el delito y f) Es personalísimo porque se aplica la sanción al delincuente sin afectar a otras personas.

1.1.1.2 LÍMITES

El crecimiento desmedido de la población propicia el desarrollo de culturas desviadas que generan conflictos, desorganización y disfunción social en pro del incremento de nuevas formas de la criminalidad sin regular, por lo cual se deben crear políticas de explosión demográfica y económica en busca de una seguridad jurídica y protección de los bienes jurídicos de los individuos.

1.1.2 DERECHO PENAL SUBJETIVO

El maestro Fernando Castellanos Tena asegura: "En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *ius puniendi*, es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas... En realidad el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de

seguridad.”¹⁰ Para Orellana Wiarco: “En sentido subjetivo se dice que el derecho penal es la facultad o derecho del Estado para sancionar, para castigar, es el *ius puniendi*. El Estado como ente soberano y dentro del marco que la propia ley le concede, determina qué conductas son delictivas y qué penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente.”¹¹

En resumen, el derecho subjetivo comprende todas aquellas atribuciones y facultades que tiene el Estado para hacer cumplir sus determinaciones, contenidas en las leyes a través de la imposición de diversos castigos a que se hacen acreedores los sujetos que violan la ley.

1.1.2.1 CONCEPTO Y TITULAR DEL IUS PUNIENDI.

El *ius puniendi* es la facultad o poder del Estado para imponer castigos o medidas de seguridad a quienes infringen el derecho, pudiendo determinar cual es la más correcta y justa, en busca de la buena convivencia y equilibrio social; el Estado, tiene la facultad de crear y desarrollar las reglas de conducta a seguir en el ámbito penal, y le da carácter coercitivo, por eso, Pavón Vasconcelos asegura “... el Estado en razón de su Soberanía, es el que dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad aplicables ...”¹²

¹⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general*, México, Porrúa, 1981, p. 22.

¹¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 8.

¹² Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 14ª ed. México, Porrúa 1999, p. 20.

1.1.2.2 LÍMITES DEL IUS PUNIENDI.

Según Gustavo Malo Camacho, existen cuatro principios que limitan o restringen al derecho punitivo: "Principio de la necesidad de intervención; Principio de la protección de los bienes jurídicos; Principio de la dignidad de la persona y; principio de la dignidad de intervención."¹³ a) El principio de la necesidad de la intervención significa que la regulación penal " ...sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria a los objetivos de la convivencia ...Y sólo es dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación..." b) Principio de Fragmentariedad. Se establece que "...sólo pueden ser constitutivos de delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la Ley penal ... materia penal no puede haber lagunas en la Ley, ya que sólo pueden constituir delito las conductas que expresamente aparecen prohibidas u ordenadas, por la propia Ley penal, es decir rige el principio de la exacta aplicación de la Ley penal." ¹⁴ c) Principio de Proporcionalidad. Debe aplicarse un castigo proporcional a la lesión ocasionada al bien jurídico. d) Principio de Protección a los Bienes Jurídicos. Corresponde al Estado la aplicación de las penas y la protección a los bienes jurídicos "...no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro."¹⁵

1.1.2.3 LÍMITES FORMALES A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

Principio de Legalidad. Se consagra en los artículos 14 y 16 Constitucionales

¹³ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª ed. México, Porrúa. 2000, p. 99.

¹⁴ *Ibidem.*, p.p. 100 y 101.

como Garantía y a su vez tiene tres principios: el principio de la ley escrita, principio de ley estricta y el principio de la ley previa. Es decir, no hay delito ni pena sin ley, escrita y estricta, o lo que es lo mismo, la conducta del ser humano debe adecuarse exactamente a lo que establece la norma ya que en materia penal no se puede aplicar la analogía ni la mayoría de razón, todo debe de ser de acuerdo a lo que establece la ley.

Principio del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad "...es el límite a la potestad punitiva del Estado que aparece configurada por la garantía de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal que rige la legislación penal implicando básicamente al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal, como límite a la potestad punitiva del Estado..."¹⁵ en donde no existe pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad y abarca a las "...garantías de audiencia, defensa, etcétera, las que se encuentran consagradas en las garantías individuales de nuestra carta magna en los artículos 14,16, 17, 19, 20 21, 23, 102, 103, y 107 ... los cuales nos garantizan un debido juicio legal y establecen las formalidades esenciales del procedimiento."¹⁷

Principio de ejecución legal. Es la facultad que tiene el estado en el momento de aplicar una pena con cierto "...límite de acuerdo a las garantías

¹⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁶ *Ibidem*, p. 110.

¹⁷ *Ibidem*, P. 111.

Constitucionales previstas en los artículos 22 y 18, ya que el primer artículo prohíbe las penas inhumanas, crueles corporales e infamantes, en tanto el artículo 18 consagra el principio de la readaptación social de la pena como base de su imposición que debe ser alcanzada por medio del trabajo y la educación, así también el artículo 18 establece el funcionamiento del sistema penitenciario en el país y los establecimientos para llevar a cabo esa readaptación social dependen del ejecutivo federal, en los delitos del orden común.¹⁸

1.2 EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.

El derecho penal se desarrolló con carácter represivo y en las siguientes etapas: a) Venganza Privada. No existía un sistema jurídico que permitiese aplicar sanciones a quienes lesionaran los derechos de sus semejantes, por lo cual la persona ofendida se podía vengar de la persona que le causara algún daño, siempre que existiera aprobación de la sociedad, e incluso le podían prestar la ayuda que requiriera. Sin embargo, se generaron abusos, por lo cual se creó la llamada "Ley del Talión", consistente en devolver un daño que no fuera mayor al recibido.; b) Venganza Divina. Tiene un contexto religioso, encaminado a satisfacer y resarcir la ofensa producida a los dioses.¹⁹; c) Venganza Pública. Al existir una estructura u organización social del poder público, la facultad coercitiva del Estado se fincó en el terror y la intimidación, pero con la evolución de la sociedad se delegó en jueces la facultad de imponer las penas de manera

¹⁸ Malo Camacho. Gustavo, *Op. Cít.*, P. 112.

¹⁹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general*, México, Porrúa, 1981, p. p. 31 a 33.

imparcial. Ello implicó un abuso al aplicarse penas crueles, como los tormentos, y la muerte; los reyes, monarcas y jueces al considerar delictivas algunas prácticas como la magia o la hechicería, recurrieron a la aplicación arbitraria y desmedida de leyes, inclusive al grado de castigar conductas que no estaban calificadas como delito.²⁰

1.2.1 ASPECTO TEÓRICO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal se desarrolló conforme a las necesidades de cada sociedad, creando varias teorías, algunas desde el punto de vista dogmático, y otras técnicas. Surgieron conocimientos estructurados y sistematizados, para entender y comprender la ciencia del derecho penal; se considera que el derecho es parte de las ciencias sociales, las cuales no son ciencias exactas, por lo cual las teorías y conceptos creados, se han encajonado en diversas corrientes llamadas Escuelas, representadas por diferentes juristas e investigadores del derecho. Las escuelas de mayor trascendencia son la Escuela Clásica, la Escuela Positivista y una postura ecléctica de ambas es la representada por la Terza Scuola.

1.2.1.1. ESCUELA CLASICA.

La escuela clásica se definió como vieja y caduca, la caracteriza un método lógico abstracto y su imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral; considera al delito como un ente jurídico, la representa Francisco Carrara,

²⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.*, p.p. 33 y 34.

nació en 1805 y su mejor obra es "*Programa Del Curso de Derecho Criminal*". Los clásicos estudiaron al Derecho desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método abstracto y lógico caracterizado por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario; sus fundamentos básicos son los siguientes:

1.- "Su método es racionalista". El derecho penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma especulativa, dogmática a través de deducciones lógicas y racionalistas, proclamó como método ideal el lógico abstracto.²¹

2.- "La imputabilidad se basa en el libre albedrío" en donde establece que el hombre es responsable penalmente ya que también lo es moralmente, y goza del libre albedrío, toda vez que el hombre al ejecutar una acción lo hace en forma consciente y voluntaria, violando de esa manera un precepto legal, dañando un bien jurídico tutelado.²²

3.- El delito es un ente jurídico es la creación de la ley es decir es la infracción a la ley promulgada por el Estado.

4.- La pena es impuesta a fin de conservar un orden legal y esta debe ser en forma clara y concreta, ya que es impuesta al delincuente en retribución del delito por el cual resultare responsable, por lo que ha de existir proporcionalidad entre la pena y el delito.

1.2.1.2 ESCUELA POSITIVISTA.

Su principal representante es el médico hebreo de origen español Cesar Lombroso quien a través de sus experimentos quiso aplicar el método

²¹ Cfr. Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, México, Porrúa, 1999. p. 75.

²² *Ibidem*, p. 75

experimental al estudio de la demencia y es el iniciador de una nueva corriente sobre el delito y el delincuente. Los principales representantes de la escuela positivista son Cesar Lombroso, con su obra "*El hombre Delincuente*", publicada en 1876, Enrique Ferri con su obra "*Sociología Criminal*" y Rafael Garófalo con su "*Criminología*".²³

Para entender la teoría positivista, los juristas han establecido los siguientes Principios:

a) La aplicación de un método experimental. Se vale de ciencias técnicas las cuales incluyen entre sí gráficas, fotografías, cuadros, estadísticas o dibujos.

b) El delito es un fenómeno natural, derivado del comportamiento del hombre ante la sociedad, producido por factores antropológicos físicos y sociales, deduciendo que el delincuente es un ser biológica y psíquicamente anormal y el delito no es un producto hipotético de la Ley.

c) El determinismo y la temibilidad del delincuente se basa en que el hombre es responsable de sus acciones u omisiones delictivas, cometidas por él solo porque vive en sociedad, de tal manera que imputables e inimputables deben responder por igual del hecho delictuoso ejecutado aun cuando los inimputables sean destinados a sitios especiales para su tratamiento como enfermos.²⁴

d) La pena es un medio de defensa social tendiente a prevenir los delitos, haciendo a un lado el criterio de represión de los propios delitos, por lo cual

²³ Cfr. Márquez Piñero, Rafael, *Op. Cit.*, p. 76.

²⁴ Cfr., *ibidem.*, p.p. 76 y 77.

también tiende a considerarse como medidas preventivas a las medidas de seguridad.²⁵

1.2.1.3 TERZA SCUOLA Y OTRAS.

Esta corriente fue creada por Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, y consideran que es el resultado de una postura ecléctica entre las teorías de la escuela clásica y la escuela positivista, por lo cual también se le llama crítica, pues se funda en el principio de defensa social, tomada del positivismo concibiendo al delito como un fenómeno individual y social, estudiando científicamente al delincuente, tomando como instrumento al método inductivo. Por otra parte, el clasicismo acepta el principio de la responsabilidad moral, distinguiendo entre los delinquentes imputables que tienen capacidad de raciocinio al percibir y temer la posibilidad de la imposición de una pena, en tanto que los inimputables carecen de esa capacidad, pues al no entender la coacción psicológica que implica una pena por infringir una disposición legal, tampoco están dotados de la capacidad de querer infringir la norma y ser sujetos de la imposición de la pena. El maestro Fernando Castellanos Tena, al citar a Cuello Calón, señala los siguientes principios básicos: "a) Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre; b) La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica; y c) La pena tiene como fin la defensa social."²⁶

²⁵ Cfr. Marquez Piñero, Rafael. *Op. Cit.*, Pág. 78.

²⁶ Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.*, p. 70.

1.2.2 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

La historia del derecho penal enseña la evolución del derecho represivo. Es importante tener una idea, aunque sea breve, de la evolución, a lo largo el tiempo, de las instituciones y de los conceptos a fin de dar soluciones a los problemas que se presenten.

1.2.2.1 EPÓCA PREHISPÁNICA.

Antes de la llegada de los españoles, México estaba habitado por grupos nativos, organizados con una civilización avanzada; algunos de esos pueblos eran Acolhuacan, Texcoco, México, Tacuba y el pueblo Maya, y aunque se desconoce, aparentemente estaban regidos por un derecho consuetudinario, predominando la jerarquía de las clases sociales, lo que reflejó la desigualdad económica de los habitantes, por lo cual la imposición de las penas atendía a la condición económica y social de los sujetos.²⁷ El derecho penal se caracterizó por su severidad; por ejemplo el delito de aborto se castigó dando muerte a la mujer que ingería brebajes abortivos y a quien los proporcionara.

1.2.2.2 EPOCA COLONIAL

Los españoles conquistaron a las razas aborígenes y establecieron la colonia, implantaron las leyes españolas, en especial las Leyes de Indias, ya que fue la principal recopilación de leyes en la que, por mandato del emperador Carlos V, se disponía que se respetaran y conservaran las leyes y costumbres de los

²⁷ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Op. Cit.*, p. 73.

aborígenes salvo que se opusieran a la fe o a la moral. En materia jurídica se aplicaba el fuero real, las ordenanzas reales de Castilla, autos acordados y algunas Ordenanzas dictadas para la colonia, como la de Minería y la de Intendentes. En la legislación colonial, se reflejó la diferencia racial, por lo que en materia penal el sistema intimidatorio era cruel para negros, mulatos y castas, pues las penas que se imponía a éstos era más severa que para los indígenas, a quienes se les aplicaban como penas, trabajos personales debiendo servir en conventos o en ministerios de la colonia, para el caso de delitos graves, pero si el delito era leve, la pena era la adecuada. Otro castigo para los aborígenes era utilizarlos como medio de transporte o bestias de carga, en lugares donde se carecía de caminos.²⁸

1.2.2.3 ÉPOCA INDEPENDIENTE.

Los nuevos gobernantes del México Independiente se preocuparon por establecer un orden jurídico, que contempló la organización de la policía, la reglamentación del uso de armas, se reguló el libre tránsito en los caminos públicos sancionando a ladrones y salteadores de caminos, con cuyo motivo se dictaron algunas disposiciones; sin embargo, por la carencia de leyes se utilizó parte de la legislación establecida durante la colonia. Al consumarse la Independencia, siguió teniendo vigencia la recopilación de Indias, la cual se complementaba con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras, Aguas y de Gremios, y se utilizaba como derecho

²⁸ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Op. Cit.*, p. 75.

supletorio la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao. El primer Código vigente en la República fue el Código de Corona para el Estado de Veracruz, decretada el 28 de abril de 1835, modificado en 1849. Comprendió las penas y normas generales sobre el delito, los delitos cometidos contra la sociedad y los delitos contra los particulares. Se basó en el Código Español.²⁹

El siguiente Código Penal fue el que se redactó en 1868, por el magistrado Don Fernando de Jesús Corona, para aplicarse en 1869. Se tomó como ejemplo para redactar el Código de 1871, el Código español de 1870, el cual se inspiró en los de 1830 y 1848; se compuso de 1151 artículos, y se promulgó por el entonces Presidente Don Benito Juárez. Incluyó las medidas de seguridad y la libertad preparatoria, para la aplicación de las penas consideró la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre las mismas, el daño causado por el delito, así como agravantes y atenuantes.

1.2.2.4 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

El 30 de septiembre de 1929 entró en vigor el Código de Almaraz, constante de 1228 artículos, integrado por tres libros, precedido de un título preliminar, que contemplan: Principios Generales, Reglas Sobre Responsabilidades y Sanciones (primero); De la Reparación del Daño (segundo); y De los Tipos Legales de los Delitos (tercero).³⁰ El Código Penal de 1931 se ha adaptado a la realidad social

²⁹ C. fr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho Penal Mexicano, parte general*, 14ª. ed. México, Porrúa, 1999, p. 77.

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

mexicana, y se incluyeron novedades substanciales, con influencias de la escuela clásica y positivista; de ésta última, tomó la reincidencia y la habitualidad, y atendiendo a la peligrosidad del sujeto individualizó la pena. Las reformas, derogaciones y adiciones en los años de 1983, 1993, 1996 y de 1999 han cambiado de manera substancial el contenido original del Código Penal de 1931.

1.3 DELITO

El artículo 7° del Código Penal para el Distrito Federal, señala que delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales. Puede realizarse un delito con un acto consistente en una actividad o hacer; la omisión es un dejar de hacer.

1.3.1.1 NOCIÓN DE DELITO

El Diccionario Porrúa de la Lengua Española lo define como: "Culpa, crimen, quebrantamiento de la ley. Acción u omisión voluntaria, imputable a una persona que infringe el derecho y penada por la ley."³¹ Jurídicamente el maestro Castellanos Tena dice: "La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere* que significa apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"³²; Francisco Carrara, considera que el delito es: "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."³³

³¹ Raluy Poudevida, Antonio, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española* México, 23ª ed. México, Porrúa. 1983. p. 231.

³² Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 14ª ed., México, Porrúa 1980. p.125.

³³ *Ibidem*, p.p. 125 y 126.

Para Eugenio Cuello Calón es "La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible."³⁴

El maestro Castellanos Tena coincide con Edmundo Mezger al decir que delito es "La acción típicamente, antijurídica y culpable." Además que los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad".³⁵

El Diccionario Jurídico Espasa define: "Es el resultado de la acción del delincuente. Doctrinalmente delito es toda <<acción típica, antijurídica, culpable y punible>>... quizá lo más práctico sea acudir a la solución, tan cinica como práctica, propuesta por el inglés Jeremy Bentham: <<es delito lo que la ley considera como tal>>... la teoría analítica antes enunciada tiene en cuenta este aserto al exigir el requisito de la tipicidad, esto es, que es preciso que todo delito esté catalogado tipificado en el Código o en alguna ley."³⁶

1.3.1.1 FORMAL, DOCTRINAL, LEGAL.

El aspecto formal del delito está en la propia ley penal, y el carácter coercitivo es notorio porque contempla la aplicación de un castigo o pena para aquellos que ejecuten actos u omisiones que vulneren una disposición penal; por ende no es delito la conducta que no esté prevista en la ley y que carece de una

³⁴ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., p. 129.

³⁵ *Ibidem*, p. p. 131 y 132.

³⁶ Fundación Tomás Moro, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe.1998, p. 287.

sanción; pero doctrinalmente, el maestro Pavón Vasconcelos en su *Manual de Derecho Penal Mexicano*, cita algunas definiciones del delito: Franz Von Litz, diciendo que el delito "...es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena. Ernesto Von Beling lo define como "... la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad". Edmundo Mezger lo considera "una acción típicamente antijurídica y culpable". Para Max Ernest Mayer, "el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable". Jiménez de Azúa lo estima como un "acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción".³⁷

1.3.1.2 PRESUPUESTOS

El maestro Eduardo López Betancourt define como presupuestos del delito a "... aquellos antecedentes, jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal de cuya existencia depende el delito."³⁸ Se dividen en: Generales: a). norma penal que comprende el precepto y la sanción; b) el sujeto activo y el pasivo; c) la imputabilidad; d) el bien tutelado y e) el instrumento del delito. Y en: Especiales: Requieren de una calidad especial en el sujeto activo a fin de determinar algún ilícito, como es en el caso del peculado que requiere que sea funcionario público el que lo realice, o en el parricidio o el infanticidio que sea el descendiente o el ascendiente

³⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general*, 14ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 190.

³⁸ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, 6ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 33.

respectivamente.³⁹ La única criatura con vida capaz de delinquir es el hombre, pues tener capacidad de raciocinio, y la voluntad para realizar o no una conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

1.3.2 EVOLUCION DOCTRINAL

Existen dos sistemas que estudian el delito: el sistema causalista fundado por Franz Von Litz, quien analizó el derecho penal y el delito, partiendo de una explicación naturalista de la acción humana; Hans Weizel, en 1930 publicó "*El Derecho Penal alemán*", estableciendo en contradicción al causalismo, el llamado finalismo.

1.3.2.1 TEORÍA CAUSALISTA Y FINALISTA DE LA ACCIÓN

Los causalistas definen el delito concordando con Edmundo Mezger, que delito es la "acción típicamente antijurídica y culpable"; en el delito concurren los elementos señalados en la definición traduciendo la acción en la conducta humana, la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo o descripción de una hipótesis, antijuridicidad como la actuación que viola una disposición prohibitiva y la culpabilidad que implica el reproche de lo injusto; el resultado de una conducta debe ser la consecuencia de una acción u omisión que produzca el propio resultado, teniendo una relación íntima, de ahí que se habla de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido.

³⁹ Cfr. López Betancourt, Eduardo, *Op. Cit.*, 1998, p. 33.

Gregorio Romero Tequextle, señala que el delito es una conducta, o acto humano que comprende de la acción ejecutada (acción *sensu stricto*) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que este pueda ser sancionado precisa existir un nexo o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. Existe una relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana sin que deje de producirse el resultado concreto.⁴⁰ La teoría causalista se fundamenta en el principio de la causalidad natural, y el principio causalista se basa en tres elementos: a) Una causa: acción (acción u omisión); b) Un nexo causal: lazo que une la acción con el resultado, y c) Un efecto: resultado material.

La causa es el primer elemento dentro de la teoría causalista definida como el acto o acción humana y su efecto en el mundo material, el cual depende de un proceso causal, y que dicha causa produce un efecto, en el mundo exterior.

El segundo elemento lo define Beling como la "... descripción legal del delito desprovista de todo carácter voluntario." pero "... Fernando Castellanos afirma que el tipo es la creación legislativa de descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, mientras que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."⁴¹ Implica una garantía de libertad y de seguridad jurídica.

⁴⁰ Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo* 2ª ed., México, Ogs, 1999, p.p. 1 y 2.

⁴¹ *Ibidem*, p. 2.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, al cometer un delito la conducta se adecua al tipo; se realiza la hipótesis descrita, y por tanto no se viola la ley, sino el espíritu de la norma. Hay dos tipos: material que es la lesión o el peligro de los bienes jurídicos protegidos, y la formal que se refiere a la violación de la ley.

La culpabilidad es algo natural, pues se da una relación psicológica entre el sujeto y la conducta que se forma por un elemento físico que implica la acción y el otro elemento es psicológico, que atañe a la voluntad traducida en una actividad o una inactividad., de ahí que se hable de un libre albedrío.

La imputabilidad es la facultad de razonar y estar consciente sobre el deber de cumplir con lo ordenado por la norma jurídica, por lo cual se le ha definido como "la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal".⁴²

Los causalistas enmarcan dentro de la culpa al dolo, entendido como simple intención de realizar el delito, en tanto que la culpa es el externar un comportamiento sin tener intención alguna pero causando un daño. Hans Welzel, inició el finalismo asegurando: "... para que las exigencias que de los valores dimanen puedan ser realizadas, es indispensable que alguien convierta tal realización en finalidad de su conducta... El fin es a la voluntad como el valor al

⁴² Romero Tequextle, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 9.

deber ser... Sólo el sujeto es capaz de proponerse fines...⁴³ Y agrega que "Mientras en la acción dolosa de la finalidad, la meta y el fin a conseguir es factor configurado del proceso acción, en la culposa es sólo un momento de referencia. En la acción dolosa todos los actos van dirigidos a una meta... en la culposa...El acontecimiento no está dirigido a una meta, sino que es causal - ciego: sin embargo lo que eleva a este suceso por encima de un simple proceso natural ciego, es la circunstancia de ser evitable finalmente. Ese suceder es en verdad causal - ciego pero está referido a la finalidad (esto es, a la posible actividad finalista del agente). Por ello, la acción culposa, omitiendo, es más caso fortuito ciego: es genuina acción."⁴⁴ El finalismo es la separación del mundo real y el derecho. fincando la teoría de la estructura final de la acción humana; para el finalismo la acción es el ejercicio final de la actividad humana, con la posibilidad de una finalidad de obrar conscientemente, y que consta de dos fases: 1) Interna, que a su vez tiene los siguientes elementos: El objetivo que se pretende conseguir. a) Los medios empleados para su consecución. b) Las posibles consecuencias secundarias que se vinculan a los medios que pueden ser relevantes o irrelevantes, desde la perspectiva jurídico penal. 2) Externa, que también tiene otros elementos: a) La puesta en marcha, la dinámica de los medios para realizar el objetivo principal. b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y c) El nexo o relación causal. Para el finalismo, los elementos del delito se dirigen a culminar una meta, y son: Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y

⁴³ Romero Tequextle, Gregorio, *Op. Cit.*, p.p. 5 y 6.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

Culpabilidad. La acción tiene un final, en función de lo que se haya propuesto voluntariamente el sujeto, en tanto que si no hubo un resultado voluntario, éste propicia necesariamente un resultado causal; el sujeto encamina su conducta a producir un resultado final, comenzando por la representación mental de la meta perseguida, la elección de los medios para la realización del delito y la realización o conclusión de la conducta voluntaria traducida en el cambio del mundo exterior.

El Estado al describir una conducta crea un tipo, por tanto la tipicidad es la adecuación de una conducta a la descripción legal, estableciendo así elementos objetivos y materiales. Los causalistas consideran a la antijuridicidad como una simple contradicción al derecho, sin embargo, Gregorio Romero Tequextle cita a Carlos Binding quien aseguran: "...al cometerse el delito, esto no resulta contrario a la ley puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley penal, lo que viola dicho sujeto no es la ley, sino la norma subyacente en la ley."⁴⁵ Para el finalismo la tipicidad es fundamental, ubicando el dolo y la culpa como elementos objetivos y además plantea otros elementos subjetivos concretos.

La antijuridicidad es la contradicción entre la conducta realizada y las normas que exigen una prohibición, pues el sujeto activo pudo actuar voluntariamente de otra forma, generando el principio de reproche. El centro de atención es el bien jurídico tutelado.

⁴⁵ Romero Tequextle, Gregorio. *Op. Cit.*, p. p. 6 y 7.

La culpabilidad para los finalistas, es el fundamento y la justificación para imponer una pena y asimismo la propia culpabilidad limita a la pena, es decir, la severidad de la pena debe ser acorde con la culpabilidad. Desde el punto de vista finalista, cuando el sujeto activo realiza una conducta delictiva, se debe analizar su personalidad para determinar su peligrosidad, valorando propiamente la conducta para encuadrarla al tipo y estar en aptitud de aplicar la sanción que señala la propia norma; el Principio de Reprochable se basa en que el sujeto tiene libertad de actuar, pudiendo elegir entre una conducta adecuada a la Ley u otra que lesione a la norma.

Los elementos de la culpabilidad son: a) La Imputabilidad es la capacidad psíquica del sujeto para actuar de acuerdo a la norma, es decir la capacidad para comprender entre lo justo y lo injusto; b) El Conocimiento de la Antijuridicidad requiere que el sujeto activo sea imputable pues al distinguir entre lo justo y lo injusto tiene conciencia de que con su conducta transgredió una norma; c) Por último la No Exigibilidad de Otra Conducta, se refiere a que para determinar la culpabilidad el sujeto activo del delito, se requiere que sea imputable, que tenga conciencia de la antijuridicidad y que en el caso concreto se le exigía una conducta conforme a derecho.

CAPÍTULO II

2. MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1 ELEMENTOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS

2.1.1 CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

2.1.2 TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.1.3 ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.1.4 CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.1.5 IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

2.1.6 PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

2.1.7 INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

2.1.8 TÓPICA.

2.1.9 EXEGÉTICA.

2.1.10 ESCUELA LIBRE DE HERSEY.

2.1.11 HERMENÉUTICA JURÍDICA.

2.2 ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.3. ASPECTOS GENERALES.

2.3.1 TIPO DE DELITOS (ARTÍCULO 7°)

2.3.2 DOLO Y CULPA (ARTÍCULO 9°).

2.3.3 TENTATIVA (ARTÍCULO 12).

2.3.4 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (ARTÍCULO 13).

2.3.5 CAUSAS DE EXCLUSIÓN (ARTÍCULO 15).

2.3.6 CONCURSO (ARTÍCULOS 18 Y 19).

2.4 ANÁLISIS DOGMÁTICO.

2. MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1 ELEMENTOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS.

Para Jiménez de Azúa el delito es: "Acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."⁴⁶ Para Jiménez de Azúa los elementos del delito son: a). La acción (conducta o hecho). b). La tipicidad. c). La antijuridicidad. d). La imputabilidad. e). La culpabilidad y la penalidad, y f). Las condiciones objetivas de penalidad. Osorio y Nieto se adhiere a la postura del maestro Fernando Castellanos Tena, al realizar el estudio de los elementos esenciales con los que no lo son y manifiesta que los aspectos positivos del delito son: a). Conducta, b). Tipicidad, c). Antijuridicidad. d). Imputabilidad, e). Culpabilidad, f). Condicionalidad objetiva g). Punibilidad. Para efectos de nuestro estudio nos referiremos a la teoría finalista.

2.1.1 CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito."⁴⁷ El hombre realiza la conducta ilícita, convirtiéndose en sujeto activo del delito; las personas morales no pueden cometer delitos. "El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente directamente los efectos del delito. El ofendido es la persona que

⁴⁶ Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. México, Trillas, 1996, p. 43.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 57.

sufre de forma indirecta los efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de que no haya esta concurrencia, como sucede en el caso del homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de éste vienen a ser los ofendidos.⁴⁸ La teoría finalista define la acción como "el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva del hombre."⁴⁹ Los elementos de la acción son: el acto de voluntad corporal, el resultado y el nexo causal. "La omisión es la conducta negativa, la falta de actividad corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de obrar y que produce un resultado...sus elementos son: abstención, resultado y nexo causal."⁵⁰ "El resultado material es el efecto causado por un delito y que es perceptible por medio de los demás sentidos. El nexo causal es la vinculación estrecha, ineludible, indispensable, entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa a efecto ... La ausencia de conducta es su aspecto negativo ... tal es el caso de la energía de la naturaleza o de animales, el hipnotismo y el sonambulismo"⁵¹.

2.1.2 TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Tipo y tipicidad.- Hay diferentes tipos divididos en activos y omisivos. El tipo activo es la prohibición de realizar la acción, sería una prohibición impropia no hacerlo; el tipo omisivo es la percepción según la dogmática. Los tipos

⁴⁸ Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 58.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁵¹ *Ibidem*, p. 59.

pueden ser de acción y omisión y en ellos van los elementos objetivos y subjetivos. La acción dolosa tiene dos aspectos, uno objetivo que se refiere a los elementos descriptivos, a los elementos normativos, resultado de la mutación física, nexo de causalidad, sujeto activo y sujeto pasivo. El segundo aspecto es subjetivo el cual se divide en: dolo y elementos subjetivos del tipo. La culpa se divide en acción objetiva y acción subjetiva. La acción objetiva, es la violación del deber de cuidado, generando una causalidad, y a su vez un resultado concluyendo con una relación de determinación. La acción subjetiva es la voluntad de realizar la conducta en forma elegida, por lo tanto tuvo una previsibilidad de la producción del resultado típico. La acción omisiva igual que las anteriores tiene aspectos objetivos y subjetivos refiriéndose el aspecto objetivo en la omisión propia, cualquiera puede ser autor de una situación típica, por ejemplo encontrarse alguien en peligro. En la omisión impropia sólo puede ser autor el que tiene ciertas características (delictiva propia), el autor debe hallarse en posición de garante en una especial situación o relación jurídica que lo obligue a garantizar la reparación, conservación o reparación del bien jurídico, y su fuente puede ser la ley, el contrato, o la conducta anterior. La omisiva en su aspecto subjetivo se divide en dolo que es el aspecto cognositivo o conocimiento de circunstancias (situación típica), la posibilidad física, la evitación, o la previsión de la causalidad. El aspecto conativo es similar al dolo activo. Los elementos subjetivos son similares a los del tipo doloso activo. "El tipo ... es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales ... La tipicidad según Castellanos Tena, es: el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la

adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formada en abstracto... El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo. Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica.⁵² "... se le da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de legalidad y seguridad jurídicas."⁵³ El Aspecto negativo se da cuando no hay una descripción legal de una conducta como delictiva y, de la tipicidad cuando una conducta no se adecua a la descripción legal, es decir, existe el tipo pero la conducta no se adecua a la descripción legal.

2.1.3 ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

"Podemos entender la antijuridicidad desde un punto de vista penal como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico."⁵⁴ Lo antijurídico puede tener una definición formal y material. Cuando nos referimos a lo formal, se entiende como la interpretación de los tipos legales. Y la material se refiere hacia donde se dirige la ley en lo individual y en lo colectivo. La antijuridicidad se puede apreciar en dos formas: a) Objetiva.- Acción a la que se refiere el legislador y la forma que le da la permisión del Poder Ejecutivo para ejecutar lo que no se ejecuta en la norma. b) Subjetiva.- Valoración que hace el juez para establecer la simbiosis objetiva.

⁵² Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 60.

⁵³ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 60.

(Nota: Simbiosis se refiere a lo que quiere el legislador y como lo va a ejecutar.)
Lo antijurídico también se puede entender a través de dos teorías: a) Teoría Indiciaria.- La tipicidad da los indicios de la antijuridicidad. b) Teoría de la Razón esencial.- *Ratio excendi*.- La antijuridicidad es condición necesaria para llegar a la tipicidad.

Las conductas permisivas son aquellas en las que el sujeto actuó contrario a derecho, si acreditó la tipicidad, surgió la ilicitud y a pesar de esto la misma ley las permite por ser necesarias.

Aspecto negativo y causas de justificación: Cuando la conducta realizada, (alterar la salud, privar de la vida, etcétera), se encuentra permitida por el derecho, no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, y existe el amparo de una causa de justificación que consiste en las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de dicha conducta.

En nuestro derecho son causas de justificación: I. Legítima defensa: "Existe legítima defensa cuando la persona, objeto de un agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor."⁵⁵, II. Estado de necesidad. "El estado de necesidad es la situación de peligro real, grave, inminente inmediato para la persona, su honor, o bienes

⁵⁵ Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 61.

propios o ajenos, que sólo pueden evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.⁵⁶ III. Cumplimiento de un deber: "que consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión detiene a una persona, en esta situación y no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber"⁵⁷ IV: Ejercicio de un derecho: "Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio causado en el ejercicio de los deportes, originados como resultado de tratamientos médicos quirúrgicos"⁵⁸ V. Impedimento legítimo. VI. Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

2.1.4 CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La Culpabilidad: "Se identifica con la reprochabilidad hacia sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal"⁵⁹. En la teoría del delito es la parte interna del individuo, es el reproche, y atiende a la capacidad psicológica del individuo. Zaffaroni dice "que la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor."⁶⁰ La culpabilidad se divide en tres elementos para saber que tipo de reproche se le puede hacer al sujeto: 1. Cognoscitividad. Se refiere al conocimiento consciente que dice que todos los sujetos tienen una capacidad de operar socialmente. 2. Exigibilidad. Es un juicio

⁵⁶ Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 62.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., 4ª Reimpresión, México, Cárdenas, 1998, p. 543.

de reproche, la culpabilidad se relaciona con la antijuridicidad. La exigibilidad es un elemento normativo, pues se puede exigir porque existe en la norma y esta sitúa al sujeto en la capacidad para entender al derecho. 3. Imputabilidad. El sujeto es imputable cuando el reproche es concreto al sujeto y lo lleva a merecer una sanción; el sujeto es un ser ontológico con su salud mental. Existen dos tipos de sujetos: a) Imputable, es aquel que tiene la capacidad de entender, tiene salud mental, y es el sujeto al que se le puede reprochar y, b) el sujeto inimputable, se le excluye de la culpabilidad, no se le puede exigir lo que marca la ley ya que padece de una afectación mental, idiotez, imbecilidad, locura, por carecer de salud mental que pueden ser enfermedades endógenas (psicopatías, imbecilidad, idiotez, oligofrenia, esquizofrenia). En esta etapa la culpabilidad es la parte interna del individuo que tiene una capacidad para saber que la acción que ejecute puede ser típica y al reflejársela en la mente, en ésta se proyecta el dolo y al realizar la acción opera lógicamente, por lo que al tener la capacidad antes descrita, actúa de manera cognositiva con un conocimiento consiente de los hechos, por lo tanto se le hace juicio de reproche social. "El principio de culpabilidad entendido como no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor."⁶¹ La culpabilidad atiende a la capacidad psicológica del individuo, que estaban en esas operaciones lógicas con el dolo, que las traslada a la tipicidad dolosa.

"El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad ... la inculpabilidad se presenta cuando una

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, 1998, p. 550.

persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial del hecho, y en términos generales, la coacción sobre la voluntad".⁶²

Existen diversas formas de error. En el error de tipo el sujeto tiene un falso concepto de la realidad invencible, ignora que integra una figura típica (un delito) si el activo no conoce, las circunstancias invencibles, al cometer el hecho los elementos del tipo legal, esto es, actúa bajo una causa de inculpabilidad. Hay error de licitud o error de permisión cuando el individuo cree encontrarse ante una causa de justificación por error invencible o sea, tiene un falso concepto sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación. a) Error de hecho: El sujeto encamina su acción pero por diferentes circunstancias en el resultado puede variar la responsabilidad a que se haría acreedor según lo descrito en el tipo penal. b) Error en el golpe: El sujeto establece fines y propósitos, encamina su acción y por circunstancias ajenas a lo previsto se da un resultado distinto al que él se fijó como meta. c) Error en el objeto.- El sujeto activo fija sus fines y propósitos, realiza su acción pero el resultado es distinto al previsto, y confirma su voluntad independientemente del resultado. d) Error en la causalidad.- El sujeto activo se fija fines y propósitos, establece sus metas, encamina su acción pero no llega al resultado por circunstancias ajenas o no previstas, pero acepta su intención.

⁶² Osorio y Nieto César Augusto, *Op. Cit.*, p. 69.

2.1.5 IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Imputabilidad. "Es la capacidad de entender y querer considerarla dentro del ámbito del derecho penal ... tiene dos elementos, uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado".⁶³ "Es imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones psicofísicas; y responsable aquel que teniendo estas condiciones realiza un acto tipificado en la ley como delito y que previamente, por eso contrae la obligación de responder por él."⁶⁴ Al contrario, la inimputabilidad, o sea, la incapacidad para querer y entender en materia penal. Las causas de inimputabilidad son: I. Minoría de edad. Se considera menor de edad a quien no ha cumplido 18 años de edad y que incurre en una conducta tipificada en la norma penal considerada como delito. II. Trastorno mental. "Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de desarrollo intelectual retardado."⁶⁵ III. Desarrollo intelectual retardado. Es excluyente de responsabilidad: "padecer el inculpa-do, al cometer la infracción, desarrollo intelectual retardado que impida comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión."⁶⁶

2.1.6 PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Para el maestro Castellanos Tena: "... punibilidad es: merecimiento de penas, amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos

⁶³ Osorio y Nieto, César Augusto. *Op. Cit.*, p. 64.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 66.

legales y aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.⁶⁷ El elemento negativo lo forma las excusas absolutorias que son "... aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."⁶⁸

2.1.7 INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

El término interpretar se refiere a "... desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; pero ello tiene significación ... la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre un papel...la significación es el objeto a que la expresión se refiere, pero no es así, porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio: la significación."⁶⁹

Con respecto a la interpretación de la ley, " ... interpretar ésta es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de los Códigos ... El problema capital de la teoría de la interpretación es saber que debe entenderse por sentido de la ley ... en consecuencia, su sentido debe ser el que su autor pretendió darle. Habrá, pues, que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión

⁶⁷ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 14ª ed., México, Porrúa, 1998, p.267.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 271.

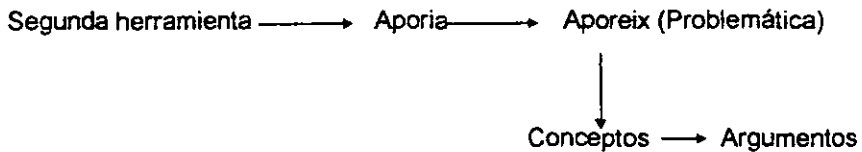
⁶⁹ García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 29ª ed. México, Porrúa, 1978, p.p.. 325 y 326.

suya.⁷⁰

2.1.8. TÓPICA.

Es la teoría que describe un sistema lógico, sistemático de conceptos en un plano rígido de derecho escrito mediante la retórica como forma de control. La tópica viene de topos que significa lugar y en el mundo del derecho significa concepto adecuado para subordinar normas jurídicas, y siempre va de lo general a lo particular, valiéndose de algunas herramientas.

Primera herramienta.- Topoi es la idea o concepto movible, punto de vista y un agente técnico.



La aporia cuenta con elementos de validez, positivos o negativos. La aporia puede encontrarse en la ciencia jurídica, y ésta tiene como elemento fundamental en el derecho la gramática.

Tercera herramienta.- Endoxa.- Es la garantía de corrección escrita u oral. Algunos autores señalan que la endoxa es la teoría argumentativa.

⁷⁰ García Maynez, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 327 y 328.

Teoría del status.- Punto jurídico o dogmático donde el topoi se puede relacionar con conceptos secundarios, o con varios conocimientos. El análisis de la tópica se encuentra en las leyes fundamentales.

Estagarita.- Es el punto problemático, subordinación de elementos, correlación normativa, establece los medios de defensa.

2.1.9 EXEGÉTICA.

El término exegética deriva de exégesis, que significa: "Interpretación o explicación de un texto legal - especialmente el de la ley -...con el propósito de hallar la voluntad del autor"⁷¹ Para Eduardo García Maynez la exégesis es un método de interpretación de las leyes: "Como la ley es para los defensores de la doctrina que exponemos expresión de la voluntad legislativa, la interpretación de los preceptos legales debe reducirse a la búsqueda del pensamiento de su autor. Esta tarea, cuyo fin último consiste en descubrir la intención de los legisladores, es precisamente lo que se llama exégesis."⁷² No existe dificultad ni duda cuando la ley es clara, pero: "Algunas veces, sin embargo, la expresión es oscura o incompleta. Entonces no basta el examen gramatical, y es necesario echar mano de la llamada interpretación lógica. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley..."⁷³ Para realizar la interpretación de las leyes a través de las leyes se debe emplear los siguientes medios: "1. Examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias. 2. Análisis de tradición

⁷¹ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 27ª ed., México, Porrúa. 1999, p. 281.

⁷² García Maynez, Eduardo, *Op. Cit.* p. 334.

⁷³ *Ibidem*, p. 334.

histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla. 3. Si estos métodos resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos ... La equidad no debe ser para el exégeta fuente inmediata y directa de inspiración, sino criterio que permite descubrir las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador debió inspirarse."⁷⁴

2.1.10 ESCUELA LIBRE DE JERZY.

El polaco Jerzy Wróblewski, señala cuatro criterios sobre la interpretación:

"1. Fuente de la interpretación, puede ser: a) Auténtica.- Efectuada por el legislador. b) Legal.- Realizada por un órgano competente especial. c). Operativa.- Llevada a cabo por el órgano encargado de aplicarla (jueces o administradores). d) Doctrinal. Propia de los juristas, encargados de orientar, sistematizar comentar o criticar el orden legal, y su aplicación por los órganos competentes. Configura buena parte de la teoría del derecho y la dogmática jurídica. e) Otras fuentes.- Realizada por las partes en un litigio, la opinión pública, etcétera.

2. Validez de la decisión interpretativa. De la combinación de dos de los tres tipos básicos de validez: sistemática, factual y axiológica, con ideas relativas a concepciones derivadas de las reglas de reconocimiento de un régimen jurídico, obtiene: a) Validez de la interpretación que vincula a todos los destinatarios de

⁷⁴ García Maynez, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 334 y 335.

normas legales válidas o aun determinado grupo de los destinatarios de la decisión interpretativa, con reglas legales válidas (sistemática, auténtica y legal).

b) Validez de la interpretación según el parecer de algunas personas que no tienen duda alguna sobre su corrección (factual). Se da cuando influye de manera semejante a la sistemática y a la legal; pero sin que exista norma legal que la imponga. 3. Tipo de texto interpretado.- Dado que la interpretación, según su objeto, depende de la tipología de las normas (constitucionales, administrativas, internacionales, laborales, contractuales, etcétera), no presenta interés teórico alguno. 4. Cualificación de la interpretación.- Atañe a la distinción tradicional entre interpretación extensiva e interpretación restrictiva, entre interpretación *secundum, praeter* y *contra legem*. En ambos casos se realiza a partir de la comparación de diferentes interpretaciones o de sus resultados.⁷⁵

2.1.11 HERMENÉUTICA JURÍDICA.

La hermenéutica se define como la "Rama de la ciencia del derecho que trata de la interpretación de las normas que lo constituyen."⁷⁶ García Maynez asegura que " ... puede hallarse dirigida hacia el descubrimiento de normas individualizadas ... hay que distinguir la expresión de la norma y la norma expresada. La diferencia consiste en que en el caso de la ley la norma expresada es general y abstracta, mientras que, en el otro se trata de normas que obligan a personas individualmente determinadas."⁷⁷

⁷⁵ Del Palacio Díaz, Alejandro, *Introducción a la Teoría del Derecho*, México, U.A.M., Azcapotzalco, 1992, pp. 195 y 196.

⁷⁶ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, p.308.

⁷⁷ García Maynez, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 330 y 331.

2.2 ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal de 1931 consta de dos libros, con un total de cuatrocientos bis artículos y tres artículos transitorios. "En el año de 1948, el Gobierno de la República, estimó necesario reformar el Código vigente de 1931, a fin de satisfacer las necesidades sociales para la represión del crimen y su debida prevención. En 1948, la comisión redactora terminó la parte general conteniendo 112 artículos...posteriormente en el año de 1949 se publicó por la misma Secretaría de Gobernación un segundo anteproyecto, comprendiendo la parte general y la parte especial y constando de 381 artículos y 3 transitorios, de los cuales 113 corresponden a la parte general y los restantes a la parte especial, del 114 al 381."⁷⁸ "El anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, del año de 1958...contiene 291 artículos, de los cuales corresponden 98 a la parte general y el resto a la parte especial...El acierto acompaña a los redactores al definir en el artículo 8°, el dolo directo, el eventual y el mediato o directo de segundo grado; al dar el concepto de la culpa, que abarca la consciente y la inconsciente, y al ocuparse de los delitos preterintencionales, subordinando la culpa de ambas clases la penalidad por el resultado mayor"⁷⁹

2.3 ASPECTOS GENERALES.

Actualmente rige el Código Penal promulgado el 2 de enero de 1931,

⁷⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal*, 13ª ed., México, Porrúa, 1990, pp. 56 y 57.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

abrogando el Código Penal del 15 de diciembre de 1929. Este ordenamiento legal, ha sufrido varias modificaciones, adiciones y reformas, en especial durante la última década del siglo XX. No obstante que parte de sus primeros 19 artículos, han sido objeto de modificaciones parciales o adiciones, dichos preceptos han conservado su esencia. EL 22 de agosto de 1996, entraron en vigor las reformas y adiciones al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo las bases para la organización jurídico política del Distrito Federal; incluyó la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el apartado C, Base Primera, fracción V, inciso h), para legislar en materia penal. Con fundamento en la disposición invocada, los diputados de la mencionada Asamblea, propusieron el 23 de agosto de 1999, la extracción del articulado de naturaleza federal, para establecer Código Penal para el Distrito Federal, por decreto de la Asamblea Legislativa de fecha 17 de septiembre de 1999, puesto en vigor el 1° de octubre de 1999, incluyendo reformas en materia social y de seguridad pública.

2.3.1 TIPO DE DELITOS (ARTÍCULO 7°).

El artículo 7° del Código Penal vigente se refiere a los tipos de delitos. "... El delito es: I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga y III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se

viola el mismo precepto legal.⁸⁰ Dogmáticamente existen delitos dolosos y culposos relacionados con la forma del tipo; pueden ser abiertos, cerrados y generales, activos y omisivos. Todos los tipos pueden ser de acción y omisión y en ellos van los elementos de obligación. Los delitos por el resultado se dividen en formales y materiales; según el maestro Osorio y Nieto, los materiales: "... requieren para su integración una mutación, un cambio en el mundo exterior, un resultado material objetivo apreciable por los sentidos, como el homicidio, las lesiones, en tanto que los formales son aquellos que agotan el tipo con la acción u omisión del sujeto activo, sin que sea menester para su consumación la consecuencia de un resultado que altere el mundo exterior, en tales delitos se sanciona la conducta activa u omisiva en sí misma, sin atención a resultados externos..."⁸¹ También se dividen los delitos por el daño, y pueden ser de lesión y de peligro "los delitos de lesión ocasionan un daño real directo y efectivo a los bienes jurídicamente protegidos, tal es el caso del homicidio, las lesiones, el estupro, o la violación; los delitos de peligro únicamente ponen en riesgo, en la posibilidad de producirse un daño al bien tutelado por la norma, como el abandono de persona, el ataque peligroso y el disparo de arma de fuego."⁸² En concordancia con el artículo 7° del Código Penal, los delitos en atención a su duración son "... instantáneos cuando la acción que los verifica se perfecciona en un sólo momento en el cual se agota el delito ..." ⁸³ Verbigracia, el daño en propiedad ajena por tránsito de vehículos. "Los delitos instantáneos con efectos permanentes se

⁸⁰ *Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal*, 13ª ed., México, Ediciones Fiscales Isef, 1999, p. (7-12) 3.

⁸¹ Osorio y Nieto Cesar Augusto, *Op. Cit.*, pp.47 y 48.

⁸² *Ibidem*, p. 48.

⁸³ *Ibidem*, p. 48.

caracterizan por el hecho de que el bien jurídico protegido se lesiona o disminuye en forma instantánea, pero los efectos causados por esta lesión o disminución se prolonga por cierto tiempo.⁸⁴ El delito continuado " ... es aquel en el que hay varias acciones y un solo resultado antijurídico ... hay unidad anímica y pluralidad de acciones ejecutivas... existe unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica ... En el delito permanente la acción que consuma el delito puede prolongarse en el tiempo a voluntad del activo, y en cualquier momento en que se integre la figura típica se estima que se lesiona el bien jurídicamente protegido, como en el caso del rapto, o de la privación ilegal de la libertad. Para Castellanos Tena hay continuidad en la conciencia y en la ejecución."⁸⁵ También se clasifican los delitos atendiendo al elemento interno subjetivo, o sea la culpabilidad y estos pueden ser dolosos o culposos "el delito es doloso o intencional cuando la voluntad se dirige a la consecución de un resultado típico; es culposo o imprudencial cuando el agente no desea el resultado delictivo, más éste acontece por un actuar falso de atención, de cuidado, de prudencia ... Por su estructura los delitos se dividen en simples y complejos; los delitos simples son aquellos en los cuales la lesión jurídica es singular, no existe más que un bien jurídico protegido que es violado a través de esa infracción, por ejemplo: las lesiones, el homicidio, el estupro, la violación. En el delito complejo encontramos que el tipo unifica la tutela jurídica contenida en dos infracciones y de tal vinculación surge una nueva figura que dada la fusión reviste una mayor gravedad y es de una mayor penalidad que las figuras que la componen ... Por el número de

⁸⁴ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *Op. Cit.*, p. 48.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 48.

actos que los integran los delitos pueden ser: unisubsistentes o plurisubsistentes; los primeros se caracterizan por estar integrados por un sólo acto, como es el caso del homicidio, en tanto que los plurisubsistentes se componen en su descripción típica, de varios actos, por ejemplo, los delitos de ataques a las vías de comunicación, que requieren manejar en estado de ebriedad, o bajo el influjo de drogas o enervantes y cometer, al manejar vehículos de motor, alguna infracción a los reglamentos de tránsito ... Por el número de sujetos activos que intervienen en la ejecución del acto delictivo, los delitos pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos, es decir, hay delitos que para su realización no requieren de más de un sujeto activo que lleve a cabo la acción típica, aún cuando pudiesen intervenir varios, pero la esencia, en cuanto a los activos es que sea sujeto singular, como en el caso del robo, del homicidio. de las lesiones ... en tanto que otros, necesariamente requieren de la concurrencia de dos o más personas para su ejecución, como sucede en el incesto o en la asociación delictuosa, sin esta vinculación de personas no se puede dar el delito. Por la forma de persecución ... los delitos se dividen en delitos perseguibles por querrela y delitos perseguibles de oficio ... por querrela son aquellos en los cuales se requiere la manifestación de voluntad del ofendido o su legítimo representante. para que el ministerio público inicie la investigación correspondiente. Los delitos perseguibles de oficio o por denuncia son aquellos en los cuales se debe iniciar la averiguación y continuar el procedimiento sin que medie la decisión de los particulares ... por la materia ... los delitos se dividen en comunes, federales, militares, oficiales y políticos.⁸⁶

⁸⁶ Osorio y Nieto, César Augusto. *Op. Cit.*, pp. 47-51

2.3.2 DOLO Y CULPA (ARTÍCULO 9°)

"El dolo opera cuando en el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria ... La culpa la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional. Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa. ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado. resultado típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado. Las especies de culpa son las siguientes: a) Consiente, con previsión o con representación. b) Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación."⁸⁷

2.3.3 TENTATIVA (ARTÍCULO 12)

El artículo 12 párrafo primero del Código Penal establece: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente - (Párrafo segundo) - Para imponer la pena de la tentativa el

⁸⁷ Osoño y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 67.

juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. - (Párrafo tercero) - Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que éste se refiere, sin perjuicio de aplicar lo que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".⁸⁸ "En la tentativa ya se aprecia un principio de ejecución, se penetra en el núcleo del tipo, lo cual, según Castellanos Tena, consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Jiménez de Asúa nos dice que la tentativa es la ejecución incompleta de un delito ... Existen dos formas de tentativa ... la tentativa acabada o delito frustrado el activo lleva a cabo todos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado no se presenta por causas ajenas a su voluntad. Hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado... La ejecución es incompleta y, obviamente el resultado, como consecuencia de la omisión de uno o varios actos no se produce".⁸⁹

La tentativa punible es aquella preparación del sujeto que no culmina en el resultado previsto pero que está prevista en la ley y es sancionable, es decir sanciona la intención (Artículo 12, párrafo primero). La tentativa no punible o tentativa impune es aquella en que aparecen los efectos interiores y exteriores que

⁸⁸ *Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal*, 3ª ed., México, Ediciones Fiscales Isef, 1999, p. (7-12) 3.

⁸⁹ Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, p. 79.

realiza el sujeto pero que no puede llevarse a la normatividad toda vez que el resultado se evita por causas propias, esta tentativa impune tiene dos formas para definirse, por excluirse el hecho o el derecho: a) Tentativa impune acabada. Es aquella en que el sujeto antes de la materialización del resultado se arrepiente y no llega a la valoración normativa y se le conoce como arrepentimiento activo (Artículo 12, párrafo tercero); b) Tentativa impune inacabada. Esta excluye al sujeto del hecho y del derecho por voz propia llamada desistimiento. Este desistimiento se caracteriza: por ser espontáneo, definitivo y directo (artículo 12, párrafo tercero).

2.3.4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.(ARTÍCULO 13)

El artículo 13 del Código Penal señala las formas a través de las cuales el derecho positivo determina el actuar de los sujetos en la comisión de los delitos, lo que lleva al reconocimiento de diferentes grados de participación tomando como punto de partida la voluntad y el fortalecimiento de la voluntad. Para Castellanos Tena la participación es: "... la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad."⁹⁰ En la participación intervienen: a) Autor.- Es el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, la persona que realiza una conducta física y psíquicamente determinante ... - fracciones I y II -. b) Autor Intelectual.- Sujeto que aporta elementos anímicos, psíquicos, morales, para realizar el delito - fracción I -. c).- Autor material: Persona que realiza una actividad física, corpórea para la

⁹⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.*, p. 283.

realización del hecho típico se lleva a cabo en la fase ejecutiva del delito - fracción II - d).- Autor mediato.- Sujeto que para ejecutar un delito se sirve de otro - fracción IV - e).- Coautor.- Sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal - fracción III - f) Cómplices: Auxiliadores o sujetos que utilizan una actividad indirecta pero útil para la comisión del delito - fracción VI y VIII -" ⁹¹

2.3.5 CAUSAS DE EXCLUSIÓN (ARTÍCULO 15).

El artículo 15 del Código Penal establece en sus diez fracciones las causas de exclusión del delito, y determina que la conducta realizada no implica transgresión a la ley: I. Ausencia de conducta; II. Atipicidad (ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal); III. Antijuridicidad (lo contrario a la norma penal); IV. Causa de justificación (legítima defensa); V. Causa de justificación (estado de necesidad); VI. Causa de justificación (cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho); VII. Estados específicos de inconciencia; VIII. Error de hecho y error de prohibición; IX. No exigibilidad de otra conducta; X. Caso fortuito.

2.3.6 CONCURSO (ARTÍCULOS 18 Y 19)

"Se da el concurso de delitos cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos"⁹² Se encuentra previsto en el artículo 18 del código Penal, en donde hace una diferencia entre concurso ideal y concurso real; en el primero, con una sola conducta se cometen varios delitos,

⁹¹ Cfr. Osorio y Nieto, César Augusto, *Op. Cit.*, pp. 83 y 84.

⁹² *Ibidem*, p. 89.

como es el caso del daño en propiedad ajena, que al conducir un vehículo automotor en estado de ebriedad, provoca el daño, ataques a las vías de comunicación, lesiones e incluso hasta el homicidio, lesionándose diferentes bienes jurídicos. En el concurso real, si se da la pluralidad de conductas, se cometen varios delitos " ... es decir, el sujeto activo realiza diversas conductas independientes entre sí y produce resultados también diversos, tal sería el caso del que roba un vehículo. y al darse a la fuga atropella y lesiona a una persona, choca con otro vehículo al cual le ocasiona daños; en este caso habrá robo, lesiones y daño en propiedad ajena. Aquí se aprecia pluralidad de conductas y de resultados, todo ello con relación, obviamente, al mismo sujeto."⁹³

2.4 ANÁLISIS DOGMÁTICO .

Los artículos 329 a 334 de nuestro Código Penal vigente, regulan el aborto señalando que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Tutelan el bien jurídico es la vida del ser no nato protegido antes de su alumbramiento. Existen diversas formas de aborto como son el aborto de hecho con fines de control natal, el aborto terapéutico, el aborto eugenésico, entre otros. "Desde los inicios del ser humano, el aborto ha sido sancionado por los pueblos; como vimos en el capítulo anterior, los aztecas establecían la pena de muerte para todo aquel que diera un abortivo; actualmente el Código Penal de México continúa penalizando el aborto, aunque la pena ya no es tan contundente; el juramento

⁹³ Osorio y Nieto Cesar Augusto, *Op. Cit.*, p. 90.

hipocrático contiene un compromiso médico al respecto, al hacer prometer al médico: << igualmente no daré a ninguna mujer un abortivo.>>⁹⁴

Ahora bien, el objeto material del delito de aborto tomando como referencia la definición legal, es el producto del propio embarazo sobre el que recae el delito, aunque existen polémicas entre los autores, pues aseguran que el objeto material del ilícito es el cuerpo de la mujer embarazada, ya que sobre ella se realizan las maniobras abortivas.

En este delito, pueden ser sujetos activos la mujer embarazada que da su consentimiento para que se le practique el aborto, y el tercero que realiza las maniobras abortivas; si es procurado, siempre será la mujer embarazada, pero si es sufrido, será el tercero que realizó esas maniobras abortivas.

Respecto al sujeto pasivo existen diversos criterios sobre el cuerpo en el que recae el delito; se atenderá al tipo de aborto que se realice para determinar quién es el sujeto pasivo.

⁹⁴ Juárez Zamudio, Miguel Angel, *Responsabilidad Penal de los Médicos*, México, Delma., 1999, P. 42.

CAPÍTULO III

3. AVERIGUACIÓN PREVIA

3.1. MINISTERIO PÚBLICO.

3.1.1 TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.1.2 FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

3.1.3 BASES LEGALES DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

3.1.4 EL OFENDIDO COMO COADYUVANTE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.1.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DEL OFENDIDO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.2 HECHO.

3.2.1 CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.2.2 INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.2.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

3.2.4 FLAGRANCIA, FLAGRANCIA EQUIPARADA Y CASO URGENTE.

3.2.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.3. EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

3.3.1 CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO.

**3.3.2 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES.**

3.3.3 CONCEPTO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD.

**3.3.4 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES.**

3.3.5 JURISPRUDENCIA APLICABLE.

3.4 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.4.1 GENERALIDADES.

**3.4.2 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON
DETENIDO.**

**3.4.3 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN
DETENIDO.**

**3.4.4 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE
CATEO.**

**3.4.5 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE
ARRAIGO.**

3.5. DETERMINACIONES.

3.5.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

3.5.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON Y SIN DETENIDO

3.5.3 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON Y SIN DETENIDO

3.5.4 INCOMPETENCIA POR TERRITORIO, POR MATERIA Y MONTO

**3.4.5 CONSIGNACIÓN, ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO DEL PLIEGO
DE CONSIGNACIÓN.**

3. LA AVERIGUACIÓN PREVIA

3.1. MINISTERIO PÚBLICO

En México, se desarrollo el Ministerio Público en tres épocas:

A) En la época Precortesiana, predomino la civilización azteca, extendida del territorio de Anáhuac al sur de México; al llegar los españoles, los aztecas estaban aliados con los Tecpanecas y los Acolhuas. Tenian un tribunal que administraba justicia. "En México el rey nombraba a un magistrado supremo, el Cihuacoatl que además de tener atribuciones administrativas, tenía la facultad de fallar en definitiva a las apelaciones en los casos criminales, además era una especie de consejero del Rey a quien representaba en algunas actividades como la preservación del orden social y militar... la persecución del delito estaba en manos de los jueces por la delegación del Tlatoani, de tal manera que las funciones de éste y las del Cihuacoatl eran jurisdiccionales por lo cual, no es posible identificarlas con las del Ministerio Público, pues si bien el delito era perseguido, otro se encomendaba a los jueces, quienes para ellos realizaban las investigaciones y apelaban el derecho."⁶⁶

b) En la época colonial, se encuentran las costumbres y creencias de las civilizaciones precolombinas y europeas, predominando las del dominador, influenciadas por el derecho romano y las normas canónicas.

⁶⁶ Fuentes Díaz, Fernando, *Modelos y el Procedimiento Penal del Fuero Común y Fuero Federal en Toda la República*, México, Sista, 1998, p.8.

"En la persecución del delito, autoridades militares, civiles y religiosas invadían jurisdicciones, pues privaban de la libertad y fijaban multas a su antojo.

La situación que prevalecía en esos tiempos pretendió cambiarse a través de las Leyes de Indias y de otros ordenamientos jurídicos, en donde se imponía la obligación de respetar las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, en tanto fueran derecho hispano.

Había funcionarios para la persecución de los delitos en esa etapa: tanto el virrey, como los Gobernadores, Capitanes, Generales, Corregidores y muchas otras autoridades, gozaban de facultades para ello ... la vida se desenvolvía teniendo como jefes de la administración pública a las personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, los nombramientos se daban a personas que gozaban de influencia política ... ⁹⁶ Otros funcionarios eran un fiscal que conocía de los asuntos civiles y otro de asuntos criminales.

c) Consumada la Independencia, continuó fungiendo el fiscal como persecutor de los delitos, y conociendo de los asuntos civiles, al cual se le dio reconocimiento en la Constitución de Apatzingán en 1814, dado que no existía el Ministerio Público. En la Constitución de 1857, se le dio al fiscal, una categoría similar a la de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la nación.

⁹⁶ Fuentes Díaz, Fernando, *Op. Cit.*, p. 8.

En 1836, se crea la Institución del Ministerio Público como una figura independiente, en tanto que el fiscal es considerado como miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En consecuencia, el Ministerio Público en nuestro país, formalmente se reconoce a partir del México Independiente, quedando establecido en las Leyes de reforma que es el Representante de la Sociedad.⁹⁷

El Ministerio Público fue contemplado por el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916 - 1917. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se promulgó el 5 de febrero de 1917, y se estableció el Ministerio Público en los artículos 21 y 102, otorgándole el monopolio de la acción penal. Durante el régimen de Don Porfirio Díaz, se elaboró el Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, en el que se regula al Ministerio Público como defensor de la Sociedad, en tanto que la Policía Judicial investigaría los delitos. En 1903 se creó la Ley Orgánica del Ministerio Público, estableciendo que le representaría el Procurador General de Justicia. Por consiguiente, al quedar regulado el Ministerio Público en la constitución de 1917, se transforma su naturaleza como una Institución persecutora de los delitos e independiente del Poder Judicial, pues a este último le compete de manera exclusiva la imposición de las penas.⁹⁸

El Ministerio Público es una institución que depende del Poder Ejecutivo

⁹⁷ C. fr. Fuentes Díaz, Fernando, *Op. Cit.*, pp. 9 y 10.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

y actúa en representación del interés de la sociedad, por lo cual se dice que es una institución de buena fe. Es indivisible porque cuando actúa el titular del Órgano Investigador, lo hace a nombre de toda la Institución. Para cumplir con su actividad investigadora, conforme al artículo 21 Constitucional, se auxilia de la Policía Judicial, que realizará las actividades encomendadas por el Ministerio Público, para la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa, así como de la Dirección General de servicios Periciales, la cual actúa cuando se requiere de estudios técnicos científicos, o bien, artísticos (artículo 162 del Código de Procedimientos Penales).

3.1.1 TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como se dijo, el Ministerio Público es una unidad, es decir, no se refiere a las personas que lo integran, y su titular es el Procurador General de Justicia; existe una estructura con sus diferentes Áreas o Direcciones con un responsable directo de la Averiguación Previa en que se actúa y da fe. En el artículo 21 Constitucional establece que el titular de la averiguación previa es el Ministerio Público, y como atribuciones tiene la investigación de los delitos a través de la Averiguación Previa. Se apoya en leyes secundarias como el artículo 3° fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; los artículos. 1°. 2°, fracción I, y 3°, fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XI y XII de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; todas ellas confieren tal atribución al Ministerio Público.⁹⁹

⁹⁹ C. fr. Fuentes Dias Fernando, *Op. Cit.*, p.5

3.1.2 FUNCION INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En el artículo 21 párrafo primero, parte segunda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que es atribución del Ministerio Público, investigar y perseguir los delitos. Se establecen dos momentos: el preprocesal y el procesal. El primero se refiere a la averiguación previa, la cual constituye la actividad investigadora del Ministerio Público que tiende a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal, por lo que el artículo 21 constitucional otorga dicha atribución al Ministerio Público auxiliado por la policía judicial. Por otra parte es una garantía para los individuos, pues sólo el ministerio público puede investigar los delitos de tal suerte que la averiguación previa se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo (a través de una denuncia, acusación o querrela) y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica por el ejercicio o abstención de la acción penal, y no necesariamente ejercitar la acción penal. Esta atribución se fortalece en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna; en el primero se establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, y el segundo artículo establece la seguridad jurídica.

Tiene otras funciones como son: 1) Actividad de cumplimiento de los requisitos de procedibilidad; 2) Actividades públicas de averiguación previa;

3) Actividad consignatoria; 4) Actividades judiciales complementarias de la averiguación previa; 5) Actividades preprocesales; 6) Actividad procesal y, 7) Actividad de vigilancia en la fase ejecutiva.

3.1.3 BASES LEGALES DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En materia común, en el Distrito Federal, es titular del Ministerio Público el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y las principales bases legales de la función investigadora del Ministerio Público para la persecución de los delitos del fuero común, son las siguientes:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 14, 16, 19 y 21. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, los artículos 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 60, 61,62, 63, 91, 92, 93, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 199 bis 263, 274, 276, 360, 365 bis y 399 bis. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el artículo 2°, fracción I; 3°, y 18, párrafo segundo. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 14, fracciones I, II, IV, VIII, IX, X, XI, XII, XIV y XVI; 16 fracción VI; 17, fracciones I, II, IV, IX, X, XI, XII y XIV; 18, fracciones I y II; 19 fracciones I y III; 20, fracciones VIII Y IX; 26, fracciones VII ,VIII y IX.

La persecución de los delitos del fuero federal compete al Ministerio Público de la Federación y su titular es el Procurador General de la República. Su fundamento es el apartado A del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual otorga al Poder Ejecutivo la facultad para

realizar libremente los nombramientos y remociones de sus funcionarios. Sus facultades y atribuciones se regulan por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 2°, fracción X; 12 fracción II; 19, 29 y 30. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República artículo 1°.

3.1.4 EL OFENDIDO COMO COADYUVANTE EN LA AVERIGUACIÓN

PREVIA.

Los artículos 9° fracción X y 70 del Código de Procedimientos Penales establecen los derechos que tienen las víctimas o los ofendidos en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda a ser coadyuvante del Ministerio Público. El artículo 20 Constitucional, fracción X, párrafo último, señala que la víctima puede coadyuvar con el Ministerio Público, lo cual permite reunir mayores elementos para demostrar la culpabilidad del acusado y el posible menoscabo patrimonial sufrido con la comisión del delito.

3.1.5 GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DEL INDICIADO

DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Los artículos 8°, 20 Constitucional, 134 bis y 269 fracción III, inciso e) del Código de Procedimientos Penales, contemplan las garantías del indiciado cuando se trate de la integración de una averiguación previa. Al quedar el indiciado disposición del Ministerio Público, de inmediato se le informará además del derecho de petición, de aquellos que le asisten en materia de averiguación

previa, conforme al orden Constitucional: a) Abstenerse de declarar si lo desea; b) Que tiene derecho a su defensa por un abogado, por persona de su confianza, por sí o por un defensor de oficio; c) A ser asistido por su defensor cuando declare; d) A comparecer en cualquier momento en compañía de su defensor; e) Que se le proporcionen todos los datos de la averiguación previa en presencia del personal del ministerio público; f) Que se le reciban testigos y medios de prueba, concediéndole término para su desahogo; g) Que se le conceda libertad provisional bajo caución si así lo solicita conforme a los artículos 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 556 del Código de Procedimientos Penales. Asimismo, se permitirá al indiciado realizar las comunicaciones que requiera por el medio que tenga a su alcance.

3.2 HECHO.

3.2.1 CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa es una etapa preprocesal, es decir, se realiza antes de iniciar un proceso en materia penal. La autoridad que realiza la tramitación de la averiguación previa es el Ministerio Público, el cual se encarga de investigar y perseguir los delitos, así como de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo, a efecto de que tenga las bases necesarias para que ejercite la acción penal ante la Autoridad Judicial. En 1934, en el Código Federal de Procedimientos Penales se establecieron las fases del procedimiento penal, contemplando a la averiguación previa como la primera de ellas, pero en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se contempló

alguna norma similar, dado que no se refiere a la averiguación previa como una fase procesal; sin embargo, su interpretación fue en el sentido de que sí es una fase del proceso.¹⁰⁰ El tratadista César Augusto Osorio y Nieto define a la averiguación previa de la siguiente manera: "Es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal, y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."¹⁰¹

3.2.2 INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Se da inicio a la averiguación previa cuando la víctima de un delito presenta ante el Ministerio Público: denuncia, querrela o acusación. Su fundamento legal se establece en los artículos 262 al 276 del código de procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.2.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

"Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia y la querrela."¹⁰²

¹⁰⁰ Fuentes Díaz, Fernando, *Op. Cit.*, p. 83.

¹⁰¹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, 10ª ed., México, Porrúa, 1999, p.4.

¹⁰² *Ibidem*, p.9.

La denuncia consiste en que la persona afectada o un tercero debe hacer del conocimiento de la autoridad investigadora mediante forma escrita o verbal, sobre la noticia de la comisión de un delito. La acusación la efectúa una persona haciendo una imputación directa a otra persona, por la comisión de un delito que puede ser perseguido de oficio o a petición de parte. Debemos agregar que, si un delito es perseguible de oficio, el Ministerio Público debe realizar la actividad investigadora hasta determinar si existen elementos o no para el ejercicio de la acción penal, por lo cual se puede comprender dentro de la denuncia.

La querrela es un derecho potestativo del ofendido para comunicar verbalmente o por escrito al Ministerio Público, sobre la realización de algún delito que le cause perjuicio, debiendo ratificarla ante la presencia de la Representación Social.

3.2.4 FLAGRANCIA, FLAGRANCIA EQUIPARADA Y CASO URGENTE.

Flagrancia.- Existe cuando el sujeto que comete un delito es descubierto en el momento de su ejecución, o en aquel en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer, o bien cuando el inculpado es perseguido material o inmediatamente después de ejecutado el delito.

Flagrancia equiparada.- Cuando se trate de un delito grave, dentro de las 72 horas siguientes de cometido el ilícito, que la persona sea señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien

hubiera participado con ella en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del ilícito, que haya indicios suficientes, que se dé inicio a la averiguación previa, sin interrupción de la investigación.

Caso urgente.- Solicitar la orden de aprehensión por el juez. Se ordenará la orden de detención ministerial, cuando se trate de un delito grave y concurren las siguientes circunstancias que exista el temor fundado de que el indiciado no tenga domicilio fijo, que no tenga trabajo, que su lugar de residencia se encuentre en un entidad federativa u otro país, o bien, se tenga el temor de que partirá y abandonará el lugar, y que no se pueda acudir al Juez por razón de hora, lugar u otra circunstancia.

3.2.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El artículo 14 Constitucional establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. El artículo 15 Constitucional establece que no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos ni para la de aquellos delincuentes del orden común. El artículo 16 de la Constitución establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente... ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial. El artículo 17 Constitucional

establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni recurrir a la violencia para ejercer su derecho.

3.3 EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

3.3.1 CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO.

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita por la ley, por lo cual se debe señalar que los elementos materiales del cuerpo del delito se pueden percibir por medio de los sentidos.

3.3.2 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, establece que para que el Ministerio Público pueda efectuar el ejercicio de la acción penal, necesariamente y como requisitos ineludibles, debe demostrar los elementos que conforman el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sin que exista alguna causa de exclusión del delito.

3.3.3 CONCEPTO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD.

La probable responsabilidad hace acto de presencia cuando existen elementos suficientes para determinar que una persona participó en la concepción, preparación o ejecución de una acción típicamente antijurídica y culpable. Su fundamento legal se encuentra en el párrafo cuarto del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales.

3.3.4 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Tratándose de la tramitación de la averiguación previa, en el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales, se faculta al Ministerio Público para que se allegue todos aquellos medios de prueba que considere idóneos para establecer la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto que haya perpetrado un delito. En el propio precepto se aclara que las pruebas empleadas no deben ser contrarias al derecho.

3.3.5 JURISPRUDENCIA APLICABLE

La Suprema Corte de Justicia de la nación reconoce que el Ministerio Público, está facultado para recabar, en la averiguación previa, las pruebas para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quien haya perpetrado una conducta ilícita.

"PRUEBAS. ESTA FACULTADO PARA RECABARLAS EL MINISTERIO PUBLICO. Del artículo 102, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y del diverso 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se colige que el valerse de medios para buscar pruebas es una facultad de origen y eminentemente privativa del Ministerio Público, porque de no ser así, se encontraría imposibilitado para acudir a los tribunales a ejercer la acción penal, en consecuencia, a dicha institución le está permitido practicar toda clase de diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito de un ilícito y la responsabilidad del acusado. Dentro de tal potestad se halla la prueba

de confesión, la cual puede ser convincente para satisfacer el conocimiento para llegar a la certidumbre de la existencia del objeto o hecho que debe apreciarse, correspondiendo su práctica a los ministerios públicos en las diligencias previas al ejercicio de la acción penal, otorgando el código procesal penal federal pleno valor probatorio a dicho acto, siempre y cuando se cumplan los requisitos que al efecto se precisan en dicho ordenamiento legal."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 6/95. Eduardo Carreón Ortiz. 4 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: II, Diciembre de 1995. Tesis: IV.3o.6 P. Página: 559

"PRUEBAS RENDIDAS DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA POR EL MINISTERIO PÚBLICO. VALOR DE LA. Tanto el dictamen pericial como todos los demás elementos que reúne el Ministerio Público para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad durante la averiguación previa, tienen valor probatorio al actuar el representante social en uso de las facultades que le confiere la Constitución para el ejercicio de la acción penal, amén de que, en tal etapa, actúa como autoridad y no como parte."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 158/89. Rigoberto Ortiz Herrera. 31 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnolfo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Octava

Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV-Julio. Página: 754

3.4 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El Representante social realiza todo un conjunto de actividades en forma metódica, organizada y sistematizada, con el auxilio de la Policía Judicial que se encuentra bajo su mando y de la Dirección General de Servicios periciales.

3.4.1 GENERALIDADES.

La averiguación previa tiene una serie de actividades metódicas y sigue un camino lógico para su integración. Comienza con los llamados datos administrativos, que no son más que los datos generales de la indagatoria, consistentes la Agencia Investigadora que conoce del asunto, la Unidad de Investigación, el número de Averiguación Previa y el delito; posteriormente se continúa con la fecha, la hora de inicio, las autoridades ministeriales que conocen del asunto, los datos generales del denunciante o querellante; el exordio, que consiste en una breve síntesis de los hechos que motivan el inicio de la averiguación previa.

3.4.2 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO.

La averiguación previa con detenido se inicia con el exordio, con la comparecencia de los remitentes que ponen a disposición a la persona que se

encuentra como indiciado en la comisión de un ilícito, así como los objetos que se encuentran relacionados con los hechos como son armas, objetos, personas, documentos, bienes muebles o inmuebles; después se reciben las documentales y testimoniales acreditativas de los hechos delictuosos, recibir las pruebas periciales en cualquier especialidad que se requiera y que sirvan para acreditar los hechos, una vez integrado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y ante los elementos de la flagrancia o bien el caso urgente se procederá a ejercitar la acción penal con detenido que deberá contener los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así como los requisitos que establecen los artículos 14, 16, y 21 constitucionales así como el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales. Toda vez que se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se encuentren acreditados los elementos subjetivos o normativos como elemento constitutivo esencial, así como los informes de la policía judicial de la orden de investigación de los hechos, el *modus vivendi* y órdenes de 1 a. 1b. 1 c. una vez integrado lo anterior se enviara al indiciado al juez correspondiente a fin de que conozca de los hechos. Esas diligencias se realizarán dentro de un término de 48 horas.

3.4.3 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO

Una vez que el Ministerio público tenga noticia del delito realizará las diligencias para su investigación; en el caso de que se haya detenido al posible

autor material y se haya decretado su libertad por no existir flagrancia, por haber otorgado caución o fianza para garantizar su libertad y la reparación del daño por el ilícito que hubiere cometido, o bien porque la indagatoria se turno a la unidad investigadora correspondiente para recabar los documentos y elementos de prueba para su integración. Cuando se integren los elementos que faltaren, el Ministerio Público ejercerá la acción penal en contra del indiciado sin detenido, y realizará el acuerdo y el pliego de consignación para ponerlo a disposición del juez en turno, con todos los objetos relacionados con el ilícito.

3.4.4 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE CATEO.

Cateo.- Se define como el reconocimiento judicial de un domicilio particular o edificio que no estén abiertos al público. La solicitud de cateo deberá solicitarse a la autoridad judicial y es la única que puede expedirla por escrito; debe señalarse el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse, así como los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia. Una vez concluida, se deberá realizar un acta circunstanciada con el resultado del cateo. Su fundamento legal se encuentra consagrado en el artículo 16 Constitucional párrafo octavo, artículos 152 al 161 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Un cateo sin orden judicial viola la garantía individual de legalidad.

3.4.5 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE ARRAIGO.

El Arraigo es la imposición judicial para que un sujeto no salga del lugar del juicio; es la medida cautelar o de seguridad en la investigación de un delito, es la medida precautoria para asegurar la disponibilidad del inculpado en la averiguación previa o durante el proceso penal. Si se quebranta el arraigo, se desobedece la orden del juez, en cambio si se efectúa un arraigo sin orden judicial, se viola la garantía de tránsito. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 270 bis del Código adjetivo para el Distrito Federal y sus elementos son:

- 1) Debe encontrarse iniciada la Averiguación Previa;
- 2) Se deben de tomar en cuenta las características personales del indiciado;
- 3) El Ministerio Público tendrá que fundar y motivar su petición ante el órgano jurisdiccional, a fin de resolver la petición formulada por el ministerio público;
- 4) La autoridad judicial deberá otorgar la garantía de audiencia al inculpado;
- 5) El fin del arraigo es la integración de la indagatoria, misma que no puede exceder de 30 días prorrogables por un período igual.

3.5. DETERMINACIONES

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para cumplir con el artículo 21 Constitucional, tiene como marco jurídico la Ley Orgánica y su Reglamento, que precisa cada una de sus funciones y atribuciones; sin embargo, el titular de dicha Institución crea acuerdos y circulares sin especificar su duración, pues con ello se responde a los reclamos sociales, para adaptarse a las

necesidades de la sociedad. Con estos dispositivos legales, el Ministerio Público realiza su actividad en la averiguación previa con objeto de establecer una determinación que deberá versar en los hechos que se le pusieron en conocimiento a través de las denuncias o querellas y que por ende tuvo que versar su investigación considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad que ya anteriormente se ha analizado. En la determinación, se establece un punto final o conclusión de la actividad Ministerial, con los elementos con que se cuenta para el ejercicio de la acción penal.

3.5.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

El ejercicio de la acción penal es la facultad exclusiva del Ministerio Público para hacer valer un derecho ante el Juez Penal, con un pliego de consignación en el que constará que se acreditó la integración el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para que imponga una pena al probable responsable de un delito.

3.5.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON Y SIN DETENIDO

El ejercicio de la acción penal con detenido se presenta en aquellos casos en donde se inició una averiguación previa con la persona señalada como indiciada o probable responsable, y, conforme al artículo 16 Constitucional, deberá realizarse la investigación dentro de las 48 horas siguientes en que es puesto a disposición sin olvidar que tratándose de delitos realizados por delincuencia organizada dicho término podrá ampliarse. Una vez concluido, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal con detenido o bien dejar al probable responsable en libertad con las reservas de ley. Cabe decir que

anteriormente el término era de 24 horas pero se amplió con el objeto de tener mayor tiempo para poder reunir los requisitos que marca la ley. Sin embargo, consideramos que dicho término no es suficiente, puesto que la reunión de los elementos del tipo penal o cuerpo del delito y la probable responsabilidad que prevé el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, así como las reglas generales para la integración de la averiguación previa, tiene un ordenamiento muy específico y ello implica en ocasiones consignaciones deficientes aun de la carga de trabajo que por estadística se tiene que llevar.

Consignación sin detenido.- En este tipo de consignaciones encontramos como regla general que deberá insertarse en el pliego de consignación la solicitud al juez para que obsequie la orden de aprehensión cuando se trate de delitos que tengan consigo pena privativa de la libertad; si la pena no es privativa de libertad, se solicitará orden de comparecencia.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3.5.3 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL TEMPORAL Y DEFINITIVO

La propuesta del no ejercicio de la acción penal se ubica dentro del marco legal del acuerdo A/003/99 en su artículo 60 y subsecuentes. Esta figura se da en virtud de que no se integran los elementos del delito y la probable responsabilidad; existe aun la posibilidad de que, cuando se tengan los elementos que integren adecuadamente la indagatoria, se procederá a ejercitar la acción penal. El no ejercicio de la acción penal definitivo es la determinación del Ministerio Público en los casos que así proceda, por ejemplo, en los delitos de querrela en los que se otorga el perdón del ofendido, se da lugar a la extinción de la acción penal con

fundamento en el artículo 93 del Código Penal vigente. Otro ejemplo es cuando los hechos denunciados no constituyan ilícito alguno, es decir sean atípicos, o bien la querrela no se encuentra legitimada por persona facultada para ello.

3.5.4 INCOMPETENCIA POR TERRITORIO, POR MATERIA Y POR MONTO.

La Incompetencia es la figura mediante la cual el Ministerio Público deja de conocer de un ilícito. Cuando exista la comisión de un delito cometido en otra entidad federativa, el Ministerio Público emitirá un acuerdo en el cual establecerá que no tiene competencia para conocer de ese ilícito, por lo cual enviará la Indagatoria a la unidad administrativa que se encargará de enviarla al Estado que corresponda. Si el delito que denunciado ante el Ministerio Público es del orden Federal, se remitirá la averiguación previa a la Procuraduría General de la República.

3.5.5 CONSIGNACION, ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO DEL PLIEGO DE CONSIGNACION.

Mediante la consignación, el Ministerio Público ocurre ante la Autoridad Judicial para ejercitar la acción penal, y tomará en cuenta la naturaleza del delito que motiva la consignación para acudir ante un Juez Penal del fuero común, o a un Juez de Paz. La consignación es el estudio de los medios de prueba recabados para determinar si se ejercita la acción penal o no, determinando la previsión y la sanción que se puede aplicar al responsable del delito. Los requisitos de forma y fondo se establecen en el artículo 16 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de

tal suerte que: a) estará fundada en los preceptos que se refieren al delito de que se trate; b) se motivará describiendo los hechos motivo de la averiguación previa precisando circunstancias de tiempo, modo, lugar, la participación de los probables responsables, en relación con los medios de prueba que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad a que se refieren los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, correlacionando sus conductas u omisiones; c) se relacionarán las pruebas con los hechos contenidos en la averiguación y, d) se establecerá, expresando en los puntos petitorios, que se ejercita la acción penal y en contra de que persona, la autoridad ante la cual se pone a disposición todos los objetos que se encuentren relacionados con la Indagatoria, la solicitud de reparación del daño y, si es procedente, se indicará la tramitación un desglose de la averiguación previa.

CAPÍTULO IV

4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.

4.1.1 ARTÍCULOS 13 A 21 CONSTITUCIONALES.

4.2 EL PROCESO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

4.2.1 AUTO DE RADICACIÓN.

4.3 DECLARACIÓN PREPARATORIA Y NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

(ARTÍCULOS 287 A 296 BIS)

4.4 AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE SUJECCIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR .

4.5 TIPOS DE PROCEDIMIENTOS.

4.5.1 PROCEDIMIENTO SUMARIO (ARTÍCULOS 305 A 312)

4.5.2 PROCEDIMIENTO ORDINARIO (ARTÍCULOS 313 Y SUBSECUENTES)

4.6 PRUEBAS

4.6.1 MEDIOS DE PRUEBA

4.6.1.1 CONFESIÓN

4.6.1.2 INSPECCIÓN

4.6.1.3 PERICIAL

4.6.1.4 TESTIMONIAL

4.6.1.5 CONFRONTACIÓN

4.6.1.6 CAREOS

4.6.1.7 DOCUMENTALES

4.6.2 VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

4.7 CONCLUSIONES

4.8 SENTENCIA

4.9 RECURSOS

4.9.1 GENERALIDADES: CONCEPTO, TIPOS, FINALIDAD.

4.9.2 APELACIÓN (ARTÍCULO 414 A 434)

4.10 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Estado en uso de sus facultades y atribuciones creó el derecho penal, para imponer penas y medidas de seguridad como medidas coercitivamente a través de sus órganos, para regular la conducta del hombre, y por ende asegurar la convivencia social. Para aplicar el derecho penal se creó el Procedimiento Penal que se forma por un conjunto de actuaciones vinculadas entre sí y reguladas por normas jurídicas. El maestro Manuel Rivera Silva define al procedimiento penal como: "... el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente."¹⁰³

El procedimiento penal en México, sigue el sistema oral y escrito y se fundamenta en la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos de 1917, en sus artículos 14, 16, 19 y 21; se divide en periodos y se regula por leyes secundarias, como son los Códigos de Procedimientos Penales de las Entidades federativas, y se consideran como disposiciones territoriales, por tener aplicación en el Estado en que se crearon, pero cuando se trata de un delito federal, se aplica el Código Federal de Procedimientos Penales, que rige en toda la República. El Código Procesal para el Distrito Federal, se creó por Decreto del 2 de enero de 1931, por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos mexicanos, Pascual Ortiz Rubio. Ese Ordenamiento legal, establece que

¹⁰³ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 14ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 23.

el procedimiento se divide en periodos o etapas, participando el Órgano Investigador y el jurisdiccional.

4.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.

Nuestra Constitución establece las garantías de los individuos, con base en el Principio de Seguridad Jurídica. El maestro Ignacio Burgoa Orihuela indica que garantía significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar, y define que garantías individuales son: "... relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro."¹⁰⁴ Las Garantías Constitucionales que aseguran los derechos de las partes en el proceso penal, se regulan en diferentes preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917; los primeros 23 artículos, contemplan garantías individuales, como el derecho de petición, la garantía de audiencia, las formalidades esenciales del procedimiento, los requisitos para las órdenes de aprehensión, cateo, arraigo y prisión preventiva. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, la principal disposición es el artículo 20 Constitucional que contiene las garantías del acusado, y desde el punto de vista procesal penal, son importantes los artículos 102 que se refiere al Ministerio Público y 107 que regula el amparo penal.¹⁰⁵ Asimismo señala: "El proceso penal mexicano se rige exclusivamente por

¹⁰⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 32ª ed., México, Porrúa, 2000, pp.161 y 167.

¹⁰⁵ Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, México, Porrúa, 1977, p. 510.

normas legales, sin que exista en él margen para una ordenación consuetudinaria o para desarrollos a base de precedentes judiciales...¹⁰⁶

4.1.1 ARTÍCULOS 13 A 21 CONSTITUCIONALES.

El artículo 13 Constitucional esencialmente establece que ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales, es decir no se puede crear un tribunal para una persona en particular, o bien por determinada conducta.

El artículo 14 Constitucional contiene tres disposiciones importantes: la primera prohíbe aplicar leyes de nueva creación en forma retroactiva, para conductas desplegadas con anticipación a la nueva ley, o a la norma reformada y que implique perjuicio para cualquier persona; la segunda es la garantía de audiencia, la cual por los elementos que la componen es compleja, pues protege los derechos a la vida, la libertad, las propiedades, posesiones y documentos, los cuales podrán ser afectados mediante un juicio ante los tribunales previamente establecidos cumpliendo con las formalidades esenciales del procedimiento, que implica el control de legalidad del proceso judicial; la tercera se refiere a la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales, es decir, se debe aplicar un criterio jurídico imparcial y justo al interpretar jurídicamente las leyes, y asimismo se prohíbe aplicar por analogía sanciones no previstas para determinados delitos.

El artículo 15 Constitucional prohíbe celebrar convenios de extradición para quienes hayan sido esclavos o perseguidos políticos en su país de origen, ni tampoco se podrán restringir sus garantías individuales.

¹⁰⁶ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Op. Cit.* p. 520.

El artículo 16 Constitucional establece que sólo por mandamiento judicial por escrito, se puede molestar a las personas en su familia domicilio, papeles y posesiones. Se prevén las reglas para las órdenes de aprehensión, cateos y visitas domiciliarias.

El artículo 17 consagra dos derechos fundamentales, el primero prohíbe hacerse justicia por propia mano y a través de la violencia, pues ese derecho puede ser reconocido e impartido por los tribunales previamente establecidos, y por tanto, quien tenga la necesidad de reclamar su derecho, podrá hacerlo libremente ante el órgano jurisdiccional. El segundo derecho consiste en que nadie puede ser encarcelado por deudas civiles, pues dichas deudas no las sanciona el Código Civil con penas corporales, independientemente de que esas deudas se contrajeron con pleno consentimiento del deudor y del acreedor. En cambio el artículo 18 Constitucional, señala que si se podrá privar de su libertad a quienes cometan delitos que merezcan pena corporal, para lo cual el Estado tiene la obligación de crear los establecimientos por separado en que compurgarán sus penas hombres y mujeres, así como los lugares en que se aplicarán medidas de seguridad a los menores infractores. Para ello, el artículo 19 de la misma Constitución establece los requisitos entre otras actuaciones, para la detención preventiva, para el inicio de un proceso penal, y para dictar un auto de formal prisión, así como para decidir la situación jurídica del indiciado dentro del término de setenta y dos horas.

En el artículo 20. se determinan los derechos que tiene en el proceso penal el inculpado de un delito, a efecto de no vulnerar sus garantías, mientras que el

artículo 21 determina claramente que las penas solamente podrá imponerlas el poder judicial, en tanto que sólo el Ministerio Público puede perseguir los delitos.¹⁰⁷

4.2 EL PROCESO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

El proceso tiende al conocimiento de los hechos de una forma metódica y sistematizada. "El conocimiento que persigue el proceso es científico, porque en él se combinan la racionalidad y la objetividad; es decir, la investigación que se sigue no es errática, sino planeada, analítica, pero, además, basada en la verificación experimental; esto es, esta clase de conocimiento, que procura el proceso, racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla: da cuenta de los hechos, no inventariándolos, sino explicándolos por medio de las pruebas para llegar a la verdad. Obviamente la sola racionalidad o la sola objetividad no producen esta clase de conocimiento. La racionalidad - entendida como la coherencia con un sistema de lógica y de normas procesales - es necesaria pero no suficiente para conocer de las proposiciones fácticas; en particular, la sumisión a alguna ordenación procesal o de lógica es necesaria para el proceso, pero ello no es garantía de que llegue a un saber cierto. El proceso exige además de la racionalidad que los sucesos fenomenológicos sean investigados y verificados en la experiencia dentro del mismo proceso."¹⁰⁸ Carlos M. Oronoz Santana considera

¹⁰⁷ Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM. 1992, pp.58-97.

¹⁰⁸ Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, 3ª ed. México, Porrúa, 1991, p.3.

que: "... proceso es el conjunto de actividades ordenadas en la ley, a efecto de determinar si el hecho imputado al acusado constituye o no delito, y dictar como consecuencia la resolución que corresponda."¹⁰⁹

4.2.1 AUTO DE RADICACIÓN.

El auto de radicación es el primer acuerdo o resolución que dicta el juez, inmediatamente después que el Ministerio Público realizó el ejercicio de la acción penal con el cual se obliga al órgano jurisdiccional a resolver si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, determinando que se sujeta a las partes y a terceros. Con ese auto se inicia el proceso penal, dando lugar a la etapa de instrucción; a partir de ese momento, el juez tiene un término de cuarenta y ocho horas para tomar la declaración preparatoria del sujeto consignado, y tiene otro de setenta y dos horas para decidir si dicta un auto de formal prisión, o bien si decreta la libertad del sujeto en cuestión. Asimismo se incluyen como datos administrativos los siguientes: lugar y fecha, auto en el que se le da entrada al pliego de consignación, el número progresivo de expediente que se le asigna en el Libro de Gobierno, se indica el nombre del procesado, el nombre del sujeto pasivo y la causa o delito por el que se remitió el expediente, estableciendo su jurisdicción y competencia, debiendo notificar al ministerio público adscrito al juzgado, para que conozca del asunto.

¹⁰⁹ Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, México, Limusa, 1999, p.26.

4.3 DECLARACIÓN PREPARATORIA Y NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

(ARTÍCULOS 287 A 296 BIS)

Dentro de las setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del juez, se tomara su declaración preparatoria. El artículo 20 Constitucional en su fracción III indica: "...que en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.." ¹¹⁰ El artículo 287 del Código de Procedimientos Penales indica que dentro de las 48 horas siguientes contadas desde que quedó a disposición de la autoridad judicial, en la instrucción el inculpado procederá a rendir su declaración preparatoria, oral o por escrito, siempre en presencia de su abogado defensor y el juez le hará saber que tiene derecho a defenderse por sí mismo, o bien nombrar a una persona de su confianza o a un abogado; a falta de cualquiera de estos el juez le asignará un defensor de oficio para que lo asista, (artículo 20 fracción IX de la Constitución). La Constitución establece el carácter gratuito y obligatorio de la defensa penal; la actividad de la defensa es provocada por el ejercicio de la acción penal. En caso de que sean varios los sujetos pasivos de la acción penal todos tendrán el derecho de encontrarse presentes en el momento de que el indiciado rinda su declaración preparatoria, a quien se le hará saber también que tiene derecho a solicitar su libertad bajo caución (artículo 20, fracción I, de la Constitución en relación con el artículo 566 del Código de

¹¹⁰ *Código Penal para el Distrito Federal, Multi Agenda Penal, México, ISEF, 2000, p. 20.*

Procedimientos Penales). La sección tercera del Código de Procedimientos corresponde al periodo de la Instrucción que es la primera etapa del proceso. El artículo 288 establece que las audiencias se celebrarán en un local en que el público pueda tener libre acceso, a excepción de los que pudiesen ser examinados como testigos, ya que éstos no se pueden comunicar durante la audiencia y serán examinados por separado. El artículo 289 prohíbe la incomunicación, la intimidación y la tortura para lograr la declaración del indiciado o para otra finalidad. Conforme al artículo 290 la declaración preparatoria comenzará con las generales del indiciado, y demás datos que permitan su plena identificación como apodos o grupo étnico; se les preguntará su deseo a declarar, en caso de negarse el juez respetará su decisión dejando constancia en el expediente, se le harán saber las garantías que le otorga el artículo 20 Constitucional, a fin de que se le proporcione las facilidades necesarias para su defensa. El artículo 291 establece que si el inculcado desea declarar, será examinado sobre los hechos que se le imputen, para lo cual el juez adoptará la forma, términos y demás circunstancias que estime convenientes. El artículo 292 establece el derecho del Ministerio Público y del Juez a interrogar al procesado, y este último desechará las preguntas inconducentes.

4.4 AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE SUJECCIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR .

a). *Auto de formal prisión.*- Es el auto que decreta el juez para fijar el tema sobre el cual versará el proceso. Los elementos de fondo son: 1) la

comprobación plena del cuerpo del delito, 2) comprobación de la probable responsabilidad, 3) que se haya tomado la declaración preparatoria al inculpado y, 4) que no se haya comprobado alguna causa excluyente de responsabilidad de extinción de la acción penal. Los elementos de forma son: 1) lugar, fecha y hora exacta; la hora es importante para computar a partir de qué momento corren los términos de setenta y dos y cuarenta y ocho horas al juez para que tome su declaración preparatoria al procesado y decidir su situación jurídica, sobre el delito que imputa el Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, 2) el señalamiento del delito por el que se seguirá el proceso, conforme al artículo 19 Constitucional para establecer la materia del proceso mismo y, 3) el nombre del juez y de su secretario de acuerdos.¹¹¹ Los artículos 297 y 304 BIS-A del Código de Procedimientos Penales, establece los requisitos que debe contener el auto de formal prisión, el cual sirve de base para la prisión preventiva.

b). *Auto de Sujeción al Proceso*. En el caso de que el juez determine que sí se comprobaron el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pero en cambio no es necesario privar de inmediato la libertad del procesado, dictara el auto de sujeción al proceso; los requisitos que debe contener se establecen en los artículos 297 y 304 BIS del Código de Procedimientos Penales.

c). *Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar*. Es la resolución que dicta el juez, cuando determina que no están debidamente comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y por tanto no existen elementos de convicción para que se de inicie al proceso penal. "Esta resolución

¹¹¹ Cfr. García Ramírez. Sergio, *Prontuario del Proceso Penal mexicano*, México, Porrúa, 1991, pp.202 y 203.

impide el curso de la instrucción, y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado."¹¹²

4.5 TIPOS DE PROCEDIMIENTOS.

Hay dos clase de procedimiento: dispositivo e inquisitivo. El primero sólo se puede iniciar a instancia del titular de la acción; sólo se puede tomar en cuenta los hechos que argumenten las partes; el juez sólo puede valorar las pruebas que se ofrezcan en el juicio; no se necesitan pruebas para los hechos en que concuerden las partes; la sentencia debe ser acorde con lo demandado y no puede exceder de lo reclamado. El inquisitivo consiste en la libre investigación judicial, pudiendo el juez iniciar el juicio oficiosamente además de allegarse todos los medios de prueba necesarios.¹¹³

4.5.1 PROCEDIMIENTO SUMARIO (ARTÍCULOS 305 A 312)

Cuando el delito es flagrante, el inculpado se encuentra confeso ante el ministerio público o el juez. Si el delito no es grave, el juez ordenará que se abra el proceso sumario, una vez que se dicte el auto de formal prisión o sujeción al proceso, disponiendo las partes de tres días para cada quien con el fin de ofrecer pruebas, las cuales se desahogarán en la audiencia principal, la cual se celebrará dentro de los cinco días siguientes al auto que resuelva la admisión de pruebas, debiendo las partes formular sus conclusiones. El juez podrá dictar sentencia en la

¹¹² García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, p. 247.

¹¹³ Cfr. Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, México, Kratos, 1991, pp.92 y 93.

misma audiencia. La audiencia se puede desarrollar íntegra, en el día que se haya señalado para su celebración; sólo podrá suspenderse cuando sea necesario, citando a las partes para el día siguiente o dentro de los tres días siguientes.

4.5.2 PROCEDIMIENTO ORDINARIO (ARTÍCULO 313 Y SUBSECUENTES)

El procedimiento ordinario se desarrolla en un tiempo prolongado, ajustándose a las reglas de los artículos 313 a 331 del Código de Procedimientos Penales. A partir de que se notifica el auto de formal prisión, las partes tendrán a la vista el expediente para que dentro de los siguientes quince días propongan pruebas, teniendo tres días más si hay otras pruebas. Una vez agotados los términos, se hayan aportado o no pruebas, se declarará cerrada la instrucción y el expediente se pondrá a la vista del Ministerio Público y de la defensa por un término de cinco días para cada uno para que formulen sus conclusiones. Si el expediente excede de doscientas fojas, se aumentará el término, pero no rebasará los treinta días hábiles. La representación social deberá realizar por escrito un análisis técnico-jurídico del expediente fundándolo y motivándolo con los conceptos de derecho y los medios de prueba para demostrar el delito, la responsabilidad penal y los conceptos del daño causado, y propondrá la reparación del daño, pudiendo formular sus conclusiones como acusatorias o no acusatorias. En el caso de que dentro del término señalado no presente conclusiones, se notificará personalmente al Procurador para que en un término de diez días ordene o formule dichas conclusiones, aumentando dicho término a no más de treinta días hábiles si excede de doscientas fojas el expediente. El juez

también podrá notificar al Procurador, si el Ministerio Público presentó conclusiones no acusatorias, para que éste último oyendo a los agentes del ministerio público auxiliares, determine si confirma o modifica dichas conclusiones. Si el Procurador confirma las conclusiones no acusatorias, el juez sobreseerá el proceso y ordenará la libertad del procesado. A la defensa no se le exigen reglas para formular conclusiones, pero sí se le impondrá una multa de hasta cien veces el salario mínimo vigente, o un arresto por tres días, en caso de que no formule conclusiones, sin embargo se tendrán por formuladas de inculpabilidad. Después de cinco días de exhibidas las conclusiones, se celebrará la audiencia de vista en que se exhibirán pruebas. Se dará lectura de constancias, se oirán alegatos, y el juez declarará visto el proceso, para que dentro de los siguientes diez días se dicte la sentencia, la cual se puede apelar en ambos efectos.

4.6 PRUEBAS

Todo juicio, entraña un conjunto armonioso y sistemático de actividades procesales, por lo cual consideramos que la prueba es una de esas actividades procesales encaminada a demostrar la existencia de la verdad histórica de los hechos. Marco Antonio Díaz de León considera que: "La prueba viene a constituir el núcleo central de toda la investigación científica, en cuanto satisface la necesidad insalvable a que se somete esta clase de conocimiento, y que consiste en verificar los alcances de verdad o falsedad de la hipótesis en que se asienta. Más aún, tal necesidad se presenta no sólo en el conocimiento científico, sino, en el ordinario, que no obstante de conformarse de una simple acumulación de

piezas de saber l axamente vinculadas y de carecer de una metodología definida, intenta adaptarse a la realidad por medio de la experiencia y el sentido común.¹¹⁴

4.6.1 MEDIOS DE PRUEBA

El maestro Cipriano Gómez Lara señala que en sentido amplio, medio es todo instrumento, procedimiento o mecanismo que puede dar origen a una prueba, es decir, es el camino que deberá seguir el juez de manera ordenada y razonada y con plena convicción pueda llegar al conocimiento de la verdad.¹¹⁵

4.6.1.1 CONFESIÓN

La confesión se funda en los artículos 136 y 137 del Código de Procedimientos Penales, es el reconocimiento de los hechos que se atribuyen al indiciado ante el Ministerio Público, o bien del procesado ante el juez, salvo que en el primer caso, se deberá ratificar la confesión ante el juez penal; ésta se presenta cuando el imputado realiza el reconocimiento espontáneamente y sin coacción de ninguna índole. Se consideró por mucho tiempo como la reina de las pruebas, sin embargo ha perdido eficacia porque se le ha confundido con el allanamiento, que en materia civil se le conoce como confesión ficta y significa el simple reconocimiento de un derecho reclamado, lo cual es suficiente para que se dicte una sentencia. Hoy día se considera como un medio de prueba que junto con otras actuaciones, sirve para indagar y conocer los hechos atribuidos al

¹¹⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado Sobre las Pruebas Penales*; México, Porrúa, 1991, p.5.

¹¹⁵ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, México, Textos Universitarios, UNAM, 1980, pp.301 y302.

procesado tratando de demostrar la culpabilidad de un sujeto y lograr el convencimiento del juez.

4.6.1.2 INSPECCIÓN

Su fundamento lo encontramos en los artículos 141 a 145 del Código de Procedimientos Penales, y consiste en realizar la observación o examen para conocer, el estado, situación y características de personas cosas y lugares. El Ordenamiento citado, señala que se puede realizar por el Ministerio Público o el Juez, de oficio o a petición de parte, y puede tener el carácter de reconstrucción de hechos; ésta última se realiza cuando previamente se hizo una simple inspección ocular (artículos 146 a 151. del Código de Procedimientos Penales).

4.6.1.3 PERICIAL

La pericial requiere de la pericia consistente en una apreciación calificada de los acontecimientos relacionados con un delito y se necesita que la persona que rinde la pericial que tenga conocimientos especiales en una ciencia técnica o arte. El autor argentino considera que: "La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar. La persona dotada de tales conocimientos es el perito, y su opinión fundada, el dictamen."¹¹⁶ "En doctrina se ha cuestionado la naturaleza de la prueba pericial. Alsina, con cita de diversos autores, al respecto sostiene que no se trata en realidad de una prueba, aunque el Código así la denomina, sino de un

¹¹⁶ Withaus, Rodolfo E., *Prueba Pericial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991, pp. 17.

medio para, la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración: La prueba está constituida por el hecho mismo y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto...¹¹⁷ El mismo autor, agrega que: "Si aceptamos, en consonancia con Alsina, que la prueba es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende."¹¹⁸ Asimismo asegura que, a diferencia del testimonio: "El testimonio se refiere a hechos que han caído bajo la percepción de los sentidos de quien lo presta, que debe dar su versión tal como los percibió. Sin embargo, la pericia (o el peritaje, expresión que el legislador no utilizó), que se produce mediante el dictamen de los peritos siempre debe contener una valoración fundada, en que se basan las conclusiones de la del dictamen que le es requerido por el juez, ya sea de oficio por petición de las partes."¹¹⁹ Es decir, el testigo no se puede sustituir porque por las circunstancias conoce los hechos directa o indirectamente, en cambio el perito es designado por una autoridad ministerial o judicial, y con base en sus conocimientos valora y dictamina sobre los hechos controvertidos, y si puede ser sustituido por otra persona que tenga los mismos conocimientos científicos o técnicos. Su importancia radica en que si es muy técnica la cuestión sometida a decisión judicial, más se requiere de la pericia apoyada en el conocimiento científico, y en actividades técnicas y especializadas ajenas al conocimiento jurídico de quienes administran justicia, por lo cual su importancia podrá aumentar en el futuro. El

¹¹⁷ Withaus, Rodolfo E., *Op. Cit.*, pp. 18.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 19.

principal personaje en esta prueba es el perito, quien hoy día es auxiliar importante tanto en la procuración, como en la administración de justicia y no se le puede comparar con los testigos, puesto que éstos tan sólo narran los hechos concretos que les consta, en cambio los peritos dan su opinión al juez con base en sus conocimientos y su experiencia. Esa opinión se conoce como dictamen, consistente en un informe razonado para el juez, quien no está obligado a tener los estudios técnicos y especializados del propio perito. Los maestros Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra concuerdan con el maestro Coñin Sánchez, que doctrinariamente hay un principio de obligatoriedad: "En el Derecho Mexicano la peritación constituye un deber jurídico indeclinable, aunque no general, sino, más bien, restringido a quienes siendo profesionistas o prácticos prestan sus servicios dentro de la administración pública".¹²⁰

4.6.1.4 TESTIMONIAL

La testimonial es la narración que hacen terceros (o testigos) de los hechos, personas cosas o lugares, percibidos por medio de sus experiencias sensoriales o sentidos, de manera directa o indirecta ocurridos antes del proceso y que se relacionan con el delito, o sea, la forma en que sucedió y las personas y circunstancias.¹²¹ Carlos M. Oronoz Santana asegura: "El testigo es la persona física que puede aportar datos sobre los hechos presumiblemente delictivos, es decir, puede serlo toda persona que tiene conocimiento de los hechos que

¹²⁰ García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1991, pp.351 y 352.

¹²¹ Cfr. Díaz de León, Marco Antonio, *Op. Cit.* pp.365-371.

originaron el proceso y cuya testificación resulta importante, por lo que lo manifestado por el testigo se reputa como testimonio.¹²²

4.6.1.5 CONFRONTACIÓN

La confrontación es un medio de prueba, o medio de indagación especial, que se utiliza en el proceso penal. para llegar a conocer la veracidad del hecho que se investiga; Rafael de Pina define la confrontación en su *Diccionario de derecho*: "Medio de identificación física de una persona, practicado en el proceso penal de acuerdo con los artículos 217 a 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal."¹²³

4.6.1.6 CAREOS

La diligencia de careos puede solicitarla el procesado o su defensor y consiste en la reconstrucción de aquellos hechos que motivaron la tramitación de un juicio o proceso penal, en el cual intervienen dos o más personas, generando discordancias y contradicciones substanciales entre ellas, y que aunadas a otras pruebas ayudan al convencimiento del juez para determinar la verdad histórica de los hechos. "Careo significa enfrentamiento de dos personas cuyas opiniones divergen."¹²⁴ Hay tres formas: a) Constitucionales: Conforme al artículo 20 fracción IV Constitucional, se celebrarán dentro del término constitucional y el procesado podrá conocer a sus acusadores; b) Procesales: Se

¹²² Oronoz Sartana, Carlos M., *Op. Cit.* p.142.

¹²³ De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*. 27ª ed., México, Porrúa, 1999, p.181.

¹²⁴ García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1991, p.406.

efectúan colocando frente a frente a dos personas, cuando son contradictorias sus declaraciones; C) Supletorios: Se realizan cuando después de citar a una persona al juzgado, no se presenta, pudiendo efectuar la diligencia, dado la existencia de declaraciones contradictorias y la ausencia del citado. Los artículos 225 a 229 regulan los careos; las personas que pueden carearse son los testigos entre sí y con el procesado, y éste último con el ofendido¹²⁵

4.6.1.7 DOCUMENTALES

Los documentos son papeles que contienen una escritura en la que se confirma alguna cosa; pueden tener eficacia probatoria, porque son creación del hombre, en los cuales se hace constar el acuerdo de las voluntades de quienes intervienen en su elaboración. Rafael de Pina define al documento como: "Representación material idónea para poner de manifiesto la existencia de un hecho o acto jurídico (acontecimiento de la vida independiente de la voluntad humana, contrato, testamento, sentencia, etc.), susceptible de servir, en caso necesario, como elemento probatorio."¹²⁶ Son privados cuando son elaborados por particulares. Son públicos cuando provienen de alguna autoridad facultada para expedirlos y está investida de fe pública. Se pueden ofrecer en el proceso penal hasta antes de la audiencia de vista en que el juez declare visto el proceso. Las reglas y requisitos para su tramitación y ofrecimiento están contenidos en los artículos 230 a 244 del Código de Procedimientos Penales.

¹²⁵ Cfr. Oronoz Santana, Carlos M., *Op. Cit.*, pp.158-160.

¹²⁶ De Pina Rafael, *Op. Cit.*, p.255.

4.6.2 VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

Quien se encarga de darle valor jurídico a las pruebas es el juez penal, quien debe corroborar la veracidad de los hechos que se ponen en su conocimiento, relacionando las pruebas aportadas para estudiarlos y aplicar una solución legal. Marco Antonio Díaz de León indica que: "... es una actividad intelectual que corresponde efectuar en exclusiva al juez penal al juzgar - y agrega - para tratar de reconstruir y representarse mentalmente la realidad de lo sucedido y así obtener la convicción que le permita sentenciar con justicia."¹²⁷ Las partes aportan sus pruebas, exponen su punto de vista sobre ellas con el propósito de convencer al juez respecto al derecho que reclaman. El juez observa las pruebas que se aportan durante todo el proceso, formándose un criterio y su convicción sobre los hechos que se ponen a consideración.

4.7 CONCLUSIONES

Las conclusiones son un análisis minucioso que hacen las partes, de todas las actuaciones que integran el proceso, expresando sus pretensiones para el debate final. Se presentan cuando se cerró la instrucción. El maestro Aarón Hernández López define al pliego de conclusiones como el "Documento en que se plasman las argumentaciones y razonamientos fundados jurídica y doctrinalmente de las partes en el procedimiento penal, en relación a los hechos delictivos y la responsabilidad del presunto sujeto activo. Escrito que contiene los puntos de hecho y de derecho que reciben el nombre de conclusiones, que deben

¹²⁷ Díaz de León, Marco Antonio, *Op. Cít.*, p.319.

presentar el Ministerio Público y el Defensor del imputado, con ciertos ordenamientos: 1° Hechos que se consideran probados; 2° La acreditación de los elementos del tipo penal del delito que se configura; 3° El autor, cómplices y encubridores del mismo; 4° Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; 5° La pena que debe de imponerse o, en su caso, la absolución; de exigir la reparación del daño, su monto, los responsables del mismo; así como cualquier otra sanción de las comprendidas en el artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal. Formalidad procesal por virtud de la cual el Ministerio Público, concreta, si es el caso, la acusación y pide la pena para el inculpado y el Defensor produce la síntesis de su defensa.¹²⁸ El Ministerio Público debe seguir las formalidades que señala la ley y puede formular sus conclusiones como acusatorias o no acusatorias, en tanto que la defensa las formulará de inculpabilidad y sin requisito alguno.

4.8 SENTENCIA

Sentencia es la actuación del juez, quien está investido de la potestad del poder de decisión que le delega el Estado para resolver el asunto que sirvió de controversia en un proceso penal. El maestro Aarón Hernández López aporta la siguiente definición: "Se entiende por sentencia el acto jurisdiccional por el cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del proceso."¹²⁹ La sentencia es el acto con el que culmina un juicio y en el cual se da el resultado de la

¹²⁸ Hernández López, Aarón, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común Comentado*, 3ª ed. México, Porrúa, 2000, p.140.

¹²⁹ Hernández López, Aarón, *Op. Cit.*, p.141.

aportaciones y participación de las partes; debe apegarse estrictamente a lo que establece la ley; debe ser imparcial, es decir, sin favoritismos para ninguna de las partes, se debe señalar la sanción con exactitud, clara y sin lugar a duda. Puede ser condenatoria, cuando se confirma la existencia del delito, la responsabilidad y grado de participación del procesado, declarándolo culpable, e imponiéndole una sanción o medida de seguridad. Asimismo, se contemplará la reparación del daño, a cargo del procesado, en alguno de sus puntos resolutivos, conforme al artículo 31 del Código Penal. Es absolutoria la sentencia cuando, después de fundar y motivar que no hay pruebas suficientes, se tiene la certeza que el procesado no es penalmente responsable de la comisión de un delito, por lo cual se le declara inocente.

4.9 RECURSOS

Los recursos son medios de impugnación en los que manifiestan por escrito las inconformidades de cualquiera de las partes que esté legitimada, en contra de la sentencia definitiva dictada por la autoridad judicial que se considera causa algún agravio, a efecto de que el superior jerárquico la confirme, revoque o modifique.

4.9.1 GENERALIDADES: CONCEPTO, TIPOS, FINALIDAD.

Los recursos surgen de un derecho de impugnación cuando se genera un error de la autoridad judicial al dictar la sentencia definitiva, o bien cuando ésta no le satisface a una de las partes; los pueden hacer valer los sujetos procesales

antes de que quede firme y tenga carácter de cosa juzgada. El maestro Manuel Rivera Silva define a los recursos como "... un segundo estudio sobre un punto que se estima resuelto de manera no apegada al derecho."¹³⁰ Su regulación se prevé en los artículos 409 a 442 BIS del Código de Procedimientos Penales, dividiéndolos en: Revocación, Apelación, Denegada Apelación y Queja. El recurso de revocación es un medio de impugnación ordinario sin suspensión del procedimiento, que se puede promover al día hábil siguiente que se dicta la sentencia, cuya resolución anula o deja sin efecto una resolución, total o parcialmente.

4.9.2 APELACIÓN (ART. 414 A ART. 434)

El recurso de apelación según Manuel Rivera Silva, es: "... un recurso ordinario devolutivo, en virtud del cual un tribunal de segunda instancia, confirma, revoca o modifica una resolución impugnada."¹³¹ Se pueden apelar: las sentencias definitivas; los autos relacionados con jurisdicción o competencia y los que ordenen suspender o continuar la instrucción, los que concedan o nieguen formal prisión o libertad, las resoluciones a excepciones que extinguen la acción penal, los que decreten que no hay delito, que nieguen o concedan acumulación y los que decreten separación de procesados. Pueden promover el recurso de apelación el procesado o su defensa, el ofendido o sus representantes, y el Ministerio Público. Cuando el juez considera que no procede el recurso de apelación y lo desecha, dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto

¹³⁰ Rivera Silva Manuel, *Op. Cit.*, p. 313.

¹³¹ *Ibidem*, p.327.

que lo niega, se puede promover la Denegada Apelación ante el superior jerárquico, debiendo el juez de primera instancia remitir un certificado en que su secretario de acuerdos hará constar la naturaleza del proceso, el estado en que se encuentra y el punto sobre el que recaiga el auto apelado, transcribiéndolo con el que lo considera inapelable con las actuaciones que se consideren necesarias; las partes tendrán a la vista el certificado por cuarenta y ocho horas para que manifiesten lo que consideren pertinente, y si están conformes, se citara para oír sentencia dentro de los tres días siguientes a la última notificación, y en caso de que sea procedente la apelación, se procederá conforme a las disposiciones para el recurso.

4.10 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

La ejecución de la sentencia que adquirió carácter de cosa juzgada, es la aplicación de la sanción decretada, sin embargo, la autoridad que da cumplimiento a lo ordenado conforme al Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de septiembre de 1999, que creó la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, y de conformidad con la fracción IV del artículo 2º, es la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal, de la cual a su vez dependen los Centros de Readaptación Social, conocidos como Reclusorios Preventivos. (Poder Ejecutivo), y no del Tribunal Superior de Justicia (Poder Judicial). Cabe señalar, que cuando la sentencia absuelve al procesado del delito imputado, y éste se encuentra interno en algún Centro de Readaptación Social, la ejecución

CAPÍTULO V

5. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO PROCURADO Y DEL ABORTO TERAPÉUTICO A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

5.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEGISLACIÓN DEL DELITO DE ABORTO.

5.1.1 ANTECEDENTES LEGALES.

5.2 ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.

5.3 PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

5.3.1 PROBLEMÁTICA.

5.4 PROPUESTAS.

5.5 CONCLUSIONES.

CAPÍTULO V

5. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO PROCURADO Y DEL ABORTO TERAPÉUTICO A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

5.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEGISLACIÓN DEL DELITO DE ABORTO.

Se cuenta con pocos antecedentes históricos sobre el sistema jurídico de los pueblos prehispánicos pues tan sólo se conservan algunos Códices aztecas y mayas. En la *Enciclopedia Jurídica Omeba* se hace la siguiente descripción: Antecedentes del delito de aborto se hallan en casi todas en las antiguas legislaciones. Lo que varía es su evolución penal, por ende, las sanciones aplicables. Por otra parte, dichos antecedentes legislativos son sólo índices y no expresión completa de cómo el aborto era en realidad perseguido y sancionado. Todo hace presumir que existía, dada la peculiar índole de este delito, profundamente enraizada en necesidades y usos económicos, sociales y culturales, una gran diferencia entre la letra del precepto penal y su efectividad... En el derecho penal azteca, el aborto era castigado con la muerte que se aplicaba tanto a la mujer como al que la ayudaba. Las fuentes consultadas permiten conjeturar que a diferencia del Derecho romano, en el Derecho azteca era un delito que afectaba los intereses de la comunidad. La severa y única

penalidad indicada, que corresponde a la crueldad y severidad penal azteca, a su vez expresión de su organización social debe ser interpretada en relación con otros datos atinentes a dicha organización. Dichos datos son: a) El fuerte sentido de comunidad de la organización azteca visible incluso en las ciudades; b) El respeto que la mujer embarazada merecía, que se atestigua entre otras cosas, por el hecho de que la que moría al dar a luz gozaba del favor de determinados dioses; c) La importancia de que todo nacimiento tenía un gran ceremonial; d) La aceptación del principio de restitución como sanción que prevalecía sobre el de castigo allí donde aquella era posible. La aplicación de dicho principio atenuaba en muchos casos la brutal severidad de las penas. Parece posible deducir que éstas se aplicaban más frecuentemente cuando dicha restitución, como acontece en el aborto, no era posible.¹³²

5.1.1 ANTECEDENTES LEGALES

En 1871 entró en vigencia el primer Código Penal Mexicano estando en funciones el presidente Don Benito Juárez. El Congreso Constituyente de 1857 dio las bases para la creación de un orden jurídico penal, el cual no existía. El artículo 569 del citado Código, definió al aborto de la siguiente forma: "Llámesese aborto en Derecho Penal; a la extracción del producto de la

¹³² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos aires, Bibliográfica Argentina, 1954, pp. 81 y 82.

concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas que el aborto.¹³³

En 1929 siendo presidente Don Emilio Porte Gil, entró en vigor un nuevo Código Penal; el aborto fue contemplado en los mismos términos, pero de su interpretación se desprende que el legislador considera que un feto sí tiene vida.

En 1931 se puso en vigencia el actual Código Penal modificando el concepto del aborto, conservándose en esos términos hasta la actualidad.

5.2 ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.

Conforme al lenguaje común, aborto, es la interrupción del embarazo antes de que el feto pueda desarrollar vida independiente. Se puede hablar de parto prematuro si la salida del feto desde el útero tiene lugar cuando éste ya es viable (capaz de una vida independiente), por lo general a partir

¹³³ Hernández López, Aarón, *Código Penal de 1871 (Código de Martínez de Castro)*, México, Porrúa, 2000, p. 168

del sexto mes de embarazo. Se puede catalogar que hay dos tipos de aborto: espontáneo e inducido.

González de la Vega afirma que la Ley regula diversos tipos de aborto:

“ a) Procurado. La mujer es agente principal. Art. 332, primera parte y último párrafo.

b) Procurado *honoris causa*. La mujer es agente principal. Art. 332, primera parte y el conjunto de sus tres fracciones;

c) Consentido. La mujer es partícipe. Arts. 330, primera parte, y 332, segunda parte y último párrafo. Al tercero partícipe se le aplican las sanciones del primer artículo, y en su caso las del 331.

d) Consentido *honoris causa*. La mujer es partícipe y tiene pena específica (Art. 330). Art. 332, segunda parte y el conjunto de sus tres fracciones;

e) Sufrido sin violencia. La mujer es víctima. Artículo 330 segunda parte;

f) Sufrido con violencia. La mujer es víctima. Art. 330, segunda parte, *in fine*. En estas dos últimas formas puede caber la culpa, y

g) Abortos no punibles. Por culpa (imprudencia) de la mujer (Art. 333, primera parte). Por no exigibilidad del cumplimiento del derecho (Art. 333, *in fine*), y por estado de necesidad (aborto necesario o terapéutico, Art. 334)¹³⁴

Para efectos de nuestro estudio, el tipo de aborto que nos interesa es el inducido (procurado y consentido), cuando se produce la interrupción deliberada del embarazo mediante la extracción del feto de la cavidad uterina, la cual se puede realizar mediante métodos quirúrgicos o diferentes a los quirúrgicos. Este tipo de aborto se ha considerado como delito en el mundo, desde tiempos remotos, verbigracia en el Derecho Romano; en el Derecho Canónico, relacionado con el Cristianismo; en la antigua legislación de España con el Fuero Juzgo, etc. El Código Penal para el Distrito Federal regula al aborto en el artículo 329, conceptualizándolo de la siguiente manera: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

El maestro Francisco González De La Vega, en su obra "*Derecho*

¹³⁴ González De La Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 16ª ed., México, Porrúa, 1985, p. 485.

Penal Mexicano", señala que a través del tiempo el aborto se ha regulado en nuestra legislación como un ilícito de carácter penal (delito), sufriendo diversas transformaciones de carácter jurídico, y gozando en un principio de una impunidad casi total; posteriormente se sancionó con una penalidad exagerada, tanto para las madres solicitantes de las practicas abortivas, como para los facultativos o empíricos que realizan ese tipo de actividades clandestinas. El autor considera que sería buena medida favorecer desde el punto de vista social, las reformas del delito en estudio, tendientes entre otras circunstancias, a la obtención de una maternidad libre, consciente y preparada económicamente, con una educación sexual correcta y oportuna.¹³⁵

PRESUPUESTO. El delito de aborto sólo se puede cometer cuando una mujer se encuentra en estado de embarazo o preñez, ese estado es un presupuesto indispensable. Hay embarazo cuando un útero humano se encuentra ocupado por un producto vivo, a consecuencia de la concepción que se inicia cuando un espermatozoide ha fecundado un óvulo femenino. El embarazo o preñez culmina con el nacimiento normal del producto (bebé), o bien con la expulsión prematura o destrucción del producto. Si se provoca la expulsión del feto que se encuentra vivo pero no viable, es decir, sin

¹³⁵ Cfr. González De La Vega, Francisco, *Op. Cit.*, pp. 120 a 127.

posibilidad de subsistir fuera del útero materno, se comete el delito de aborto, pero si erróneamente se practican maniobras abortivas en una mujer no embarazada que resulta lesionada o fallecida, entonces la conducta será atípica y no se aplicará alguna de las sanciones para el delito de aborto, en su caso se castigará el delito que resulte. La acción delictiva puede llevarse a cabo en cualquier momento del *iter gestationis*: desde la fecundación hasta el parto. Podría agregarse, como presupuesto, la vida del producto de la concepción, ya que el resultado típico, lo es la causación de su muerte.

BIEN JURÍDICO TUTELADO. El Código Penal establece que el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. El ilícito se produce cuando el producto del embarazo está vivo pero no viable, es decir no tiene las condiciones suficientes de madurez para continuar vivo fuera del vientre materno. En este caso debemos entender que se trata de un embrión, o bien de un feto en proceso de formación, el cual viene a ser el sujeto pasivo del delito. El derecho penal protege al ser concebido por el simple hecho de encontrarse vivo en el seno materno tratando de asegurarle su nacimiento y su vida. Por ello consideramos que el legislador incluyó el ilícito de nuestro estudio en el capítulo de los delitos contra la vida y la integridad corporal. El bien jurídico tutelado puede ser diverso, consistiendo en: a) La vida del ser en gestación, b) el derecho de la

mujer a ser madre cuando el aborto es sin su consentimiento, c) el derecho del padre a tener descendencia y, d) el interés demográfico, es decir, cuando la sociedad se interesa en la preservación de la raza humana.

OBJETO MATERIAL. Conforme a la hipótesis legal (artículo 329), es el producto del embarazo, podemos establecer que también lo es el cuerpo de la mujer embarazada, pues sobre él es donde se aplican físicamente las maniobras abortivas, para llegar al fin que es el resultado material consistente en la destrucción del producto de la concepción.

SUJETOS. Son los involucrados en la comisión del delito y pueden ser activos o pasivos:

a) Los sujetos activos son la mujer embarazada que consiente que se le practique al aborto y cualquier tercero que practique sobre su cuerpo las maniobras abortivas, por lo cual es un delito plurisubjetivo porque requiere de dos o más sujetos para su comisión. La mujer embarazada siempre será sujeto activo en el aborto procurado porque consiente que en su cuerpo se efectúen las maniobras abortivas, o bien omitiendo el cuidado que debe tener para lograr el resultado material. Cuando el aborto es sufrido, será sujeto activo el tercero que con o sin violencia realice maniobras abortivas sin consentimiento de la mujer embarazada. Este delito, sin embargo puede

ser unisubjetivo cuando la propia mujer ejecuta sobre sí misma las maniobras necesarias para producirse el resultado.

b) El sujeto pasivo en el aborto procurado es el feto y la sociedad que pretende eliminar las prácticas abortivas para preservar la vida del producto del embarazo consentido; en el aborto sufrido es el feto, la mujer embarazada y la sociedad y, en el aborto procurado son el feto y la sociedad.

MEDIOS DE COMISIÓN. El medio empleado para alcanzar este resultado típico, puede serlo cualquiera idóneo y eficaz:

- Físicos: golpes, introducción de aparatos, legrados, etc.
- Naturales: Ingestión de comezuelo de centeno, ergotivo;
- Químicos: Aplicación intramuscular de sustancias abortivas y,
- Morales, cuya utilización ha sido muy discutida, pero considera que su idoneidad se remite a la comprobación del nexo causal. La dificultad de la prueba no impide su inclusión teórica.

Los medios pueden tener como efecto: La expulsión provocada del producto, su extracción prematura y violenta, o su destrucción en el seno materno.¹³⁶ Cabe agregar, que las maniobras abortivas, son todos los mecanismos de preparación y realización del delito consistente en la destrucción del feto o embrión y su extracción del seno materno.

ELEMENTOS DEL DELITO. Son todos los requisitos que deben concurrir para la existencia del ilícito, por ser una conducta típicamente antijurídica y culpable.

a) CONDUCTA. Consiste en los actos que realice el sujeto activo, encaminados a un propósito que es la destrucción del producto de la preñez; los actos pueden ser acciones consistentes en la práctica de maniobras abortivas a través de movimientos corporales voluntarios, o bien en omisiones consistentes en actos negativos, es decir, inactividades o abstenciones voluntarias que implican dejar de observar deber jurídico de cuidado. En este caso, el resultado material, o mutación en el mundo exterior es la destrucción del feto para impedir que siga con vida. El aspecto negativo o ausencia de conducta existe en el caso del aborto sufrido, o bien por causa de una fuerza proveniente de la naturaleza o fuerza exterior

¹³⁶ Cfr. González De la Vega, René. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., México, Cárdenas, 1981, p. 484 y 485.

irresistible cuando deviene de los actos reflejos sin que exista la más mínima intención o voluntad de destruir al producto del embarazo.

b) **TIPICIDAD.** Es la adecuación de la conducta al tipo, es decir, es el encuadramiento de la conducta a la hipótesis prevista en los artículos 329 a 333 del Código Penal. El tipo es indispensable porque es la descripción de la conducta criminosa. El aspecto negativo es la atipicidad, se da cuando conducta no se ajusta al tipo porque no hay voluntad o consentimiento en la comisión del delito, o bien cuando no existe hipótesis que indique que una conducta es delictiva; en el aborto se da cuando no existe el consentimiento de la mujer embarazada para el aborto, o bien cuando ésta sufre algún accidente que tenga como consecuencia la destrucción del producto de la concepción.

c) **ANTI JURIDICIDAD.** Consiste en la realización de una conducta contradictoria al derecho, es decir, se realiza algo prohibido por la ley. En el aborto, es el aspecto voluntario de privar de la vida al producto de la preñez. Los aspectos negativos de la antijuridicidad son las causas de justificación consistentes, en primer lugar, cuando en el aborto sufrido, no hay consentimiento de la mujer encinta; en el aborto llamado terapéutico, existe un inminente estado de necesidad cuando la vida de la madre se encuentra en peligro, o bien cuando el embarazo es producto de una violación. En este

caso, el aborto procurado o provocado, se caracteriza porque la mujer embarazada por medio de violencia física o moral fue atacada, siendo víctima de una violación o bien porque se encuentra ante el grave e inminente peligro de perder la vida durante la gestación o en el momento de sufrir el parto.

El Código penal para el Distrito Federal contemplaba hasta antes de las reformas del 24 de agosto de 2000 en sus artículos 333 y 334 las excusas absolutorias aplicables al caso, es decir, señalaba bajo qué circunstancias el aborto no se consideraba delito:

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

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

Sin embargo, con la reforma aludida, el artículo 333 establece actualmente que el aborto es sancionable cuando éste ya se consuma, en

tanto que las excusas absolutorias aludidas se contemplaron en el artículo 334, quedando de la siguiente forma:

“....

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;”

Se incluye además en la fracción tercera, una nueva hipótesis que a nuestro juicio se basa en el desarrollo de la ciencia:

“III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.”

El legislador exime a la mujer que aborta, de toda culpa, pero sobre todo de responsabilidad, pues en la primera hipótesis, aun cuando es vaga,

se puede interpretar que el ser humano, con el transcurso del tiempo va adquiriendo conocimiento empírico, es decir, experiencia que adquiere con sus propias vivencias y las de sus semejantes, y en especial la de los más cercanos, y desde luego, se refleja sobre todo en las madres primigenias, independientemente de que no son peritos en materia de gineco - obstetricia. En la segunda hipótesis, no es posible reprochar a una mujer violada, su decisión de no ser o no querer ser madre de un producto proveniente de una violación.

La violación es un delito instantáneo porque se agota o configura, al momento en que el sujeto activo realiza la cópula con la víctima sin embargo, produce un daño psicológico latente por tiempo indeterminado, el cual podría prolongar sus efectos en el tiempo.

Cabe destacar, que el bien jurídico tutelado en el caso de la violación efectivamente es la libertad sexual, es decir, la libertad de elegir a la persona, la forma, el lugar, la ocasión para realizar el coito, o simplemente mantener una relación sexual con un sujeto determinado; todas estas circunstancias son válidas sin importar que la víctima mantenga una conducta sexual honesta o deshonestas; es importante recalcar, que en la violación hay ausencia de consentimiento del sujeto pasivo para realizar la cópula. Para los efectos de nuestro tema de estudio, en el caso de que de la

violación se derive el embarazo, se contempla la posibilidad de aborto en virtud de que no existió la voluntad de la víctima para tener ayuntamiento sexual alguno con su victimario, y mucho menos para ser embarazada por dicho sujeto.¹³⁷

CULPABILIDAD. En el delito de aborto, ésta comprende los presupuestos que dan lugar a la reprochabilidad de la conducta antijurídica: pueden ser psicológicos o normativos. Los psicológicos se refieren al dolo cuando hay la intención y voluntad de destruir el producto del embarazo, es decir, el sujeto activo quiere realizar la conducta y quiere producir el resultado material.

Las especies del dolo son:

a) Directo. El sujeto se representa mentalmente el resultado como producto de una acción o una omisión;

b) Indirecto. El sujeto activo quiere el resultado material y sabe que además producirá otros que no desea, pero persiste en ejecutar los medios de comisión;

¹³⁷ Cfr. González De La Vega, René, *Op. Cit.*, pp. 408, 409, 487 y 488.

c) Indeterminado. Se realizan conductas prohibidas por el derecho sin pretender producir un delito determinado y,

d) Eventual. El sujeto activo se propone realizar un daño, previendo que puede producir otros, pero no declina su intención. En el aborto, es requisito indispensable la voluntad y se manifiesta con el consentimiento de la mujer embarazada. en que se le realicen prácticas abortivas y en el querer realizar esas prácticas por el tercero que la auxilia, para destruir el producto de su embarazo.

El aspecto normativo es la culpa cuando se obra con imprudencia, sin intención de producir un resultado no previsto y sin tener el debido cuidado, produciendo un daño previsto y sancionado por la ley.

Por lo que se refiere a la naturaleza del aborto procurado o consentido, no cabe asegurar que pueda existir una conducta culposa.

5.3 PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

El delito de aborto se encuentra regulado en el Código Penal para el Distrito Federal Libro Segundo, Título Décimo Noveno, De los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, Capítulo VI, artículo 329 al 334.

El aborto es consentido cuando la mujer que se encuentra embarazada, otorga voluntariamente su consentimiento para que un tercero practique sobre su cuerpo, las maniobras encaminadas a destruir el producto de la concepción.

El artículo 330 del código penal, en su primera parte refiere que el tercero que utilice cualquier medio para propiciar el aborto, será castigado con pena privativa de la libertad de uno a tres años. No se exige ninguna calidad en el sujeto, pero sí se refiere al consentimiento de la mujer embarazada; el elemento volitivo, es el factor importante para aplicar la sanción de prisión de seis meses a un año a la mujer embarazada que consintió el aborto cuando: A) No tiene mala fama; B) Logró ocultar su embarazo y, C) el embarazo fue fruto de una unión ilegítima.

En cambio, el artículo 331 sí exige calidad del sujeto tercero que provoque el aborto cuando se trata de: A) Médico, B) Cirujano y, C) Comadrón o partera; ya que además de la pena de uno a tres años de prisión, se le sanciona también con suspensión en el ejercicio de su profesión de dos a cinco años.

5.3.1 PROBLEMÁTICA.

La definición legal de aborto, se encuentra en el artículo 329: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez." Este precepto se puede interpretar en un sentido muy amplio, pues indica que la destrucción del producto de la concepción puede generarse en cualquier momento del embarazo, es decir a partir de la fecundación de un óvulo, hasta antes de que se pueda determinar por los especialistas en la materia, si ese producto es viable para que la madre pueda dar a luz, e inclusive hasta antes de que existan las condiciones fisiológicas para que pueda llevarse a cabo el parto conforme a la naturaleza anatómica de la mujer embarazada.

El delito de aborto, ha generado mucha polémica, pues el Poder Legislativo ha debatido sobre la posible despenalización, basándose en lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que las personas tienen el derecho de decidir sobre el número de hijos que desea tener. Sin embargo, se han planteado razonamientos basados en la moral, salud, educación y atención infantil.

En 1990 el Poder Legislativo del Estado de Chiapas consideró en su Código Penal, la despenalización del delito de aborto en los siguientes

casos:

a) Cuando el embarazo fuera producto de una violación, siempre que se efectuara dentro de los noventa días a partir de la concepción;

b) Cuando la vida de la madre se encontrara en peligro a causa del embarazo;

c) Cuando el producto sufriera alteraciones genéticas o congénitas y se tuviera la certeza de que al nacer tendría trastornos físicos o mentales graves;

d) Por razones de planificación familiar, si fuera realizado dentro de los noventa días siguientes a la concepción y con el mutuo acuerdo de los padres;

e) Cuando se tratara de madres solteras, siempre que se realizara dentro de los noventa días siguientes a la concepción.

Se consideró que, particularmente por las condiciones que prevalecen en Chiapas, las prácticas abortivas en gran número se realizaban

clandestinamente y en condiciones insalubres lo que había propiciado lesiones, esterilidad y muerte entre las mujeres de todos los niveles sociales, culturales y económicos y estas prácticas sólo habían favorecido a los facultativos que se dedicaban a esa actividad, mismas que quedaban en la impunidad.

El clero en Chiapas, emitió diversas opiniones a favor y en contra, pero reconocieron que el problema era eminentemente social; sin embargo, no obstante que se generaron opiniones favorables a las reformas, en otras opiniones se hizo hincapié en que las reformas incurrirían en la posible violación de Derechos Humanos. Por esa razón, los diputados del H. Congreso del Estado de Chiapas con su proposición de reformas al Código Penal de esa Entidad Federativa, incluyeron el artículo Tercero Transitorio en el que se suspendía la vigencia de los artículos 134 al 137, referentes al delito de aborto, por lo cual no entraron en vigor dichas reformas.

El maestro Aarón Hernández asegura que el aborto es un tema de actualidad, pero ha sido tratado desde 1871, sin que su definición haya sido objeto de alguna modificación notoria, por lo cual los legisladores actuales tienen un atraso de ciento treinta años.¹³⁶

¹³⁶ Hernández López, Aarón, *Op. Cit.*, p. 14.

Nuestra problemática radica básicamente en cuanto a la distinción del aborto procurado y el aborto terapéutico. El primero, se lo provoca la propia mujer embarazada por cualquier medio que esté a su alcance, generalmente sin conocimiento ni el debido cuidado, poniendo peligro su vida, por lo cual se ven en la necesidad de acudir a algún hospital o con un médico. Aún cuando existe la plena voluntad de la madre para interrumpir su embarazo, el artículo 333 como causa de justificación libera de responsabilidad penal a la mujer que por imprudencia se provoca un aborto o cuando éste fue producto de una violación.

Cabe aclarar que en la actualidad la principal razón que motiva a las mujeres que deciden interrumpir su embarazo, es de índole económica, pues además de su mala situación económica, tienen una familia numerosa, por lo cual el Estado debería establecer los mecanismos necesarios para realizar la valoración para que quien tenga una situación precaria que le impida desarrollar una buena maternidad, pueda ser objeto de un legado ya que existe el riesgo inminente de que el bebé que nazca, a futuro pueda ser una víctima más de la miseria. La mala situación económica debe incluirse en el Código Penal como una excusa absoluta.

Por consiguiente, en nuestra opinión es necesario que el artículo 333

del Código Penal sea adicionado estableciendo como excusa absolutoria la mala situación económica de la mujer embarazada de la siguiente forma:

“Tampoco se sancionará a la mujer que procure u otorgue su consentimiento para que un tercero le haga abortar si concurren los siguientes requisitos:

- I. Obtener por única vez la autorización de la unidad jurídica del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF);**
- II. Acreditar ante dicha autoridad su precaria situación Económica (que su ingreso no rebase un salario mínimo);**
- III. La solicitante deberá tener menos de diez semanas de embarazo;**
- IV. Acreditar que es madre de tres o más hijos.”**

En cambio, el aborto terapéutico se traduce en un estado de necesidad que implica la incertidumbre de la valoración de un bien jurídico de mayor valor, que es la vida de la madre quien ya cuenta con un proceso de desarrollo histórico plasmado en el mundo exterior, sobre el bien jurídico de menor valor consistente en la expectativa de subsistencia del feto. Lo provoca el médico tratante de la mujer encinta cuando por causa del

embarazo se coloca en peligro de muerte, y tiene bajo su responsabilidad la problemática de decidir si propicia o no la muerte del feto, pero deberá escuchar la opinión o tener el dictamen de otro médico, si la demora no resulta peligrosa; en nuestra opinión también es necesaria la opinión de los padres del producto del embarazo.

Como ya se ha mencionado, el aborto terapéutico no se sanciona en el Distrito Federal, sin embargo en nuestra legislación no se indica el procedimiento a seguir para obtener la autorización para realizarlo.

Por otro lado, el procedimiento a seguir en el aborto por el ejercicio de un derecho, es decir, cuando el embarazo es consecuencia de una violación, se encuentra actualmente regulado en el artículo 131 BIS del Código de procedimientos Penales como sigue:

“El Ministerio Público autorizará en un término de veinticuatro horas, la interrupción del embarazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 334 fracción I del Código penal cuando concurren los siguientes requisitos:

I.- Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida;

II.- Que la víctima declare la existencia del embarazo;

III.- Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud;

IV.- Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación; y

V.- Que exista solicitud de la mujer embarazada.

Las instituciones de salud pública del Distrito Federal deberán, a petición de la interesada, practicar el examen que compruebe la existencia del embarazo así como su interrupción.

En todos los casos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer información imparcial, objetiva, veraz y suficiente sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes; para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Esta información deberá ser proporcionada de manera inmediata y no deberá tener como objetivo, inducir o retrasar la decisión de la mujer.

De igual manera, en el período posterior ofrecerán la orientación y apoyo necesarios para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes.¹³⁹

En estos casos se puede equiparar una excusa absolutoria, con un

¹³⁹ Código Penal para el Distrito Federal, p. 74.

estado de necesidad, pues aun cuando ambas circunstancias son causas de impunidad del delito, la primera excluye la posibilidad de aplicar una sanción porque la ley permite la conducta (violación), en tanto que el estado de necesidad es una causa de justificación en la que existe un peligro real (terapéutico), grave e inminente de un bien jurídico y que sólo puede evitarse mediante la alteración o destrucción de otro bien, lo que en el aborto terapéutico se traduce en la valoración de mantener subsistente un bien jurídico mayor (vida de la madre) sobre un bien de menor grado (vida del feto o embrión).

CONCLUSIONES

PRIMERA. Después de todo un proceso histórico, se puede concluir que el derecho es una ciencia social porque es creación del hombre y la ha estructurado en busca de un orden social que permita la convivencia de los conglomerados humanos, buscando establecer un sistema que proporcione protección y seguridad jurídica a los derechos y bienes de cada individuo.

SEGUNDA. En nuestro país se ha desarrollado a partir de la Independencia de 1810, un sistema jurídico penal, contemplando la imposición de las penas y las medidas de seguridad a quienes infringen las normas prohibitivas, reflejando con ello la potestad coercitiva del Estado.

TERCERA. Al efectuarse diversas reformas en nuestro Código Penal, se busca la adaptación del Derecho a las necesidades de nuestra sociedad, lo que determina que el Derecho en general, y en especial el Penal, no se encuentra estático, sino que está en constante movimiento.

CUARTA. El Código Penal, actual promulgado el 14 de agosto de 1931, cuenta con un proceso histórico que nos indica que ha sido objeto de diversas reformas, especialmente en la última década del siglo XX. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal determinó extraer del Código

Penal el articulado de naturaleza federal para establecer el Código Penal para el Distrito Federal, por decreto del 17 de septiembre de 1999, vigente a partir del 1° de octubre de 1999.

QUINTA. Para aplicar el derecho, se creó el procedimiento penal consistente en el conjunto de actividades reguladas y encaminadas a determinar los hechos que pueden calificarse como delitos, mismo que se resuelve con una sentencia, en la que el juez confirma la existencia del delito, la responsabilidad y el grado de participación del procesado, declarándolo culpable e imponiéndole una sanción o medida de seguridad.

SEXTA. Cuando la sentencia adquirió carácter de cosa juzgada se procede a su ejecución, sin embargo el cumplimiento de la misma ya no compete al juez, sino a otra autoridad de naturaleza administrativa; conforme a la Gaceta del Distrito federal del 25 de septiembre de 1999, es la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal.

SÉPTIMA. La vida humana comienza a partir de que el espermatozoide fecunda un óvulo. La vida del ser humano es el bien jurídico máspreciado y tutelado por el Derecho, en virtud de lo cual ninguna persona

tiene la facultad de disponer de la vida de otra persona. En el aborto consentido o procurado, cuando se trata de evadir una maternidad irresponsable, o bien, cuando se persigue un fin lucrativo por parte de quien lo practica, debe ser sancionado con mayor severidad.

OCTAVA. En el aborto terapéutico, el derecho a la vida de la madre se considera como un derecho, por encima de otro, a pesar de ello puede aceptarse que moralmente tan importante es uno como el otro. Es aventurado asegurar que un feto no tiene conciencia, toda vez que en su ámbito dentro del seno materno, va desarrollando diferentes conductas, al grado que puede percibir lo que sucede en el mundo exterior, reflejándose en el deseo de vivir o no.

Sin embargo, contradictoriamente, se debe señalar que no puede negarse el derecho de la mujer embarazada para disponer libremente de su cuerpo, pues el producto de su embarazo forma parte de sus entrañas, y es a ella a quien le corresponde el derecho a renunciar a la maternidad, cuando tiene razones de índole económica y social, al tratar de evitar que el bebé que pudiese nacer, en el futuro se enfrente al peligro de la miseria, por lo cual el Estado debe establecer los órganos y mecanismos a los que puedan

acudir las mujeres que no desean continuar embarazadas para que sus condiciones sociales y económicas sean valoradas, dictaminando la posibilidad de interrupción del embarazo, con el objeto de disminuir o quizá evitar los abortos clandestinos.

NOVENA. Es necesaria la reglamentación del aborto terapéutico, ya que a pesar de que éste se menciona en el Código Penal del Distrito Federal no hay legislación que especifique el procedimiento a seguir para obtener una autorización de esta naturaleza. Mientras más claros y explícitos se establezcan los requisitos que se deben cubrir para realizar un aborto bajo las condiciones ya expresadas, menos abusos se cometerán y se evitará con ello que esos abortos, se efectúen clandestinamente.

PROPUESTAS.

PRIMERA. El Estado a través del Poder Legislativo debe realizar una revisión exhaustiva, de las disposiciones legales que regulan el aborto, tendiente a establecer una reglamentación más amplia, que permita evaluar las situaciones sociales y económicas de las madres que tienen condiciones económicas casi miserables, y que deseen abortar para evitar la práctica clandestina de esta conducta.

SEGUNDA. Se propone que el artículo 333 del Código Penal sea adicionado estableciendo como excusa absolutoria la mala situación económica de la mujer embarazada. La adición a dicho artículo deberá quedar de la siguiente forma:

“No se sancionará a la mujer que otorgue su consentimiento para que un tercero le haga abortar si concurren los siguientes requisitos:

I. Obtener por única vez la autorización de la unidad jurídica del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Para obtener dicha autorización, la interesada deberá acreditar ante dicha autoridad su precaria situación (obtener un ingreso menor a un salario mínimo);

II. Tener menos de diez semanas de embarazo;

IV. Acreditar que es madre de 3 ó más hijos.”

TERCERA. En el caso del aborto terapéutico es necesario establecer un procedimiento, ya que a pesar de que éste se menciona en el Código Penal para el Distrito Federal, no hay legislación que especifique el procedimiento a seguir para obtener una autorización de esta naturaleza. Mientras más claros y explícitos sean los requisitos que se deben cubrir para realizar algún aborto bajo las condiciones ya expresadas, se evitarán abortos en condiciones de clandestinidad.

Por lo anterior, es necesario adicionar al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal un artículo en los siguientes términos:

“Los abortos procurados o terapéuticos serán autorizados por el Ministerio Público y deberán realizarse en una Institución del sector Salud, la cual será designada por la Representación Social; en estos casos no se aplicará sanción alguna a la solicitante, ni al que ejecute el aborto.

El aborto terapéutico deberá ser realizado dentro del plazo establecido por el médico responsable, en el caso de que la vida de la madre se encuentre en peligro.

La autorización para la realización de un aborto terapéutico será otorgada por el Ministerio Público con base el dictamen médico del profesional de la medicina que atienda el caso particular, el cual deberá ser ratificado por un perito médico de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

El aborto procurado por razones económicas será autorizado por el Ministerio Público, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- I. Que se ejecute dentro de las doce semanas del embarazo;**
- II. Que acredite con oficio del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) su precaria situación económica en el cual se haga constar que sus ingresos no son mayores a un salario mínimo;**
- III. La solicitante deberá tener menos de diez semanas de embarazo;**
- IV. La solicitante deberá acreditar que es madre de tres o más hijos.**

La determinación por parte del Ministerio Público deberá ser ratificada por su superior inmediato e informada a los solicitantes en un plazo no mayor de diez días naturales previendo que el aborto pueda realizarse dentro de las doce semanas del embarazo.”

CUARTA. En cuanto al procedimiento establecido para el otorgamiento de la autorización por parte del Ministerio Público, en el caso del aborto en embarazos consecuencia de una violación, debe agregarse al artículo 131 Bis del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal la siguiente fracción:

“Que la solicitante tenga menos de doce semanas de embarazo.”

BIBLIOGRAFIA

- . Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, México, Porrúa, 1977.

- . Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, México, Kratos, 1991.

- . Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 32ª ed., México, Porrúa, 2000.

- . Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de derecho Penal, Parte general*, México, Porrúa, 1981.

- . Del Palacio Díaz, Alejandro, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, U.A.M. Azcapotzalco, 1999.

- . Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, 3ª ed. México, Porrúa, 1991.

- . Fuentes Díaz, Fernando, *Modelos y el Procedimiento Penal del Fuero Común y Fuero Federal en Toda la República*, México, Sista, 1998.

. García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho* 29ª ed. México, Porrúa, 1978.

. García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1991.

. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 2ª ed., México, Textos Universitarios, 1980.

. González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1980.

González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 16 a ed., México, Porrúa, 1985.

. González de la Vega, René, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. México, Cárdenas, 1981.

. Hernández López, Aarón, *Código Penal de 1871, (Código de Martínez de Castro)*, México, Porrúa, 2000.

. Hernández López, Aarón, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*,

Comentado, 3ª ed., México, Porrúa, 2000.

. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, U.N.A.M., 1992.

. Juárez Zamudio, Miguel Angel, *Responsabilidad Penal de los Médicos*, México, Delma, 1999.

. López Bentancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 1998.

. Maio Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2000.

. Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*, parte general, México, Trillas, 1999.

. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal Parte General*, México, Porrúa, 1999.

. Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Penal*, 14ª ed. México, Limusa, 1999.

. Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, México, 5ª ed. Porrúa, 1998.

. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, México, Porrúa, 1999.

. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. N.A.M., 1998.

. Porte Petit, Celestino; *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, México, Porrúa. 1999.

. Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 14ª ed. México, Porrúa, 1991.

. Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo*, 2ª ed., Ogs, México, 1999.

. Witthaus, Rodolfo E., *Prueba Pericial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991.

. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, parte general*. Cárdenas Editor. México, 1991.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

. De Pina Rafael, *Diccionario de Derecho*, 27ª ed. México, Porrúa, 1999.

. *Enciclopedia Jurídica Ormeba*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1954,

. Fundación Tomás Moro, *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

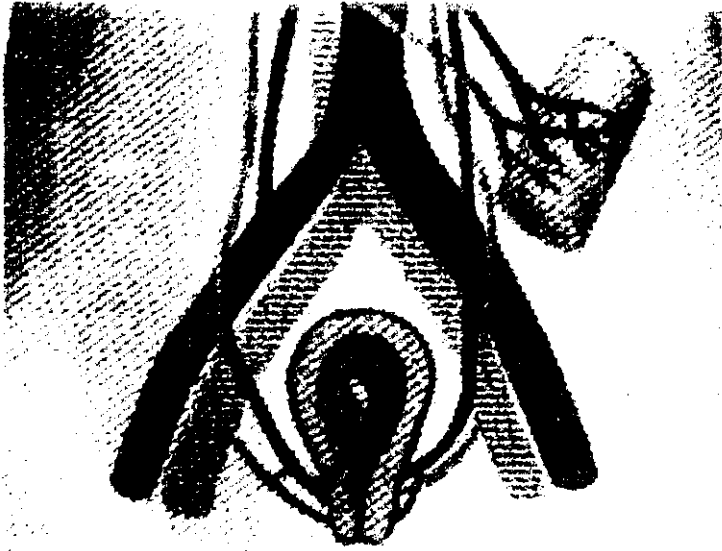
. Raluy Poudevida, Antonio, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 23ª ed., Porrúa, México, 1983.

LEGISLACION

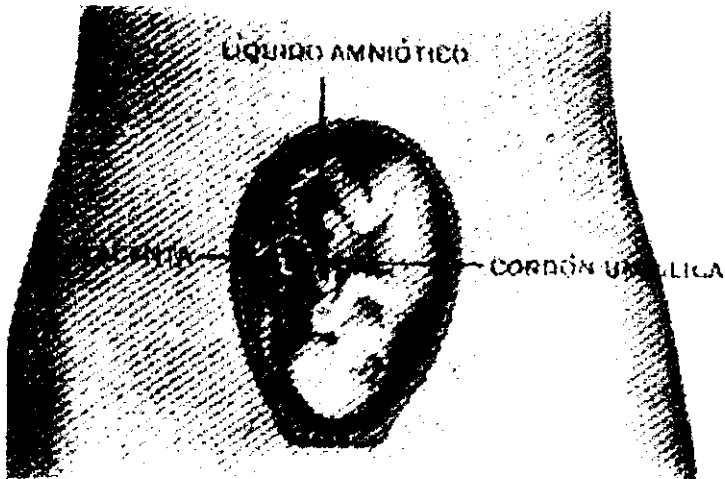
. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

. Código Penal para el Distrito Federal.

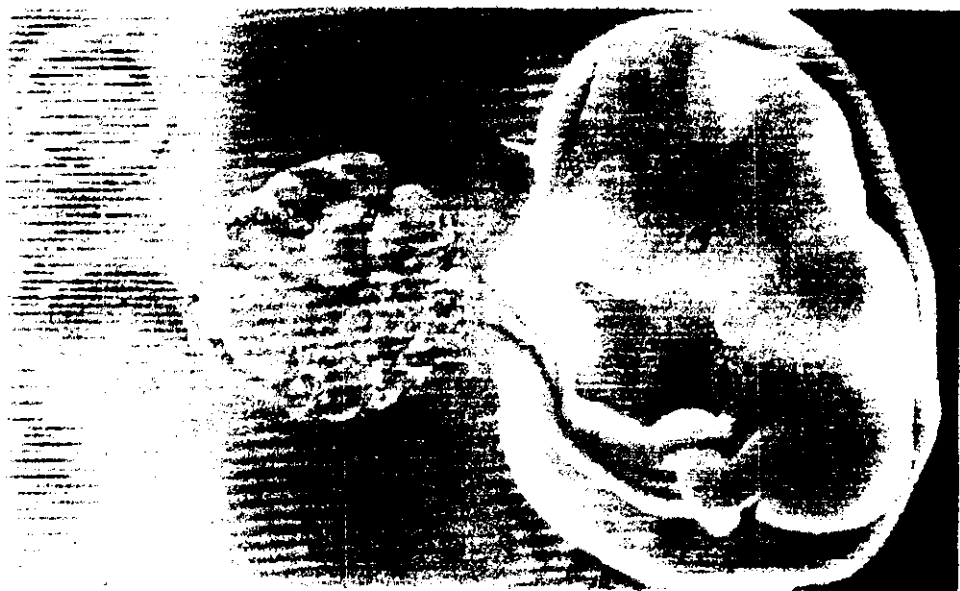
ANEXOS



EL EMBRION SE TRANSFORMA EN FETO



FETO AL TERCER MES
(DOCE SEMANAS)



INICIO DE LA VIDA



VARIOS Y MATERIALES ASÉPTICOS