



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL, COMETIDO ENTRE CONYUGES O CONCUBINOS, REGULADO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: REYES JAIMES DANIEL RICARDO



ASESOR: LIC. ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA



MEXICO, D. F.

2005



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

Of. 032 /SDPP/05

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR EN LA UNAM.
PRESENTE.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: DANIEL RICARDO REYES JAIMES
FECHA: 20-ABRIL-2005
FIRMA: [Firma]

Hago de su conocimiento que el alumno REYES JAIMES DANIEL RICARDO, con número de cuenta 9127062-3 ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA la tesis profesional intitulada "EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL COMETIDO ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS, REGULADO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL" que presenta como trabajo concluido para obtener el título de Licenciado en Derecho.

Le informo que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, por lo que se aprueba para su presentación en el examen profesional. Por ende, comunico a Usted que la tesis de referencia puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que habrá de examinar al alumno citado.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Lo anterior, para los efectos académicos a que haya lugar; reiterándole mi más atenta y distinguida consideración.



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 26 DE MARZO DE 2005

[Firma]
LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

A DIOS:

Por haberme dado la vida y sabiduría para llegar a este momento. Gracias por la vida.

A MIS PADRES:

Que me dieron la vida y todo para encaminarme a lo que ahora soy, mostrándome ese camino para superarme, enseñándome principios y valores que me enorgullecen como ser humano. Gracias por todo.

A ANABEL:

Que con su amor, apoyo y comprensión ha impulsado todos los actos de mi vida, demostrando que se puede lograr lo que uno desea. Gracias por estar conmigo y este trabajo es para ti.

A ANA PAULA:

Porque al llegar a mi vida te convertiste en el motor que hace girar mi vida. Gracias por haber llegado a mi vida, este trabajo es por ti.

A MIS HERMANOS:

Por la unión que siempre nos ha caracterizado y que ha ayudado a la búsqueda de la superación día con día. Gracias por su apoyo.

A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE
MÉXICO:

A quien debo gran parte de mi vida y quien me ha dado la formación profesional. Gracias por haberme recibido en tu casa.

A MI ASESOR LIC.
ALEJANDRO CARLOS
ESPINOSA:

Por la enseñanza que me ha dado durante el tiempo en asesorar el presente trabajo. Gracias por su apoyo.

A LOS MAESTROS DE LA
FACULTAD:

Quienes todos los días entregan parte de su tiempo para dar clases en la facultad y transmitir sus conocimientos. Gracias a todos.

A MIS AMIGOS:

Quienes durante todo el tiempo estuvieron mostrando su apoyo y dieron el aliento para continuar. Gracias por estar siempre conmigo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I. GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL Y EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.	
1.1	Nociones generales. 1
1.1.1	Derecho Penal. 3
1.1.1.1	Etapas del Derecho Penal. 4
1.1.1.2	Antecedentes del Derecho Penal en México. 7
1.1.1.3	Nociones de Derecho Penal. 9
1.1.2	Delito. 10
1.1.2.1	Elementos del delito. 11
1.2	Antecedentes del delito de abuso sexual. 41
1.2.1	Código Penal de 1871. 42
1.2.2	Código Penal de 1929. 43
1.2.3	Código Penal de 1931. 45
1.2.4	Reformas al Código Penal de 1991. 47
1.2.5	Reformas al Código Penal de 1999. 49
1.2.6	Reformas al Código Penal de 2002. 51
1.3	Naturaleza jurídica del delito de abuso sexual. 54
CAPÍTULO II. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.	
2.1	Noción legal. 58
2.2	Clasificación del delito. 64
2.3	Conducta y su ausencia. 70
2.4	Tipicidad y atipicidad. 74
2.5	Antijuridicidad y causas de justificación. 83
2.6	Culpabilidad e inculpabilidad. 90

2.7	Imputabilidad e inimputabilidad.	93
2.8	Punibilidad y excusas absolutorias.	95
2.9	Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.	97
2.10	Consumación y tentativa.	98
2.11	Concurso de delitos.	99
2.12	Procedibilidad.	102

CAPÍTULO III. EL PROCEDIMIENTO, EL PROCESO Y EL JUICIO PENAL MEXICANO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

3.1	El procedimiento penal en México.	106
3.2	Fundamento legal de la función del Ministerio Público.	110
3.3	El Ministerio Público en el procedimiento.	116
3.4	Averiguación previa.	119
3.4.1	Nociones generales de averiguación previa.	119
3.4.2	Concepto de averiguación previa.	122
3.4.3	Procedimiento de la averiguación previa.	125
3.4.3.1	Requisitos de procedibilidad.	129
3.4.3.1.1	Denuncia.	130
3.4.3.1.2	Querrela.	134
3.4.3.2	Diligencias básicas.	138
3.4.3.3	Determinaciones del Ministerio Público.	140
3.4.3.3.1	Ejercicio de la acción penal.	140
3.4.3.3.2	No ejercicio de la acción penal.	142
3.5	El proceso penal en México.	144
3.6	El Ministerio Público en el proceso penal.	144
3.6.1	El procedimiento en la preparación del proceso o pre-instrucción.	145
3.6.2	El procedimiento en la instrucción.	150
3.6.3	El procedimiento de primera instancia (Juicio).	153
3.6.4	El procedimiento de Segunda Instancia.	155

CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL COMETIDO ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS EN LA ACTUALIDAD.

4.1	Análisis y planteamiento del problema.	159
4.2	Consecuencias jurídicas del delito en la legislación actual.	170
4.3	Consecuencias sociales del delito en la actualidad.	174
4.4	Propuesta (Requisito de procedibilidad del delito).	183
CONCLUSIONES		198
BIBLIOGRAFÍA		202

INTRODUCCIÓN

En una sociedad debe reconocerse que las conductas antisociales y antijurídicas no nacen espontáneamente, sino que aparecen en la misma como resultado de varios factores, algunos crónicos que han estado presentes durante muchos años y otros temporales y circunstanciales que varían dependiendo de cada sociedad y el tiempo en que se desarrolle.

Los factores que crean estas conductas pueden ser de carácter económico, social y cultural, mismos que influyen en el comportamiento del ser humano. Dentro de los factores sociales y culturales influyentes en la comisión de dichas conductas se pueden mencionar la mala calidad educativa, el bajo nivel de escolaridad, la impunidad, la corrupción y complicidad de las autoridades, la desintegración familiar, el uso y tráfico de drogas, así como el incremento en los índices de alcoholismo. Por la presencia simultánea de todas las causas mencionadas, tanto económicas, sociales y culturales, en el Distrito Federal se ha producido el efecto inevitable del aumento en los índices de algunas conductas contrarias a las normas reguladas por el Estado.

En este sentido, estas conductas antisociales y antijurídicas deben ser reguladas para el mejor desarrollo y convivencia en la sociedad dentro de un ámbito de respeto y cordialidad, siendo en este caso el Derecho Penal el que se encarga de esta regulación, a través de ordenamientos jurídicos.

En la presente investigación se tratará el delito de abuso sexual regulado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal y de manera particular el cometido entre cónyuges o concubinos, en virtud de que siendo la pareja el pilar de una familia y ésta a su vez, la base de toda sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por la seguridad jurídica de dicha institución, por lo tanto el Estado debe entre otras cosas, expedir ordenamientos jurídicos eficaces y congruentes que conlleven a la conservación de dicha institución.

De esta manera, nos encontramos que frecuentemente se presentan dentro del matrimonio o concubinato delitos de índole sexual, o de los llamados de "realización oculta", entre los cuales se pueden mencionar el abuso sexual y la violación.

A efecto de regular este tipo de delitos, el Código Penal para el Distrito Federal vigente tiene un título denominado "Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual" en donde se encuentran contemplados y sancionados los delitos de violación, abuso sexual, hostigamiento sexual, estupro e incesto; en el presente trabajo se tratará como se dijo en líneas anteriores, el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, el cual se encuentra contemplado en el artículo 176 del Código Penal vigente en esta entidad federativa, en el cual se regula de manera genérica el delito de abuso sexual, pero que en tratándose de cónyuges o concubinos es de aplicarse el artículo anteriormente señalado y que establece lo siguiente:

"Artículo 176. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciere uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia."

En una pareja de cónyuges o concubinos se da esta conducta, en virtud de que uno de los mismos no quiera ser "tocado o tocada" sexualmente, por diversas razones, entre las que se pueden mencionar: algún sentimiento de odio, enojo, malestar, enfermedad, etc., y su cónyuge realice algún acto sexual sobre su persona sin su consentimiento.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente establece que dicho delito se perseguirá por regla general a petición de parte (por querrela), y si se hiciere

uso de violencia física o moral, será perseguible de oficio, por lo que en la práctica es normalmente cometido bajo esta circunstancia y cambia radicalmente la situación jurídica del indiciado, lo que difiere en lo establecido para el delito de violación cometido entre cónyuges o concubinos, en donde la conducta es perseguible a través de una querrela presentada por la parte ofendida, siendo que este último delito merece una observación especial por las consecuencias jurídicas, psicológicas, culturales y sociales que trae consigo la comisión de dicho ilícito. De esta manera, si el Estado tiene la obligación de vigilar por la conservación de la familia como núcleo principal de toda sociedad, debe por la naturaleza de la misma darle valor a dichas conductas.

Por lo anteriormente manifestado, se considera de gran importancia realizar este estudio de dicho delito, el cual se pretende contribuya a la valoración objetiva de dicho problema que día con día se presenta dentro de la sociedad.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL Y EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

1.1 NOCIONES GENERALES.

Dentro de cualquier sociedad, debido a diversos factores, se presentan conductas antisociales y antijurídicas cometidas por los integrantes de la misma, para ello el Estado con sus facultades a través de sus órganos, es decir de la función legislativa, debe expedir diversos ordenamientos jurídicos que regulen estas conductas humanas para mantener el orden jurídico.

En virtud de tal situación, consideramos conveniente definir al Estado, y al respecto el maestro Eduardo García Máynez define al Estado como: "la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: la población, el territorio y el poder. El Estado es, por consiguiente, una forma de organización, y dicha organización es de índole jurídica."¹

En este sentido, el Estado, debe expedir ordenamientos jurídicos que determinen la forma de gobierno, los derechos y obligaciones del gobierno ante los ciudadanos y viceversa, para que los gobernados estén en posibilidad de saber que hacer ante determinadas situaciones que puedan presentarse en su vida cotidiana, con los miembros de una sociedad; para lo cual, estos ordenamientos jurídicos deberán contemplar la institución ante quien deberá hacerse valer un derecho u obligación, la forma, el procedimiento, etc. es decir el cómo, cuándo, dónde, con quién; de esta manera al presentarse conductas antisociales y antijurídicas que dañan el mejor desarrollo y convivencia en la

¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 50ª ed., Porrúa, México, 1999. p. 107.

sociedad dentro de un ámbito de respeto y cordialidad, el Estado debe expedir a través del órgano facultado para ello, diversos ordenamientos para que se encargue de esta regulación, a través del Derecho.

El Derecho es definido por el maestro Eduardo García Máynez como: "El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativos-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades...Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo...El derecho subjetivo es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud."²

De esta definición, se aprecia que como miembros de una sociedad tenemos derechos y obligaciones que debemos cumplir, de esta manera si se nos prohíbe realizar tal o cual conducta debemos abstenernos de realizarla, así, estas conductas o acciones antisociales prohibidas por la ley son consideradas en nuestra legislación como delitos, cuya comisión hace acreedor al sujeto que las realiza a determinadas sanciones o penas, mismas que integran el Derecho penal.

Al respecto el maestro Eduardo García Máynez al citar al criminalista español Eugenio Cuello Calón menciona que éste define al Derecho Penal como: "...el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado

² *Ibidem.* p. 36.

impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad.”³

De la anterior definición, tenemos que el Derecho Penal está constituido de varios elementos:

- a) Delitos.
- b) Penas y medidas de seguridad.
- c) Delincuente.

Entre las conductas antisociales y antijurídicas que se presentan en una sociedad y que regula el Derecho Penal, a través del conjunto de normas mencionado con anterioridad, se encuentra el delito de abuso sexual, materia del presente trabajo y de manera particular el cometido entre cónyuges o concubinos, el cual en su momento fue conocido como atentados al pudor, abuso deshonesto y con el paso del tiempo ha sufrido una serie de reformas hasta llegar al delito de abuso sexual, tal y como se verá a lo largo del presente.

1.1.1 DERECHO PENAL.

Debido a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad surge el Derecho Penal, en virtud de que el crimen nace con el hombre, cuando aún no existía un orden jurídico ni una sociedad organizada, y a efecto de que el ser humano tenga una convivencia sana y pacífica que proteja los bienes, personas o cosas, es como surge el Derecho Penal.

Ese Derecho Penal, el cual como conjunto normativo, debe tener por objeto al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad, elementos

³ *Ibidem.* p. 141.

anteriormente mencionados, tendientes a mantener un orden social mediante el respeto de los distintos bienes jurídicos tutelados por la ley de las personas, tomando en consideración todos los elementos en su conjunto y no de manera aislada, ya que considerando que si se tratan de manera particular se estarían violentando garantías, o volviendo un Derecho Penal represivo y no preventivo.

Es importante señalar las diferentes etapas por las que ha pasado el Derecho Penal en la historia del hombre y para lo cual se mencionarán en el siguiente punto, de manera general.

1.1.1.1 ETAPAS DEL DERECHO PENAL.

Entre las etapas por las que ha evolucionado el Derecho Penal, tenemos la etapa de la venganza, la etapa humanitaria y la etapa científica, las cuales se explicarán de manera breve a continuación.

A. ETAPA DE LA VENGANZA.

De acuerdo con la maestra Amuchategui, la venganza significa: "que el hombre, ante una agresión recibida, obtiene satisfacción mediante otro acto violento."⁴

Así tenemos que dentro de esta fase, existen varias etapas, entre las que se encuentran la venganza privada, la venganza familiar, la venganza pública y la venganza divina.

a) VENGANZA PRIVADA. Esta venganza privada consiste en hacerse justicia por propia mano, es mejor conocida como la ley del talión, la cual consiste

⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. *Derecho penal*. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. 2ª ed., Oxford University, México, 2000. p. 3.

en "ojo por ojo y diente por diente". En esta fase el ofendido personalmente se hace justicia por propia mano de la misma forma en que recibió la agresión. Cabe hacer mención que la Biblia es el libro en donde se contempla esta etapa de venganza privada al mencionar en el Éxodo, lo siguiente: "Si se pelean unos hombres, y uno de ellos da un golpe a una mujer embarazada a la cual hace abortar, pero no muere el niño, tendrá que indemnizar la cantidad que el marido le exija y aprueben los árbitros. Pero si sobreviene la muerte, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, moretón por moretón."⁵

Lamentablemente, estas conductas se cometían en los tiempos antiguos y aunque el Derecho ha evolucionado con el transcurso del mismo, algunas personas actualmente siguen haciendo uso de este tipo de venganza, haciéndose justicia por propia mano, sin importar lo que pueda pasar, tal vez por etapas de inconsciencia por las que pasa el ser humano, esto a consecuencia de sentimientos de ira, rencor, odio, etc.

b) VENGANZA FAMILIAR. En esta fase un familiar del ofendido es quien realiza el acto de justicia, causando un daño al activo; considerando que esta etapa o fase es muy semejante a la etapa de la venganza privada y lo que la hace diferente es el sujeto activo o persona quien realiza el daño, pero no por ello debe justificarse el acto.

c) VENGANZA PÚBLICA. En esta fase quien realiza el acto de justicia es un representante del poder público o representante de la comunidad. Entre los libros antiguos en los que se contempla esta fase están el *Código de Hammurabi*, *la Ley de las Doce Tablas* y el *Pentateuco Mosaico*.

⁵ MAGAÑA MENDEZ, Agustín. *Sagrada Biblia*. 84ª ed., Ediciones Paulinas, México, 2000. p. 90.

d) VENGANZA DIVINA. En esta fase entran las creencias religiosas, en virtud de que el acto de justicia es impuesto por los representantes de las deidades según las creencias de un lugar y tiempo determinados.⁶

B. ETAPA HUMANITARIA.

Con el transcurso del tiempo surge una corriente humanista, en virtud de dar al hombre derechos y acabar con los tratos inhumanos y arbitrarios cometidos en los tiempos antiguos. Entre los filósofos que influyeron en el Derecho Penal respecto a esta fase se encuentran César Beccaria y John Howard con su manifestación de principios humanistas.

En esta etapa humanitaria, si bien es cierto hay un avance respecto a la etapa de la venganza, llámese privada, familiar, pública o divina, no es suficiente dar derechos y acabar con esos tratos sufridos, mismos que se hacían en contra de las personas que cometían esas conductas contrarias al bien común o prohibidas, sino que se requieren más elementos, tal y como se verá en la siguiente etapa del Derecho Penal.

C. ETAPA CIENTÍFICA.

En esta etapa, además de contener los principios de la fase humanitaria se enfoca principalmente al delincuente, en esta fase se considera que además del castigo impuesto se requiere practicar un estudio de personalidad al sujeto activo, además es necesario se analice a la víctima, a efecto de conocer el porqué del delito, cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y prevenir la comisión de delitos o conductas antisociales.

Si bien es cierto que es necesario contemplar los derechos del hombre por el solo hecho de ser un ser humano, haciendo a un lado el hecho de que éste

⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Ob. cit. p. 4.

halla cometido algún delito o conducta prohibida, es necesario realizar programas de prevención del delito, estudiar al sujeto activo, a efecto de determinar el castigo o pena a imponer, sin perder de vista el tratamiento para su readaptación a la sociedad y que éste no vuelva a cometer conductas reprochables, ya que la finalidad de la imposición de una pena es la de readaptar al sujeto.

Asimismo, debe tomarse en cuenta a la víctima, que es quien lamentablemente sufre el agravio, por lo cual deberán tomarse todos y cada uno de los elementos y circunstancias de los hechos, a efecto de resarcirle en la medida de lo posible el daño sufrido y para lo cual el Estado debe expedir ordenamientos jurídicos a efecto de no dejar en un estado de indefensión al mismo ofendido o víctima de alguna acción contraria al bien común.

1.1.1.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.

Es conveniente analizar de manera general los antecedentes del Derecho Penal en México, a efecto de darnos un panorama más amplio respecto del presente trabajo.

Antes de la conquista, al delincuente se le aplicaban penas como la muerte, la causada por medio de la ahorcadura, la hoguera, el degüello, el descuartizamiento, el desollamiento, la esclavitud, los castigos infamantes, penas que eran comunes en los aztecas; de igual manera en la cultura maya, al delincuente se le aplicaban penas entre las que figuraban, la muerte por horno ardiente, estacamiento, extracción de vísceras por el ombligo, flechazos, devoramiento de fieras, esclavitud, penas corporales, infamantes, indemnización, etc.⁷

En esta época, entre los aztecas los principales delitos cometidos eran la alcahuetería, peculado, cohecho de jueces, traición en guerra, desertión,

⁷ *Ibidem*. pp. 11-12.

malversación, adulterio, homicidio, espionaje; y en la cultura maya los delitos principales fueron el de violación, estupro, deudas, homicidio, incendio, traición a la patria, sodomía, etc.⁸

Cuando los españoles llegaron a México, llegó también la imposición de sus costumbres y leyes entre las cuales se encuentran las Leyes de Indias, el cual fue el principal cuerpo legal de la Colonia aplicadas en la Nueva España, así como las Ordenanzas Reales de Castilla, la Legislación de Castilla (Leyes de Toro), las Ordenanzas Reales de Bilbao, el Fuero Real, las Partidas, los Autos Acordados y la Nueva y Novísima Recopilación. Asimismo, se crearon diversas leyes para el nuevo territorio colonizado, entre los que se encuentran las Ordenanzas de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.⁹

Una vez iniciada la etapa de independencia, se crearon diversas legislaciones mexicanas, pero todavía con influencia de la legislación colonial.

Entre las leyes que se crearon se encuentra la Constitución de 1824, la cual adoptó el sistema federal. Asimismo, en materia penal se crearon el Código Penal para el estado de Veracruz (en vigor en 1869); el Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro (vigente hasta 1929) y con influencia de la escuela clásica; el Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz (vigente hasta 1931) y con influencia de la escuela positiva; Código Penal de 1931 (vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal), con influencia ecléctica y ya en los tiempos más recientes el Código Penal para el Distrito Federal que entra en vigor el 1 de octubre de 1999, mismo que se encuentra vigente hasta el mes de noviembre de 2002 y por último el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que entra en vigor a partir de dicha fecha.¹⁰

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

1.1.1.3 NOCIONES DE DERECHO PENAL.

La maestra Irma G. Amuchategui Requena define al Derecho Penal como: "...el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley."¹¹

La misma autora señala que varios investigadores, coinciden en que existen diversas nociones de Derecho Penal, entre las que se encuentran:

Derecho Penal Objetivo. El cual está constituido por el conjunto de normas jurídicas provenientes del poder público, las cuales establecen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su forma de aplicación.

Derecho Penal Subjetivo. Es la potestad jurídica del Estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.

Derecho Penal Sustantivo. El cual está constituido por las normas relativas al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad (derecho material).

Derecho Penal Adjetivo. Está constituido por el conjunto de normas que señalan la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos (derecho procesal).¹²

El maestro Celestino Porte Petit Candaudap menciona que: "Por derecho penal debe entenderse un conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas."¹³

¹¹ *Ibidem.* p. 13.

¹² Cfr. *Ibidem.* p. 14.

¹³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal.* 10ª ed., Porrúa, México, 1999. p. 15.

De lo anteriormente señalado, cabe decir que el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas, emanadas del Estado, a través de sus órganos de gobierno, en el cual se establecen delitos, penas y medidas de seguridad, que merece el delincuente y la forma en que han de aplicarse.

Asimismo, el mismo autor Celestino Porte Petit Candaudap, en su libro *Apuntamientos de la parte general de derecho penal* menciona que: "Cavallo, define al derecho penal como el conjunto de las normas jurídicas que establecen los hechos constitutivos de delitos y fijan las penas que deben aplicarse a los autores de ellos."¹⁴

De las anteriores definiciones, se desprenden varios elementos, coincidiendo todas ellas que el Derecho Penal se encuentra constituido de normas jurídicas, las cuales van a determinar:

- a) Delitos.
- b) Delincuente
- c) Penas y medidas de seguridad.

1.1.2 DELITO.

Existen diversas definiciones de lo que es el delito para los estudiosos del Derecho y lo que la misma ley establece, por lo que la autora Irma G. Amuchategui refiere a este respecto que: "El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

Jurídico Formal. Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

¹⁴ *Idem.*

La definición contenida en el Código Penal en su artículo 7° es jurídico formal. De otra manera, la definición legal se equipara a la jurídico formal. En este sentido, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Jurídico sustancial. Consistente en hacer referencia a los elementos de que consta el delito...¹⁵

Respecto a esta definición, cabe mencionar que el delito es la expresión de que un ilícito lleva consigo una sanción, además de hacer referencia a los elementos de que consta una conducta ilícita.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, establece que: "Artículo 15. (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión."

Aunque el Código Penal no refiere textualmente que delito será tal o cual cosa, la definición establecida en dicho ordenamiento mencionado, establece la forma en que puede ser cometido un delito, es decir, a través de una acción o de una omisión.

1.1.2.1 ELEMENTOS DEL DELITO.

Antes de entrar al análisis de un delito en particular, en este caso del delito de abuso sexual, es importante conocer cuales son los elementos del delito, ya que para estudiarlos existen diversas corrientes doctrinarias, principalmente la causalista y la finalista.

Respecto a la teoría causalista, el maestro Eduardo López Betancourt refiere lo siguiente: "Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta

¹⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 43.

necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o hecho. En este orden de ideas, a la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido... la acción "es una inervación muscular, es decir –expresa Zaffaroni-, un movimiento voluntario –no reflejo-, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige..." Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contemple la sola producción del acto en el mundo externo y no el actuar lleno de sentido, separan el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad, el propósito con qué o porqué se hace algo, limitando a la acción a aparecer únicamente como función causal. Desde este punto de vista, la acción es considerada como un proceder con dependencia en la existencia, como reflejo instintivo, en el que no se considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento."¹⁶

La teoría casualista, es la que aparentemente sigue nuestro actual Código Penal, en donde se trata a la acción como factor causal del resultado, aunque diversos estudiosos del Derecho han realizado algunas críticas, en las que se dice que también tiene matices de la teoría finalista, y únicamente lo que el legislador realizó fue copiar parte del sistema alemán.

A este respecto el autor Javier Jiménez Martínez señala: "Sin entrar en muchos detalles, cabe decir que éste nuevo código tampoco sigue tendencia alguna, por las siguientes razones:

En relación a la conducta, tal pareciera que responde a un concepto del causalismo neoclásico porque según esto para que un comportamiento pueda ser sancionado debe tratarse de una acción relevante característica de aquel sistema.

En cuanto a la tipicidad, cabe precisar que el simple hecho de haber despreciado el famoso cuerpo del delito y en su lugar utilizar una nueva

¹⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*. 8ª ed., Porrúa, México, 2000. pp. 6-7.

nomenclatura, el de los elementos de la descripción legal del delito, no por eso se ha transitado del causalismo al finalismo, por el contrario, ahí nada se dice..."¹⁷

De esta manera el causalismo tiene su explicación en causa-efecto, importando únicamente la manifestación de voluntad del sujeto para la ejecución de la conducta y no la finalidad de la misma. Por lo que a efecto de verificar lo señalado por dicho autor, habría que realizar un análisis pormenorizado del Código Penal vigente en el Distrito Federal para precisar a que teoría se inclina.

El mismo autor en comentario continúa explicando: "En cuanto a la antijuridicidad, cabe advertir que al optar por la antijuridicidad material, representa un claro signo también del causalismo clásico, e incluso, del finalismo.

En cuanto a la culpabilidad, los elementos que la estructuran tiene que ver con la teoría normativa pura, signo del esquema finalista.

Que implica esto, que el legislador no siguió corriente alguna, intentó hacer de la legislación sustantiva un tratado de principios (de legalidad, de tipicidad, de responsabilidad objetiva, jurisdiccionalidad, etc), quizá tratando de imitar la parte general del Código Penal Alemán, y, finalmente se perdió, al grado que volvió a caer en los errores sistemáticos de antaño al estructurar las causa de exclusión del delito de modo semejante al pasado..."¹⁸

Esta teoría causalista analiza el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad, denominando a los elementos del tipo penal o elementos descriptivos de la norma que más adelante se señalarán como elementos del cuerpo del delito.

Este término de elementos del cuerpo del delito fue el que recogió el Constituyente de 1917 hasta el año 1993 en donde se reforman los artículos 16 y 19 constitucionales en lo relativo a las exigencias para el libramiento de las

¹⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Introducción a la teoría general del delito*. Ángel Editor, México, 2003. pp. 577-578.

¹⁸ *Idem*.

órdenes de aprehensión o en los autos de formal prisión. Y fue en el año 1999 donde se retoma dicho término sustituyendo el de elementos del tipo penal.

Por lo que hace a la teoría finalista, el profesor Eduardo López Betancourt, refiere lo siguiente: "Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo. Para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo. Para esta corriente la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consciente...Debemos distinguir a las teorías causalista y finalista de la acción, en virtud a que la primera, considera a la acción como mecánica: un producto causal; en cambio la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido."¹⁹

La teoría finalista resume a la acción realizada desde que el sujeto activo del delito piensa en el fin. Asimismo esta teoría analiza al dolo y la culpa como elementos subjetivos genéricos. De igual manera, a los elementos del tipo o elementos descriptivos de la norma los denomina elementos del tipo penal.

Una vez señaladas las principales teorías, cabe decir que los elementos del delito se encuentran establecidos en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, los cuales son:

1. Conducta. Elemento inmerso en el artículo 15 al establecer: "Artículo 15. (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión."

¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pp. 7-8.

2. Tipicidad. Contendida en el artículo 2 de dicho ordenamiento, el cual establece: "Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, sino se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate..."

3. Antijuridicidad. Establecida en el artículo 4 del código en comento: "Artículo 4. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."

4. Culpabilidad. La cual se encuentra contemplada en el artículo 5 del Código Penal: "Artículo 5. (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste..."

El profesor Eduardo López Betancourt señala que: "La aportación de diversos estudiosos de nuestra ciencia ha traído en número de siete los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. Es decir, a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia al delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición (a la vida del delito). Los elementos del delito que son conocidos como ya lo indicamos anteriormente y que no todos los autores aceptan, son siete."²⁰

Existen diversas teorías respecto a los elementos del delito, el autor en mención señala que existen siete elementos a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva, punibilidad, relacionando cada uno de ellos con su aspecto negativo y que son

²⁰ *Ibidem*, p. 65.

respectivamente ausencia de conducta, ausencia del tipo o atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, falta de condiciones objetivas, excusas absolutorias. Asimismo, Eduardo López Betancourt, continúa señalando al respecto: "Por otra parte, según el número de elementos que se acepten para la formación del mismo, se estará dentro de la concepción atomizadora, en una postura que va desde la dicotómica o bitómica, hasta la heptatómica, pasando por la triédrica, tetratómica, pentatómica y hexatómica."²¹

La teoría heptatómica considera como elementos del delito los cuatro elementos señalados con anterioridad y agrega los tres siguientes, mismos que por cuestiones dogmáticas se analizarán:

1. Imputabilidad. Al respecto Octavio Alberto Orellana Wiarco explica: "Ahora bien, además de estas discusiones sobre la esencia misma de la imputabilidad, existe la disputa, ya de antiguo de la ubicación de la imputabilidad dentro de la culpabilidad (como así lo declara terminantemente Jiménez de Azúa); otros penalistas colocan a la imputabilidad como un elemento del delito (Mezger), o aquellos que opinan que no existe mayor diferencia en considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (Rodríguez Muñóz); o bien, que ven a la imputabilidad como un presupuesto del delito (Battaglini); sin embargo, podemos observar que en general los penalistas, sea como presupuesto, elemento, característica, etc., coinciden en que: No hay culpabilidad sin libertad. En otras palabras el hombre es culpable de un delito porque es imputable a él; y es imputable porque es libre"²²

Dependiendo de la teoría que se analice, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, otros la consideran que no es elemento del delito, algunos coinciden en que si lo es, etc.

²¹ *Ibidem*. pp. 66.

²² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*. 13ª ed., Porrúa, México, 2003. p. 36.

2. Punibilidad. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran respecto a este punto refieren que: "La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos."²³

Es la sanción y de igual manera, esta puede ser considerada como una consecuencia de la conducta. Y se considera que no es elemento del delito, en virtud de que no todos los delitos son sancionados. Por ejemplo el homicidio culposo cometido por tránsito de vehículos cometido en contra del cónyuge.

3. Condiciones objetivas de punibilidad. Al respecto Octavio Alberto Orellana Wiarco señala: "De entrada el maestro Jiménez de Asúa niega que la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito, si bien, aparece en su clasificación hepatómica de los elementos del delito. La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva."²⁴

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 2 ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. p. 418.

²⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Ob. cit.* p. 72.

Dependiendo de la teoría adoptada los estudiosos del derecho consideran a las condiciones objetivas de punibilidad como elemento del delito, otros más únicamente como circunstancias que condicionan en algún delito la imposición de una pena.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, al respecto señalan que: "Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se encuentran, en nuestro Código Penal, el previo requerimiento o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral (art. 314), la previa declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos en el delito previsto en el artículo 260, 1, etc. (sic)"²⁵

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que condicionan en algunos delitos la imposición de una pena. Son requisitos que la misma ley establece a efecto de que pueda ser impuesta una sanción.

Por lo que a continuación se analizarán dichos elementos, los cuales son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

1. CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Aspecto positivo. La conducta es el comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito. El maestro Marco Antonio Díaz de León menciona que: "La conducta humana o ejercicio de la actividad final, es un acto, entendido este como manifestación de voluntad que gobierna el proceso causal para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas y, en el caso, de relevancia

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. cit. p. 419.

penal. Dicho ejercicio de la actividad final, normalmente, tiene lugar en tres momentos; se inicia con la anticipación mental del destino pretendido, continúa al escogerse los medios que se estiman necesarios para conseguir la meta y termina con la realización de la voluntad de la acción en el mundo fáctico."²⁶

Como se mencionó con anterioridad, este elemento del delito que es la conducta, se encuentra contenido en el artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Aspecto negativo. Existirá ausencia de conducta, cuando no exista la voluntad de la persona de hacer o dejar de hacer algo, y se presenta en los casos siguientes: *vis absoluta*, *vis maior*, actos reflejos, sueño y sonambulismo e hipnosis.

La *vis absoluta* consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

La *vis maior* es la fuerza mayor que a diferencia de la *vis absoluta* proviene de la naturaleza.

El diccionario enciclopédico Larousse define a los actos reflejos como: "Dícese de las acciones que obedecen a motivaciones inconscientes."²⁷

El sueño y sonambulismo es el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona. La hipnosis es una forma de inconsciencia temporal. De esta manera el Código Penal vigente en el Distrito Federal, establece en su artículo 29 lo siguiente:

²⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*. Porrúa, México, 2001. p. 63.

²⁷ *Larousse Enciclopédico Universal*. T. 5, 2ª ed., Larousse editorial, México, 2002. p. 1369.

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente"

Por lo cual existirá carencia de acción (actividad) u omisión (inactividad) en donde el resultado que se ocasione no provenga de la voluntad de quien lo produce. Al respecto el maestro Marco Antonio Díaz de León menciona que: "Así ocurre con los llamados movimientos reflejos que impiden la posibilidad de voluntariamente abstenerse de actuar, dado, suprimen el control psíquico de la actividad humana. Por su lado, los estados de inconsciencia se presentan v. gr., en los casos de sonambulismo, de hipnosis o narcosis, aunque, respecto de esto, debe considerarse que tal estado de inconsciencia no provenga de una "actio libera in causa", es decir, que no haya sido provocada dolosamente para la comisión de un delito de parte del agente, ni tampoco que hubiese sido previsible por éste antes de padecerlo, en el sentido de que en tal estado cometería un delito doloso. En su caso, la fuerza irresistible se presenta no únicamente cuando por ejemplo, el sujeto actúa por virtud de la vis que ejerce sobre él la otra persona, perdiendo así el control y voluntad al accionar como instrumento de la decisión de un tercero, sino, tal fuerza también puede provenir de situaciones que no sean de origen humano..."²⁸

2. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Otro de los elementos del delito lo es la tipicidad (aspecto positivo). La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo. Elemento que se encuentra contenido en el artículo 2° del Código Penal vigente en esta entidad federativa. A este respecto la maestra Irma Amuchategui refiere que: "tipo es la descripción de un delito, o bien la abstracción plasmada en una ley de una figura delictiva."²⁹

²⁸ *Ibidem.* p. 63.

²⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 56.

Los principios generales de la tipicidad son los que constituyen una garantía de legalidad, mismos que son:

"Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley.

Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo.

Nulla poena sine tipo. No hay pena sin tipo.

Nulla poena sine crimen. No hay pena sin delito.

Nulla poena sine lege. No hay pena sin ley."³⁰

Existen diversos criterios respecto a la clasificación de los tipos, por lo que nos basaremos en la mencionada por la autora Irma G. Amuchategui en su obra, misma que es recogida de diversos autores y que se considera una de las más completas:

l) Por la conducta, es decir en cuanto a la forma en que actúa el sujeto activo, el tipo puede ser:

1) De acción, es decir cuando el sujeto activo incurre en una actividad o hacer, es decir cuando el comportamiento consiste en un hacer propiamente una actividad, por una serie de movimientos desplegados por el activo.

2) De omisión, es decir cuando la conducta se refiere a un no hacer, a su vez la omisión puede ser:

a) Omisión simple, consistente en no hacer, sin que se produzca un resultado material sino formal.

b) Comisión por omisión, de igual manera consiste en no hacer, pero tiene como resultado un daño o afectación directa al bien jurídico tutelado por la norma.

³⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 57.

II) Por el daño, que se refiere al tipo de afectación que se produce al bien jurídico tutelado, por la comisión del delito y este puede ser:

1) De daño o lesión, en el que se afecta el bien tutelado por la ley.

2) De peligro, en donde únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado y este a su vez puede ser:

a) Efectivo, que se refiere a que el riesgo de poner en peligro el bien jurídico tutelado es mayor o existe mayor probabilidad de causar afectación a dicho bien.

b) Presunto, es decir el riesgo de poner en peligro el bien jurídico es menor.

III) Por el resultado, misma que se refiere a la consecuencia derivada de la conducta desplegada por el sujeto activo, y esta puede ser.

1) Formal de acción o de mera conducta, en donde no se requiere que se produzca un resultado material para la integración del delito, ya que únicamente se requiere que el sujeto activo realice la acción u omisión para que el delito se actualice.

2) Material o de resultado, en el cual se requiere un resultado, de manera que la acción u omisión del sujeto activo debe ocasionar una alteración en el mundo.

IV) Por la intencionalidad, en esta clasificación, la intención que tiene el sujeto activo de realizar la conducta determina el grado de responsabilidad penal, es de carácter subjetivo ya que es interno del sujeto y este se clasifica en:

1) Doloso intencional, es decir cuando el sujeto activo despliega la conducta con la intención de realizarla, el sujeto tiene la voluntad de violar lo dispuesto por la ley, mismo que se encuentra contemplado en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

“Artículo 18. (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización...”

2) Culposo, imprudencial no intencional, en esta clasificación el delito se comete sin la voluntad de hacerlo, y el delito nace debido a la negligencia, falta de cuidado, imprevisión, imprudencia, etc., mismo que se encuentra contemplado en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

“Artículo 18. (Dolo y culpa)...Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”

V) Por su estructura, mismo que se refiere al tipo de afectación producida al bien jurídico tutelado por la ley, y esta puede ser:

1) Simple, cuando el delito que produce el sujeto activo a consecuencia de la conducta desplegada consta únicamente de una lesión.

2) Complejo, cuando el delito cometido consta de más de una afectación, y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad y que como consecuencia trae consigo el aumento de la penalidad.

VI) Por el número de sujetos, es decir respecto a la cantidad de sujetos activos que intervienen en la comisión de un delito, esta puede ser:

1) Unisubjetivo, el cual requiere para que se integre, un solo sujeto activo que intervenga en los hechos delictivos.

2) Plurisubjetivo, es decir para la integración se requiere la participación de dos o más sujetos en la comisión de la conducta prohibida por la norma.

VII) Por el número de actos, la cual depende del número de actos del hecho delictivo, y esta puede ser:

1) Unisubsistente, en donde para que se integre el delito se requiere de un solo acto por parte del sujeto activo.

2) Plurisubsistente, en que el delito es integrado por la concurrencia de varios actos; cada conducta por si sola de manera aislada, no constituye un delito.

VIII) Por su duración, que se refiere a la temporalidad desde el momento en que se despliega la conducta por parte del sujeto activo hasta que esta se consuma, este puede ser instantáneo, permanente o continuo y continuado.

1) Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, mismo que se encuentra contemplado en el artículo 17, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece:

"Artículo 17. (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;..."

2) Permanente o continuo, cuando se viola el mismo precepto legal y la consumación se prolonga en el tiempo, mismo que se encuentra contemplado en el artículo 17 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

"Artículo 17. (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

...

II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo;...”

3) Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal, mismo que se encuentra contemplado en el artículo 17, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

“Artículo 17. (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

...

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.”

IX) Por su procedibilidad o su perseguibilidad, misma que se refiere a la forma en que debe procederse contra el sujeto activo, y tal vez la que más interese en el presente, en virtud de que se refiere al requisito de procedibilidad respecto de los delitos, y esta puede ser:

1) De oficio, en estos delitos se requiere la presentación de una denuncia del hecho por parte de cualquier persona, que tenga conocimiento del delito. La autoridad inicia da inicio a la averiguación previa y procede en contra del probable responsable en cuanto se entere de la comisión de un hecho delictivo, de manera que no sólo el ofendido puede denunciar la comisión del delito, sino cualquier persona. Los delitos que se persiguen de oficio no procede el perdón por parte del ofendido.

2) De querrela, es decir el delito es persigue a petición de parte ofendida, por medio de la presentación de la querrela presentada por el pasivo o de su legítimo representante, en este caso procede el perdón del ofendido; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 263 indica qué

delitos son perseguibles por querrela o a petición de la parte ofendida, mencionando el hostigamiento sexual, estupro, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, difamación, calumnia y los demás que determine el Código Penal, es decir en el mismo artículo en donde se defina al delito o en otro numeral, se indicará cuando el delito se perseguirá por querrela; a diferencia de los delitos perseguibles de oficio en donde no tienen dicho señalamiento.

X) Por la materia, misma que se refiere al ámbito material de validez de la ley penal, y esta puede ser:

- 1) Común, el delito es legislado por las legislaturas locales.
- 2) Federal, el delito es legislado por el Congreso de la Unión.
- 3) Militar, afecta únicamente a los miembros del ejército nacional y por tanto se encuentra contemplado en la legislación militar.
- 4) Político, el cual afecta al Estado, en cuanto a su organización y representantes.
- 5) Contra el derecho internacional, afecta bienes jurídicos de Derecho Internacional, como piratería, violación de inmunidad y violación de neutralidad.

XI) Por el bien jurídicamente protegido, este es el criterio que contempla el Código Penal para el Distrito Federal, y se encuentra agrupado por el bien jurídicamente tutelado, así, existen delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, contra el patrimonio, contra la vida y la integridad corporal, contra la salud, etc.

XII) Por su ordenación metódica, según sus circunstancias, el delito puede ser:

- 1) Básico o fundamental, el cual es el tipo que sirve de base y del cual se derivan otros y que afectan el mismo bien jurídicamente tutelado.

2) Especial, el cual se deriva del tipo básico o fundamental, incluyendo otros elementos que le dan autonomía o vida propia al delito, además estos delitos pueden ser agravados o atenuados.

3) Complementado, el cual es un tipo básico o fundamental y el cual tiene otras circunstancias que modifican su penalidad agravándolo o atenuándolo, asimismo, estos delitos no tienen vida autónoma como el especial.

XIII) Por su composición, estos delitos tienen una descripción legal que hace referencia a sus elementos, mismos que pueden ser objetivos, subjetivos o normativos y en donde la misma ley señalará cuales son; de esta manera el delito es:

1) Normal, en donde la ley describe únicamente elementos objetivos.

2) Anormal, en donde el delito se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos.

XIV) Por su autonomía o dependencia, el delito puede ser que exista por sí solo o que dependa de otro, y este puede ser:

1) Autónomo, en donde el delito existe por sí.

2) Dependiente o subordinado, la existencia del delito depende de otro tipo.

XV) Por su formulación, en donde se refiere a la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito puede ser:

1) Casuístico, en donde el tipo presenta diversas hipótesis para que se integre el delito, y este puede ser:

a) Alternativo, cuando basta con que se presente una de las hipótesis señaladas por la ley.

b) Acumulativo, cuando para la integración del delito se requiere que se presenten todas las hipótesis contempladas en la ley.

2) Amplio, el tipo no requiere algún medio comisivo específico, pudiendo ser cualquiera.

XVI) Por la descripción de sus elementos, que se refiere a cómo el legislador realiza la descripción legal del tipo, de esta manera el delito puede ser:

1) Descriptivo, el cual describe detalladamente los elementos que debe contener el delito para su integración.

2) Normativo, en donde se hace referencia a lo antijurídico y la misma norma señala elementos para su integración como "sin derecho", "indebidamente", "sin justificación", etc. Implica lo contrario a derecho, y que se refiere básicamente a la conducta.

3) Subjetivo, el cual se refiere a la intención del sujeto activo de cometer el delito o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetivo, es un aspecto interno del sujeto, son ánimos, etc.³¹

Cabe hacer mención que el tipo penal se compone de tres elementos a saber: elementos objetivos, materiales o externos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos:

1) Elementos objetivos, materiales o externos, los cuales a su vez se dividen en:

a) Esenciales. Los cuales son la conducta, los sujetos, objetos, resultado y nexos, que en todos los delitos deben existir.

b) Accidentales. Que son los elementos comisivos de la conducta (que pueden ser las calificativas) y las circunstancias típicas de lugar tiempo, modo y ocasión.

2) Elementos normativos. Que son palabras que establece la ley susceptibles de valoración por quien aplica la ley, ya sea a través de una valoración jurídica o cultural.

³¹ *Ibidem.* p. 58-64.

3) Elementos subjetivos específicos. Los cuales son ánimos, propósitos, son elementos internos del sujeto, distintos del dolo y la culpa.

Aspecto negativo. "El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito."³²

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo.

De conformidad con el sistema penal mexicano y con base al principio de legalidad que rige a los elementos del cuerpo del delito, son los establecidos en los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respectivamente.

3. ANTIJURICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Aspecto positivo. El elemento antijuridicidad se encuentra contenido en el artículo 4° del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual es la contrariedad al derecho, es la violación a la norma jurídica. La autora Irma Amuchategui menciona en su obra al autor Camelutti, quien señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo" y "jurídico es lo que está conforme a derecho"³³

Aspecto negativo. Está constituido por las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla jurídica o lícita. Estas causas de justificación son la legítima defensa, estado de necesidad,

³² *Ibidem.* p. 64.

³³ *Ibidem.* p. 68.

ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y consentimiento del titular del bien jurídico.³⁴

El Código Penal para el Distrito Federal vigente, contempla en el capítulo V denominado CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO en su artículo 29 lo siguiente:

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;"

Por lo que hace a las causas de exclusión del delito, y en específico a la legítima defensa, el maestro Díaz de León, manifiesta que: "la legítima defensa propiamente es una autorización jurídica, un derecho y, por tanto, una causa de justificación."³⁵

La legítima defensa es causa de exclusión del delito contemplada en nuestra legislación, la cual debe estar acreditada con los requisitos que ella

³⁴ *Ibidem.* p. 69.

³⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. cit. p. 67.

misma establece, en donde el delito se excluye cuando se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Continúa el autor en mención explicando que: "Para la desaparición de la antijuridicidad de la conducta incriminada, esta fracción señala que la agresión originante de la legítima defensa debe ser real, actual o inminente, y sin derecho. Respecto de lo primero, tal requisito implica que el orden jurídico no tutela la defensa privada contra agresiones supuestas, hipotéticas, remotas o poco probables, pues, para estos casos irreales pueden existir otras formas de protección legal. En cuanto a lo segundo, o sea el elemento de la actualidad o inminencia alude a que la ofensa productora del mal debe ya estar en desarrollo en el momento de producirse la defensa, o bien debe estar ya en tal forma en inicio de su curso que no permita duda de su realización inmediata de un momento a otro; por ello, para esta última hipótesis (inminencia), en lugar de agresión, más correcto hubiera sido establecer el peligro de que se produjera la misma, en tanto la inminencia, si bien se circunscribe a evidentes ofensas actuales, sólo es dable en la impedición de males futuros. Por cuanto a lo último, o sea sin derecho, se entiende, la víctima no tiene un deber de soportar agresiones ilegales, es decir, estas habrán de ser carentes de derecho y de motivo justificado."³⁶

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;"

³⁶ *Ibidem*, pp. 67-68.

En cuanto al estado de necesidad, el autor Díaz de León manifiesta que: "es una causa de justificación en la cual un sujeto, por la situación en que se halla en un determinado momento, requiere como medio necesario, para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios o ajenos, lesionar un bien jurídico extraño, estimándose, que el bien que se salva debe ser de mayor valor que el que se sacrifica, excepto en el supuesto en el cual la colisión de bienes, ambos se refieran a la salud o la vida, en cuyos casos, aunque sean de igual importancia, se justifica a sacrificar el ajeno."³⁷

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;"

Otra de las causas de justificación es el consentimiento del titular del bien jurídico y al respecto el Código Penal para el Distrito Federal vigente en su artículo 29, establece lo siguiente:

"Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

³⁷ *Ibidem.* p. 69.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento."

El aspecto negativo de la antijuricidad es también esta causa de justificación, el consentimiento del titular del bien jurídico, el cual el legislador consideró para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada por el sujeto activo, al considerarla lícita, siempre y cuando se cumplan con los requisitos por dicho numeral.

4. CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Aspecto positivo. Dicho elemento del delito se encuentra contemplado en el artículo 5° del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual establece que: "No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente." El artículo 18 del Código Penal vigente para el Distrito Federal prevé dos posibilidades de reproche: dolo y culpa (la preterintención subsiste en algunas legislaciones locales).

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho. Los elementos del dolo son el ético o intelectual que consiste en saber que se infringe una norma y el elemento volitivo o emocional que es la voluntad por parte del sujeto activo de realizar la conducta o del resultado. De igual manera el dolo puede ser directo en el cual el sujeto activo tiene la intención o voluntad de causar un daño determinado y lo hace, existiendo identidad entre la intención y el resultado típico; indirecto o eventual en donde el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que se dañen otros bienes jurídicos; por su intensidad el dolo puede ser genérico en donde la intención de causar un daño o afectación, la voluntad consciente encaminada a producir el delito; específico que es la

intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba; indeterminado, el cual consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.³⁸

La culpa es la segunda forma de culpabilidad y se presenta cuando se produce un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona sólo por imprudencia o falta de cuidado o precaución. Los elementos de la culpa son la conducta (acción u omisión), la carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes, el resultado previsible y evitable, la tipificación del resultado y el nexo o relación de causalidad. Existen diversas clases de culpa entre las que se encuentran: la culpa consciente, con previsión o con representación, la cual consiste en que el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá. La inconsciente, sin previsión o sin representación, la cual consiste en que el agente no prevé el resultado típico, realizando la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable; esta culpa puede ser lata en donde hay mayor posibilidad de prever el daño, leve en la cual existe menor posibilidad que en la anterior, levísima en donde la posibilidad de prever el daño es menor que en las dos anteriores.³⁹

Cabe hacer mención que antes de las reformas del 10 de enero de 1994, se encontraba regulada la preterintención la cual consistía en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado.

Aspecto negativo. Es la inculpabilidad, la cual es definida por Amuchategui como: "...la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una

³⁸ *Ibidem*. p. 86.

³⁹ *Ibidem*. p. 87.

relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.”⁴⁰

En términos generales, Octavio Alberto Orellana Wiarco señala que las causas genéricas que excluyen la culpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta y explica: “El error, concepción equivocada de la realidad se clasifica en error de hecho y error de derecho.

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.”⁴¹

Por tanto el error como causa de inculpabilidad o como elemento negativo de la culpabilidad, es una de las causas que impide integrar la misma.

El mismo autor explica que: “El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, o se presenta el error como causa de inculpabilidad.”⁴²

⁴⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Ob. cit. p. 89.

⁴¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob. cit. p. 67.

⁴² *Ibidem*. p. 68.

Este error o causa de inculpabilidad se presenta cuando la persona tiene una concepción equivocada de la realidad y en consecuencia es una causa que impide integrar la culpabilidad.

Asimismo en el estudio del error de hecho esencial invencible, los autores señalan que existen los estados o eximentes putativas, las cuales son: la defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el ejercicio de un derecho putativo o el cumplimiento de un deber putativo.

En estas eximentes putativas las personas por errores de hecho, realiza actos en los que cree que se encuentran amparados por justificantes, apoyados en un error de hecho esencial e invencible.

El autor en comento señala respecto al error de hecho esencial vencible que: "...es aquél en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equivoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa."⁴³

En este tipo de error esencial vencible el sujeto no toma las debidas precauciones al desplegar la conducta y en consecuencia no se evita el resultado, encontrándonos en una conducta culposa.

Y continua explicando: "El error de hecho accidental en el golpe radica en que el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas, etc., que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable, a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica. Los casos de error de hecho accidental se agrupan en error en el golpe y error en la personas.

El error de hecho accidental en el golpe radica en que el sujeto se propone un resultado delictivo en contra de un bien jurídico tutelado, pero su acción, por

⁴³ *Ibidem.* p. 69.

su error daña precisamente el bien jurídico tutelado que quería, si bien en una persona o cosa distinta. Tal conducta es punible totalmente, pues es irrelevante que quiera dañar a una persona y dañe a otra si resulta dañado el bien jurídico tutelado.”⁴⁴

En este tipo de error de hecho accidental en el golpe el sujeto al realizar la conducta tiene la voluntad de causar un daño al bien jurídico tutelado, aun cuando se cause un mal a otro objeto material distinto del que originalmente se quería y por tanto la conducta será punible.

Por otra parte el error de hecho accidental en la persona, radica en que la conducta desplegada por el activo es a título de dolo aun cuando el bien jurídico tutelado que resulte dañado sea diferente al que se quería lesionar.

Por lo que se refiere a la no exigibilidad de otra conducta, se refiere “cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc., de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.”⁴⁵

5. IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Continuando con los elementos del delito, la imputabilidad es el aspecto positivo. Irma Amuchategui define la imputabilidad como: “Es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.”⁴⁶

⁴⁴ *Ibidem.* p. 70.

⁴⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 92.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 81.

La imputabilidad es en consecuencia la capacidad que tiene el sujeto activo del delito de querer y entender sobre su actuar. Los imputables serán aquellas personas que cuentan con salud mental para comprender el carácter ilícito del hecho y que sean mayores de edad, mismas que son aptas para cometer un delito, esta mayoría de edad en el ámbito penal en el Distrito Federal, se encuentra establecida en el artículo 12 del Código Penal para dicha entidad, así como en el artículo 6 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal al establecer que el Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1o. de la Ley.

Aspecto negativo. Es la inimputabilidad "la cual consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal."⁴⁷

Estas causas de inimputabilidad son el trastorno mental, el desarrollo intelectual retardado, el miedo grave y la minoría de edad.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente, contempla en el capítulo V denominado CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, en su artículo 29, lo siguiente:

"ARTICULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación..."

⁴⁷ *Ibidem*, p. 81-82.

El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión

El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave.

Los menores de edad carecen de madurez y por lo tanto, capacidad para entender y querer, por lo tanto el menor de edad no comete delitos sino infracciones, así la minoría de edad estará determinada conforme a la legislación aplicable a cada entidad federativa y en el Distrito Federal la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, tal y como se señaló con anterioridad.⁴⁸

6. PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Aspecto positivo. Para Irma Amuchategui la punibilidad es: "...la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma."⁴⁹

Es propiamente la amenaza de pena que cada tipo penal contempla para el caso de que el precepto legal sea infringido.

Aspecto negativo. Existen casos en México, que presenta conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero por disposición legal no es punible. Estas excusas absolutorias son causas por las cuales el sujeto activo no es sancionado.

A este respecto, Francisco Muñoz Conde refiere: "La penalidad puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado convenientemente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem.* p. 94.

del autor y que, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito.⁵⁰

De esta manera estas excusas absolutorias, son causas por las cuales, aunque el sujeto activo incurra en una conducta típica, antijurídica y culpable no será sancionado.

7. CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Algunos autores niegan que se trate de un verdadero elemento del delito. Estas condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que condicionan la aplicación de la pena. A veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, cuestiones prejudiciales, etc.

Respecto a este punto, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, refieren que: "Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ella el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él."⁵¹

Por tanto estas condiciones objetivas de punibilidad, condicionan en algún delito la imposición de una pena.

Además, el mismo autor señala que: "De ellas se distinguen las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad que condicionan, no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. cit. p. 419.

⁵¹ *Idem.*

procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de penalidad.”⁵²

Así estas condiciones de procedibilidad o perseguibilidad a las que hace referencia el autor en comento, condicionan la persecución procesal del delito.

La ausencia de condicionalidad objetiva, es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, la carencia de ellas impide que se imponga una pena al sujeto activo del delito.

1.2 ANTECEDENTES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

Los delitos que atentan contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual del hombre, existen desde la época primitiva, cuando el hombre era nómada y se agrupaba con otros individuos, se reproducían unos con otros, sin desarrollar ningún valor respecto de las relaciones sexuales. Cuando el hombre se vuelve sedentario, la mujer se encarga de las labores del hogar, convirtiéndose en la responsable de la regulación económica dentro de ese grupo de individuos.

El autor Alberto González Blanco, refiere que: “La evolución sociológica del delito sexual, estuvo condicionada:

- a). A la forma social existente en un momento histórico determinado; y
- b). A la valoración que merecieron los dos intereses fundamentales; la libertad y el pudor.

En la época del hetairismo; en la cual el ejercicio de la función sexual se condicionaba a ciclos de periodicidad, las parejas humanas satisfacían lógicamente sus exigencias genésicas, de manera transitoria y violenta...cuando en una época posterior de la evolución humana, pero sin que la organización hórdica se hubiere transformado en la totémica, desapareció la periodicidad

⁵² *idem.*

sexual, siendo sustituida por la libido, surgió el primer objeto de valoración, es decir, la libertad sexual y con él, el primer delito sexual, conocido, la violación cuando el hombre en los albores de la humanidad agrediera genésicamente a la mujer...⁵³

En la época precortesiana la libertad sexual difería en cada uno de los pueblos que habitaban el territorio, por ejemplo el pueblo maya efectuaba una ceremonia a la que denominaban "captzihil" en la cual señalaban que se iniciaba la vida sexual de los jóvenes.

Todos los pueblos eran severos al castigar algún delito de carácter sexual, en virtud de que consideraban a la sexualidad como un don que les otorgaban los dioses y en consecuencia se trataba de algo sagrado para ellos.

A continuación se referirán algunos aspectos relacionados con el delito de abuso sexual, abuso deshonesto o atentados al pudor, como anteriormente se denominaba y que se encontraba regulado en los diversos Códigos Penales a partir del vigente en el año 1871 hasta llegar al que nos rige en la actualidad, en donde brevemente se describirán algunos conceptos, penas aplicables, formas de comisión entre otras cuestiones, a efecto de ver las características que han cambiado con el transcurso del tiempo.

1.2.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

Este Código era aplicable en el Distrito Federal y territorio de la Baja California, sobre los delitos de fuero común, y para toda la República sobre los delitos contra la Federación y se incluía un título sexto denominado "delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", el cual en su capítulo III, se comprendían los atentados al pudor, estupro y violación.

⁵³ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*. 4ª ed., Porrúa, México, 1979. p. 44-45.

Respecto al delito de atentados contra el pudor, contemplado en este Código Penal, puede decirse que es el antecedente legislativo del actual delito de abuso sexual, ya que el artículo 789 del Código de 1871, lo definía como: "Se da el nombre de atentado contra el pudor: a todo acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo."⁵⁴

Asimismo, el artículo 791 del mismo Código Penal, señalaba como situación agravante que el delito de atentado al pudor hubiera sido cometido con violencia física o moral, aumentando su pena con prisión de dos años y multa de cincuenta a quinientos pesos, si el ofendido era mayor de catorce años, pero si no llegaba a esta edad, la pena era de tres años y multa de setenta a setecientos pesos. El artículo 790 del Código Penal en mención establecía que el atentado contra el pudor ejecutado sin violencia física ni moral, se castigaba con multa de primera clase, con arresto menor o con ambas penas, a juicio del juez según las circunstancias, si el ofendido fuere mayor de catorce años. Contemplando en el artículo 792 que el delito de atentado al pudor se entendía como delito consumado. De lo anterior se desprende que en el delito de atentados al pudor, se trataba de la ejecución de actos impúdicos o actos sexuales, ejecutados en una persona sin su consentimiento y que además si el delito se cometiera a través de la violencia, ya sea física o moral se aumenta la pena por ser un delito que pudiera llamarse agravado.⁵⁵

1.2.2 CÓDIGO PENAL DE 1929.

Este Código incluía un título decimotercero denominado "de los delitos contra la libertad sexual", el cual abarcaba al delito de atentados al pudor, estupro y violación y se les contemplaba en el Capítulo I.

⁵⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo II, 2ª ed., Porrúa, México, 1996. p. 87.

⁵⁵ *Idem*.

Por lo que hace al delito de atentados al pudor, el artículo 851 lo definía como: "Se da el nombre de atentados al pudor: a todo acto erótico sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecute en una persona púber sin su consentimiento, o en una impúber, aún con el consentimiento de ésta."⁵⁶

En dicho ordenamiento legal, también se contemplaba el atentado al pudor ejecutado con violencia física o moral, el cual era sancionado hasta con tres años de prisión y multa de cincuenta a sesenta días de utilidad, y además si el ofendido no llegaba aún a la pubertad, la prisión era de hasta cuatro años y multa de sesenta a setenta días de utilidad. Y si el delito se ejecutaba sin violencia, el cual se sancionaba con multa de diez a veinte días de utilidad, con arresto de hasta seis meses o con ambas sanciones a juicio del juez según las circunstancias, asimismo, cuando se ejecutaba el delito en una impúber, se sancionaba con multa de veinte a cincuenta días de utilidad y arresto no menor de seis meses. De igual manera, el artículo 854 de este Código Penal, se sancionaba cuando el delito se hubiere consumado.⁵⁷

Entre los Códigos de 1871 y el de 1929 respecto al delito de atentados al pudor, cabe hacer mención algunas modificaciones o circunstancias, entre las que se encuentran:

- a) En el primero se hablaba del término acto impúdico y en el de 1929 se habla de acto sexual.
- b) Los dos códigos se refieren al elemento sin llegar a la cópula carnal.
- c) De igual manera, en los dos códigos se establece el elemento sin consentimiento.
- d) En el Código de 1929 se hace la especificación de persona púber o impúber y de que se da el delito aún cuando en tratándose de una persona

⁵⁶ *Ibidem.* p. 88.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 120.

impúber, ésta diera su consentimiento; y por lo que hace al Código de 1871 no se hacía la referencia respecto a la edad del sujeto pasivo, sino que se contemplaba de manera genérica que fuera una persona de cualquier sexo.

1.2.3 CÓDIGO PENAL DE 1931.

Este Código publicado en el Diario Oficial en 1931, incluía en su redacción original, un título decimoquinto denominado "delitos sexuales", el cual en el capítulo I comprendía al delito de atentados al pudor, estupro y violación, señalando en su artículo 260 como atentado al pudor al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecutaba en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, sancionándose con tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos; y si el delito se cometía con violencia física o moral, la pena era de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a un mil pesos.

De la misma manera que los Códigos Penales anteriores, el artículo 261 contemplaba que el atentado contra el pudor solamente se castigaba cuando se hubiera consumado.⁵⁸

Una de las diferencias que se encuentran dentro de este Código Penal, es que ya no se contempla en un artículo el delito de atentado al pudor cometido con violencia tanto física como moral y en otro artículo el ejecutado sin ésta, previéndolo en uno solo con ambas hipótesis, especificando únicamente la agravante de la pena para el caso de que se realizara con violencia.

El presidente de la República Carlos Salinas de Gortari, durante su periodo como gobernante, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa de decreto de reforma y adición a diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la

⁵⁸ *Diario Oficial de la Federación*. 28 de enero de 1931.

República en materia del fuero federal, y de manera particular, respecto al delito de atentados al pudor, en virtud de que la sociedad repudia la conducta de los que atentan contra la libertad sexual. Con dicha reforma se incrementa la pena de prisión y se establece una alternativa de ella, que es el trabajo a favor de la comunidad.

Asimismo, se plantea una nueva redacción al texto del artículo 261, en virtud de que en tratándose de este delito no puede darse la tentativa, dada la naturaleza del mismo. Así el nuevo texto propone una pena mayor para dicho ilícito, en tratándose de cuando el sujeto pasivo sea una persona menor de doce años o que por cualquier causa no pueda resistirlo, en virtud de que en estos casos la conducta es más grave.

Consideramos que respecto a los delitos sexuales, en virtud de la naturaleza de los mismos, deben causar a la víctima del delito un daño moral, psicológico, emocional, etc., e indignación tal, que posiblemente sea conveniente aumentar dichas penas, y asimismo, que se deba tomar en cuenta la minoría de edad o la incapacidad de resistencia de la víctima, aunque no siempre la elevación de las penas traerán consigo la disminución de los índices delictivos, en virtud de que es necesario la elaboración de una política de programas de prevención del delito.

De esta manera el 3 de enero de 1989 se publica en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, entrando en vigor el día 1° de febrero de 1989; en lo concerniente al delito que nos ocupa quedó como a continuación se transcribe: "Artículo 260. Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo a favor de la comunidad.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión.”

Asimismo, el nuevo texto del artículo 261 que antes contemplaba que el delito de atentados al pudor, sólo se castigaba cuando se hubiera consumado, plantea una pena mayor para el delito de atentado al pudor cuando el sujeto pasivo sea menor de doce años o que por cualquier causa no pueda resistirlo, quedando de la siguiente manera: “Artículo 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad o en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de veinte a ochenta días de trabajo a favor de la comunidad.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión.”⁵⁹

1.2.4 REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1991.

Por lo que hace a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de enero de 1991, mismas que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, respecto al delito de atentados al pudor contemplado en el artículo 260, sufrió el cambio de nombre, denominándose abuso sexual, asimismo, la sanción aumenta, en virtud de que antes de dichas reformas la pena de prisión era de quince días a un año y de diez a cuarenta días de trabajo a favor de la comunidad; y de estas reformas la pena aumenta a tres meses como mínimo a dos años de prisión, contemplando que si el delito se cometía a través de la violencia (física y moral) se aumentará la pena hasta en una mitad en el mínimo y el máximo.

⁵⁹ *Diario Oficial de la Federación*. 3 de enero de 1989.

Por lo que hace al título decimoquinto del Código en comento, cambia de denominación de igual forma para quedar de la siguiente manera:

"TÍTULO DECIMOQUINTO

Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual

CAPÍTULO I

Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación"

Esta variación de nombre al título decimoquinto, obedeció a que antes de estas reformas se utilizaba la denominación "delitos sexuales", que no corresponden adecuadamente a los bienes jurídicamente protegidos en este capítulo, en virtud de que la persona que los realiza no busca únicamente satisfacer una necesidad de carácter sexual y no sólo se afecta con estos hechos a la víctima respecto a su sexualidad, sino que la humilla y denigra, causándole como consecuencia daños psicosexuales y en ocasiones con efectos irreversibles.

Respecto al artículo 261 del Código Penal, se establece una nueva hipótesis estableciendo: "Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión."⁶⁰

Asimismo, el 30 de diciembre de 1997 se publica en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero

⁶⁰ *Diario Oficial de la Federación*. 21 de enero de 1991.

común y para toda la República en materia de fuero federal, entrando en vigor 30 días después de su publicación; en lo concerniente al delito que nos ocupa quedó como a continuación se transcribe: "Artículo 260. Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión..."

"Artículo 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá una pena de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."⁶¹

Estas reformas propusieron agravar la penalidad en función del daño social y personal que origina la comisión de dicha conducta ilícita, aunque como se mencionó anteriormente, el hecho de aumentar la penalidad en los delitos, esto no quiere decir que el índice de criminalidad disminuye, sino que se requieren de políticas de prevención del delito y para el caso de que el sujeto activo haya sido procesado se requiere de planes que readapten socialmente al individuo y no que únicamente se les encierre a efecto de cumplir con una pena sin cumplir con el objetivo de la misma que lo es el de la readaptación.

1.2.5 REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1999.

Es importante señalar, que el día 17 de septiembre de 1999 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en

⁶¹ *Diario Oficial de la Federación*. 30 de diciembre de 1997.

materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, mediante el cual se establece lo siguiente:

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refiere el decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará Código Penal para el Distrito Federal. Asimismo, dicho decreto, entró en vigor el 1° de octubre de 1999.

Respecto al delito que nos ocupa se encuentra previsto de la siguiente manera: "Artículo 260. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, se le impondrá pena de uno a cuatro años de prisión

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."

"Artículo 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrán de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."⁶²

De lo anterior se desprende que a partir de esta última reforma, el delito en estudio tuvo varias modificaciones, en virtud de que se adicionó una nueva

⁶² *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. 17 de septiembre de 1999.

hipótesis que es la de que el sujeto activo obligue a observar dicho acto sexual, así como el incremento de la pena de prisión contemplada en el artículo 260 que era de seis meses a cuatro años de prisión aumenta a dos años como mínimo y cinco como máximo; asimismo en el artículo 261 se adiciona la hipótesis de que el sujeto activo obligue a observar dicho acto sexual al o a la menor de doce años de edad o a la persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

1.2.6 REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 2002.

Cabe hacer mención que el 16 de julio de 2002, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que entra en vigor a los 120 días de su publicación en dicho documento, mismo que abroga el Código Penal de 1931. Este Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se estructura de 2 libros, con 32 títulos, que contienen uno o varios capítulos que sumándolos dan un resultado de 147 capítulos y 365 artículos, Código que en las consideraciones de los diversos partidos políticos que intervinieron en la iniciativa coinciden en señalar que el incremento desmedido de la delincuencia con las nuevas formas que ésta ha ido adquiriendo, ha determinado que los ordenamientos jurídicos se han quedado rezagados, por lo cual era necesario crear un ordenamiento acorde a los tiempos en que vivimos, con la inclusión de nuevos delitos, medidas de seguridad, criterios político-criminales para la individualización de las penas, las cuales han sido disminuidas en algunos delitos que a criterio de ellos eran "ridículas" por ser sumamente elevadas y aumentadas en algunos otros. Aunque en nuestra opinión consideramos que la disminución o aumento en las penas no disminuye o aumenta el grado de criminalidad que vivimos hoy en día, en virtud de que lo que se necesita es que las autoridades creen programas de prevención del delito, además de tratar otros aspectos económicos, culturales, sociales, etc. que son la causa principal del incremento desmedido en los índices delictivos.

Respecto al tema que nos ocupa, en el libro segundo (parte especial), título quinto, de los Delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, capítulo II, se encuentra contemplado el delito de Abuso Sexual, el cual en el artículo 176 del Nuevo Código Penal en comento establece lo siguiente: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia."

En atención a lo anterior, se desprende que en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, el delito en estudio sufrió varias modificaciones, en virtud de lo siguiente:

a) Incrementó la pena de prisión contemplada en el artículo 260 que era de uno a cuatro años de prisión y en el Nuevo Código aumenta la pena máxima a seis años.

b) Asimismo, en tratándose de cuando se haga el uso de la violencia ya sea física o moral, el artículo 260 del Código vigente hasta el mes de noviembre de 2002 establece que el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad, a diferencia del Código Penal vigente que establece que la pena prevista se aumentará en una mitad, es decir ahora se establece una pena "fija" de aumentarla por mitad y no quedará a criterio del juez de aumentarla hasta en una mitad.

c) En este Código Penal, se incluye un nuevo párrafo en lo relativo al requisito de procedibilidad, es decir se establece que el delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia, es decir que dicho delito se perseguirá de oficio.

d) De igual manera en el Código Penal del Distrito Federal vigente se incluyen más fracciones o calificativas que contemplaba el artículo 266-bis para quedar como sigue:

“Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;

III. Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada;

V. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o

VI. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario.”

Se aprecian las diversas modificaciones entre las que se encuentran:

a) En el ordenamiento vigente se establece una sanción especial de dos terceras partes cuando fuere cometido el delito bajo las circunstancias enlistadas en el artículo 178.

b) Asimismo se incluye que la pena se aumentará cuando lo cometa la madrastra contra su hijastro, éste contra la madrastra o padrastro, amasio de la

madre o amasia del padre, además de que perderán los derechos sucesorios con respecto al ofendido.

c) De igual manera, fue incluida la fracción V que se refiere básicamente, a que el delito fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público y la fracción VI que establece que el delito fuere cometido en despoblado o lugar solitario.

Haciendo especial mención, respecto a estas dos últimas fracciones, en virtud de que el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges, pudiera ocurrir estando la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público o cometerse en un lugar despoblado o lugar solitario, y para lo cual la pena de prisión deberá de aumentarse en dos terceras partes.

De lo anteriormente manifestado se puede apreciar que en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, no se incluyó o trató en el delito de abuso sexual, lo relativo al requisito de procedibilidad en tratándose de cónyuges o concubinos, aunque si se modificó en tratándose de cuando el delito se cometa a través de la violencia en cuyo caso el requisito de procedibilidad será la denuncia, es decir el delito se perseguirá de oficio.⁶³

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

Respecto a la naturaleza jurídica del delito de abuso sexual, cabe hacer mención, que consiste en que sin el consentimiento de la persona y sin el propósito de llegar a la cópula, el activo ejecute un acto sexual, obligue a observarlo o hacerla ejecutar dicho acto, tal y como lo establece el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

⁶³ *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. 16 de julio de 2002.

Asimismo, el bien jurídicamente tutelado es la libertad sexual, tal y como se explicará más adelante, ya que en efecto es sobre este bien en el que se proyecta la tutela penal creada por el legislador mediante la amenaza de una sanción.

Al respecto, el maestro Marco Antonio Díaz de León dice que ejecutar un acto sexual, significa: "...realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe efectuar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o acariciar con sentido lascivo, alguna parte del cuerpo de la persona ofendida, como por ejemplo en una mujer el pubis, los senos, los glúteos, o cualquiera otra parte de contenido sexual de su físico, faltando el consentimiento de ésta. Por tanto, no existirá el elemento normativo de la ejecución material del acto sexual, si el activo sólo pronuncia palabras obscenas, deshonestas o de invitación a realizar un acto sexual, o bien si se limita a ver el cuerpo del pasivo sin su consentimiento, y sin obstar, vamos a suponer, la desnudez de éste si así le hubiera sorprendido aquel; tampoco existirá dicho elemento del tipo si los tocamientos los efectúa el agente en su propio cuerpo, v.gr. en su pene, sin importar que los mostrare a la ofendida sin el consentimiento de ésta. Por otro lado...sin el propósito de llegar a la cópula, si bien puede interpretarse como impulsar o compeler a aquélla, obviamente sin su voluntad, un acto erótico (lo cual podría darse en la objetividad en el supuesto de que el agente impusiera sin uso de fuerza una acción lasciva a la ofendida), tal conducta en la realidad se enfoca también y acaso con mayor lógica respecto de hipótesis donde se hace uso de la violencia física o moral..."⁶⁴

De lo anterior, se puede decir que, ejecutar un acto sexual tal y como lo define el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, como uno de los elementos necesarios para que se actualice el delito de abuso sexual, consiste en una acción ejecutada por el activo, entendida esta como toda aquella

⁶⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código penal federal con comentarios*. 3ª ed., Porrúa, México, 1998. p. 477.

acción corporal de aproximación o tocamiento, con el contenido lúdico, realizada en la persona de la pasivo y de que si la acción consiste en decir palabras obscenas, ver su cuerpo o realizar tocamientos en el propio cuerpo del sujeto activo, no constituye el delito en comento sino tal vez otro.

Asimismo, el elemento "sin el propósito de llegar a la cópula", elemento normativo que consiste en que el sujeto activo no tenga el ánimo de llegar a la cópula, entendiéndose por esta la introducción del pene o de cualquier instrumento en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal, según la interpretación que de tal concepto hace el artículo 174 del Código Penal vigente.

Por lo que hace al elemento "a través de la violencia", es un elemento subjetivo, pues existe el ánimo de ejercitar cualquiera de las formas de violencia y física o moral por parte del activo, a fin de que el pasivo no oponga resistencia, con lo que se refiere a un elemento subjetivo diverso al dolo.

El autor Francisco González de la Vega al mencionar el delito de atentados al pudor, refiere: "El análisis del precepto total muestra los siguientes elementos constitutivos: I. Ejecución en la víctima de un acto erótico-sexual distinto al ayuntamiento; II. Ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula; III. Que dicho acto se efectúe: a) sin el consentimiento de persona púber, o b) con o sin consentimiento de persona impúber. A estos requisitos derivados de la redacción literal de la ley debe agregarse como elemento psicológico específico: IV. El ánimo de lubricidad."⁶⁵

⁶⁵ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho penal mexicano*. 21ª ed., Porrúa, México, 1986. pp. 337-338.

De igual manera, de lo anteriormente transcrito, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se infiere que en el delito de atentados al pudor (actualmente llamado abuso sexual), se tienen varios elementos:

- a) Actos sexuales u,
- b) Obligación de observar al sujeto activo o,
- c) Ejecución de actos sexuales.
- d) Sin el propósito de llegar a la cópula.
- e) Sin el consentimiento del sujeto pasivo.
- f) Que esos actos sexuales, tengan ánimo libidinoso.

Elementos sin los cuales no se configura a plenitud el delito de abuso sexual, y por tanto el juzgador tienen la facultad expresa de dictar la libertad por falta de elementos para procesar o negar la orden solicitada por el Ministerio Público y esta última autoridad en su caso determinar el no ejercicio de la acción penal en contra del sujeto activo.

CAPÍTULO II

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

En el presente capítulo se realizará un estudio dogmático del delito y en específico del delito materia del presente, es decir del delito de abuso sexual, abordando temas de:

- a) Noción legal.
- b) Clasificación del delito.
- c) Conducta y su ausencia.
- d) Tipicidad y atipicidad.
- e) Antijuridicidad, causas de justificación.
- f) Culpabilidad e inculpabilidad.
- g) Imputabilidad e inimputabilidad.
- h) Punibilidad y excusas absolutorias.
- i) Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.
- j) Consumación y tentativa.
- k) Concurso de delitos.
- l) Procedibilidad.

Y de manera particular se tratarán los mismos elementos pero aplicados al delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, por ser el tema principal de la presente investigación.

2.1 NOCIÓN LEGAL.

A fin de dar una definición legal de lo que es el delito de abuso sexual debe tomarse en consideración lo establecido en el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 176. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia.”

Según la definición que el Código Penal establece, el delito de abuso sexual se comete por aquella persona que sin el consentimiento del sujeto pasivo, sin intención de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, es decir el delito requiere la existencia de varios elementos, ya que no debe mediar la voluntad de la víctima del delito, de lo contrario no se estaría en presencia del delito de abuso sexual, asimismo que esa intención de los actos no sean de llegar a la cópula, entendida esta como la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal, tal y como lo refiere el artículo 174 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, al establecer:

“Artículo 174...

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal...”

Cabe hacer mención que algunos autores entre los que se encuentra Adrián Marcelo Tenca refieren que el delito de abuso sexual o abuso deshonesto como en algunas legislaciones se denomina, consiste en realizar tocamientos sobre el sujeto pasivo, o hacerse tocar por dicho sujeto, pero que cuando el agente del delito realiza actos sobre su propio cuerpo y obliga a la víctima a observarlo no se configura dicho ilícito en virtud de que podría ubicarse en otro tipo penal como el de corrupción o privación ilegal de la libertad agravada, opinión que es de tomarse en consideración en virtud de que con ella se puede conocer un poco sobre como es considerado el delito a estudio en otros países, doctrinario que menciona:

“Es conteste la doctrina en señalar que comete abuso deshonesto tanto aquél que realiza tocamientos sobre la víctima, como quien se hace tocar por la víctima (la obliga a tocar partes pudendas) o la obliga a realizar tocamientos a un tercero. También la opinión es unánime en cuanto a que no hay abuso deshonesto en los casos en los cuales el autor realiza actos impúdicos sobre su propio cuerpo y obliga a la víctima a contemplarlo, con independencia de que pueda constituir el delito de corrupción o privación de la libertad agravada.”⁶⁶

Situación que según la definición legal que establece el Código Penal de esta Ciudad, es diferente de lo señalado por dicho autor, en virtud de que nuestra legislación sí contempla como delito de abuso sexual el que obligue a observar dicho acto sexual, opinión de dicho autor que se toma en consideración, en virtud de que como se mencionó, se puede dar un panorama de lo que es el delito de abuso sexual en otras legislaciones, además que como doctrinario es de considerarse tal criterio.

Asimismo, hay quienes refieren que el delito de abuso sexual se da mediante la mera aproximación corporal sobre el cuerpo de la víctima, situación que en nuestra legislación no se encuentra regulada dicha conducta, ya que el mismo autor Adrián Marcelo Tenca menciona que:

“Tanto Soler como Creus entienden que el abuso sexual puede consumarse mediante “aproximación” corporal sobre la víctima. Tal posición no resulta fácil de interpretar, pues como se señaló, el delito requiere de “tocamiento”, con los alcances expresados en el párrafo anterior. En la misma línea parece suscribirse LAJE ANAYA, quien sostiene que si una señorita que camina por la calle es encañonada y obligada a quitarse los pantalones mientras que el autor la mira con la finalidad de excitarse sexualmente, ha sido víctima de abuso deshonesto. Tal interpretación merece la misma crítica realizada a los autores mencionados. No hay abuso deshonesto por la sola contemplación de actos obscenos, pues la punibilidad de este delito excede la lesión de la moralidad de la víctima. Es la

⁶⁶ MARCELO TENCA, Adrián. *Delitos sexuales*. Astrea, Buenos Aires, 2001. pp. 19-20.

existencia de contactos corporales y la sola presencia no basta. Se excluyen, en consecuencia, el abuso deshonesto de palabras –como las palabras obscenas o piropos seductores dirigidos a una persona-, lo que los prácticos llamaban *appellatio*, y el masturbarse o desnudarse en presencia de otros, con independencia de los delitos que pudieran cometerse mediante estas acciones, como por ejemplo, el de exhibiciones obscenas, si se dieran los requisitos exigidos por este tipo penal.⁶⁷

Consideramos conveniente definir qué significa la palabra abuso, y de esta manera Marco Antonio Díaz de León, establece:

“Abuso. Dícese del uso desmedido de un poder, de una facultad, de una situación, de un derecho, más allá de lo que es razonablemente necesario, lícito, o con teleología diferente de la buscada por la ley.”⁶⁸

Este abuso aplicado al presente estudio debe estar encaminado a un abuso de carácter sexual en donde ejecuten actos, se obliguen a observarlos o se hagan ejecutarlos sin el consentimiento del pasivo del delito.

En virtud de que el presente trabajo se refiere al delito de abuso sexual cometido entre cónyuges, se considera necesario definir lo que es un cónyuge, y para ello el maestro Marco Antonio Díaz de León lo define como: “sinónimo de esposo o esposa”⁶⁹. Asimismo a la concubina la define como: “Mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido. Ambos son libres y por tanto pueden contraer matrimonio legítimo. En un sentido más amplio, concubina es

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de derecho procesal penal*. Tomo 1, 4ª ed., Porrúa, México, 2000. p. 27.

⁶⁹ *Ibidem.* p. 523.

toda mujer que hace vida marital con un hombre que no es su marido, cualquiera que sea el estado de ambos.”⁷⁰

De igual manera, el mismo autor define al concubinato como: “Relación sexual prolongada, entre dos personas de diferente sexo, que no están unidas por el vínculo matrimonial. En ocasiones, llega a tener la apariencia del matrimonio, dado que quienes tienen este vínculo viven con frecuencia en la misma casa, tienen hijos y se presentan ante la sociedad como verdaderos cónyuges.”⁷¹

Respecto al abuso deshonesto, como anteriormente se le denominaba al delito de abuso sexual, el autor en comentario Marco Antonio Díaz de León, en su Diccionario de derecho procesal penal, manifiesta que: “El abuso deshonesto consiste en actos lúbricos que se ejecutan contra una persona, cualquiera que sea su sexo, sin que haya acto carnal y cuando mediare una de estas tres circunstancias: 1) que sea menor de 12 años; 2) que se haya privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir; 3) cuando el agente la obligue, obviamente, mediante el uso de fuerza o intimidación. Este delito es cometido por quien, sin intención de llegar a la cópula, realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona (varón o mujer) sin mediar la voluntad de ésta para ello, por las razones expuestas. En este ilícito penal dos elementos lo tipifican: uno material, objetivo, consistente en la comisión de actos libidinosos no dirigidos a la conjunción carnal y, otro subjetivo que se determina por la conciencia y voluntad de cometer un abuso deshonesto, desde luego con propósito lascivo, pero sin contemplar el acceso carnal, es decir, implica la realización de actos de lujuria sobre el cuerpo de la persona elegida como víctima, mediante los cuales el agente satisface su propia concupiscencia, lesionando la libertad sexual de aquella.”⁷²

⁷⁰ *Ibidem.* p. 442.

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Ibidem.* p. 45.

Cabe hacer mención que por lo que hace al concepto de propósito libidinoso Marco Antonio Díaz de León refiere que: "...implica la realización de actos de lujuria sobre el cuerpo de la persona elegida como víctima, mediante los cuales el agente satisface su propia concupiscencia, lesionado la libertad sexual de aquélla."⁷³

Estos actos tienen un aspecto subjetivo, los cuales son ejecutados a través de la voluntad y conciencia del activo del delito y deben estar encaminados con un propósito libidinoso.

Por lo que hace a nuestra legislación penal aplicable, la tentativa del delito no puede configurarse, por lo que la aproximación corporal por sí sola no constituye dicho delito, toda vez que los actos sexuales requieren la voluntad del sujeto activo de ejecutarlos de manera persistente y continua sobre el sujeto pasivo por un tiempo más o menos prolongado.

Situación que se considera adecuada, ya que en algunas ocasiones pudiera el sujeto activo del delito pasar junto a la víctima y sin la intención que querer realizar algún acto erótico, este es realizado, elemento subjetivo que se requiere para la configuración del delito.

Es conveniente señalar que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece diversas circunstancias modificadoras, en específico agravantes del delito y que influyen de manera directa en la libertad personal del sujeto activo al aumentar la penalidad, al señalar en su artículo 178:

"Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

- I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
- II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su

⁷³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*. Ob. cit. p. 768.

hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;

III. Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada;

V. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o

VI. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario.”

Estas hipótesis contempladas en dicho numeral, son agravantes de la pena de prisión a imponer al sujeto activo, y en donde en tratándose de cónyuges o concubinos podría darse algunas de las hipótesis contenidas en las fracciones I, V o VI y traería como consecuencia que el activo del delito tuviera en su momento una penalidad mayor.

2.2 CLASIFICACIÓN DEL DELITO.

En el capítulo anterior se refirió a las clasificaciones del tipo penal, por lo que en el presente punto nos referiremos únicamente a la clasificación del delito de abuso sexual, el cual puede ser:

I. Por la conducta, es decir en cuanto al comportamiento del sujeto activo, el tipo es de acción, cuando el sujeto activo incurre en una actividad o hacer, es decir cuando el comportamiento consiste en un hacer.

El delito de abuso sexual no se configura cuando el sujeto activo incurre en omisiones.

En el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos esta conducta consiste en ejecutar actos sexuales en el cuerpo del sujeto pasivo, obligar a observarlos o hacer ejecutarlos.

II. Por el número de actos, el cual depende de la cantidad de actos de la conducta delictiva, el delito de abuso sexual es unisubsistente, en donde para su integración se requiere de un solo acto, es decir el delito se configura con el acto sexual ejecutado en el sujeto pasivo sin su consentimiento y sin el propósito de llegar a la cópula.

III. Por su duración, que se refiere a la temporalidad desde la realización de la conducta hasta el momento en que se consuma, el delito de abuso sexual es instantáneo, ya que la consumación se agota en el mismo momento en que se ha realizado la ejecución de los actos sexuales y se encuentra contemplado en el artículo 17, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece:

“Artículo 17. (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;”

IV. Por el daño, que se refiere a la afectación que el delito produce al bien jurídico tutelado, el delito de abuso sexual es de daño o lesión, en el que se afecta el bien jurídico tutelado que lo es la libertad o el normal desarrollo psicosexual de la persona dependiendo de quien sea el sujeto pasivo, en el caso específico del cónyuge o concubino que resiente directamente la acción.

Como ya se dijo anteriormente el delito de abuso sexual no puede ser de peligro, es decir cuando únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado, en virtud de que no se configura la tentativa del delito.

V. Por su ordenación metódica, según sus circunstancias, el delito de abuso sexual es básico o fundamental, el cual es el tipo que sirve de base y del cual se derivan otros, con el mismo bien jurídicamente tutelado.

VI. Por su autonomía o dependencia, el delito de abuso sexual es autónomo, en donde el delito existe por sí y no depende de otro.

VII. Por su formulación, en donde se refiere a la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito de abuso sexual es casuístico ya que el tipo plantea diversas hipótesis para configurarse el delito, además de ser alternativo ya que basta con que ocurra una de las alternativas que plantea la norma para la integración del ilícito penal.

VIII. Por su composición, el cual se refiere a la descripción legal que hace referencia a sus elementos, de esta manera el delito de abuso sexual es anormal, ya que se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos exigidos por el delito, que en el caso concreto del delito de abuso sexual consisten en:

a) Un acto sexual ejecutado por el sujeto activo, elemento normativo, entendido como aquella acción corporal de aproximación o tocamiento, con el contenido lúdico, realizada en la persona del sujeto pasivo. Cabe hacer mención que en este sentido, en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* se establece que:

"Los actos libidinosos se proponen el desahogo descompuesto de la lujuria, consistente en actos sucedáneos del concubito o en actos que sin llegar a la plenitud del placer ocupan la zona circunvecina.

Comprende, entre otros, el coitus "interfemora", el sobajamiento de los órganos, la masturbación, hasta las contemplaciones lascivas precedidas del desgarramiento de la indumentaria del sujeto pasivo para excitar la voluptuosidad con el incentivo del cuerpo desnudo.

La libidinosidad del acto no requiere necesariamente el logro del deleite sexual, basta la aptitud para producir la excitación de la concupiscencia, como el frotamiento del asta viril sobre el cuerpo vestido de una joven.

Los actos libidinosos pueden recaer sobre la persona de la víctima, sobre la persona del sujeto activo, sobre un extraño.⁷⁴

b) Sin el propósito de llegar a la cópula, elemento normativo que consiste en que el sujeto activo no tenga el ánimo de llegar a la cópula, entendiéndose por esta la introducción del pene en el cuerpo del sujeto pasivo por vía vaginal, anal o bucal, según la interpretación del artículo 174 del Código penal vigente para el Distrito Federal.

Marco Antonio Díaz de León en relación a la cópula explica lo siguiente: "Unión sexual. Al respecto y toda vez que la cópula en el Derecho Penal se conecta con algunos de los delitos sexuales (estupro, violación, etc.), partiendo de una base objetiva y fuera de las concepciones puramente morales o religiosas, el Estado interviene para garantizar la libertad sexual de sus agremiados. Aún en la moderna sociedad pluralista y liberal donde convergen válidamente diversas formas de concebir, entender y explicar al hombre, a la comunidad, al mundo circundante o al universo, para el humano normalmente, siguen vigentes sus necesidades materiales básicas como lo es el aseguramiento de la libertad sexual y de la relación sexual con libertad y libre albedrío."⁷⁵

⁷⁴ *Enciclopedia Jurídica Orbea*. T. I. Ed. Driskill, Buenos Aires, 1986. p. 139.

⁷⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de derecho procesal penal*. Ob. cit. p. 523.

El diccionario enciclopédico Larousse define a la cópula como: "Unión sexual de dos individuos de distinto sexo. Ligamento, unión."⁷⁶

Puede considerarse que la unión sexual es la unión o ayuntamiento carnal o sexual de los sujetos y que se consuma en lo que propiamente es la cópula, entendida esta última como la introducción del miembro viril o cualquier instrumento distinto de éste en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral.

IX. Por el resultado que produce, es decir por la consecuencia derivada de la conducta típica desplegada por el sujeto activo, el delito de abuso sexual es de resultado formal, es decir consiste en la ejecución de actos sexuales, obligación a observarlos u obligación de ejecutarlos, que sin el propósito de llegar a la cópula ejecuta el activo en el sujeto pasivo en el caso en específico el cónyuge o concubino, pero dichos actos no dejan huella de su perpetración y por tanto se habla de un nexo jurídico entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado producido.

IX. Por la intencionalidad, en donde la intención del activo determina el grado de responsabilidad penal, es de carácter subjetivo, el delito de abuso sexual es doloso intencional, es decir cuando el sujeto comete el delito con la intención de realizarlo, se tiene la voluntad y el dolo de violar lo dispuesto por la ley, en este caso el sujeto activo tiene la intención y voluntad de realizar el acto sexual sobre el cuerpo de la pasivo, dolo que se encuentra contemplado en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

"Artículo 18. (Dolo y culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización..."

⁷⁶ *Larousse Enciclopédico Universal*. T. 2, 2ª ed., Larousse editorial, México, 2002. p. 436.

Es de carácter doloso, en virtud de que para su ejecución, el sujeto activo del delito tiene la voluntad de realizar la conducta antijurídica, queriendo el resultado de la misma.

X. Por su estructura, mismo que se refiere al tipo de afectación producida al bien jurídico tutelado por la ley, el delito de abuso sexual es simple, toda vez que únicamente protege un bien jurídico el cual como se ha señalado es el la libertad o normal desarrollo psicosexual.

XI. Por el número de sujetos, es decir respecto a la cantidad de sujetos activos que intervienen en la comisión del delito, el abuso sexual es unisubjetivo, en donde para su integración se requiere un solo sujeto activo que intervenga en los hechos delictivos, aunque la conducta puede ser cometida conjuntamente, pero el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos requiere la participación de un solo sujeto para que se configure, en este caso la participación del cónyuge o concubino.

XII. Por su procedibilidad o perseguibilidad, el delito de abuso sexual se persigue por querrela de parte ofendida, siempre y cuando no se haga uso de violencia física o moral, caso en que el delito se persigue de oficio y por tanto no procede el perdón.

XIII. Por la materia, en el delito a estudio el abuso sexual es común, el cual es emanado de la legislatura local, en este caso del Distrito Federal.

XIV. Por el bien jurídicamente protegido, este es el criterio que contempla el Código Penal para el Distrito Federal, y el delito de abuso sexual se encuentra agrupado en el título quinto, denominado delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, en específico el abuso sexual tutela como bien jurídico la libertad y normal desarrollo psicosexual de las personas. En

el caso del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos lo es la libertad sexual del sujeto pasivo.

XV. Por la descripción de sus elementos, que se refiere a cómo el legislador lleva a cabo la descripción legal, de esta manera el delito de abuso sexual en su descripción contiene elementos normativos y subjetivos, de esta manera el delito es normativo en virtud de que el tipo exige el elemento "sin consentimiento de una persona" y subjetivo, el cual se refiere a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva, en específico el delito requiere para su integración el elemento "sin el propósito de llegar a la cópula".

2.3 CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

De igual manera en el capítulo anterior se trató de manera general el tema de la conducta y su ausencia, por lo que se hará una breve explicación en qué consisten estos elementos en el delito de abuso sexual y en específico el cometido entre cónyuges o concubinos.

Conviene señalar que Enrique Orts Berenguer define a la agresión sexual como:

"Por agresión sexual podemos entender, en principio, aquel comportamiento mediante el cual se impone a otra persona una conducta lúbrica distinta del acceso carnal tal como conceptúa en el artículo 429, recayente sobre el cuerpo de ésta, del que el sujeto activo se sirve para su personal complacencia erótica o de un tercero (incluso del propio sujeto pasivo), contra o sin el consentimiento válidamente prestado por la víctima."⁷⁷

⁷⁷ ORTS BERENGUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995. p. 160.

Esta concepción es apegada a la definición contemplada en el Código penal vigente en el Distrito Federal, en virtud de que refiere comportamientos impuestos, es decir sin consentimiento del sujeto pasivo, que la conducta sea lúbrica es decir consistente en actos sexuales, distinta del acceso carnal, entendiéndose esto como sin el propósito de llegar a la cópula, mismos actos que recaen en la víctima del delito.

El mismo autor señala que:

“Al respecto se han barajado varias soluciones que han girado en torno a si la agresión sexual precisa del contacto físico entre los sujetos activo y pasivo o no y, en gran medida, tienen su origen en una serie de sucesos posibles, con indubitables connotaciones sexuales, a propósito de los cuales la doctrina ha debatido sobre si tenían o no cabida en el artículo 430. Tales sucesos pueden consistir, substancialmente, en forzar o inducir a otro a que realice un acto lúbrico, bien consigo mismo, bien con un tercero, bien con un animal o con un objeto; en obligar a mostrarse desnudo o a contemplar actos de aquella índole; asimismo, pueden consistir en tocamientos realizados en el cuerpo de la víctima por sorpresa, con engaño o aprovechando la apretada concurrencia de personas en un espacio limitado; o en observar a alguien en su intimidad.”⁷⁸

Como ya se ha dicho el delito de abuso sexual requiere consumarse, no puede darse el delito en grado de tentativa, y las hipótesis contempladas en nuestra legislación son diversas, y no se limita únicamente a realizar contacto físico, sino a obligar a observar los actos sexuales.

La conducta en el delito de abuso sexual consiste en que:

a) Sin el consentimiento de una persona.

⁷⁸ *Ibidem.* pp. 161-163.

b) Sin el propósito de llegar a la cópula.

c) Ejecute en ella un acto sexual, es decir realizar contacto físico de carácter erótico, sexual en el cuerpo del sujeto pasivo, esta ejecución puede ser mediante tocamiento, frotamiento, un roce, una caricia en el cuerpo de la persona, pero sin perder de vista la intención lasciva del sujeto activo.

d) La obligue a observarlo el acto sexual, en donde se requiere forzar a la víctima del delito a observar algún acto de naturaleza sexual por parte del sujeto activo del delito.

e) La haga ejecutar dicho acto sexual, se refiere básicamente a que el sujeto pasivo realice actos sexuales sobre su propio cuerpo, sobre el activo o de un tercero.

De esta manera, la conducta en el delito de abuso sexual y de acuerdo al Código Penal de esta Ciudad, consiste en ejecutar en una persona en concreto del cónyuge o concubino un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula, obligar a observarlo o hacerla ejecutar dicho acto sexual, es decir dicha conducta es obligar a ejecutar, tocamientos, frotamientos, besos, roces, apretones, etc., estos actos pueden ser realizados en la persona del sujeto activo, sujeto pasivo o un tercero; además que esos actos se realicen de forma lasciva sobre el sujeto pasivo del delito. En la práctica dichos actos se realizan específicamente en senos, genitales, glúteos, muslos, piernas, boca, etc.

La conducta pues, es la manifestación de voluntad dirigida a la obtención de un resultado, que se manifiesta en forma de acción, esto es movimientos físicos voluntarios, tendientes a ejecutar en una persona un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula, obligar a observarlo o hacerla ejecutar dicho acto sexual, con lo cual se produce un resultado, entendido este como una alteración al orden

normativo, mismo que es de naturaleza formal, consistente en los actos sexuales que sin el propósito de llegar a la cópula ejecuta el activo en el sujeto pasivo.

Por lo cual y en virtud de producirse un resultado de naturaleza formal se puede establecer la presencia de un nexo jurídico, esto es, la relación de causa efecto, entre la conducta y el resultado normativo, al observar que de no haber desplegado la primera el sujeto activo, no se hubiera producido el resultado descrito, esto es, que el comportamiento del activo fue la causa afectiva del resultado, alterando el mundo fáctico, ya que para lograrlo eligió el medio objetivo y por tanto idóneo para la materialización del resultado, toda vez que suprimiendo mentalmente la conducta desplegada del activo, el resultado jurídico no se hubiese producido que el sujeto activo da origen al movimiento causal dirigido por su voluntad para la consecución de un fin.

Por lo que hace a la ausencia de conducta, se refiere a que no exista la voluntad del sujeto activo de desplegar la conducta y se presenta como ya se señaló en la *vis absoluta* que consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva, situación que al presentarse no se configura el delito a estudio, la *vis maior* que es la fuerza que proviene de la naturaleza, en donde no podría darse el delito de abuso sexual si por esa fuerza se realizaran actos sexuales sobre la víctima en el caso de una volcadura de un vehículo por ejemplo, de igual manera se daría esa ausencia de conducta en los actos reflejos ya que obedecen a motivaciones inconscientes del sujeto, en donde no se tiene la voluntad de realizar la conducta prohibida por la norma.

Además de que el Artículo 29 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, establece como causa de exclusión, por lo que se refiere a la ausencia de conducta que la actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente.

2.4 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Otro de los elementos del delito lo es la tipicidad (aspecto positivo), contemplada en el artículo 2 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, sino se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate...”

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir que la norma penal hace una descripción de los elementos que requiere para su integración, de esta manera el delito de abuso sexual requiere para su integración de varios elementos:

a) Una conducta, consistente en ejecutar actos sexuales, sin el propósito de llegar a la cópula, obligar a observarlo o hacerla ejecutar dichos actos sexuales.

b) Un sujeto activo y un sujeto pasivo del delito.

c) El elemento subjetivo que lo es la intención lasciva del sujeto activo de realizar los actos sexuales sobre la persona del sujeto pasivo.

Por lo que hace al elemento subjetivo, existen dos teorías, respecto de si en el delito de abuso sexual se requiere que el individuo tenga algún tipo de satisfacción sexual, o si el tipo penal prescinde de dicha circunstancia limitándose únicamente a acreditarse si se realizó el acto sexual, estas teorías son la teoría subjetiva y la teoría objetiva.

Respecto de la teoría subjetiva, Adrián Marcelo Tenca establece que:

"TEORÍA SUBJETIVA. Equipara el abuso deshonesto al "acto libidinoso" (búsqueda de desahogo sexual sin alcanzar la cópula) y exige tal finalidad en el obrar del agente. Si el autor no persigue tal objetivo, podrá cometer otro delito, más no el de abuso deshonesto."⁷⁹

Teoría que se refiere básicamente a cometer actos sexuales, mismos que no deben estar con la intención de la violencia carnal, por lo que si el sujeto activo tiene otro objetivo cometerá posiblemente otro delito, más no el delito en estudio.

Respecto a la teoría objetiva el mismo autor señala:

"TEORÍA OBJETIVA. Considera que si el acto es objetivamente impúdico, no es necesario acreditar la finalidad perseguida por el agente. Cualquiera que fuera ésta, el abuso deshonesto quedará consumado.

Cabe consignar que no puede definirse en forma absoluta el concepto de acto impúdico, pues éste ha de variar conforme el tiempo y la sociedad en la que haya que analizar la acción prohibida."⁸⁰

En esta teoría no es necesario que se acredite la finalidad, sino se basa en el acto material realizado por el sujeto activo. Quedando integrado el delito desde el momento en que el sujeto realice la conducta, mediante la ejecución del acto sexual.

d) El bien jurídico tutelado que lo es la libertad sexual y/o el normal desarrollo psicosexual de la víctima u ofendido del delito.

⁷⁹ MARCELO TENCA, Adrián. Ob. cit. p. 21.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 22.

e) Los medios de ejecución utilizados por el activo, elemento no exigido por el tipo básico en estudio, pero cuya materialización fáctica es relevante y que consiste en los movimientos físicos, corporales realizados por el sujeto activo, consistentes en ejecutar los actos sexuales.

De conformidad con el sistema penal mexicano y con base al principio de legalidad que rige a los elementos del cuerpo del delito, son los establecidos en los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respectivamente.

La atipicidad en el delito de abuso sexual, lo es que la conducta desplegada no se adecue a la descripción del tipo penal, es decir que falte alguno de los elementos anteriormente mencionados y por lo cual no se podría proceder en contra de la persona.

Octavio Alberto Orellana Wiarco señala al respecto que:

"En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento referido a las causas de atipicidad, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente:

- a) Falta del bien jurídico tutelado;
- b) Falta de calidad, o del número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;
- c) No exista manifestación de voluntad;
- d) No se dé el resultado previsto por el tipo;
- e) No exista relación causal;
- f) Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley;
- g) Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo;
- h) Por falta de objeto material."⁸¹

⁸¹ Octavio Alberto Orellana Wiarco. Ob. cit. p. 24.

Por lo que hace al aspecto negativo de este elemento, es la no adecuación de la conducta a la descripción del tipo penal, ya sea por algún elemento objetivo, normativo o subjetivo, que se traduce en que no se ejecute un acto sexual, que se tenga el propósito de llegar a la cópula, que se realice con el consentimiento de la persona, etc., es decir que no se cumpla con uno de los elementos que menciona el tipo.

SUJETOS DEL DELITO.

El Derecho penal requiere de la existencia de sujetos que intervengan en las conductas realizadas por los hombres y estos son dos, el llamado sujeto activo y el denominado sujeto pasivo.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena define al sujeto activo como: "Es la persona física que comete el delito; se llama también delincuente, agente o criminal. Este último vocablo lo maneja la criminología."⁸²

De lo anterior se observa que el sujeto activo del delito lo será cualquier persona física, no importando la edad, raza, nacionalidad, condición social, sexo, etc., sino cualquier persona que encuadre en lo descrito por la propia norma penal; aunque cabe hacer mención que habrá algunos tipos penales que señalen una calidad específica, y que sin ella dicho sujeto no podrá ser considerado como sujeto activo del delito.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 22 señala quiénes pueden ser sujetos activos del delito:

"(Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

⁸² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 34.

- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito...”

En el presente caso específicamente en el delito de abuso sexual, el sujeto activo lo será cualquier persona física que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutario. En la práctica con frecuencia se presenta la forma de participación por sí en su calidad de autor material, teniendo dominio del hecho punible, aunque podría presentarse en alguna otra de sus formas de autoría y participación. Y en el delito a estudio en tratándose del cometido entre cónyuges o concubinos el sujeto activo lo será cualquiera de ellos.

La misma autora I. Griselda Amuchategui R., define al sujeto pasivo como: “...la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la Nación, entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien de manera indirecta resiente el delito...”⁸³

De la misma manera que el sujeto activo, el sujeto pasivo lo puede ser cualquier persona física o moral dependiente del delito cometido o resentido en su caso, sin embargo por las características especiales de algunos delitos, sólo algunas personas podrán ser sujeto pasivo del delito, pero en todo caso la misma norma penal lo establecerá en cada caso. Así el sujeto del delito como ya se ha referido podrá ser cualquiera, pudiéndolo ser el hombre o la mujer y a diferencia del delito de violación en el que se especifica la conducta, es posible que en el delito de abuso sexual se dé mujer con mujer, mujer con hombre, hombre con hombre y hombre con mujer. Siendo en específico el sujeto pasivo, el titular del

⁸³ *Ibidem.* p. 35.

bien jurídico tutelado, en el abuso sexual de la libertad o el normal desarrollo psicosexual, siendo sobre quien se ejecute el acto sexual, a quien se obligue a observarlo o a quien se haga ejecutar dicho acto sexual.

De esta manera, la víctima es quien directamente resiente el daño o la conducta realizada por el sujeto activo y el ofendido en algunos delitos es quien resiente indirectamente la acción, como por ejemplo en el delito de homicidio la víctima es el occiso y el ofendido lo es algún familiar del mismo.

En el caso concreto del delito de abuso sexual el sujeto pasivo lo será cualquier persona, sin importar sexo, religión, raza, nacionalidad, etc. Y en tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, lo será cualquiera de ellos, no importando si lo es el hombre o la mujer, aunque en la práctica se presenta con mayor frecuencia la mujer como sujeto pasivo del delito.

PARTICIPACIÓN.

Por lo que hace a la participación del sujeto activo, como se mencionó anteriormente el sujeto activo o agente del evento delictivo, puede ser cualquier persona física, misma que deberá ajustarse en lo descrito por la propia norma penal; aunque cabe hacer mención que en tratándose del delito de abuso sexual, en algunas circunstancias señala una calidad específica, y que sin ella dicho sujeto no podrá ser considerado como sujeto activo del delito, como es el caso previsto en el artículo 178 fracciones II, III y IV en donde se requiere que el sujeto activo sea ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos, por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen, por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche

la confianza en ella depositada, circunstancias todas ellas que además se consideran agravantes del delito.

Como se ha referido, el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 22 señala quiénes pueden ser sujetos activos del delito:

“(Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito...”

En tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos el sujeto activo lo será el cónyuge o concubino que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo (a su cónyuge o concubino). Aunque en la práctica con frecuencia se presenta la forma de participación por sí, en su calidad de autor material, esto es, en virtud de que en la concreción del delito interviene el sujeto activo por sí, teniendo dominio del hecho, al realizar los actos sexuales sobre el sujeto pasivo; aunque podría presentarse en alguna otra de sus formas ya que el tipo penal no refiere alguna calidad o cantidad específica alguna. Aunque en el capítulo correspondiente a la propuesta se hará un análisis de la necesidad que en tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, el sujeto activo del delito tenga esta calidad específica.

OBJETOS DEL DELITO.

La doctrina ha establecido que en el derecho penal existen dos clases de objetos del delito: el objeto material y el objeto jurídico.

La maestra Irma G. Amuchategui ha definido al objeto material como:

".. la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa."⁸⁴

Y al objeto jurídico como:

"...el interés jurídicamente tutelado por la ley."⁸⁵

De las anteriores definiciones, se considera que el objeto material del delito, es entendido este como la persona o cosa sobre la que recae la conducta, y en el caso del delito de abuso sexual lo es la persona del ofendido ya que es quien directamente resiente la acción y específicamente la parte del cuerpo en donde se ejecuta el acto sexual.

En el caso concreto, el objeto material lo será la persona del cónyuge o concubino que resienta la acción directamente.

Y la existencia del objeto jurídico, se trata más bien del bien jurídico protegido o tutelado por la ley, consistente en el caso concreto del delito de abuso sexual, de la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de la víctima, cuya afectación consiste en la libertad o el normal desarrollo psicosexual del sujeto pasivo del delito, ya que al no querer ser tocado, realizar algún tocamiento en la persona del activo u observar algún acto de naturaleza sexual y la conducta es realizada contra la voluntad del mismo, se afecta la esfera sexual de ella y es lo que el legislador trató de proteger con la amenaza de una sanción.

⁸⁴ *Ibidem.* p. 36.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 37.

Cabe hacer mención que respecto al bien jurídico protegido por la ley se mencionó la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, mismo que dependerá del sujeto pasivo, es decir la libertad sexual será el bien jurídico protegido para aquellas personas que tienen la capacidad de elección, pero que no lo hacen en virtud de la realización de la conducta, misma que es realizada sin el consentimiento de ellos. Y el normal desarrollo psicosexual es el bien jurídico tutelado por la norma para aquellos que como lo establece el autor José Arturo González Quintanilla:

"...para los menores de edad quienes todavía no tienen edad para tomar decisiones y para los que por cualquier causa no pueden resistir, al considerar a éstos, sin posibilidad para tomar libremente la opción de aceptar o no la conducta impuesta."⁸⁶

En el caso específico del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, el objeto jurídico o bien jurídico tutelado por la ley lo es la libertad sexual del propio cónyuge o concubino que resiente la acción.

Cabe hacer mención que esta libertad es un derecho del ser humano, consistente en la aptitud de decidir lo que se quiere o no realizar y específico la libertad sexual es la aptitud de decidir la manera de ejercer la sexualidad y en donde nadie debe influir para obligar a la persona a realizar determinados actos sexuales sin su consentimiento.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS.

Por otra parte, las circunstancias modificadoras en el delito de abuso sexual son las agravantes del delito y no así las circunstancias atenuantes que en el presente delito no operan, ni podrían presentarse.

⁸⁶ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano*, parte general. Porrúa, México, 1991. p. 749.

Una circunstancia agravante que puede presentarse en el delito de abuso sexual y específicamente el cometido entre cónyuges o concubinos es que el delito se cometa a través de la violencia ya sea física o moral que se ejerza sobre el sujeto pasivo, que fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público o fuere cometido en despoblado o lugar solitario y que el juzgador en su momento tomaría en cuenta para aumentar la pena en los términos que la misma ley establezca.

Otra circunstancia agravante en el delito de abuso sexual, aunque no se presenta en el caso del delito cometido entre cónyuges o concubinos lo es que el delito se ejecute en personas menores de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo. Cuando el delito se cometa con intervención directa o inmediata de dos o más personas, cuando se cometa por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos contra aquellos, por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen, por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada.

Circunstancias todas estas que se consideran agravantes del delito y que en consecuencia tendrían un aumento en su penalidad en el momento procesal oportuno y que influyen de manera decisiva en la libertad personal del sujeto activo.

2.5 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La antijuricidad como ya se mencionó, es la contrariedad al Derecho. Es la violación a la norma jurídica. Por lo que en razón de lo anterior el delito de abuso

sexual es antijurídico en virtud de que la ley la describe como contraria a Derecho. La antijuridicidad se encuentra establecida en el artículo 4 del Código Penal para el Distrito Federal al establecer:

“Artículo 4. (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

Por tanto para que la conducta realizada por el sujeto activo sea considerada como delito, esta debe ser antijurídica, es decir contraria a derecho, misma que en el caso en específico del delito de abuso sexual y en concreto del cometido entre cónyuges o concubinos, debe lesionar el bien jurídico tutelado por la ley, que lo es la libertad sexual del cónyuge o concubino ofendido.

Y el aspecto negativo está constituido por las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla jurídica o lícita.

Estas causas de justificación son la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y consentimiento del titular del bien jurídico. En la práctica no se ha presentado alguna de estas causas de justificación contempladas por el 29 del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

Algunos autores refieren que en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges puede darse como causa de justificación el ejercicio de un derecho, por el deber conyugal que tiene el cónyuge o concubino con la persona, aunque no se comparte dicha opinión, en virtud de que si bien es cierto puede hablarse de una obligación para las partes, también lo es que el terreno sexual debe ser libre y conciente y por tanto se hablaría de un derecho, al respecto cabe mencionar a Alberto González Blanco, el cual establece:

"En el aspecto negativo, puede presentarse la ausencia de antijuricidad, por consentimiento del ofendido, salvo el caso de impúber, o por el ejercicio de un derecho, como ocurre tratándose de cónyuges; o por causa de necesidad, como sucede con los médicos."⁸⁷

Asimismo, Marcela Martínez Roaro al hacer un estudio dogmático del delito de atentados al pudor establece:

"Causa de justificación: 1. Ejercicio de un derecho. 2. Estado de necesidad."⁸⁸

Aunque la autora menciona como causa de justificación el estado de necesidad, en el delito a estudio no puede presentarse como causa de justificación.

Debe insistirse que, si bien es cierto algunos señalan que debe darse el deber conyugal, en donde la pareja tiene el deber y al mismo tiempo el derecho conyugal, también lo es que este débito conyugal no debe ser forzado, sin el consentimiento del sujeto pasivo ya que a pesar de que las personas se encuentren unidas no debe ser obligación la ejecución de actos sexuales ya que el ser humano es libre de expresar sus sentimientos y emociones y de no querer en determinado momento estas situaciones de carácter sexual.

Cabe hacer mención como ejemplo el delito de violación cometido entre cónyuges, y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios, respecto a si la cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho y que podría ser aplicado al delito a estudio, para lo cual es conveniente transcribir las siguientes tesis de jurisprudencia:

⁸⁷ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Ob. cit. p. 83.

⁸⁸ MARTÍNEZ ROARO, Marcela. *Delitos sexuales, sexualidad y derecho*. 3ª ed., Porrúa, México, 1985. p. 212.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 136

Página: 95

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.- La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular.

Octava Época:

Contradicción de tesis 5/92.-Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.-28 de febrero de 1994.-Mayoría de tres votos.-Disidentes: Samuel Alba Leyva e Ignacio Manuel Cal y Mayor Gutiérrez.-Ponente: Luis Fernández Doblado.-Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 80, Primera Sala, tesis 142; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, mayo de 1994, página 63.

En este sentido si bien es cierto, subsiste la obligación de cohabitar, no debe ser impuesta la cópula o en el delito a estudio los actos sexuales sin el propósito de la misma, al cónyuge, en virtud de que la sexualidad debe ser ejercida con libertad, respeto y conciencia.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 400

Página: 292

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.- Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público, en contra de la voluntad del pasivo, ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación, pues no hay duda de que el cónyuge ofendido, puede negarse a la práctica de la relación en tales condiciones.

Octava Época:

Contradicción de tesis 5/92.-Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.-28 de febrero de 1994.-Mayoría de tres votos.-Disidentes: Samuel Alba Leyva e Ignacio Manuel Cal y Mayor Gutiérrez.-Ponente: Luis Fernández Doblado.-Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 208, Primera Sala, tesis 376; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, mayo de 1994, página 63.

Al respecto cabe mencionar, que de igual manera, los cónyuges o concubinos al haber contraído la obligación de cohabitar, adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero de igual manera no debe considerarse como obligación la imposición de dichos actos, en cualquiera que fuera el lugar en donde son realizados.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 401

Página: 292

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.- El derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en esos momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que si es sometido a realizar la cópula violentamente, aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.

Octava Época:

Contradicción de tesis 5/92.-Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.-28 de febrero de 1994.-Mayoría de tres votos.-Disidentes: Samuel Alba Leyva e Ignacio Manuel Cal y Mayor Gutiérrez.-Ponente: Luis Fernández Doblado.-Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 208, Primera Sala, tesis 377; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, mayo de 1994, página 63.

Se comparte el anterior criterio, en virtud de que el derecho a la relación carnal existente entre los cónyuges o concubinos, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, y no únicamente al caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, sino también por el hecho de no tener la voluntad de realizar actos sexuales, el hecho de estar molesto, cansado, enfermo, etc., o simplemente porque el ser humano debe tener libertad para ejercer su sexualidad en el momento que así lo decida.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 402

Página: 293

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.- La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación.

Octava Época:

Contradicción de tesis 5/92.-Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.-28 de febrero de 1994.-Mayoría de tres votos.-Disidentes: Samuel Alba Leyva e Ignacio

Manuel Cal y Mayor Gutiérrez.-Ponente: Luis Fernández Doblado.-
Secretaría: María Edith Ramírez de Vidal.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 209, Primera Sala, tesis 378; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, mayo de 1994, página 63.

Como se ha señalado, el ser humano debe tener libertad de ejercer la sexualidad con la persona, en el lugar y en el momento en que decida hacerlo, por convicción y no por obligación.

2.6 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Este elemento del delito, se encuentra contemplado en el artículo 5 párrafo primero del Código Penal vigente en el Distrito Federal:

“Artículo 5. (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.”

Por lo que hace al elemento de la culpabilidad dentro del delito a estudio, es decir el delito de abuso sexual, por la naturaleza del mismo sólo puede ser de carácter doloso, en virtud de que debe existir una relación directa entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, es decir en el presente delito no podría operar la culpa, en virtud de que para que pueda presentarse debe producirse un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona sólo por imprudencia o falta de cuidado o precaución, situación que en el presente caso no podría presentarse.

Como se mencionó con anterioridad, el dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. Es decir que el agente del evento o sujeto activo, al realizar la conducta, consistente en ejecutar actos sexuales, sin el propósito de llegar a la cópula, obligar a observarlo o hacerla ejecutar dichos actos sexuales, debe ser con la intención lasciva de realizar dichos actos sexuales sobre la persona del sujeto pasivo y con ello vulnerar el bien jurídico tutelado por la ley que lo es la libertad sexual y/o el normal desarrollo psicosexual. Esto quiere decir que dicho dolo consiste en saber que se infringe una norma y la voluntad de realizar la conducta antijurídica prohibida por la norma penal.

Respecto de este elemento, Adrián Marcelo Tenca, menciona que:

“El abuso deshonesto es una figura dolosa. Éste es un delito doloso. No requiere de un dolo específico, sino que el elemento subjetivo del tipo no va más allá de consistir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias, como por el simple conocimiento del significado impúdico que el hecho tiene para la víctima.

Concebir el abuso deshonesto culposo importaría una contradicción de carácter lógico. Si el fundamento de este tipo penal es que el autor quiebra la voluntad de la víctima mediante el acto no consentido (más adelante veremos las modalidades por las cuales puede obtenerse este propósito), considera que ello puede obtenerse por medio de un actuar negligente o imprudente no admite el menor análisis.

Si una persona viaja en un colectivo repleto de gente y al pasar roza involuntariamente el glúteo de otra, ¿cuál es el reproche que podría formularsele al pasajero? Diferente es el caso de aquel que en una fiesta realiza la misma acción sobre una persona conocida, con la intención de gastar una broma, provocando la reacción intempestiva de la víctima que se sintió ultrajada. En este

caso hay dolo, pues el autor sabía del contenido impúdico de su accionar, aunque su finalidad haya sido la de jugar una chanza. Dentro de una postura subjetiva-objetiva, el delito quedó consumado. Podría sostenerse que hubo dolo eventual, lo que en nada cambia la solución, pues esta modalidad, en cuanto al aspecto cognitivo del dolo, es admisible para el delito de abuso deshonesto.⁸⁹

El dolo en consecuencia consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. Asimismo, el dolo se encuentra integrado de dos elementos: el ético que consiste en saber que se infringe una norma y el elemento volitivo que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

En el caso del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, el dolo puede ser directo en donde el sujeto activo tiene la intención de desplegar la conducta para satisfacer su lascividad, existiendo identidad entre la intención y el resultado típico.

El autor en comentario también señala al mencionar a Creus que:

"Respecto de este último ejemplo, Creus tiene una opinión diferente. Señala que en el caso del médico que realiza una palpación y le agrega subjetivamente un contenido sexual, no comete delito, pues su acción estaría justificada como estado de necesidad o cumplimiento de un deber."⁹⁰

Opinión que no se comparte, en virtud de que como ya se dijo, en nuestra legislación penal se requiere que esos tocamientos sexuales tengan un contenido sexual, y aunque sea un profesionalista que para realizar el ejercicio de su profesión requiera hacer algunos tocamientos, estos no deberán ser con contenido sexual,

⁸⁹ MARCELO TENCA, Adrián. Ob. cit. pp. 26-27.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 28.

sino realizados de manera profesional, ya que si bien es cierto tendría el consentimiento de la paciente (sujeto pasivo), este sería con la finalidad de una exploración únicamente y que con nada estaría justificada dicha conducta.

De esta manera, podemos concluir que el delito de abuso sexual, sólo admite la forma de culpabilidad de manera dolosa, en donde el agente del evento tiene la intención de realizar el acto sexual y por tanto no podrá presentarse de manera culposa, aunque podrían suceder conductas en las que exista el acto sexual, sin la intención del sujeto activo, pero que en ningún caso encuadraría en lo señalado por la norma penal respecto al delito de abuso sexual.

Por lo que hace a la inculpabilidad, esta no podría presentarse ya que la misma sería la ausencia de culpabilidad, situación contraria a lo anteriormente manifestado y en consecuencia la falta de reprochabilidad en el Derecho Penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho punible y entonces estaríamos hablando de una excluyente del delito tal y como lo establece el Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Algunos autores afirman que es posible que se de el error esencial de hecho entendiéndose a este como la falsa concepción de la realidad, tal y como quedó señalado en el capítulo I, pero en virtud de que el delito a estudio requiere como uno de los elementos para la configuración del delito la intención lasciva o erótica y sin el propósito de llegar a la cópula, no es factible que se presente el aspecto negativo de la culpabilidad, toda vez que el error y la intención (elemento subjetivo) ya señalada no podrían concurrir al mismo tiempo.

2.7 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Por lo que hace al elemento de la imputabilidad, entendida como capacidad que tiene el sujeto activo del delito de querer y entender sobre su actuar.

La imputabilidad en el delito de abuso sexual consiste en que el sujeto activo del delito tenga la capacidad de entender y querer la conducta realizada, es decir la ejecución de actos sexuales sobre el sujeto pasivo.

Así, la imputabilidad consiste, en acreditar que el sujeto activo al momento de la comisión del evento delictivo tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de su obrar y de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en términos de lo establecido en el artículo 29 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Y su aspecto negativo, que lo es la inimputabilidad, consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal, es decir que no sepa el significado de la ejecución de los actos sexuales, y estas causas de inimputabilidad en el delito de abuso sexual son el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado y por las cuales el delito se excluye, tal y como lo establece el Código Penal para el Distrito Federal vigente, en su artículo 29, al señalar lo siguiente:

“ARTICULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación...”

El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave, situación que en el delito de abuso sexual no podría actualizarse, toda vez que el sujeto activo del delito no podría sostener a su favor que en virtud de que al momento de los hechos se encontraba ante un mal inevitable.

Los menores de edad carecen de madurez y por lo tanto, capacidad para entender y querer, por lo tanto el menor de edad no comete delitos sino infracciones, así la minoría de edad estará determinada conforme a la legislación aplicable a cada entidad federativa y en el Distrito Federal la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, tal y como se señaló con anterioridad.

2.8 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La punibilidad como elemento del delito es la amenaza de pena que cada tipo penal contempla para el caso de que el precepto legal sea infringido.

En el caso del delito de abuso sexual el artículo 176 del Código Penal vigente para el Distrito Federal contempla una sanción de uno a seis años de prisión por el delito de abuso sexual simple. Y si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

Además que el delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra la violencia ya sea física o moral.

El artículo 177 del mismo Código punitivo, establece la penalidad de dos a siete años de prisión, al que ejecute el acto sexual en una persona menor de doce

años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto. Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad.

Además el artículo 178, establece que la penalidad se aumentará en dos terceras partes, cuando el delito de abuso sexual fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas, cuando se cometa por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasío de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos contra aquellos, y en estas circunstancias además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido, asimismo la pena se aumentará en la parte ya señalada si el delito se comete por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen, además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión. De igual manera cuando el delito fuere cometido por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada, cuando fuere cometido el delito al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público, o fuere cometido en despoblado o lugar solitario. Situaciones que deben ser consideradas como calificativas del delito y por tanto aumenta la penalidad por la "ventaja" en que se encuentra el sujeto activo frente a su víctima.

Por lo que hace al delito de abuso sexual cometido entre cónyuges y que es materia del presente trabajo, la penalidad a imponer está contemplada en el artículo 176, párrafos primero y segundo en virtud de cometerse a través de la violencia física o moral y además podrían presentarse las calificativas contenidas en el artículo 178, fracciones I (con intervención directa o inmediata de dos o más

personas), V (cuando fuere cometido el delito al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público) y VI (fuere cometido en despoblado o lugar solitario) que obviamente agravarían la pena a imponer y que en consecuencia al cometerse el delito con alguna de las calificativas anteriormente mencionadas el sujeto activo (esposo o cónyuge) no podría alcanzar el beneficio de la libertad provisional de conformidad con las normas penales y que lo sujetarían a un procedimiento, en el cual la prisión preventiva la sufriría en el interior de algún reclusorio preventivo de la Ciudad de México.

Aspecto negativo. Existen casos en México, que presentan conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero por disposición legal no son punibles. Estas excusas absolutorias son causas por las cuales el sujeto activo no es sancionado, toda vez que la imposición de la pena resulta notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente presente senilidad avanzada, padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud, tal y como lo establece el artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal. Se considera que en el delito a estudio este aspecto no puede presentarse.

2.9 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Respecto a este punto, se ha señalado que algunos autores niegan que la condicionalidad objetiva constituya un elemento del delito. Y para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad como elemento del delito, señalan que éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena.

Dependiendo de la teoría adoptada los estudiosos del derecho consideran a las condiciones objetivas de punibilidad como elemento del delito, otros más únicamente como circunstancias que condicionan en algún delito la imposición de una pena.

Se concluye que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que condicionan en algunos delitos la imposición de una pena. Son requisitos que la misma ley establece a efecto de que pueda ser impuesta una sanción. En el caso del delito de abuso sexual y en específico del cometido entre cónyuges o concubinos no se presentan, aunque si se toma en consideración como condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad, estaremos en presencia de que el delito de manera genérica se persigue por querrela salvo que concurra violencia física o moral, caso en que el delito se perseguirá de oficio, mediante la presentación de una denuncia.

La ausencia de condicionalidad objetiva, es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, que se refiere a que no se cumpla con la condición que fija el legislador y por lo mismo no se pueda aplicar una sanción.

2.10 CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.

El delito de abuso sexual por su propia naturaleza se consuma como ya se señaló con anterioridad, instantáneamente, ya que la consumación se agota en el mismo momento en que se ha realizado la ejecución de los actos sexuales. Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto por el Código Penal al establecer que el delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.

Es decir, que se ejecute un acto sexual, se obligue al pasivo a observarlo o a ejecutarlo, que esos actos sean sin consentimiento de la persona, sin el propósito de llegar a la cópula, y con la intención lasciva del activo frente al pasivo, mismos que se agotan en el momento de la ejecución de los mismos.

Por lo que hace a la tentativa, el Código Penal no prevé sanción alguna, en virtud de que sería difícil la acreditación de dicha circunstancia y en la vida

práctica no se ha tenido conocimiento de que se presente tal situación, aunque se considera que por la naturaleza del propio delito no se presentaría.

2.11 CONCURSO DE DELITOS.

Por lo que hace al concurso de delitos, Irma Amuchategui lo ha definido como:

"...el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado; es la concurrencia o pluralidad de conductas, de resultados típicos o de ambos."⁹¹

De esta manera existen dos clases de concurso:

a) El Concurso real o material, el cual existe cuando con varias conductas se producen varios resultados. Mismo que se encuentra previsto y sancionado, en los artículos 28, párrafo segundo y 79, párrafo segundo respectivamente, del Código Penal vigente en el Distrito Federal al establecer que existe concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos. Y de que en caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 del Código en mención.

Por lo que hace al delito de abuso sexual, el mismo puede presentar este tipo de concurso al cometerse el mismo y otro delito.

Algunos autores, consideran que si el sujeto activo realiza diversos tocamientos en el cuerpo de la víctima, se está en presencia de un concurso real de delitos, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que por el

⁹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Ob. cit. p. 38.

hecho de realizar el activo dos tocamientos que en el mismo lapso de tiempo en el cuerpo de la pasivo, existe unidad de acción y de intención en el activo, encaminadas una y otra a consumir el delito, y la circunstancia de que hubiesen existido diversos tocamientos en el mismo lapso por parte del sujeto activo en el cuerpo de la víctima, ello de ningún modo significa que se hubiesen actualizado diversos delitos, determinados precisamente por cada uno de los tocamientos efectuados por el activo, ya que sólo sería aceptable en el supuesto de que hubiese existido una pluralidad de acciones independientes y desvinculadas la una de la otra, tanto en el aspecto temporal, como en el espacial, pues sólo bajo ese supuesto se estaría efectivamente en presencia de un concurso real de delitos, lo que haría procedente la acumulación de penas, de esta manera, más que estarse ante un concurso de delitos, se está en presencia de un ilícito plurisubsistente, ya que se forma con varios actos. Al respecto cabe citar el siguiente criterio:

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Septiembre de 2000

Tesis: I.6o.P.4 P

Página: 699

ABUSO SEXUAL, DELITO DE. CONDUCTAS EJECUTADAS EN EL MISMO LAPSO. Si la Sala responsable tuvo por demostrado el cuerpo de dos diversos delitos de abuso sexual a que se refiere el artículo 260, párrafo primero, del Código Penal para el Distrito Federal, por el hecho de que fueron dos tocamientos los que en el mismo lapso realizó el activo en el cuerpo de la pasivo, ello fue incorrecto, pues evidentemente existió unidad de acción y de intención en el activo, encaminadas una y otra a consumir el delito, y la circunstancia de que hubiesen existido diversos tocamientos en el mismo lapso por parte del

ahora quejoso en el cuerpo de la pasivo, ello de ningún modo significa que se hubiese actualizado también diversidad de delitos, determinados precisamente por cada uno de los tocamientos efectuados por el acusado, pues ello sólo sería admisible en el supuesto de que hubiese existido una pluralidad de acciones independientes y desvinculadas la una de la otra, tanto en el aspecto temporal, como en el espacial, pues sólo bajo ese supuesto se estaría efectivamente en presencia de un concurso real de delitos, lo que haría igualmente procedente la acumulación de penas, en términos de las disposiciones contenidas en el artículo 64, párrafo segundo del invocado Código Penal; por lo que dadas las circunstancias de ejecución del hecho, más que estarse ante un concurso de delitos, se está en presencia de un ilícito de los que la doctrina denomina como plurisubsistentes, pues se forma con varios actos; en el caso, la pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, no constituyeron otra cosa que la forma de comisión del delito, atendiendo precisamente a la unidad de intención de aquéi.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2466/2000. 30 de junio de 2000. Unanimidad de votos.
Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Rafael Zamudio Arias.

b) El concurso ideal o formal, el cual existe o se presenta cuando con una sola conducta se producen varios resultados. Que se encuentra previsto y sancionado en los artículos 28, párrafo primero y 79, párrafo primero del Código Penal vigente en el Distrito Federal al establecer que existe concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos. Y de que en caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando son de

diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. Pero que en ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero del Código Penal para el Distrito Federal.

2.14 PROCEDIBILIDAD.

Por lo que hace a la procedibilidad, cabe hacer mención que hay dos formas de perseguir los delitos:

Los delitos que se persiguen de oficio, los cuales inician con una denuncia, por la que cualquier persona pone en conocimiento del C. agente del Ministerio Público, hechos que son probablemente constitutivos de delito, y con esto la autoridad ministerial inicie la averiguación previa correspondiente y se aboque a la investigación de los hechos, hechos que al ser adecuados a la norma penal y deban ser perseguidos de oficio no se podrá otorgar el perdón por parte del denunciante o víctima del delito en virtud del bien jurídico tutelado por la ley y que los hacen de cierta forma graves por el interés de la sociedad.

Los delitos que se persiguen a petición de parte o querrela, los cuales inician cuando el ofendido en el delito pone en conocimiento de la autoridad ministerial, hechos probablemente constitutivos de un delito, pero que únicamente perjudican el interés personal del sujeto pasivo y en los cuales opera el perdón de la parte ofendida, trayendo como consecuencia la extinción de la acción penal.

De esta manera, el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal establece cuales son los delitos que se persiguen a petición de parte:

"Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

- I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- II. Difamación y calumnia; y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal."

Artículo que según puede apreciarse, establece que "...los demás que determine..." y ¿cuáles son esos delitos?, pues el propio Código Penal establecerá específicamente cuáles delitos se perseguirán a petición de parte y por exclusión aquellos en los que no se establezca que se persiguen por querrela, serán perseguidos de oficio por la autoridad competente.

Asimismo, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales establece quién es parte ofendida:

"Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas en el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las querrelas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de

Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.”

La parte ofendida es quien directamente resiente la acción desplegada por el sujeto activo del delito.

Asimismo, el artículo 276 del mismo ordenamiento legal, establece la forma en que pueden formularse las denuncias o querellas:

“Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición.”

En el Código Penal para el Distrito Federal vigente, el delito de abuso sexual se persigue por regla general por querella y de oficio cuando el delito se cometa a través de la violencia física o moral, según lo previene el artículo 176, párrafo segundo, situación que se tratará más adelante con mayor detenimiento, en virtud de ser el tema principal del presente trabajo, además de que como se ha establecido, el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos si es cometido a través de la violencia física o moral no opera el perdón de la parte ofendida, en virtud de ser un delito que se persigue de oficio, situación que se considera no muy viable e incongruente, en virtud de que generalmente las querellas presentadas por el sujeto pasivo son impulsadas por el enojo, celos, coraje, o algún otro sentimiento y que al pasó de muy poco tiempo, de las circunstancias y consecuencias jurídicas se arrepienten de su accionar;

incongruencia que se presenta respecto del delito de violación entre cónyuges o concubinos, en donde en el delito sí procede otorgar el perdón y que por la relevancia del hecho, del bien jurídico tutelado, de la magnitud del evento y de las consecuencias sociales y jurídicas que trae consigo es considerado por el legislador como un delito que se persiga a través de una querrela presentada por la parte ofendida, situación que se analizará con mayor detenimiento con posterioridad.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO, EL PROCESO Y EL JUICIO PENAL MEXICANO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

3.1 EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO.

Antes de comenzar a analizar el procedimiento penal en México, es conveniente establecer que es el procedimiento, y a este respecto Marco Antonio Chichino Lima refiere: "La palabra procedimiento deriva del verbo latino *procedo, is, essi, essum, dere* (de *pro*, adelante, y *cado* retirarse, moverse, marchar), por lo que la palabra procedimiento significa ir adelante."⁹²

Asimismo, el mismo autor define al procedimiento penal como:

"El conjunto de actos, diligencias, actuaciones, formalidades internas y solemnidades externas, que avanzan en una sucesión de un paso a otro, observando el orden y forma determinada por la ley, para conocer la verdad histórica e imponer una sanción penal al responsable de la comisión de un delito."⁹³

Este procedimiento penal se inicia de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando el agente del Ministerio Público tiene conocimiento de la probable comisión de un delito, lo cual se realizará mediante la presentación de una denuncia o querrela según sea el caso, posteriormente se realizará la investigación correspondiente y en caso de acreditarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado se

⁹² CHICHINO LIMA, Marco Antonio. *Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano*. Porrúa, México, 2000. p. 20.

⁹³ *Ibidem*. p. 19.

ejercita la acción penal a un juzgado penal y termina al momento que el órgano jurisdiccional emite una sentencia definitiva y esta causa ejecutoria, lo cual se estudiará con posterioridad.

Cabe hacer mención que puede darse el caso que exista el procedimiento sin que exista un proceso penal en virtud de que el órgano ministerial no ejercite la acción penal en contra del sujeto activo, en función de determinarse un no ejercicio de la acción penal, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales, el Código Penal y los lineamientos internos (Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, su reglamento, acuerdos emitidos por el C. Procurador), que la propia Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece en estos casos.

Dicha denuncia o querrela puede presentarse de manera escrita o verbal, ya que el Código de Procedimientos Penales, en este caso del Distrito Federal, autoriza dicha forma de expresión procedimental al establecer en su artículo 12:

“Las actuaciones del ramo penal podrán practicarse a toda hora y aun en los días feriados, sin necesidad de previa habilitación; se deberán escribir en máquina, a mano o por cualquier otro medio apropiado, y se expresará en cada una de ellas el día, mes y año en que se practiquen. Las fechas y cantidades se escribirán precisamente con letra y además con cifra.”

Asimismo, el artículo 30 del Código procedimental en comento, establece la forma de expresión verbal al establecer:

“Las promociones verbales de las partes durante el procedimiento, aun fuera del caso de que se hagan en las notificaciones, podrán realizarse ante los secretarios así como la ratificación de las que se hagan por escrito, cuando ésta se ordene...”

Para Marco Antonio Chichino Lima existen diversos fines del procedimiento penal mexicano, entre los que se encuentran:

"...los generales que son los que se refieren al procedimiento en general; y los particulares relativos a los diferentes períodos de preparación de la acción y del proceso jurisdiccional...dentro de los fines particulares se encuentran tres períodos, a saber:

...En el período de preparación de la acción penal (procedimental) penal. Período en el que se reúnen los datos necesarios para el ejercicio de la acción penal.

En el período de preparación del proceso. Aquí se comprueban los datos que sirven de base para el proceso, se acreditan los elementos del tipo penal respectivo, así como la probable responsabilidad del inculpado. En este período se realiza la averiguación judicial.

En el período del proceso se presentan las siguientes fases:

- a). Instrucción. Ilustra para que se pueda dictar sentencia;
- b). Preparación del juicio. Donde las partes deben precisar sus respectivas posiciones;
- c). De audiencia. En el que las partes deben hacerse oír por el órgano jurisdiccional;
- d). De sentencia. Pues se debe aplicar la ley al caso concreto."⁹⁴

Aunque hay algunos autores, que respecto al procedimiento, lo dividen en otros períodos, como Alberto González Blanco, quien sólo admite tres períodos:

"Averiguación previa, cuyo objeto consiste en preparar el ejercicio de la acción penal y, comprende desde la denuncia o querrela hasta la consignación. El de la preparación del proceso, que abarca desde el auto de radicación recaído a la

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 33-34.

consignación que debe dictarse dentro de las setenta y dos horas a partir de aquél, momento donde se resuelve sobre la situación jurídica del inculpado para los efectos del proceso. Y el proceso que comprende desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta la sentencia ejecutoriada que resuelve la relación procesal.⁹⁵

De igual manera, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que si bien es cierto no establece como tal los períodos del procedimiento, sí los menciona en su artículo 21 al establecer:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

De lo anterior, se puede concluir que el primer periodo del procedimiento es la averiguación previa, la cual se inicia cuando se hace del conocimiento del Ministerio Público hechos probablemente constitutivos de un delito.

El segundo período contenido en la Constitución es el de preparación del proceso o pre-proceso, el cual abarca desde la detención del indiciado o sujeto activo hasta la resolución de término constitucional con el auto de formal prisión y del proceso propiamente, el cual comienza cuando se dicta dicho auto de formal prisión, períodos que se encuentran insertos en el artículo 19 de dicho ordenamiento, el cual establece:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como

⁹⁵ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El procedimiento penal mexicano*. 4 ed., Porrúa, México, 1979. p. 37.

los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado...”

Asimismo, Marco Antonio Chichino Lima refiere que:

“Entre los fines generales encontramos a los mediatos: que son los que persiguen el procedimiento a través del Derecho Penal. Y los inmediatos, que persiguen el procedimiento con su carácter de procedimiento penal.

Los fines mediatos a su vez se dividen: en genéricos y específicos, los genéricos son perseguidos por el Derecho en general. Dentro de los genéricos, encontramos a los individualistas, que sirven al individuo por encima de todo; y los transindividualistas, que sirven a algo que se estima está por encima del individuo, como por ejemplo, la religión, la cultura, el Estado.

Los específicos son perseguidos por el Derecho; en cuanto al Derecho Penal fijan lo que no se debe hacer, con el propósito de realizar el fin genérico.

Dentro de los fines inmediatos también existen genéricos y específicos. Los genéricos de formal global persiguen con el procedimiento; aplicar la ley y sujetar la aplicación de la ley a un procedimiento especial y; los especiales, se persiguen con todos y cada uno de los actos del procedimiento, investigan y comprueban datos que la ley fija como condicionantes jurídicos.”⁹⁶

3.2 FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público es una Institución de vital importancia en nuestro país, al ser la autoridad que inicia la investigación de los delitos y en su momento el titular de la acción penal.

⁹⁶ CHICHINO LIMA, Marco Antonio. Ob. cit. pp. 34-35.

De esta manera el fundamento legal del Ministerio Público lo encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 21 al establecer:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.”

Así, dicho precepto constitucional establece que la atribución específica del Ministerio Público es la de investigar y perseguir los delitos. Y para el desempeño de sus funciones el Ministerio Público tiene sus auxiliares, que son la Policía Judicial, la cual se halla bajo su mando y los servicios periciales, mismos que emiten dictámenes sobre hechos que requieren de conocimientos especializados en determinadas ciencias, artes, técnicas, etc.

Otro fundamento legal de dicha Institución se encuentra contenido en el artículo 102 de la Constitución al establecer:

“A. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y

presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte; en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes.

El Procurador General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones.

La función de consejero jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley."

Pero tomando en consideración la organización territorial y política que rige el país, las leyes sustantivas, las leyes adjetivas, el sujeto que comete el delito, el mismo delito, se puede establecer que existen en nuestro país el Ministerio Público Federal, el Ministerio Público Militar, el Ministerio Público de cada una de las entidades del país, y el Ministerio Público del Distrito Federal, del cual se tratará en el presente trabajo, por ser materia del mismo.

El Ministerio Público, además de ser quien investiga los delitos, es el asesor jurídico o representante legal de la víctima u ofendido del ilícito, en virtud de la equidad procesal que debe existir entre las partes que intervienen en el proceso, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 constitucional que establece en la parte relativa:

"En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

B. De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal...”

Así puede decirse que el Ministerio Público es autoridad investigadora al momento de iniciar la averiguación previa y durante el desarrollo de la misma, asimismo esta función de autoridad se pierde al momento de desarrollarse un proceso penal en donde asume el carácter de parte procesal.

Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green refieren que el Ministerio Público:

“...tiene antecedentes en los funcionarios encargados de promover intereses patrimoniales de la corona; de aquí proviene la denominación de “fiscal”, que en los últimos años se ha utilizado...en México.

Se suele decir que el Ministerio Público nacional es el producto de elementos tomados del Derecho español y del clásico precedente francés, así como de datos propiamente mexicanos. Su función se vió afirmada y ampliada en la Constitución de 1917, que puso término a la investigación de oficio por parte del juez instructor. En el mensaje de Carranza ante el Congreso reunido en 1916, se entendió que esta función judicial acentuaba, inconvenientemente, los caracteres inquisitivos del enjuiciamiento. Esta fue una de las más destacadas aportaciones de la ley fundamental al sistema de enjuiciamiento penal que ha regido en nuestro país a lo largo del siglo XX.⁹⁷

De esta manera el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, al ser la única autoridad facultada en investigar delitos, la persecución de ellos y la

⁹⁷ ADATO GREEN, Victoria y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Prontuario del proceso penal mexicano*. 10ª ed., Porrúa, México, 2002. p. 27.

resolución final sobre el ejercicio o no de la acción penal en contra de los indiciados.

Fernando Arilla Bas refiere que la Institución del Ministerio Público tiene varias características:

a). La dependencia del Poder Ejecutivo (del Presidente de la República por lo que respecta a la Federación, a partir de la reforma del artículo 122 Constitucional (25 de octubre de 1993), en la cual se le otorga autonomía al Distrito Federal, el Ministerio Público depende del Jefe de Gobierno del Procurador General de Justicia (inciso b), fracción II), y de los Gobiernos de los Estados).

b). La unidad en el mando, a cargo del Procurador General de la República, del Procurador del Distrito Federal y de los Procuradores Generales de Justicia, dentro de los respectivos ámbitos de competencia constitucional. La pluralidad de funcionarios de la institución, constituye, sin embargo, una unidad orgánica.

c). La indivisibilidad de la función persecutora, de manera que cada uno de los funcionarios, de la institución representa a ésta y no obra, en modo alguno, en nombre propio.

d). La subordinación, tanto administrativa como funcional, de la policía judicial al Ministerio Público. Este goza de facultad para ordenar actos a la policía y de revocar o modificar los que ella hubiere realizado de propia iniciativa.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha convertido la exclusividad del Ministerio Público para ejercer la acción penal en un poder absoluto, sujeto únicamente a la voluntad del órgano...⁹⁸

Por lo que hace al Ministerio Público del Distrito Federal, además de las normas mencionadas con anterioridad, también encuentra fundamento legal en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la cual establece:

⁹⁸ ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*. 20ª ed., Porrúa, México, 2000. pp. 35-36.

"Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto organizar la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, este ordenamiento y las demás disposiciones aplicables.

Artículo 2. La Institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables:

- I. Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;
- II. Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;
- III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes;
- IV. Realizar estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de justicia;
- V. Las que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal;
- VI. Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho sistema;
- VII. Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia;

VIII. Proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos por el delito y facilitar su coadyuvancia;

IX. Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia, en los términos que los mismos señalen;

X. Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas, en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados al efecto, y

XI. Las demás que señalen otras disposiciones legales.”

Por lo que se puede concluir que el Ministerio Público es un órgano administrativo que depende directamente del Poder Ejecutivo, que el Ministerio Público es una unidad, considerada como una institución, que su función es la de perseguir los delitos, y que está auxiliada de diversos órganos como son la policía judicial y los servicios periciales, los cuales tienen funciones propias del cargo.

3.3 EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO.

Como se mencionó en el punto anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la persecución de los delitos, el ejercicio de la acción penal, la solicitud de las órdenes de aprehensión contra los indiciados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la plena responsabilidad de los inculpados, vigilar la legalidad de los juicios, son las funciones básicas del Ministerio Público.

Por lo que una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de hechos probablemente constitutivos de delito debe iniciar una averiguación previa en la que deberá investigar y acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los indiciados o sujetos pasivos. Y una vez acreditado lo anterior se deberá ejercer la acción penal, la cual es la función persecutora que desarrolla el Ministerio Público.

Dentro de la función persecutora del Ministerio Público existen dos clases de actividades a desarrollar:

“A) Actividad investigadora. La actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma.

De la actividad investigadora se puede predicar la calidad de pública, en virtud de que toda ella se orienta a la satisfacción de necesidades de carácter social.”⁹⁹

En esta actividad investigadora el Ministerio Público quien es la autoridad encargada del ejercicio de la acción penal, se allega de las pruebas necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculcados, y así estar en aptitud de solicitar en su momento la aplicación de la ley ante el Juez competente.

El autor Manuel Rivera Silva señala que existen diversos principios que rigen el desarrollo de la actividad investigadora, siendo estos los siguientes:

“1. La iniciación de la investigación, está regida por lo que bien podría llamarse principio de requisitos de iniciación, en cuanto no se deja a la iniciativa

⁹⁹ RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento penal*. 33ª ed., Porrúa, México, 2003. p. 41-42.

del órgano investigador el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la ley.

2. La actividad investigadora está regida por el principio de la oficiosidad. Para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado.

3. La investigación está sometida al principio de la legalidad. Si bien es cierto que el órgano investigador de oficio practica su averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación.”¹⁰⁰

De esta manera, el Ministerio Público al realizar su actividad investigadora, para allegarse de pruebas que permitan tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los indiciados, deberá atender a los principios antes mencionados, y para ello deberá iniciar dicha investigación reuniendo los requisitos que la misma ley establece para ello, de oficio deberá realizar la misma respetando los lineamientos legales que la ley contempla para cada caso.

La segunda actividad a desarrollar dentro de la función persecutora del Ministerio es el ejercicio de la acción penal contra el sujeto activo, y para ello el autor Manuel Rivera Silva refiere lo siguiente:

“B) Ejercicio de la acción penal. La segunda actividad que abraza la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de la acción penal... el Estado, como representante de la sociedad organizada vela por la armonía social, lógico resulta concederle autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad, es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso para de ésta

¹⁰⁰ *Idem.*

manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley.¹⁰¹

Agotada la averiguación y cerciorado el órgano encargado de ella, es decir el Ministerio Público, de la existencia de una conducta típica y, de la imputación que de la misma se puede hacer, se presenta el momento culminante de la preparación del ejercicio de la acción penal, cuya etapa del procedimiento es oportuno denominarle acción procedimental penal, la cual se ejercita ante el órgano jurisdiccional mediante la consignación, momento éste donde termina la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal.

De esta manera, las funciones del Ministerio Público dentro del procedimiento culminan con el ejercicio de la acción penal dentro de la averiguación previa, con la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo.

Cabe hacer mención que existe lo que los doctrinarios denominan la acción procesal penal que inicia con la consignación de la averiguación previa ante el órgano jurisdiccional y culmina cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones, a diferencia de la acción penal que es la consignación de la indagatoria ante el Juez para excitarlo a que aplique la ley.¹⁰²

3.4 AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.4.1 NOCIONES GENERALES DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como se ha señalado con anterioridad, la averiguación previa es la etapa en la que el Ministerio Público realiza diligencias de investigación de hechos probablemente constitutivos de delito, ya sea para acreditar el cuerpo del delito y

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Ibidem.* p. 45.

la probable responsabilidad del indiciado, en donde se prepara la acción penal y se inicia con la presentación de una denuncia o querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal, mediante la consignación de una persona o en su caso para determinar un no ejercicio de la acción penal, según sea el resultado de dicha investigación.

Esta averiguación previa se ve materializada en un expediente, en el cual una vez que se hace del conocimiento del Ministerio Público la posible comisión de un delito, da inicio a la misma con un acuerdo de inicio de averiguación previa, en donde se ordena la práctica de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos a investigar.

El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común, tal y como lo establece el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Al iniciar la averiguación previa, el Ministerio Público y/o la policía judicial, se trasladarán al lugar de los hechos para preservar el mismo.

Una vez iniciada la averiguación previa, se recabarán las declaraciones necesarias, dictámenes correspondientes, mismos que se agregarán a la misma, se realizarán las diligencias correspondientes, según se verá más adelante y se concluye con un acuerdo final que puede ser de consignación o de no ejercicio de la acción penal.

Cabe hacer mención que una vez que se inicia una averiguación previa con detenido, la cual procede de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14, 16, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 122, 267, 268 y 268 Bis del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de

ejecutarlo, encontrándonos frente a la figura jurídica de la flagrancia; cuando la persona es 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 delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito, en donde opera la figura de la flagrancia equiparada razón por la cual, el Ministerio Público tiene cuarenta y ocho horas para determinar su situación jurídica en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Asimismo, este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada. Y si se requiriera mayor tiempo para la integración de la averiguación previa, el Ministerio Público deberá determinar la libertad del indiciado sin perjuicio de que continúe con la investigación de los hechos sin detenido y tiempo después ejercite la acción penal correspondiente o en su caso determine el no ejercicio de la acción penal.

De igual manera, una vez que se da inicio a la indagatoria sin detenido, esta procede de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14, 16, y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 122, 132, 133, 271 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando la persona no es detenida en el momento de estar cometiendo el delito, cuando no se trate de un delito grave así calificado por la ley, cuando el delito sea considerado como grave pero que en el término establecido por la ley es decir de cuarenta y ocho horas, no se tenga por acreditado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado y el Ministerio Público requiera mayor tiempo para la integración de la averiguación previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 268 Bis del Código Procesal Penal del Distrito Federal, por lo que una vez que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad se ejercita la acción penal correspondiente, solicitando al órgano jurisdiccional el libramiento del

mandamiento judicial correspondiente, ya sea orden de aprehensión, presentación o comparecencia según sea el caso, o en su momento el Ministerio Público determine el no ejercicio de la acción penal.

Asimismo, el titular de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha expedido diversos acuerdos con carácter de obligatorios para el personal que labora para la institución, en donde se establece el tiempo en el cual se deberán determinar las averiguaciones previas, como ejemplo cabe mencionar el Acuerdo A/003/99, que en su artículo 94 establece que las averiguaciones previas con detenido se integrarán y determinarán de conformidad con el término establecido en el artículo 16 de la Constitución, y toda averiguación radicada en unidad de investigación sin detenido, con competencia genérica, deberá integrarse y determinarse en un término no mayor de 60 días desde su inicio y las averiguaciones previas radicadas en unidades de investigación sin detenido y competencia especializada se integrarán y determinarán en el tiempo requerido por el Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las características particulares de la especialidad, la naturaleza del trabajo consecuente y tomando en cuenta las equivalencias que se establezcan en relación con las averiguaciones.

3.4.2 CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

Al respecto, los estudiosos del Derecho han realizado diversas definiciones o conceptos de lo que es la averiguación previa, en donde algunos establecen que es una etapa pre-procesal es decir previa al proceso y otros que refieren que únicamente es una etapa de investigación en donde el Ministerio Público se allega de elementos de prueba para ejercitar en su momento la acción penal en contra de una persona o en su caso determinar el no ejercicio de la acción penal, de esta manera Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green refieren que la averiguación previa:

“Es la primera etapa del procedimiento penal. Vendrán luego, en el proceso de conocimiento, la instrucción y el juicio, y finalmente —en concepto de cierto sector de la doctrina— la ejecución de la pena. La averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de hechos que revelen la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.”¹⁰³

Por lo que la averiguación previa es el primer paso del procedimiento penal, mediante el cual se hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos posiblemente constitutivos de delito.

Guillermo Colín Sánchez con relación a la averiguación previa señala que:

“La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.”¹⁰⁴

Jesús Quintana Valtierra y Alfonso Cabrera Morales establecen que:

“La acción penal da vida al proceso y, para que pueda ser ejercitada, es indispensable prepararla durante la etapa llamada averiguación previa.

Esto es, satisfechos los requisitos legales a que se ha hecho referencia, el Ministerio Público estará en posibilidad de ejercitar acción y provocar con ello la actividad jurisdiccional, es decir a partir de ese momento se iniciarán los actos persecutorios que tienen lugar en el periodo instructorio y, durante el juicio, la

¹⁰³ ADATO GREEN, Victoria y Sergio GARCÍA RAMÍREZ. Ob. cit. p. 31.

¹⁰⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. 11ª ed., Porrúa, México, 1989. p. 211.

acción penal obliga concretamente a que se realicen los actos de acusación, defensa y fallo.¹⁰⁵

Una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de hechos constitutivos de delito, practica las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y en su momento realiza la determinación en la que ejercita acción penal en contra del indiciado o en su caso determinar el no ejercicio de la acción penal.

César Augusto Osorio y Nieto refiere al respecto que:

“El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal, el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado de la policía judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación da inicio a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica por el ejercicio o abstención de la acción penal. No necesariamente ejercitar la acción penal.

Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. *Manual de procedimientos penales*. 2ª ed., Trillas, México, 1998. pp. 34-35.

¹⁰⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto. *La averiguación previa*. 2ª ed., Porrúa, México, 1998. p. 3.

De esta manera, se puede concluir que la facultad para el inicio de la averiguación previa es exclusiva del Ministerio Público, la cual es la investigación de los hechos probablemente constitutivos de delito, mediante la práctica de diversas diligencias y que culminan con el ejercicio de la acción penal, si de esos datos recabados resulta comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona, o en su caso determinar el no ejercicio de la acción penal.

3.4.3 PROCEDIMIENTO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, la averiguación previa inicia al ponerse del conocimiento del Ministerio Público hechos probablemente constitutivos de un delito, asimismo este conocimiento de hechos se realiza mediante la presentación de una denuncia o querrela. De esta manera, el artículo 9 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece el inicio de la averiguación previa:

***ARTICULO 9 Bis.** Desde el inicio de la averiguación el Ministerio Público tendrá la obligación de:

- I. Hacer cesar, cuando sea posible, las consecuencias del delito;
- II. Recibir la declaración escrita o verbal correspondiente e iniciar la averiguación del caso, en los términos de este Código, de conformidad con los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y eficacia;
- III. Informar a los denunciantes o querellantes sobre su derecho a ratificar la denuncia o querrela en el mismo acto y a recibir su ratificación inmediatamente, o a recibirla dentro de las 24 horas siguientes, cuando se identifiquen debidamente y no exista impedimento legal para ello, tiempo en el cual los denunciantes o querellantes deberán acreditar plenamente su identidad, salvo que no residan en

la ciudad o exista algún impedimento material que deberá ser razonado por el Ministerio Público;

IV. Iniciar e integrar la averiguación previa correspondiente cuando así proceda;

V. Practicar las diligencias inmediatas procedentes cuando de las declaraciones se desprendan indicios de la comisión de conductas delictivas;

VI. Expedir gratuitamente, a solicitud de los denunciados o querellantes, copia simple de su declaración o copia certificada en términos de lo previsto por este Código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

VII. Trasladarse al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas afectadas por el acto delictuoso, y a tomar los datos de las personas que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, y citándolas en caso contrario para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración, y a realizar todas las diligencias inmediatas a que hace referencia este Código y las demás conducentes para la integración debida de la averiguación;

VIII. Asegurar que los denunciados, querellantes u ofendidos precisen en sus declaraciones los hechos motivos de la denuncia o querrela y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron;

IX. Proponer el no ejercicio de la acción penal cuando de las declaraciones iniciales y de los elementos aportados no se desprenda la comisión de conductas delictivas o elemento alguno para su investigación;

X. Solicitar al denunciado o querellante que aporte los datos necesarios para precisar la identidad del probable responsable y dar de inmediato intervención a peritos para la elaboración de la media filiación y el retrato hablado;

XI. Dar intervención a la policía judicial con el fin de localizar testigos que aporten los datos para identificar al probable responsable, así como datos relacionados con la comisión de los hechos delictivos;

XII. Programar y desarrollar la investigación, absteniéndose de diligencias contradictorias, innecesarias, irrelevantes o inconducentes para la eficacia de la indagatoria;

XIII. Expedir y fechar de inmediato los citatorios o comparecencias ulteriores, de denunciante, querellante, testigos, probables responsables, o de cualquier compareciente, ante el Ministerio Público, de acuerdo con el desarrollo expedito, oportuno y eficaz de la indagatoria, siendo responsables los agentes del Ministerio Público que requieran las comparecencias y sus auxiliares, de que se desahoguen con puntualidad y de conformidad con la estrategia de investigación correspondiente.

XIV. Solicitar la reparación del daño en los términos de este Código; e

XV. Informar a la víctima o, en su caso, a su representante legal, sobre el significado y la trascendencia del otorgamiento del perdón cuando decidan otorgarlo.”

Por lo que de la lectura de dicho precepto legal se establece la obligación que tiene del Ministerio Público una vez que se le han hecho de su conocimiento posibles actos constitutivos de un delito; de esta manera una vez que se presente el cónyuge o concubino para hacer del conocimiento del Ministerio Público la conducta desplegada por el sujeto activo deberá recibir la declaración del mismo, iniciar la averiguación previa correspondiente y practicar las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Otro fundamento del inicio de la averiguación previa lo tenemos establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el cual establece:

“La Institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables:

I. Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal...”

El artículo 3 del ordenamiento citado establece:

“Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley respecto de la averiguación previa, comprenden:

I. Recibir denuncias o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

II. Investigar los delitos del orden común con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, y otras autoridades competentes, tanto federales como de las entidades federativas, en los términos de los convenios de colaboración;

III. Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad que corresponda, así como para la reparación de los daños y perjuicios causados...”

Asimismo, el artículo 8 del Reglamento de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece:

“Las atribuciones a que hace referencia el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto a la averiguación previa, se ejercerán conforme a las bases siguientes:

I. Iniciar la averiguación previa correspondiente, establecer la fecha y hora de inicio, nombre del agente del Ministerio Público y el secretario que la inicia, datos del denunciante o querellante y los probables delitos por los que se inicia;

II. Recibir la declaración verbal o escrita de los denunciados o querellantes y, en su caso, de los testigos, y que conste la circunstancia fundamental de tiempo, modo y lugar de los hechos, datos generales y, en su caso, la media filiación del indiciado o probable responsable;

III. Acordar de inmediato la consulta sobre antecedentes de indiciados o probables responsables, denunciados o querellantes, víctimas y testigos, razonando el resultado de la consulta;

IV. Programar la investigación a seguir con el secretario y los agentes de la Policía Judicial y, en su caso, con los peritos puntualizando y calendarizando las diligencias ministeriales, policiales y periciales necesarias, absteniéndose de

diligencias contradictorias, innecesarias, irrelevantes o inconducentes para la eficacia de la indagatoria;

V. Expedir gratuitamente copia simple, a solicitud del denunciante o querellante, o copia certificada en términos del Código Financiero aplicable;

VI. Informar al denunciante o querellante sobre su derecho a ratificar su denuncia o querrela en el mismo acto o recibirla dentro de las veinticuatro horas siguientes, y

VII. Adoptar las medidas necesarias, en acuerdo con sus auxiliares, para la preservación del lugar de los hechos, búsqueda, ubicación y presentación de testigos.”

De los anteriores preceptos legales mencionados, se desprende el inicio de la averiguación previa, las bases y requisitos a observar por parte del Ministerio Público en ejercicio de sus funciones. Situaciones de carácter general que operan para todos delitos, incluyendo el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges.

3.4.3.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

El presente trabajo se refiere al requisito de procedibilidad respecto al delito de abuso sexual, por lo cual es necesario definir primeramente qué es el REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD; de esta manera el autor Aarón Hernández López refiere que:

“Se denominan requisitos de procedibilidad, los que son menester para que se inicie el procedimiento, tal es el caso de la querrela y de la denuncia, pero también se consideran dentro de estos requisitos la excitativa, que consiste en la solicitud que hace un país extranjero para que se persiga al que ha injuriado a dicha nación y por último la autorización, que es el permiso concedido a una

autoridad, para que se pueda proceder en contra de algún funcionario que la misma ley señala por la comisión de un delito de orden común”¹⁰⁷

Por lo que hace a los requisitos de procedibilidad, el fundamento legal se encuentra en lo establecido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

De esta manera, el propio precepto legal anteriormente citado, establece que para que pueda librarse una orden de aprehensión por la autoridad judicial en contra de una persona, deberá tenerse por hecha una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo, requisito sin el cual no se podrá ejercer la acción penal por parte del Ministerio Público.

3.4.3.1.1 DENUNCIA.

Como ha quedado precisado en el punto anterior, la denuncia es un requisito de procedibilidad que el Ministerio Público requiere para el ejercicio de la acción penal.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *Los delitos de querrela en el fuero común, federal y militar*. Porrúa, México, 1998. p. 20.

En ese sentido, Fernando Arilla Bas define a la denuncia como:

"La relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público...el período de averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querrela y que, por lo tanto, dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas. En consecuencia, todas las autoridades que ejecuten funciones de Policía Judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán aquellos que les han sido denunciados o querrelados."¹⁰⁸

Aarón Hernández López la define como:

"Es la acusación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio."¹⁰⁹

De la anterior definición se puede concluir que la denuncia es una relación de hechos constitutivos de delito, mismos que deberán ponerse del conocimiento del Ministerio Público y que como requisito de procedibilidad es indispensable para que dicha autoridad pueda iniciar la investigación de los hechos y la determinación en su momento procesal oportuno, que en caso de ejercitarse la acción penal es requisito fundamental para que la autoridad judicial una vez que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado libre la orden de aprehensión correspondiente.

Al respecto, Marco Antonio Díaz de León define a la denuncia como:

"Noticia que de palabra o por escrito se da al Ministerio Público o a la policía judicial de haberse cometido un delito perseguible de oficio."¹¹⁰

¹⁰⁸ ARILLA BAS, Fernando. Ob. cit. pp. 66-67.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Ob. cit. p. 23.

¹¹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de derecho procesal penal*: T. I, 4ª ed., Porrúa, México, 2000. p. 646.

Asimismo, cabe hacer mención que dicha denuncia es recibida por el Ministerio Público y en tratándose de delitos que se persigan de oficio (mismos que el propio Código Penal para el Distrito Federal señala), se presenta una denuncia de manera formal en contra del indiciado.

Así, en tratándose del delito de abuso sexual regulado en el Código Penal para el Distrito Federal, establece:

"Artículo 176. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciere uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concorra violencia."

De esta manera, como se señaló con anterioridad, el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal establece cuales son los delitos que se persiguen a petición de parte, a saber:

"Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

- I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- II. Difamación y calumnia; y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal."

Artículo que según puede apreciarse, establece que "...los demás que determine..." y esos delitos, el propio Código Penal establecerá específicamente cuales se perseguirán a petición de parte y por exclusión aquellos en lo que no se establezca que se persiguen por querrela, serán perseguidos de oficio por la autoridad competente y en los cuales se requiere la presentación de la denuncia. Situación de la cual se desprende que el delito a estudio se persigue por querrela

mediante la querrela presentada por la parte ofendida y salvo que concurra violencia se perseguirá de oficio mediante la presentación de una denuncia.

En este sentido, en la práctica la mayoría de las veces dicho delito es cometido a través de la violencia tanto física (por ejemplo mediante algún apretón que en algunas ocasiones lesiona a la víctima) como moral, y que traería como consecuencia que el delito se persiga de oficio y en el cual no proceda el perdón por parte de la ofendida.

Sergio García Ramírez refiere que: "El denunciante es un transmisor o comunicador de conocimientos; es quien participa a la autoridad la noticia que tiene sobre la existencia de un hecho probablemente delictivo. Ahora bien, en principio resulta facultativo el ser o no denunciante. Este actúa sólo en delitos cuya persecución se lleva a cabo de oficio. Empero, para resolver el problema concerniente al carácter facultativo u obligatorio de la constitución del denunciante es preciso tomar nota que el artículo 116 del Cf (sic), dispone que quien tenga conocimiento de un delito perseguible de oficio debe denunciarlo al M.P. o a cualquier funcionario en caso de urgencia. Denunciante puede serlo cualquier persona, independientemente de su condición y circunstancias, y al margen, inclusive, de la intervención que haya tenido en los hechos delictivos, a título de ofendido, o del conocimiento inmediato que de éstos posea, en calidad de testigo."¹¹¹

Por lo que la denuncia puede presentarla cualquier persona que tenga conocimiento de hechos posiblemente constitutivos de delito y en donde la propia ley señale que el delito es perseguible de oficio y la querrela únicamente puede presentarla quien directamente siente una afectación al bien jurídico tutelado por la ley.

¹¹¹ GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*. 5ª ed., Porrúa, México, 1989. pp. 277-278.

3.4.3.1.2 QUERELLA.

Respecto al presente punto, se considera conveniente observar algunas definiciones de lo que es la querella.

El autor antes mencionado, Fernando Arilla Bas, define a la querella como:

“La querella es, como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.”¹¹²

La querella en este sentido es una relación de hechos posiblemente constitutivos de delito, presentada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, o por quien resiente la acción, pero con la voluntad de que se persigan dichos actos.

El doctor Sergio García Ramírez refiere lo siguiente en cuanto hace a la querella:

“A diferencia de los delitos perseguibles de oficio, que pueden ser denunciados por cualquiera, los sancionables a instancia de parte sólo pueden serlo si el querellante satisface el requisito de procedibilidad que la ley ha puesto en sus manos. Por la misma virtud, sólo ciertas personas pueden actuar en un procedimiento a título de querellantes.”¹¹³

El mismo autor anteriormente mencionado junto con la autora Victoria Adato Green establecen:

“En derecho comparado, la voz querella posee una doble acepción: como sinónimo de acción cuyo ejercicio compete a los particulares y como simple requisito de procedibilidad. En México, donde ha prevalecido el monopolio

¹¹² ARILLA BAS, Fernando. Ob. cit. p. 68.

¹¹³ GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*. Ob. cit. p. 279.

acusador del Ministerio Público –que subsiste en lo que respecta al sujeto facultado para ejercitar la acción penal–, la querrela es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal. Este requisito se plantea en el caso de los delitos para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público.”¹¹⁴

Aarón Hernández López define a la querrela como:

“Una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo, o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.”¹¹⁵

De las anteriores definiciones y consideraciones se desprende que la querrela al igual que la denuncia es la manifestación de hechos posiblemente constitutivos de delito ante la autoridad ministerial, pero con la salvedad que la querrela únicamente puede presentarla quien esté legitimado para ello, en donde predomina el interés particular y que como requisito de procedibilidad es indispensable para que el Ministerio Público en su momento y una vez que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado pueda ejercitar la acción penal correspondiente. Además cabe hacer mención que en tratándose de delitos que se persiguen por querrela, en estos procede el perdón de la parte ofendida y de igual manera sólo podrá realizarla quien esté legitimado para ello.

Por lo que, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece quien puede formular la querrela:

¹¹⁴ ADATO GREEN, Victoria y GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit. pp. 35-36.

¹¹⁵ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Ob. cit. p. 24.

“Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas prevista en el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.”

Asimismo, la querrela puede presentarse de manera verbal mediante la comparecencia que se realice ante el Ministerio Público o por escrito presentado por el propio ofendido, según lo previene el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales:

“Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición.”

En el Código Penal para el Distrito Federal vigente, el delito de abuso sexual materia del presente estudio, se persigue por querrela, salvo que el delito se cometa a través de la violencia física o moral, caso el que se perseguirá de oficio, según lo previene el artículo 176, párrafo segundo; así el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos si es cometido a través de la violencia física o moral (que es en la mayoría de los casos), no opera el perdón de la parte ofendida, en virtud de ser un delito que se persigue de oficio, situación que se considera no muy viable, además de ser incongruente, en virtud de que generalmente las querellas presentadas por el sujeto pasivo son impulsadas por el enojo, celos, coraje, o algún otro sentimiento y que al pasó de muy poco tiempo, de las circunstancias y consecuencias jurídicas se arrepiente de su accionar; incongruencia que se presenta respecto del delito de violación entre cónyuges o concubinos, en donde en el delito sí procede otorgar el perdón y que por la relevancia del hecho, del bien jurídico tutelado, de la magnitud del evento y de las consecuencias sociales y jurídicas que trae consigo es considerado por el legislador como un delito que se persiga a través de una querrela presentada por la parte ofendida.

Existen diversas causas de extinción de la acción penal por lo que hace al delito de abuso sexual, entre las que se encuentran el perdón que otorga el ofendido, tal y como lo establece el artículo 100 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, siempre y cuando el delito no se cometa con violencia física o moral ya que en este caso estaríamos en presencia de un delito perseguible de oficio y en el cual no procedería el perdón y el sujeto tendría que estar preso en un reclusorio preventivo mientras se le sigue un proceso penal, a saber:

“ARTÍCULO 100 (Extinción por perdón del ofendido). El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya

causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.

Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querrela. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.”

De esta manera, en el delito de abuso sexual opera el perdón de la parte ofendida siempre y cuando el delito no se cometa con violencia física o moral, situación en donde el ilícito se persigue de oficio y que traería como consecuencia que no se pueda otorgar el perdón y el sujeto activo se encuentre interno en un reclusorio preventivo durante el proceso penal seguido por ser un delito considerado como grave por la ley y en la práctica el delito normalmente es cometido a través de estos medios.

3.4.3.2 DILIGENCIAS BÁSICAS.

Por lo que hace al delito de abuso sexual, en la práctica se realizan diversas diligencias, con el fin de integrar la averiguación previa, mismas de las que se tiene conocimiento, en virtud de tener experiencia por haber estado adscrito a una unidad investigadora del Ministerio Público sin detenido, diligencias entre las que se encuentran:

1. Recabar la denuncia o querrela según corresponda por parte de la persona ofendida.

2. Solicitar al médico legista que examine a la víctima y dictamine sobre su edad clínica probable, estado de integridad física o lesiones que presente. En caso de que se trate de personas que no tengan capacidad de comprender el significado de los hechos constitutivos de delito, dar intervención a perito psiquiatra, a efecto de que determine sobre el estado mental del sujeto pasivo.

3. Dar intervención a perito psicólogo, a efecto de que emita dictamen sobre los presentes hechos, brindándole la ayuda psicológica necesaria.

4. Agregar a la averiguación previa los dictámenes médicos anteriormente señalados y dar fe de los mismos.

5. Dar fe ministerial de ropas del pasivo y en su caso fijarlos con fotografías, si en ellos se encuentran huellas o indicios de la conducta realizada por el sujeto activo, y en caso de que se encuentren fluidos dar intervención a peritos en materia de química para que se determine la procedencia de los mismos y su comparación en su momento.

6. Recabar la declaración de los posibles testigos de los hechos.

7. Recabar la declaración del probable responsable.

8. Dar intervención a la Policía Judicial, a efecto de que se aboquen a la investigación de los hechos.

9. Realizar la inspección ministerial en el lugar de los hechos, en compañía de peritos fotógrafos, criminalistas o los que se determine en su momento y dependiendo de cada caso en particular.

Las diligencias anteriormente mencionadas, se consideran son básicas para la integración de la averiguación previa en tratándose del delito de abuso sexual, aunque no obligatorias y dependerán de diversos factores, entre los que se encuentran la forma en que sucedieron los hechos, si se cuenta con el probable responsable, si se preservó el lugar de los hechos, etc.

3.4.3.3 DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, una vez que da inicio a la averiguación previa y después de haber desahogado las diligencias pertinentes y aplicables al caso concreto, deberá determinar la misma, mediante un acuerdo, el que deberá estar debidamente fundado y motivado en el cual se resolverá el ejercicio de la acción penal, el no ejercicio de la acción penal o la incompetencia, según se tratará en los siguientes puntos.

3.4.3.3.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Como se ha manifestado con anterioridad, el monopolio de la acción penal es exclusivo del Ministerio Público, el cual una vez que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional y el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo, ejercita acción penal en contra de este ya sea con detenido o sin detenido según sea el caso, mediante lo que se denomina consignación, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional aplique las sanciones establecidas en la ley.

Para el caso de que el Ministerio Público realice una consignación con detenido, cuando el sujeto activo del delito sea puesto a disposición por delito flagrante o caso urgente, casos en el cual el Ministerio Público cuenta con un término de 48 horas a partir de que le es puesto a disposición, para ponerlo a disposición de la autoridad judicial correspondiente o determinar su libertad por falta de elementos bajo las reservas de ley, o en su caso cuando el delito cometido no sea considerado como grave por la ley y tenga el beneficio de la libertad bajo caución y el detenido no adopte este derecho, plazo que podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, en términos de lo dispuesto por el artículo 268 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Si el ejercicio de la acción penal se realiza sin detenido en virtud de que no existe delito flagrante, no existe caso urgente, o por el delito cometido se tiene el derecho de libertad, el Ministerio Público una vez que ha acreditado los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, ejercerá la acción penal en contra del sujeto activo solicitando a la autoridad judicial la correspondiente orden de aprehensión o comparecencia en contra del indiciado, según sea el caso en concreto.

Esta facultad del Ministerio Público, encuentra su fundamento legal en lo dispuesto por los artículos 21 constitucional, 2º, 3º, 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2º, 3º y 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 10, 11 y 12 del Reglamento interno de dicha Institución, artículo 59 del Acuerdo A/003/99 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal

Esta determinación de ejercicio de la acción penal, en términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es formulada como pliego de consignación por el Ministerio Público de conformidad con los siguientes requisitos, que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su reglamento establece:

I. Estará fundada en la referencia a la denominación de los delitos de que se trate, los artículos correspondientes de las leyes penales aplicables y a las conductas, sean acciones u omisiones, previstas en dichos artículos.

II. Estará motivada en la relación y descripción de los hechos, materia de la averiguación, precisando las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la comisión de los delitos respectivos; en la participación de los probables responsables; en los elementos probatorios que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; y en la adecuación de las acciones y omisiones previstas por la ley como delito.

III. Relacionará las pruebas que obren en el expediente de la averiguación.

IV. Precisará, en su caso, la continuación de la averiguación con el desglose correspondiente y los puntos petitorios conducentes a las determinaciones que del juez se solicitan; la reparación del daño y el destino legal de los objetos relacionados con la averiguación previa.

Asimismo, dicho pliego de consignación deberá ser con acuerdo del responsable de agencia, con la notificación a los titulares de las fiscalías de investigación y de procesos correspondientes, en cuyo caso el titular de la unidad de procesos efectuará materialmente la consignación ante el tribunal. El Ministerio Público pondrá a disposición del juez que corresponda a las personas detenidas, en el reclusorio respectivo y los bienes que procedan, y el agente del Ministerio Público adscrito a procesos será responsable de aportar y desahogar las pruebas ulteriores en el proceso, tal y como se verá más adelante.

3.4.3.3.2 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

El no ejercicio de la acción penal es otra determinación del Ministerio Público, lo cual significa que existe alguna imposibilidad para ejercitar acción penal en contra del sujeto activo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9 bis fracción IX, 1°, 2°, 3° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 10, 13, 18 del Reglamento Interno de la misma, 58, 60 a 79 del acuerdo A/003/99 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal y se actualiza cuando se de alguna de las hipótesis siguientes:

I. Cuando no exista querrela del ofendido o de su representante legal, o no exista legitimación para presentarla, si se trata de un delito que deba perseguirse a petición del ofendido.

II. Cuando los hechos que motiven la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito.

III. Cuando en la averiguación previa no sea determinable la identidad del probable responsable.

IV. Cuando los medios de prueba desahogados en la averiguación sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

V. Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito.

VI. Cuando se haya extinguido la acción penal en términos de ley, sea por muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido o prescripción.

VII. Cuando exista previamente dictada una sentencia definitiva o resolución de sobreseimiento judicial que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado.

Dicha determinación de no ejercicio de la acción penal se notificará al denunciante, querellante u ofendido, el cual tendrá derecho a inconformarse, expresando las razones por las cuales la estima improcedente, en un término de 10 días hábiles contados a partir de su notificación para lo cual se ordenará la extracción de la averiguación previa del archivo por ser procedente su perfeccionamiento, o en su caso cuando se supere el obstáculo que impide la determinación de la averiguación, la cual será reabierto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 64 y 68 del Acuerdo A/003/99 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Por lo que hace a la determinación de incompetencia, cabe hacer mención que esta es la falta de atribuciones en la misma ley para conocer de los hechos en donde el Ministerio Público en este caso del Distrito Federal, en cuanto advierta que los hechos puestos en su conocimiento son de competencia federal, o de la competencia de las entidades federativas, dará vista al Ministerio Público Federal, o al Ministerio Público de la entidad correspondiente y remitirá las actuaciones del caso, dejando el desglose procedente para investigar los delitos de la competencia del representante social del Distrito Federal, y cuando una unidad de investigación tenga conocimiento de una conducta posiblemente constitutiva de delito de la competencia, territorio, materia o monto, de una agencia distinta, notificará de

inmediato a su superior jerárquico, el cual, a su vez, notificará de inmediato a la agencia y fiscalía competentes, recibirá la declaración que desee formular el denunciante o querellante y, en su caso, practicará las diligencias iniciales y remitirá la averiguación previa a la agencia desconcentrada o a la fiscalía respectiva.

Por lo que de esta manera, tenemos que la incompetencia puede ser por territorio, materia o monto y tiene su fundamento legal en lo dispuesto por los artículos 16, 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 6 y 14 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como el artículo 75 del Acuerdo A/003/99 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

3.5 EL PROCESO PENAL EN MÉXICO.

El proceso "...es un conjunto de actos procesales, ligados entre sí como una relación jurídica, por virtud del cual el Estado otorga su jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su decisión..."¹¹⁶

Así, el proceso es un todo y el procedimiento es una parte del proceso, diferenciándose el proceso del procedimiento en que el proceso tiene como fin la decisión de algún conflicto mediante una resolución.

3.6 EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL.

El Ministerio Público de ser autoridad investigadora en la etapa de averiguación previa, se vuelve parte en la etapa de pre instrucción e instrucción ante la autoridad jurisdiccional, como representante social, informando a la víctima

¹¹⁶ *Nuevo Diccionario de derecho penal*. 2ª ed., Librería Malej, México, 2004. p. 821.

de los derechos que en su favor establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, informándolo del desarrollo del proceso, a recibir los datos o elementos de prueba con los que cuente el ofendido, a solicitar la reparación del daño, procedimiento en donde tiene que reforzar lo realizado por su homólogo en la etapa investigadora para acreditar plenamente la responsabilidad penal del sujeto activo.

Además de las funciones anteriormente mencionadas como parte ante la autoridad jurisdiccional, el Ministerio Público cumple la función de órgano acusador y lo es precisamente en el momento de presentar las conclusiones en las que solicitará al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto o la libertad del procesado, ya sea porque el delito no haya existido, porque no sea imputable al procesado o porque existe en su favor alguna causa de exclusión del delito.

De esta manera, el Ministerio Público ante la autoridad judicial es parte como representante social de la víctima u ofendido y es un órgano acusador en el momento de presentar sus conclusiones.

3.6.1 EL PROCEDIMIENTO EN LA PREPARACIÓN DEL PROCESO O PRE-INSTRUCCIÓN.

Los doctrinarios han dividido el procedimiento penal en diversas etapas, por lo que se comparte el criterio de las etapas que a continuación se señalan.

Dicha etapa inicia con el auto de radicación de la averiguación previa en un juzgado penal y que culmina propiamente con el auto de término constitucional, el cual puede ser de formal prisión, de libertad por falta de elementos para procesar o de sujeción a proceso.

De esta manera, el Ministerio Público investigador, una vez que realiza las diligencias necesarias y se tiene por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado consigna el expediente a un juzgado penal, en este caso del Distrito Federal, el cual en tratándose de una consignación con detenido el juez de la causa radica el expediente, es decir en este auto se le asigna un número de partida, se ordena registrar en el libro de gobierno que se lleva en el juzgado y se le notifica al Ministerio Público sobre dicha radicación.

Si la averiguación previa es consignada con detenido una vez que se radica la causa, el juez deberá ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley del inculpado, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 constitucional y el 268 Bis del Código Procesal de la materia. Posteriormente si es el caso que se ratifique de legal la detención se ordenará tomar la declaración preparatoria del inculpado, y el término que tiene el juez de la causa será de 48 horas a partir de que le es puesto a disposición el indiciado, según lo establece el artículo 287 del Código en comento, por lo que se le informará de los derechos que el artículo 20 de la Constitución Política le otorga en su favor:

I. Si el delito no es considerado como grave por la ley se le hará saber que tiene el derecho a la libertad provisional bajo caución. En el delito a estudio, el abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos es considerado como grave por la ley cuando es cometido por medio de la violencia física o moral o en caso de que no se cometa por este medio cuando la víctima se encuentre a bordo de un vehículo particular o de servicio público, casos en los que no se permite la libertad provisional bajo caución.

II. Que tiene derecho a declarar o no hacerlo.

III. Hacerle saber el nombre y hechos de que lo acusan.

IV. Recibir las pruebas necesarias para su defensa.

V. Facilitarle los datos que requiera para su defensa y que consten en el expediente.

VI. Hacerle de su conocimiento que tiene derecho a nombrar abogado defensor y en caso de no hacerlo nombrarle defensor de oficio a efecto de que tenga una defensa adecuada.

Entre otras garantías que la misma Constitución consagra en su favor y que deberán ser respetadas durante el procedimiento penal.

Asimismo, una vez que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, ésta cuenta con un término de 72 horas para resolver su situación jurídica, mediante el auto de término constitucional, plazo que puede duplicarse a petición del inculpado o su defensor, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar pruebas y el juez pueda resolver su situación jurídica, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 constitucional y el 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Una vez transcurridos dichos plazos el juez deberá resolver la situación jurídica del indiciado, mediante auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso o auto de libertad por falta de elementos para procesar.

1. Auto de formal prisión. Es la resolución judicial mediante la cual la autoridad resuelve la situación jurídica del indiciado, en virtud de estar reunidos los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad, que no esté acreditada alguna causa de licitud, de conformidad con lo dispuesto por artículo 19 constitucional y el 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En dicho auto de formal prisión el juez ordenará declarar se abra el procedimiento sumario u ordinario según sea el caso.

El procedimiento sumario se encuentra regulado del artículo 305 al 312 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y se seguirá cuando se

trate de delito flagrante, exista confesión del indiciado ante el Ministerio Público o autoridad judicial, o se trate de delito no grave. Dicho procedimiento puede ser revocado por el procedimiento ordinario como facultad del inculpado o su defensor. Una vez abierto el procedimiento sumario las partes tendrán un término de tres días hábiles para ofrecer pruebas.

El procedimiento ordinario se encuentra regulado del artículo 313 al 331 del Código Procesal Penal y se da en los casos contrarios a lo establecido en el artículo 305 de dicho ordenamiento y que son cuando no se trate de delito flagrante, no exista confesión del indiciado ante el Ministerio Público o autoridad judicial, se trate de delito grave, en el cual las partes cuentan con un término de 15 días para ofrecer pruebas.

2. Auto de sujeción a proceso. De igual manera es la resolución constitucional, mediante la cual la autoridad sujeta a proceso a un inculpado, pero en donde la sanción del delito no sea privativa de libertad o bien alternativa o disyuntiva. Y de igual manera el Juez ordenará la apertura del proceso sumario u ordinario, como se señaló en el punto anterior.

3. Auto de libertad por falta de elementos para procesar. Es la resolución judicial en la cual se ordena la libertad inmediata del indiciado, en virtud de la falta de pruebas respecto de la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad de los hechos imputados. En donde dicha causa queda para los efectos del artículo 36 del Código Procesal de la materia, el cual establece:

"Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de este código, el Juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentran satisfechos, fundando

y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.”

Cabe hacer mención que en caso de que se trate de una consignación sin detenido la autoridad judicial después de realizar la radicación del expediente, deberá entrar al estudio de la misma, a efecto de librar la orden de aprehensión u orden de comparencia solicitada por el Ministerio Público investigador, orden de aprehensión que en su caso deberá ser librada por dicha autoridad cuando preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 constitucional y el 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El Juez ordenará o negará la aprehensión o comparencia solicitada por el Ministerio Público por el delito que aparezca comprobado, dentro de los diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación. Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de los seis días siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En caso de que se libre orden de comparencia, será en todos aquellos casos en que el delito no de lugar a la aprehensión, en virtud de que el delito tenga pena alternativa, se encuentre en libertad provisional bajo caución el inculpado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 133 y 271 del Código Procesal Penal.

3.6.2 EL PROCEDIMIENTO EN LA INSTRUCCIÓN.

La instrucción es una etapa mediante la cual los Tribunales realizan las diligencias necesarias con la finalidad de llegar a la verdad real de los hechos, con posterioridad a que se ha ejercido la acción penal en contra del inculpado.

Por lo que una vez que se dictó auto de formal prisión (es el caso del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges) o de sujeción a proceso se ordena la apertura del procedimiento sumario u ordinario en el cual se pone la causa a la vista de las partes para que éstas ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes para acreditar su pretensión. Dicho ofrecimiento de prueba se encuentra regulado del artículo 135 al 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Estos medios de prueba de conformidad con lo establecido por el artículo 135 de dicho ordenamiento son:

- I. La confesión, misma que se encuentra regulada en los artículos 136 y 137 del Código Procesal aplicable en la entidad.
- II. Los documentos públicos y privados, regulados en los artículos 230 a 244 de dicho ordenamiento legal.
- III. Los dictámenes de peritos, contemplados en los artículos 162 a 188 del mismo código.
- IV. La inspección ministerial y la judicial, establecidos en los artículos 139 a 151 de dicha ley.
- V. Las declaraciones de testigos, regulados en los numerales 189 a 216.
- VI. Las presunciones.

Asimismo, dicho precepto legal establece que se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia. Además de las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada

del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.

Cabe hacer mención que en tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges, en la práctica las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público son normalmente la ampliación de declaración de la ofendida con el objeto de que las ratifique y en su caso precise circunstancias en que sucedieron los hechos; la pericial en materia de psicología, a efecto de que perito en la materia determine si se causó daño moral a la víctima del delito y en caso afirmativo precisar si requiere de alguna terapia, duración de la misma y su costo económico; se ofrece la testimonial en su caso o la ampliación de dicha probanza si existe alguna persona que pueda aportar algún dato sobre los hechos. De igual manera se ofrecerá en su caso la ampliación de declaración del inculpado con el objeto de ubicarlo en circunstancias en que sucedieron los hechos en caso de que niegue el delito. Por lo que hace al inculpado se pueden ofrecer las anteriormente mencionadas así como los careos con las personas que deponen en su contra en virtud de ser una garantía consagrada en la Constitución.

Estas pruebas son valoradas por el Ministerio Público y por la autoridad judicial en su momento procesal oportuno de conformidad con lo establecido en los artículos 246 a 261 del Código Procesal aplicable a la materia.

Por lo que una vez que se han desahogado todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes y el juez no ordene el desahogo de pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, agotará la instrucción mediante resolución y posteriormente la autoridad judicial declarará cerrada la instrucción.

Una vez cerrada la instrucción por la autoridad judicial, mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días para cada uno, para la formulación de conclusiones, de conformidad con lo establecido por el artículo 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,

ya sea verbales en tratándose de procedimiento sumario y escritas si fuera procedimiento ordinario.

El profesor Guillermo Colín Sánchez señala respecto de las conclusiones que:

"Son actos procedimentales realizados por el Ministerio Público y después por la defensa, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final, y en otros, para que el Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso."¹¹⁷

De esta manera, las conclusiones que puede formular el Ministerio Público son acusatorias, en la práctica son las que se realizan. Si el Ministerio Público no formula conclusiones se tendrán por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en libertad y se sobreseerá el proceso, de conformidad con el numeral 315 del Código Procesal Penal, después de que el Juez notifique al Procurador acerca de la omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles contados desde la fecha de notificación y si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día el plazo, sin que éste sea mayor de treinta días hábiles y de que transcurrido el plazo no se presenten conclusiones. De igual manera de conformidad con lo dispuesto por el artículo 317, el Ministerio Público podrá formular la acusación por delito diverso al determinado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, cuando considere que lo constituyen los mismos hechos que fueron objeto de la averiguación. En nuestra opinión en este último caso, las conclusiones son contrarias y no son formuladas de acuerdo a lo que versó el proceso.

Asimismo, el artículo 320 del ordenamiento señalado, establece que si las conclusiones fueren de no acusación, el Juez las enviara con el proceso para que de conformidad con el artículo 321 del mismo código escuche el parecer de los

¹¹⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. cit. p. 332.

agentes del Ministerio Público auxiliares y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya dado vista del proceso, resolverán si son de confirmarse o modificarse las conclusiones, si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que sea mayor de veinte días hábiles y si transcurren dichos plazos sin que se reciba respuesta se entenderán que se confirman las conclusiones. Se tendrán por conclusiones no acusatorias aquellas en las que no se concretice la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omita acusar por algún delito expresado en el auto de formal prisión o a persona respecto de quien se abrió el proceso, o la acusación se formule por delito diverso al determinado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, último caso en que se oirá a la defensa sobre la nueva clasificación, la que en sus caso, podrá aportar pruebas en términos de lo dispuesto por el artículo 328 del código procesal. Situación que de igual manera son conclusiones contrarias a las constancias procesales.

Las conclusiones formuladas por el Ministerio Público son el momento procesal en que se actualiza la pretensión punitiva.

Por lo que hace al defensor y procesado si las conclusiones no son formuladas se tendrán por formuladas las de inculpabilidad de conformidad con lo establecido por el artículo 318 del multicitado código.

3.6.3 EL PROCEDIMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA. (JUICIO)

Una vez formuladas las conclusiones, el juez fijará día y hora para la celebración de la vista, en donde se da lectura a las conclusiones de las partes y en donde el Ministerio Público sólo pueden modificarse por causas supervenientes y en beneficio del acusado y la defensa puede retirar o modificar sus conclusiones en cualquier momento antes de que se declare visto el proceso. Por lo que después de recibir las pruebas que legalmente puedan presentarse y de oír los alegatos que pudieran formular las partes, el juez declarará visto el proceso y se

ordenará pasar los autos al juez a efecto de que pronuncie sentencia, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por los artículos 325 a 329 del Código procesal.

Fernando Arilla Bas respecto de la sentencia refiere lo siguiente:

“La sentencia, es el acto decisorio del Juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley... La naturaleza de la sentencia penal es mixta. Como la acción penal, es en términos generales, de condena, pero, al propio tiempo, declarativa, puesto que declara la responsabilidad penal, que es, en definitiva, el antecedente de la condena, es decir, de la actualización de la conminación penal sobre el sujeto pasivo de la acción.”¹¹⁸

La sentencia puede ser de carácter condenatorio en donde el juez después de hacer una valoración de las pruebas que obran en la causa determina que quedó acreditado el delito y la responsabilidad penal del inculpado, condenando al sentenciado a una pena de prisión en tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges y a la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito sean necesarios para la recuperación de la ofendida, además del pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima. Asimismo esta sentencia puede ser de carácter absolutorio, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada.

En tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges como ya se dijo, en caso de que se resolviera condenando al inculpado, esta sería con pena de prisión.

¹¹⁸ ARILLA BAS, Fernando. Ob. cit. p. 202.

3.6.4 EL PROCEDIMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez que se ha dictado sentencia, las partes pueden inconformarse en contra de dicha resolución, mediante la interposición de los recursos establecidos en la propia ley. Al respecto Fernando Arilla Bas refiere lo siguiente:

“La palabra recurso deriva del italiano “ricorsi” que significa tanto como volver a tomar el curso. Ahora bien, los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal como el Común, influenciados sin duda por el lenguaje vulgar, denominan recursos a todos los medios de impugnación de una resolución judicial, aunque, desde un punto de vista rigurosamente técnico, es preciso distinguir los recursos auténticos de los restantes medios de impugnación. La nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinado. Así, pues, de los dos recursos fundamentales, o sea el de apelación y el de revocación, solamente el primero, y no el segundo, viene a ser un auténtico recurso, en el sentido técnico de la palabra. No es tampoco recurso, sino un simple medio impugnatorio, un incidente de nulidad.”¹¹⁹

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece en su título cuarto los recursos, los cuales son:

I. La revocación establecida en los artículos 412 y 413, el cual procede contra autos en lo que el código no conceda el recurso de apelación, sin embargo el juez no podrá revocar la sentencia dictada.

II. La denegada apelación establecida en los artículos 435 a 442, el cual procede siempre que se hubiere negado la apelación.

III. De la queja regulada en el artículo 442 Bis el cual procede contra las conductas omisas de los jueces.

IV. La apelación establecida en los artículos 414 a 434 y la cual tiene por objeto que el tribunal de segunda instancia estudie la legalidad de la resolución

¹¹⁹ *ibidem*. p. 207.

impugnada. Este recurso es el más comúnmente recurrido. El recurso podrá interponerse por escrito o de palabra dentro de los tres días siguientes a la fecha de notificación si se tratare de auto, de cinco si se tratare de sentencia definitiva y de dos si se tratare de otra resolución. Como ejemplo de esas otras resoluciones puede citarse, la resolución dictada por el juez exhortado o requerido, negando la práctica de la diligencia solicitada, por interesarse en ello su jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 50 y 51 del Código Procesal del Distrito Federal, así como las sentencias interlocutorias dictadas en incidentes promovidos durante la instrucción.

Asimismo, tienen derecho a apelar el Ministerio Público, el acusado y su defensor y el ofendido o sus legítimos representantes cuando coadyuven en la acción reparadora y sólo respecto a este punto.

Una vez que se ha interpuesto el recurso de apelación, el juez admite el recurso si procediere remitiendo los autos al Tribunal de alzada, el cual mandará citar a las partes para la vista del negocio en donde se formularán los agravios respectivos por las partes apelantes, por lo que declarado visto el proceso, el Tribunal dictara sentencia la cual deberá notificarla a las partes y mandar la ejecutoria al juzgado respectivo.

Cabe hacer mención que el juicio de amparo, es una institución procesal con rango constitucional, el cual tiene por objeto proteger las garantías individuales y sociales del gobernado, el cual se encuentra reglamentado en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual procede, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Amparo, con el objeto de resolver toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

En la práctica el juicio de amparo es promovido por el procesado o su defensor contra actos del C. Juez de primera instancia como pueden ser el auto de formal prisión o sujeción a proceso y contra actos de los CC. Magistrados Integrantes de la Sala Superior, es decir contra las resoluciones emitidas por los mismos. El ofendido puede promover dicho juicio, cuando así lo considere en tratándose de la reparación del daño.

3.6.5 EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

El *Nuevo Diccionario de Derecho Penal* define la ejecución de sentencia como:

"Acción o resultado de poner en práctica el fallo definitivo de un juez o tribunal competente. Aunque en la materia penal la ejecución de la sentencia firme corresponde al poder ejecutivo, no es una tarea puramente administrativa sino que constituye la última fase de la actividad jurisdiccional o del proceso, pero tampoco el único modo o acto de concluirlo; la función de ejecución consiste en, técnicamente, en una manifestación de voluntad jurídica que el órgano jurisdiccional expresa en su actuación procesal y en la que aplica las consecuencias previstas por la ley general al caso concreto, sometido a su decisión, y que en la hipótesis de ser condenatoria dicha voluntad, afectará a la persona del inculcado en los términos de la sentencia irrevocable, como por ejemplo, privarle de su libertad, etc."¹²⁰

El artículo 443 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que:

¹²⁰ *Nuevo Diccionario de derecho penal*. Ob. cit. p. 386.

“Son irrevocables y por tanto, causan ejecutoria:

I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o cuando, expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso, no se haya interpuesto; y

II. Las sentencias de segunda instancia y aquellas contra las cuales no concede la ley recurso alguno.”

En esta etapa se pone al sentenciado a disposición de la autoridad ejecutora, a efecto de que se haga cumplir la sentencia una vez que causa ejecutoria, ubicando al sentenciado en un lugar en donde habrá de cumplir la pena impuesta.

En tratándose del delito de Abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, se pone a disposición de la autoridad ejecutora al cónyuge o concubino sentenciado, a efecto de cumplir la pena impuesta por el Juzgador.

CAPÍTULO IV

CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL COMETIDO ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS EN LA ACTUALIDAD.

4.1 ANÁLISIS Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El derecho debe cumplir con la finalidad de regular la convivencia humana, mediante ordenamientos congruentes y coherentes que permitan la cohesión entre los integrantes de la comunidad y que permitan la evolución de la misma.

Dentro de la comunidad, existen intereses que se consideran fundamentales para mantener la unidad a que se ha venido haciendo referencia en la presente investigación. Dichos intereses se ven reflejados en los distintos bienes jurídicos tutelados por la ley y como ejemplo cabe mencionar la vida como bien supremo, la salud e integridad física, el patrimonio, la libertad personal, la libertad sexual, entre otros.

Por tanto, dichos intereses o bienes jurídicos deben ser protegidos por las conductas antisociales que se presentan en una comunidad, a efecto de que no se lesionen, y esto es a través de ordenamientos que contemplen dichas conductas y las sanciones correspondientes. De esta manera se concluye que el derecho penal amenaza con la imposición de penas mediante la creación de tipos penales. Al respecto Adrián Marcelo Tenca señala que los bienes jurídicos pueden definirse como:

“Aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrelación en la vida social.”¹²¹

¹²¹ MARCELO TENCA, Adrián. Ob. cit. p. 2.

Por tanto el derecho penal protege bienes jurídicos, con la amenaza latente de una sanción, para que los individuos no vulneren con sus conductas las condiciones mínimas para la convivencia social, es decir no lesionen dichos bienes jurídicos.

Por lo que hace a la sanción el maestro Eduardo García Máynez la define como:

“Consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter secundario, ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario. Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse.”¹²²

Por tanto, el individuo es sancionado por el incumplimiento de los deberes que como gobernado tiene y para ello estas sanciones que se encuentran establecidas por las normas penales reciben el nombre de penas.

Estas penas se encuentran establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 30 al establecer:

“Artículo 30.- (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión;
- II. Tratamiento en libertad de imputables;
- III. Semilibertad;

¹²² GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ob. cit. p. 295.

- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.”

De esta manera, tenemos que existen diversas penas a imponer al sujeto que infrinja lo dispuesto en las normas penales, entre las que se encuentran la pena de prisión en la cual el individuo se encuentra privado de su libertad personal durante el tiempo que la misma norma establezca. Esta violación a las normas se ve reflejada en la realización de conductas u omisiones por el gobernado que la misma ley establece como delitos, y dentro de esos delitos que contempla el Código Penal para el Distrito Federal tenemos al de abuso sexual, del cual se ha tratado en la presente investigación.

Durante el desarrollo de la presente, de conformidad con el estudio dogmático del delito de abuso sexual y en específico el cometido entre cónyuges o concubinos, podemos concluir que en el delito de abuso sexual, se tienen varios elementos:

- a) Actos sexuales u,
- b) Obligación de observar al sujeto activo o,
- c) Ejecución de actos sexuales.
- d) Sin el propósito de llegar a la cópula.
- e) Sin el consentimiento del sujeto pasivo.
- f) Que esos actos sexuales, tengan ánimo libidinoso.

El delito de abuso sexual, cometido entre cónyuges o concubinos es un delito instantáneo ya que la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 fracción I del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Asimismo el delito a estudio es doloso, en virtud de que el sujeto activo conociendo los elementos objetivos del hecho típico o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización, en términos de lo establecido en el artículo 18 del mismo ordenamiento.

De igual manera, quedó establecido, que por lo que hace a nuestra legislación penal aplicable, la tentativa del delito no puede configurarse, por lo que la aproximación corporal por sí sola no constituye dicho delito. En este sentido, La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado diversos criterios jurisprudenciales, respecto a los casos en que el delito de abuso sexual no se configura, siendo aplicable al caso concreto la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Octubre de 2002

Tesis: XV.3o.3 P

Página: 1311

ABUSO SEXUAL. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA ESE DELITO.

Por actos eróticos en el delito de abuso sexual deben entenderse las caricias, fricciones y manejos ejecutados corporalmente sobre la ofendida sin el propósito de llegar a la cópula y, por tanto, requieren la voluntariedad del sujeto activo de ejecutarlos de manera persistente y continua sobre la pasivo por un tiempo más o menos prolongado, con la finalidad de encontrar en ella su anuencia, o bien, llegar a satisfacer, aunque en forma incompleta y en contra de la voluntad de aquélla, su apetito sexual, lo que no acontece en el caso de que el inculpado sólo haya impuesto un tocamiento en uno de los glúteos de la ofendida, ya que ello no resulta eficaz para concluir que en el caso se satisfizo el

elemento del tipo consistente en la ejecución de un acto erótico sexual, dado que el "tocar" de manera instantánea y por una sola ocasión no representa una caricia o una fricción y mucho menos un acto de libido de las características delictuosas ya señaladas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.
Amparo en revisión 145/2002. 10 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretaria: Oralia Barba Ramírez.

Criterio que se comparte, ya que pudiera darse el caso que el sujeto activo del delito al pasar junto a la víctima y sin la intención que querer realizar algún acto erótico, este es realizado, por tanto dicho ilícito no se configura, ya que la intención es un elemento subjetivo que se requiere para la integración del mismo.

Por lo que hace al aspecto jurídico, el delito de abuso sexual se persigue por regla general por querrela y de oficio cuando el delito se cometa a través de la violencia física o moral, según lo previene el artículo 176 párrafo segundo del Código Penal vigente en el Distrito Federal, por lo que el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos si es cometido a través de la violencia física o moral no opera el perdón de la parte ofendida, en virtud de ser un delito que se persigue de oficio, situación que como se ha precisado a lo largo de la presente investigación, no se considera viable y congruente, en virtud de que generalmente las querellas presentadas por el sujeto pasivo son impulsadas por situaciones de enojo, celos, coraje, o algún otro sentimiento y que al pasó del tiempo, de las circunstancias y consecuencias jurídicas se arrepienten de su accionar; causas que en nada tienen que ver con el bien jurídico tutelado por el delito, que es la libertad sexual de la víctima, incongruencia que se presenta respecto del delito de violación entre cónyuges o concubinos, en donde en el delito de violación sí procede otorgar el perdón y que por la relevancia del hecho, del bien jurídico tutelado, de la magnitud del evento y de las consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas que trae consigo es considerado por el

legislador como un delito que se persiga a través de una querrela presentada por la parte ofendida.

Por tanto el delito de abuso sexual y además el cometido entre cónyuges o concubinos a través de la violencia física o moral, se persigue por denuncia, característica que lo convierte en un delito perseguible de oficio, entendiendo como tal, aquel que tutela un bien jurídico personal y al mismo tiempo un bien jurídico general o social. Resultado como consecuencia, que en dicho ilícito no pueda otorgarse el perdón al indiciado, procesado o sentenciado, tal y como lo establece el artículo 100 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el cual al otorgar dicho perdón se extingue la pretensión punitiva iniciada en contra del sujeto activo, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido o querellante podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón, teniendo como consecuencia que se extinga la posibilidad de ejecutar la pena.

Como es de observarse, en el delito de abuso sexual opera el perdón de la parte ofendida siempre y cuando el delito no se cometa con violencia física o moral, situación que en forma contraria lo convierte en un delito perseguible de oficio y que trae como consecuencia que no se pueda otorgar el perdón y el sujeto activo se encuentre interno en un reclusorio preventivo durante el procedimiento penal, por ser un delito considerado como grave por la ley y en la práctica dicho ilícito normalmente es cometido a través de este medio.

Es de resaltar que en virtud de las relaciones íntimas que sostienen los cónyuges o concubinos, es difícil de determinar si entre éstos existe el delito de abuso sexual, en virtud del deber conyugal que se tiene como pareja. Pero como ha quedado señalado si bien es cierto existe dicho deber, en nuestra opinión también existe la libertad de elegir el momento de querer ejercer la sexualidad.

Cuando se obliga al cónyuge o concubino a ejecutar en el un acto sexual, se obligue a observarlo o lo haga ejecutarlo por medio de la violencia moral es difícil de determinar, en virtud de que en ocasiones la violencia no existe para cometer el delito, sino que el sujeto activo hace uso de medios psicoemocionales contra la integridad del sujeto pasivo, en donde estaríamos en presencia del delito de violencia intrafamiliar, y pudiera ser el caso de que se presentara un concurso de delitos al hablarse de violencia intrafamiliar y el delito de abuso sexual simple y no calificado por violencia moral.

De igual manera, la violencia física en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, es ejercida hacia el sujeto pasivo, en donde el bien jurídico tutelado por la ley es lesionado, vulnerando su libertad sexual, pero que a la víctima muchas veces no le ofende propiamente la comisión del ilícito en estudio, sino en realidad les ofende que el cónyuge o concubino las haya golpeado y cuando pasa el sentimiento de enojo, aceptan de nueva cuenta a su pareja.

El autor Aarón Hernández López señala como antecedente de los delitos de querrela en el Código Penal para el Distrito Federal y los Territorios de la Baja California, sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871, siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Benito Juárez García:

"Este código establecía en su artículo 253, fracción III que la acción penal se extinguía por el perdón y el consentimiento del ofendido; y los artículos 258, 259, 260 y 261 regulaban la forma y condiciones en que el perdón y el consentimiento del ofendido debían darse."¹²³

¹²³ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Ob. cit. p. 91.

Cabe señalar que dentro de la sociedad en la que nos desarrollamos existen conductas antisociales y antijurídicas, mismas que deben ser reguladas por el propio Estado para el mejor desarrollo y convivencia de la misma.

Estas conductas pueden depender de diversos factores, entre los que se encuentran los de carácter económico, social y cultural y que si no son atacados de fondo se incrementan día con día. Estos factores anteriormente mencionados influyen en la comisión de dichas conductas y que son un rezago de la sociedad debido a que las autoridades no se han preocupado por dar educación a los miembros de la sociedad, aunque si bien es cierto, todo individuo tiene derecho a recibir educación, teniendo el Estado a través de sus tres niveles de gobierno la obligación de impartir educación preescolar, primaria y secundaria, también lo es que no se han preocupado por dar los medios para que todos la reciban, y en específico si el Estado se preocupara por impartir educación sexual a los individuos, se considera que disminuiría la comisión de delitos sexuales, en virtud de la conciencia creada en la sociedad respecto al respeto obligado que se debe tener hacia el cuerpo y voluntad de los demás, educación en términos generales que se encuentra establecida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otros factores que favorecen la comisión de este delito lo es la impunidad, corrupción y complicidad que las mismas autoridades fomentan, la desintegración familiar existente, el uso y tráfico de drogas, el incremento en los índices de alcoholismo, el desempleo, entre otros factores que pudieran enunciarse. De esta manera, en el Distrito Federal se ha producido el efecto inevitable del aumento en los índices de algunas conductas contrarias a derecho y que van haciendo que la sociedad cada día crea en menor grado en las autoridades que nos gobiernan.

Se considera que las autoridades deben mejorar la seguridad pública y la seguridad de la familia que tiene como víctimas principales a los niños, mujeres y ancianos; ya que estos altos índices delictivos repercuten de manera directa en el desarrollo familiar e induce al desorden y a la realización de conductas

antisociales. Por lo que se insiste que se deben expedir ordenamientos congruentes y coherentes a la problemática que se presenta en la sociedad día con día, instrumentando programas de prevención, atención y rehabilitación de víctimas, ya que como se ha mencionado, el impacto emocional que sufre una víctima al verse involucrada en un delito es tan fuerte, que se siente desprotegida y desconfiada para acudir a denunciar el hecho. En el caso específico, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal debe atender de manera inmediata a la víctima, preocuparse por su integridad física y dignidad, tratando de hacerle menos difícil la situación por la que atraviesa, en la práctica se atiende a las víctimas del delito en los Centros de Atención Especializados y en el caso en concreto en el Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales

Dicho Centro de Terapia tiene como Objetivo:

“Brindar atención integral y especializada a quienes han sido afectados por delitos sexuales, por medio de orientación general, apoyo psicoterapéutico, elaboración de impresiones diagnósticas, asesoría, seguimiento y asistencia jurídica, así como la participación y asistencia médica, contando para ello con un equipo interdisciplinario de trabajadoras sociales, peritos, psicólogas clínicas, abogados y médicos.

El Centro de apoyo, tiene un programa denominado “Atención Psicoterapéutica a Víctimas de Delitos Sexuales”, el cual tiene como objetivo:

Apoyar a las víctimas directas a través de atención psicológica especializada, para el adecuado manejo del estrés post-traumático generado por el hecho delictivo, previa valoración del impacto del delito sexual en dichas víctimas.

Asimismo, tiene el programa denominado “Atención Psicoterapéutica a Víctimas Indirectas de Delitos Sexuales”, el cual tiene como objetivo:

Apoyar a las víctimas indirectas, a través de la atención psicológica especializada, para el manejo de las alteraciones emocionales generadas por el

hecho delictivo de que fue objeto la víctima directa (hijos, hermanos, compañeros de escuela, parejas, etc.)¹²⁴

En el caso concreto y que es el tema de investigación del presente trabajo, el delito de abuso sexual se regula en el Código Penal para el Distrito Federal y de manera específica el cometido entre cónyuges o concubinos, considerando importante dicho aspecto del delito, en virtud de que siendo la familia la base de toda sociedad, compuesta de una pareja llámese hombre y mujer, el estado tiene la obligación de velar por la seguridad jurídica de dicha institución, vigilando que la misma se conserve a través de la expedición de ordenamientos congruentes y coherentes con la realidad que se vive.

Así, en la práctica nos encontramos que con frecuencia se presentan dentro del matrimonio o concubinato delitos de carácter sexual, o de los llamados de "realización oculta", entre los cuales se pueden mencionar el abuso sexual y la violación. En la pareja se actualizan dichas conductas, que pueden ser o no razonadas por una de ellas, en virtud de que uno no quiera ser "tocado o tocada" sexualmente, ya sea porque tenga algún sentimiento de odio, enojo, malestar, enfermedad, etc., y su cónyuge realice algún acto sexual sobre su persona sin su consentimiento.

Algunos autores consideran que el realizar actos sexuales en la pareja es un derecho u obligación que se adquiere al momento de contraer el matrimonio o concubinato, aunque por el tipo de relaciones íntimas que tienen los cónyuges o concubinos, pudiera pensarse que no existe un abuso sexual entre ellos. En lo personal se considera que el ser humano es libre de decidir el momento en que se quiera tener algún contacto sexual, toda vez que es un derecho de la persona el

¹²⁴ http://www.pgjdf.gob.mx/procuraduria/victimas_delito.asp. 2 de noviembre de 2004. 19:30 horas

decidir de manera espontánea cuándo y cómo deba ser sujeto de algún acto de carácter sexual.

Respecto al delito de abuso sexual pocos autores lo han tratado, asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido escasos criterios respecto al delito en estudio, por tanto se han tratado algunas tesis respecto al delito de violación cometido entre cónyuges por ser un delito en el que se afecta un bien jurídico de mayor relevancia y que de igual manera es un delito de carácter sexual, y al respecto se ha establecido si la cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho y que se considera puede aplicarse al delito de abuso sexual únicamente como referencia, para lo cual se transcribieron en las páginas 86 a 90 diversos criterios jurisprudenciales en las cuales como se ha señalado, si bien es cierto subsiste la obligación de cohabitar, el sujeto activo no debe imponer la cópula o en el caso del delito de abuso sexual, los actos sexuales realizados a la víctima sin el propósito de llegar a la cópula, no deben ser impuestos con la idea de que es un derecho u obligación, toda vez el ser humano tiene la libertad de ejercer la sexualidad con respeto y conciencia.

Es de resaltarse además que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece diversas circunstancias modificadoras, en específico agravantes del delito y que influyen de manera directa en la libertad personal del sujeto activo al aumentar la penalidad, mismas que se encuentran establecidas en el 178 y que ya fueron mencionadas.

Por lo que se puede concluir que el Código Penal para el Distrito Federal vigente regula el delito de abuso sexual, el cual como se ha establecido a lo largo del presente trabajo puede actualizarse entre cónyuges o concubinos.

4.2 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

Como quedó establecido a lo largo del presente trabajo, el delito de abuso sexual se encuentra regulado en el Código Penal para el Distrito Federal vigente, en el libro segundo (parte especial), título quinto, de los Delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, capítulo II, artículo 176, el cual establece lo siguiente:

"Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciere uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia."

A este respecto, cabe hacer mención que el delito de abuso sexual, en este Código Penal, se incluye un párrafo en lo relativo al requisito de procedibilidad, es decir se establece que el delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia, es decir que dicho delito se perseguirá de oficio y aunque existe la posibilidad de otorgar el perdón al sujeto activo siempre y cuando no concurra violencia, se considera no suficiente, porque dicho delito se persigue de oficio cuando es cometido con violencia, ya sea física o moral.

En muchas ocasiones esta violencia se pone de manifiesto cuando la víctima refiere que el sujeto activo le manifiesta al momento de ejecutar el acto sexual causarle un mal en su persona o en otra, doblegando con ello la resistencia del sujeto pasivo y que estaría actualizándose la violencia moral o en tratándose de la física cuando por ejemplo el sujeto activo le diera un golpe, aplicara su fuerza superior sobre la víctima, una succión sobre el cuerpo, un apretón de un seno, etc., lo que posiblemente traería consigo una lesión no importando la

gravedad de la misma y que con un certificado médico o la fe de lesiones dada por el personal del Ministerio Público acreditaría la violencia ejercida y que traería como consecuencia que el delito de abuso sexual sea calificado y en consecuencia un delito grave, en donde no procede el perdón y el sujeto activo tendría que estar interno en una prisión preventiva (reclusorio) durante el procedimiento que se le deba seguir. Aunque habría que determinar claramente si las lesiones que pudiera ocasionar el sujeto activo es el medio para cometer el delito de abuso sexual o son la conducta para actualizarse el delito de lesiones; situación que deberá ser fundada y motivada correctamente por la autoridad competente en su momento oportuno y en donde podría hablarse de un concurso de delitos.

En la práctica se pone de manifiesto que en gran cantidad de averiguaciones previas, estas son iniciadas por celos, enojo, malestar, estado de ánimo de la persona, mala información por parte de policías remitentes y Ministerio Público, que en muchos de los casos hacen creer a la víctima que debe darse un escarmiento al sujeto activo para que no lo vuelva a realizar, sin explicar al sujeto pasivo las consecuencias que se producirán por la presentación de la denuncia o querrela según proceda y que posteriormente dan como resultado denuncias no deseadas y que con el paso del tiempo se quiera perdonar al cónyuge o concubino; caso en que conforme a la legislación penal vigente no acontece, toda vez que se trata de un delito establecido como aquellos que se persiguen de oficio y en consecuencia no se puede otorgar el perdón por parte de la víctima.

Por lo que se considera que debe incluirse en el Código Penal un párrafo en el que se establezca que el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, ya sea cometido con violencia o sin ella, sea perseguible a través de la querrela, toda vez que actualmente se inicia un elevado número de averiguaciones previas por cónyuges o concubinos en el que piensa que se actualiza el delito de abuso sexual y en la mayoría de las veces, estas denuncias

son consecuencia de problemas personales de los cónyuges o concubinos, sin que exista una afectación directa al bien jurídico tutelado por la ley, que en el presente caso se trata de la libertad sexual del sujeto pasivo, situación que debe tomar en consideración el legislador al momento de expedir los ordenamientos.

Recientemente el legislador ha tratado de fortalecer lo concerniente a la reparación del daño que debe realizarse a favor de la víctima, incluso con la creación de un Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del delito, y aunque en la práctica no se tiene conocimiento de que este fondo opere con efectividad, al momento en que la autoridad jurisdiccional emite una sentencia, este resuelve sobre el pago de dicho rubro, según el daño o perjuicios ocasionados de conformidad con las pruebas que la víctima ofrezca durante el procedimiento.

El artículo 41 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que se establecerá un fondo para la atención y apoyo a las víctimas del delito en los términos de la legislación correspondiente y su reglamento de reciente entrada en vigor, que como se señaló en el párrafo anterior dicho fondo no opera con eficacia.

Actualmente el Ministerio Público, a efecto de acreditar dicho rubro ofrece como prueba, la pericial en materia de psicología, a efecto de que se determine si la víctima presenta un daño moral a consecuencia de los hechos y en caso afirmativo determinar qué elementos, hechos o circunstancias sirven de fundamento para su dictamen, si requiere algún tipo de tratamiento para quien lo resintió, en que consiste, cual es la periodicidad y cual es el costo del tratamiento; situación que jurídicamente para el caso de que la víctima presente un daño y requiera de un tratamiento de carácter psicológico, el perito señalará una cantidad económica que el sujeto pasivo gastará para dicho tratamiento, cuestión que el sujeto activo sentenciado tendrá que pagar a la víctima y que en caso de que el Juez en sentencia conceda algún sustitutivo de la pena será previa la reparación del daño.

En relación a este rubro, cabe hacer mención que en el artículo 42 del Código punitivo en el Distrito Federal, se establece el alcance de la reparación del daño, al disponer:

“Artículo 42.- (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado que se encontraban antes de cometerse el delito;
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito, sin necesidad de recurrir a prueba pericial;
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”

En la práctica normalmente se condena al inculpado al pago de la reparación del daño moral sufrido por la víctima, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, tomando en consideración el dictamen en materia de psicología ofrecido por el Ministerio Público o en su caso cuando la autoridad jurisdiccional considera conveniente para mejor proveer, ordena la práctica de dicha pericial por expertos adscritos al Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el cual de igual manera se considera la momento de resolver en definitiva. Y esto lo hacen en consideración a lo establecido por el artículo 43 del código en mención al establecer:

“Artículo 43.- (Fijación de la reparación del daño). La reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso.)

Jurídicamente puede establecerse que el delito de abuso sexual en la mayoría de los casos es cometido a través de la violencia ya sea física o moral y que sus consecuencias pueden ser diversas, entre las que se encuentran:

1. Ser un delito grave considerado por la ley.
2. Es un delito que se persigue de oficio.
3. No procede el perdón.
4. No se tiene derecho a la libertad provisional.
5. El sujeto activo deberá estar interno en un reclusorio preventivo durante el tiempo que dure su procedimiento.
6. El sujeto sentenciado tendrá como pena el pago de la reparación del daño moral sufrido por la víctima, incluyendo el pago de los tratamientos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación psíquica y física de la víctima, esto es, traducido en una erogación de carácter económico para el sujeto.

4.3 CONSECUENCIAS SOCIALES DEL DELITO EN LA ACTUALIDAD.

Ha quedado establecido que la familia es la base de toda sociedad y la cual depende de los valores sociales y éticos que se inculquen a los miembros de la misma para su mejor desarrollo, en donde todos cuenten con derechos y obligaciones, mismos que deben respetar y que en tratándose del ámbito sexual se requiere que desde niños se dé una educación sexual coherente, clara y precisa de lo que es la sexualidad en el ser humano.

Cabe hacer mención que respecto a la sexualidad del ser humano, es importante observar las primeras experiencias de carácter sexual, ya que cuando estas son no satisfactorias, por la edad, por la persona, por la inexperiencia, por el engaño de algunos, por la violencia ejercida, o por cualquier otra circunstancia, pueden provocar algún trastorno psicológico que afecta la vida del sujeto y que pueden influir cuando se es adulto y más aún cuando se es cónyuge o concubino.

Esta educación debe ser a edad temprana ya que existe gran parte de la población que no sabe el significado del abuso sexual y aunque la ley no excluye la responsabilidad del sujeto por ese desconocimiento, se piensa que no tiene ninguna sanción o que lo máximo que podría imponerse a una persona sería una multa o un arresto, como si se tratara de una infracción administrativa, situación que muchas veces no es asimilada por la víctima o por la mala información de la misma autoridad que no le hace de su conocimiento las consecuencias jurídicas que ello conlleva y que fueron tratadas en el punto que antecede.

En la sociedad en la que vivimos se ha prohibido el roce más ligero entre los seres humanos y se considera acertado ya que no es posible que cuando un sujeto quiera realizar algún acto, llámese sexual lo haga sin el consentimiento de la otra persona y sólo por satisfacer sus instintos sexuales. En la actualidad se presenta que normalmente en las consignaciones realizadas el sujeto activo lo es el hombre y el sujeto pasivo lo es la mujer, consecuencia de la sociedad en la que vivimos en donde el hombre muchas veces por pena no denuncia el hecho, sin embargo ha quedado establecido que el delito de abuso sexual no impone una calidad específica en ambos sujetos, por tanto puede serlo cualquiera de ellos.

Dentro de la sociedad ha quedado acreditado que el aumento de las penas en los delitos o la creación de nuevos no ha disminuido el crecimiento de los mismos, por lo que es de vital importancia que se creen planes eficaces de prevención del delito a efecto de crear conciencia en los individuos de lo que está prohibido, el porqué, sus consecuencias y no crear únicamente ordenamientos

que provocan represión en la comunidad, creando con ello odios, rencores, disgustos y venganzas de los sujetos.

Por otro lado, además de traer consecuencias jurídicas los delitos y en específico el delito de abuso sexual, trae consecuencias sociales, ya que al perseguirse de oficio el mismo y no a petición de parte (por querrela), trae aparejada que el sujeto activo se encuentre recluido en un reclusorio, en donde es bien sabido de los malos tratos, corrupción, tráfico de drogas, extorsión, etc., que sufren los individuos y en donde cada día que pasa el sujeto asimila estas cuestiones y en lugar de lograr una rehabilitación o readaptación social, lo único que se consigue es que el sujeto al momento de salir se encuentre resentido con la sociedad y que su reingreso a la misma sea difícil y en específico en tratándose del delito cometido entre cónyuges o concubinos salga enojado, resentido o con un afán de venganza hacia su propia pareja por haberlo denunciado.

Esto trae consecuencias diversas, entre las que se encuentran:

1. Que el sujeto cometa otro delito en contra de quien lo denunció.
2. La desintegración de la propia familia. Lo cual podría traer como consecuencia que los hijos no recibieran educación, el uso de drogas entre ellos, el alcoholismo, la prostitución, etc.
3. La pérdida del empleo tenido antes de ingresar al reclusorio.
4. La falta de empleo al salir de éste, por el solo hecho de haber estado recluido.
5. El suicidio de algunos procesados o sentenciados.
6. El uso de drogas o enervantes, alcoholismo de los procesados o sentenciados.

Asimismo, cabe decir que el delito de violación cometido entre cónyuges o concubinos, se encuentra regulado en el Código Penal y en el cual se acepta como requisito de procedibilidad la querrela y en consecuencia la posibilidad de

otorgar el perdón por parte de la ofendida, en donde la lesión al bien jurídico es mayor que en el delito de abuso sexual, así como las consecuencias jurídicas, psicológicas, culturales y sociales que trae consigo la comisión de dicho ilícito y que únicamente con tratamiento de carácter psicológico puede la víctima recuperarse de los hechos sufridos. Por tanto se considera factible que en el delito de abuso sexual se acepte también la querrela como requisito de procedibilidad, toda vez que ilícito de violación se encuentra regulado de la siguiente manera:

"Artículo 174... Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela."

Por otro lado, cabe hacer mención que para la realización de la presente investigación fue consultado un artículo publicado por Rafael Maya de cimacnoticias (comunicación e información de la mujer) el día 21 de octubre de 2002 en Internet, denominado "En el laberinto de la ineficacia, la fiscalía para delitos sexuales", del cual se tomaron los datos que a continuación se mencionan y que al final se señala el pie de página.

Se han realizado diversas investigaciones, que muestran como resultado que las mujeres (niñas y adultas) sufren en mayor medida agresiones sexuales por parte de personas conocidas, incluidos parientes. En el caso en concreto el cónyuge o concubino es quien realiza estas agresiones sexuales, traducidas en el delito de abuso sexual.

Ante esta situación, como se ha señalado con anterioridad, la Fiscalía para delitos sexuales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, creada en 1991 y cuyas funciones son recibir denuncias de ese tipo de ilícitos, integrar las averiguaciones previas presentadas y apoyar psicológicamente a las víctimas y a sus familiares, se ha dado a la tarea de establecer patrones psicológicos y de modus operandi de los agresores sexuales, a efecto de identificarlos y disponer

medidas de prevención en una ciudad donde, según cifras oficiales, ocurre una agresión sexual cada siete minutos.

Algunos especialistas, académicas y funcionarias federales sostienen que es imposible establecer perfiles de los agresores sexuales ya que el origen de esas conductas y sobre todo contra la población del sexo femenino es fundamentalmente sociocultural, en donde el sujeto activo trata de manifestar el poder a través de la violencia.

Dentro de estas investigaciones realizadas, el psicoterapeuta sexual Rafael Rodríguez, exdirector administrativo de la Asociación Mexicana de la Salud Sexual, asegura que "no existen patrones para diferenciar a los agresores sexuales; toda vez que conforman una población muy heterogénea en la que no importa la clase social, la profesión o la raza."

Dicho especialista, es autor de un estudio nacional sobre la prevalencia de agresores sexuales en las prisiones en 1998, y agrega que "tampoco hay patrones psicológicos ni de modus operandi entre este tipo de agresores. Ni los mejores sistemas de procuración de justicia tienen esos patrones; y es que no existen." Además dicho profesionista y capacitador de personal terapéutico para atender a agresores sexuales presos en los reclusorios de la capital, explica que en coincidencia con otras estadísticas, las víctimas por lo general conocen a los agresores ya que están en su mismo círculo social.

Y reitera que es muy difícil identificar a los agresores sexuales. "Los agresores buscan a sus víctimas. Los pedófilos rondan los jardines de niños, los grupos de boy scouts, etcétera. Si les gustan las mujeres, las buscan donde estén menos protegidas, como por ejemplo las mujeres migrantes en Ciudad Juárez."

De igual manera explica que la Fiscalía para delitos sexuales tiene definidos modus operandi de agresores conocidos y desconocidos por la víctima. Los

primeros, que están en el círculo cercano de las mujeres y niñas ultrajadas sexualmente, tienen características de personalidad más universales y no tan definidas. En tanto los agresores desconocidos se clasifican en solitarios y oportunistas; estos últimos son los que perpetran la agresión sexual en una sola ocasión aprovechando las "condiciones propicias".

Por lo que corresponde a los solitarios organizados, éstos planean de antemano la conducta a desarrollar, tomando en cuenta riesgos, facilidades y rutas de escape.

Basada en los perfiles psicológicos y de acción sobre los agresores sexuales elaborados por la Fiscalía de delitos sexuales, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ha diseñado diversos operativos y programas de prevención del delito, entre los que se encuentran campañas informativas con carteles y talleres ubicados e impartidos en las instalaciones del metro a fin de que los usuarios denuncien el abuso sexual, en virtud de que es uno de los lugares en donde más delitos de abuso sexual se cometen. Aunque en el caso específico del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, la conducta es desplegada en la mayoría de los casos en el domicilio que habitan los mismos, aunque se ha tenido conocimiento que de igual manera en la calle es cometido dicho ilícito.

Dentro de estos operativos elaborados por la Fiscalía en comento, se instalaron agencias del Ministerio Público en las estaciones del metro Pantitlán, Pino Suárez y Martín Carrera, que son en las que a decir de funcionarios de dicha Institución, son lugares en donde se tienen más índices de denuncias presentadas por el delito de abuso sexual.

De igual manera, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, distribuye folletos con medidas preventivas para viajar en taxi o transitar en

lugares poco seguros. En el año de 2001, más de 70 taxistas fueron acusados de cometer el delito de violación y abuso sexual en el Distrito Federal.

Para Patricia Valladares, Coordinadora del Programa Interdisciplinario de Atención a Personas Violadas (PIAV), en la Facultad de Estudios Superiores Iztacala de la Universidad Nacional Autónoma de México “los esfuerzos preventivos de la procuraduría no han servido para nada, toda vez que, apunta, en los últimos diez años no han disminuido los delitos sexuales en la capital.” Dicha persona ha realizado diversas críticas respecto la falta de continuidad en los cursos y talleres de prevención que imparte la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a la población, lo mismo que la carencia de información ya que eso hace pensar a la gente que la agresión sexual sólo ocurre en las calles. Y se ha observado que dicho ilícito es cometido también en transporte público y privado, domicilios, etc.

Asimismo, señala que sólo el 30 por ciento de las violaciones o abusos sexuales se comete en la vía pública, mientras que el 70 por ciento es cometido por personas cercanas a la víctima, en este caso por el propio cónyuge o concubino, en razón de la confianza, de las relaciones personales, etc.

Además parte del principio de que los agresores sexuales actúan impulsados por ideas machistas y para demostrar su poder. Por lo mismo, propone que la información para prevenir estos delitos se maneje con perspectiva de género, y para los violadores o agresores sexuales sugiere efectuar procedimientos de rehabilitación, aunque si bien es cierto en la mayoría de los casos el sujeto activo lo es el varón, no es regla general, en virtud de que la mujer también en ocasiones es sujeto activo del delito, pero por la vergüenza el cónyuge o concubino afectado no denuncia los hechos.

La maestra en psicología y terapeuta del Programa Interdisciplinario de Atención a Personas Violadas, Alba Luz Robles, enumera en su tesis de maestría

Alternativa terapéutica para agresores sexuales, una serie de mitos sobre la violación sexual que aún hoy persisten entre la población e incluso entre las autoridades; lo que conlleva a inhibir la denuncia y a acrecentar la cifra negra de ese delito. Algunos de esos mitos son: "sólo se viola a las mujeres bonitas y jóvenes que usan faldas cortas, blusas escotadas y pantalones ajustados", "el violador es un enfermo mental que tiene un deseo incontrolable de tener sexualidad"; "el violador es una persona de nivel socioeconómico bajo, sin estudios ni cultura"; "la violación ocurre en lugares apartados, oscuros y en la noche".

Al respecto, la Subsecretaria para temas globales de la cancillería, Patricia Olamendi, en una ponencia que presentó durante un encuentro de periodistas de México, Centroamérica y el Caribe, la funcionaria advierte que "es muy peligroso que las autoridades judiciales elaboren perfiles de los agresores sexuales ya que, además de crear confusión entre la comunidad, refuerzan los mitos sobre ese tipo de crímenes."¹²⁵

La Subprocuraduría de Averiguaciones Previas Centrales y en específico la Fiscalía para Delitos Sexuales en el mes de febrero de 2004, realizó una estadística relativa a los datos sobre delitos sexuales ocurridos en el Distrito Federal, de la que se desprende el alto índice de averiguaciones previas iniciadas por la comisión de dichos ilícitos.

Delitos sexuales ocurridos en el Distrito Federal correspondiente a los periodos 2002-2003:

DELITO	AÑO 2002	AÑO 2003
ABUSO SEXUAL	1,793	1,728
VIOLACION	1,387	1,453

¹²⁵ <http://www.cimacnoticias.com/noticias/02oct/s02102202.html>. 2 de noviembre de 2004. 20:00 horas.

TENTATIVA DE VIOLACION	45	26
HOSTIGAMIENTO	86	80
ESTUPRO	33	28
DELITOS A LOS DERECHOS HUMANOS	530	568
OTROS	19	30
TOTAL	3,893	3,913

Datos de los que se desprende que el delito de abuso sexual es el ilícito en tratándose de delitos sexuales, que más se comete dentro del Distrito Federal. En este apartado debe incluirse el delito cometido entre cónyuges o concubinos y aunque es menor el porcentaje, no menos cierto es que las cifras arrojadas son de consideración. Y aunque se aprecia que en tratándose del delito a estudio del año 2002 al año 2003 disminuyó, es una cantidad baja.

De igual manera, la Institución en mención, realizó una estadística de delitos sexuales ocurridos en el Distrito Federal durante el mes de enero del año 2004:

ABUSO SEXUAL	103
VIOLACION	98
TENTATIVA DE VIOLACION	3
HOSTIGAMIENTO SEXUAL	8
ESTUPRO	3
DELITOS A LOS DERECHOS HUMANOS	34
OTROS	2

Si se toman consideración ambas estadísticas respecto al delito de abuso sexual, en el año 2003 se cometió un promedio de 144 ilícitos cada mes, situación que en el mes de enero de 2004 es de observarse disminuyó la comisión de dicho ilícito a 103 averiguaciones previas iniciadas, que podría ser atribuible a diversas causas, entre las que se encuentran: los diversos operativos y programas de

prevención del delito implementados por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y posiblemente otras instituciones o la desconfianza de los ofendidos hacia la autoridad de que el hecho quede impune, situación que es de tomarse en cuenta, toda vez que dichos números entran a la llamada cifra negra de delitos no denunciados.¹²⁶

De lo que se desprende que en tratándose de delitos sexuales, el abuso sexual es el cometido con mayor frecuencia en el Distrito Federal y en donde las autoridades deben tomar cartas en el asunto, a efecto de elaborar programas efectivos de prevención del delito, así como la expedición de ordenamientos que permitan una solución viable al problema ya presentado.

De esta manera si el Estado tiene la obligación de vigilar por la conservación de la familia como núcleo principal de toda sociedad, debe por la naturaleza del mismo, darle valor a dichas conductas y expedir ordenamientos congruentes con la realidad, en donde si el daño causado a la víctima en el delito de violación es mayor, no es posible que en un delito de resultado y consecuencias menores no opere el perdón por parte de la ofendida.

4.4 PROPUESTA (REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DEL DELITO).

Respecto a la procedibilidad, quedó establecido a lo largo de la presente investigación, que hay dos formas de perseguir los delitos:

Los delitos que se persiguen de oficio, los cuales inician con una denuncia, mediante la cual una persona hace del conocimiento del Ministerio Público, hechos probablemente constitutivos de delito, y con esto la autoridad ministerial

¹²⁶ http://www.inmujer.df.gob.mx/tem_interes/justicia/delitos_sexuales.html. 3 de noviembre de 2004. 19:15 horas.

inicie la averiguación previa correspondiente y se aboque a la investigación de los hechos, hechos que al ser adecuados a la norma penal y deban ser perseguidos de oficio no se podrá otorgar el perdón por parte del denunciante o víctima del delito en virtud del bien jurídico tutelado por la ley y que los hacen de cierta forma graves por el interés de la sociedad en general.

La segunda forma de perseguir los delitos es a petición de parte o querrela, los cuales inician cuando una persona hace del conocimiento de la autoridad ministerial, hechos probablemente constitutivos de un delito, pero que únicamente perjudican el interés personal del sujeto pasivo y en los cuales opera el perdón de la parte ofendida, trayendo como consecuencia la extinción de la acción penal. Ha quedado establecido que la querrela es un requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre los hechos delictuosos y una expresión de voluntad del sujeto pasivo, a efecto de que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal.

El artículo 263 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal establece cuales son los delitos que se persiguen a petición de parte:

"Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

- I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- II. Difamación y calumnia; y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal."

Numeral que según puede apreciarse, establece que "...los demás que determine..." y esos delitos serán los que el Código Penal para el Distrito Federal establezca específicamente, en donde establecerá cuáles delitos se perseguirán a petición de parte y por exclusión aquellos en los que no se establezca que se

persiguen por querrela, serán perseguidos de oficio por la autoridad competente. Lo anteriormente manifestado, encuentra relación con los siguientes criterios jurisprudenciales, que se han establecido respecto al perdón del ofendido:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Marzo de 1999

Tesis: V.1o. 31 P

Página: 1433

PERDÓN DEL OFENDIDO. SÓLO EXTINGUE LA ACCIÓN PENAL CUANDO EL DELITO SE PERSIGUE POR QUERRELLA Y NO DE OFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). De acuerdo con el artículo 91, fracción I, del Código Penal del Estado de Sonora, el perdón del ofendido extinguirá la acción penal cuando el delito sólo pueda perseguirse a petición de parte, y ello no es así en el caso del ilícito que se persigue de oficio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 392/97. Edgar Humberto Gil Vásquez. 19 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Serrano Oseguera de Torres. Secretario: Miguel Ángel Medina Montes.

Es decir que únicamente en los delitos que se persiguen por querrela procede el perdón por parte de la ofendida, motivo por el cual se realiza la presente investigación, en virtud de que no se considera congruente que el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, aún cometido a través de la violencia física o moral se persiga de oficio y el delito de violación donde la afectación es mayor se persiga a través de una querrela presentada por el sujeto pasivo.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, P.R. SCJN

Tesis: 2280

Página: 1069

PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD, EN DELITOS QUE SE PERSIGUEN A PETICIÓN DE PARTE Y EN LOS QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO.- En los delitos que se persiguen a petición de parte, necesario es el requisito de querrela como presupuesto de procedibilidad, que a su vez se traduce en una consecuencia de punibilidad de la conducta criminosa del imputado; tratándose de los delitos que se persiguen de oficio, como ocurre respecto del delito de robo, basta que los órganos del Estado tengan conocimiento de la comisión de un hecho que la ley reputa como delito, para que procedan a su investigación, a fin de que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción persecutoria de rigor. Tanto es así, que cuando una persona es sorprendida in fraganti por ejemplo, al realizar un apoderamiento ilícito, hasta un particular puede detenerla y ponerla a disposición de la autoridad, a fin de que se ejercite la acción persecutoria por parte del Ministerio Público.

Amparo directo 5462/55.-Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente.-18 de junio de 1956.-Cinco votos.-Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVIII, página 553, Primera Sala.

Razón por la cual en los delitos que se persiguen a petición de parte, es necesaria la presentación de una querrela, como requisito o presupuesto de procedibilidad, que a su vez se traduce en una consecuencia de punibilidad de la conducta delictiva del sujeto activo, en el caso en específico del cónyuge o concubino y en tratándose de delitos que se persiguen de oficio se requiere únicamente que se ponga del conocimiento de la autoridad la comisión de un hecho que la ley contempla como ilícito, para que proceda a su investigación.

De igual manera, se ha establecido que cuando la ley exige como requisito la querrela, para que la autoridad persiga el delito, es suficiente que el ofendido se presente ante la autoridad competente y manifieste los hechos posiblemente constitutivos de delito, a efecto de que se investigue y en su momento se determine conforme a derecho proceda. Lo anterior se robustece con la siguiente jurisprudencia:

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 286

Página: 210

QUERRELLA NECESARIA.- Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, basta, para que aquélla exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que hace consistir el delito.

Quinta Época:

Amparo en revisión 6464/34.-Reyna Roberto y coags.-13 de marzo de 1936.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Hermilo López Sánchez.- La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 2282/35.-López Portillo.-28 de marzo de 1936.-
Unanimidad de cuatro votos.-Relator: Alonso Aznar Mendoza.

Amparo directo 6866/35.-Noceti Guardiola Alejandro.-20 de febrero de
1937.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Rodolfo Chávez
Sánchez.-La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo en revisión 6580/36.-Toxqui Aurelio.-19 de junio de 1937.-
Unanimidad de cuatro votos.-La publicación no menciona el nombre del
ponente.

Amparo directo 6242/38.-Cisneros Alfredo.-2 de febrero de 1939.-
Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Rodolfo Chávez Sánchez.-La
publicación no menciona el nombre del ponente.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 155, Primera
Sala, tesis 277.

Asimismo, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales establece
quién es parte ofendida:

"Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de
parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste
verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y
276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el
requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o
puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de
incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que
representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se
pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas
previstas en el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal."

Así, la parte ofendida es la víctima o titular del bien jurídico lesionado por la conducta imputada al indiciado, en este caso del cónyuge o concubino, en contra de quien se formulará la querrela correspondiente.

El Derecho Penal tiene como objetivo principal dar seguridad jurídica al gobernado, quien vive en constante temor por las conductas delictivas que se cometen dentro de la sociedad, creando para ello normas jurídicas que contribuyan a la buena convivencia social.

Así en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, la sanción impuesta al sujeto activo, no implica la solución a los problemas que se presentan dentro de una sociedad, en virtud de que la afectación que resiente la víctima del delito no es aminorada por dicha sanción aplicada al inculpaado, pero debe ser la misma víctima u ofendido quien determine el momento en que un sujeto debe ser perseguido por la comisión de los hechos delictivos, presentando su querrela como requisito de procedibilidad, asimismo cuando deba terminar el proceso de dicho sujeto otorgando el perdón más amplio que en derecho proceda.

De igual manera, la seguridad jurídica y protección de la ley que como derecho tiene todo sujeto pasivo del delito, debe contribuir a que no se le haga víctima en un grado mayor, por lo que se deben establecer medidas que prevengan la comisión de delitos y en su caso, medidas coherentes y congruentes a la realidad en que se vive para la mejor convivencia social.

Debe considerarse, que la querrela como requisito de procedibilidad en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges, es una solución a tantas consecuencias jurídicas y sociales que se presentan, tanto en el sujeto activo como en el pasivo y de esta manera se protege con prontitud a la víctima, evitando las comparecencias ante el Ministerio Público y la Autoridad Judicial en donde en muchas veces son más penosas que la propia conducta desplegada por el sujeto activo.

Por tanto, si existió la capacidad de querellarse por parte del sujeto pasivo, entonces debe existir la misma capacidad para otorgar el perdón al cónyuge, dejando esta libertad al mismo cónyuge ofendido. Lo anterior en virtud de que la víctima debe ser escuchada y respetarse el derecho al momento de querer otorgar el perdón, en virtud de ser una decisión de carácter personal por ser quien directamente sufre la lesión al bien jurídico tutelado, en donde la autoridad debe vigilar la legalidad de los actos, pero respetando los aspectos emocionales y personales de la víctima.

Si el Estado da la libertad o el derecho a la víctima de que la autoridad persiga el delito a través de la querrela, como facultad exclusiva de quien resiente la lesión, es la querrela la que como requisito de procedibilidad debe operar en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges, sin importar que el delito se cometa a través de la violencia física o moral, pues únicamente el cónyuge o concubino ofendido puede determinar si afecta su esfera psicológica por la comisión de los hechos. Lo anterior se robustece con la siguiente tesis de jurisprudencia, que ha establecido nuestro máximo Órgano Judicial:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Mayo de 2000

Tesis: I.1o. P.64 P

Página: 895

ACCIÓN PERSECUTORIA Y QUERRELLA. DIFERENCIA. En nuestro sistema judicial la acción persecutoria de los delitos le corresponde al Estado y es el origen sustancial para todo procedimiento, mientras que la querrela es el derecho que corresponde al ofendido como titular de

su interés particular afectado con la conducta típica y es requisito de procedencia de la acción.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 461/98. 15 de junio de 1999. Unanimidad de votos.
Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

Así la querrela es un derecho que corresponde al sujeto pasivo del delito, en virtud de afectar el interés particular, el cual es requisito de procedencia de la acción persecutora del delito el cual le corresponde al Estado.

De igual manera, nuestro máximo órgano Judicial ha establecido, respecto al requisito de procedibilidad lo siguiente:

Novena Época

Instancia: **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO.**

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Junio de 2003

Tesis: XVII.2o.39 P

Página: 1054.

QUERRELLA. CONSTITUYE UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, POR LO QUE ES FACTIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO. La nueva integración de este órgano colegiado abandona la postura sostenida en la jurisprudencia consultable a fojas 331 y siguiente, Tomo IV, diciembre de 1996, Novena Época del Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta, intitulada: "QUERRELLA, ESTUDIO IMPROCEDENTE DE LA, EN EL AMPARO DIRECTO.", que parte de dos razonamientos fundamentales para vedar el estudio de la querrela en el amparo directo, que en esencia son: a) el hecho de que no constituye una violación contra las leyes que regulan el procedimiento; y, b) que tal cuestión sólo es reclamable por la vía de amparo indirecto. Ciertamente, en principio y contrario a lo anterior, conviene destacar que el artículo 158 de la Ley de Amparo establece la procedencia del amparo uniinstancial cuando se reclaman, entre otras, sentencias definitivas dictadas por tribunales judiciales, respecto de las cuales no procede recurso ordinario por el que puedan ser revocadas o modificadas, sea que la violación se cometa en ellas o que, efectuada en el procedimiento, afecte las defensas del quejoso y trascienda al resultado del fallo. A su vez, el diverso 160 de la normatividad en cita, precisa algunos supuestos en los cuales, tratándose de juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que esa infracción afecte las defensas del quejoso; sin embargo, las fracciones que conforman tal precepto legal no abarcan todos los casos en que, ocurridas éstas, pueden ser materia de estudio en el amparo directo, ya que en la última de sus fracciones que es la XVII, se estiman como tales las que, a juicio de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, sean análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, según el caso. De igual forma, los artículos 110 y 112 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua establecen ciertos supuestos en los que es necesaria la querrela de la persona ofendida o de sus representantes, y sin ella no podrá procederse contra los responsables lo que, desde luego, la convierte en un requisito de procedibilidad, pues necesariamente habrá de satisfacerse para que el agente del Ministerio Público pueda ejercer la acción penal. Por ello, la falta de querrela o sus deficiencias no sólo afectan la legalidad de la orden de aprehensión o del auto de formal

prisión, como se afirmó en la jurisprudencia en cuestión, sino también la de la sentencia condenatoria que se dicte, ya que sin la previa satisfacción de tal requisito de procedibilidad, no debe instruirse proceso al presunto responsable y, por ende, tales determinaciones, en sus diversas facetas, sin duda implican una transgresión a sus garantías individuales si se carece de tal querrela o si ésta se encuentra deficientemente formulada, en los casos en que sea necesaria; por tal motivo, si al pronunciarse sentencia en la causa, sea en primera o segunda instancia, es factible analizar lo relativo al citado requisito de procedibilidad, es claro que tal cuestión igualmente puede ser motivo de estudio en el amparo directo, a través de las garantías contenidas en los artículos 14, párrafo segundo y 16, segundo párrafo, de la Constitución; en cuanto a la primera, porque la averiguación previa forma parte de un todo que es el proceso penal, cuya sustanciación habrá de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, y respecto de la segunda, por exigir la querrela como requisito previo al acto de molestia en materia penal, siempre que no exista una resolución que decida ese punto antes del dictado de la sentencia definitiva, pues en ese caso daría lugar a su impugnación a través del ejercicio de la acción constitucional en la vía indirecta, por existir una resolución que, emitida dentro del procedimiento, fue contraria a los intereses del quejoso y que, en ese tenor, pudiera ser analizada por el Juez de Distrito previamente al pronunciamiento de la sentencia definitiva. Considerar lo contrario, implicaría que las deficiencias de la querrela o su ausencia sólo pueden combatirse al reclamar la orden de aprehensión o el auto de formal procesamiento, surgiendo en esa medida y en perjuicio del sentenciado una presunción de validez no prevista en la ley, en aquellos casos en los que exista tal irregularidad, además de que en momento alguno debe perderse de vista que a favor del inculpado prevalece la suplencia de su queja deficiente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 bis, fracción II, de

la Ley de Amparo, por lo que, aun sin agravio ante la autoridad común, o sin concepto de violación en el amparo, el estudio de la querrela debe realizarse de manera oficiosa, más tratándose de un requisito de procedibilidad indispensable para fincar el juicio de reproche.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 181/2002. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Martínez Calderón. Secretaria: Claudia Alejandra Alvarado Medinilla.

Nota: Esta tesis se aparta del criterio sustentado por el propio tribunal, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, diciembre de 1996, página 331, tesis XVII.2o. J/3, de rubro: "QUERRELLA, ESTUDIO IMPROCEDENTE DE LA, EN EL AMPARO DIRECTO."

Es decir que en los delitos que se persiguen a petición de parte es necesaria la presentación de la querrela por parte de la persona ofendida, sin la cual no podrá procederse contra el sujeto activo, requisito de procedibilidad, que el Ministerio Público debe reunir para ejercitar la acción penal. Por ello, la falta de querrela afecta la legalidad del libramiento de la orden de aprehensión, del auto de formal prisión y de la sentencia condenatoria que emita el C. Juez, ya que sin la satisfacción de tal requisito de procedibilidad, no debe instruirse proceso al indiciado.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Enero de 1998

PERDÓN DEL OFENDIDO EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERRELLA NECESARIA DE PARTE. Para que pueda estimarse que se ha otorgado el perdón por parte del ofendido, aquél debe concederse de manera expresa, por escrito, que deberá ser ratificado, o en comparecencia y ante la autoridad que conozca del delito por el que se querelló, sin que deba considerarse otorgado el perdón, por la existencia de un convenio celebrado entre quien perpetró la conducta delictiva y el ofendido, a favor de este último, respecto a la reparación del daño; habida cuenta de que si bien es cierto, éste constituye una manifestación de voluntad entre las partes que intervienen en él, lo cierto es que ello resulta ser un acto independiente a lo que debe realizarse y expresarse ante dicha autoridad, quien, tomando como base lo manifestado ante ella, resolverá lo que en derecho proceda, por lo que el convenio no puede surtir efectos legales de perdón.

Contradicción de tesis 3/97. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Décimo Noveno Circuito. 19 de noviembre de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro, previo aviso a la Sala. Ponente: Juventino V. Castro y Castro; en su ausencia, hizo suyo el proyecto José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Hilario Sánchez Cortés.

Tesis de jurisprudencia 1/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de diciembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

De esta manera, para que pueda estimarse que se ha otorgado el perdón por parte del ofendido, dicho acto debe concederse de manera expresa o por escrito, el cual deberá ser ratificado ante la autoridad que conozca del delito (sea Ministerio Público o Juez, según sea el caso), por el que se inició la averiguación previa, sin que se considere otorgado el perdón por la existencia de convenios celebrados entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, ya que dicha manifestación de voluntad debe ser expresada de manera directa ante la autoridad competente, tal y como se ha señalado a lo largo del presente trabajo.

En virtud de la problemática planteada a lo largo de la presente investigación y particularmente en el capítulo actual, a efecto de preservar la armonía, las buenas relaciones entre los cónyuges y concubinos, la familia, la sociedad y el Estado en general, se puede establecer que el Gobierno debe expedir ordenamientos jurídicos acordes a la realidad y en específico el legislador debe reformar el Código Penal para el Distrito Federal, adicionando un párrafo en el que se establezca que si entre el activo y el pasivo existiera vínculo de matrimonio o concubinato, el delito se perseguirá por querrela, inclusive cuando concorra violencia.

Por lo que el artículo 176 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se propone debe quedar como sigue:

"Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concorra violencia.

Si entre el activo y el pasivo existiera vínculo de matrimonio o concubinato, el delito se perseguirá por querrela, inclusive cuando concurra violencia.¹²⁷

¹²⁷ Las negritas son nuestras.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Toda sociedad evoluciona y también lo hace la problemática que en ella se presenta día con día, situación que es normal en todos los países, en virtud de los descubrimientos realizados, del avance de la ciencia, del pensamiento de las personas, de la forma de gobernar, del comportamiento humano, etc.

SEGUNDA. Al mismo nivel que la sociedad, el Derecho y en específico el Derecho Penal debe evolucionar, acorde a la problemática y a la realidad existente entre los miembros de la misma, a efecto de no quedar obsoleto como en muchas ocasiones sucede.

TERCERA. La educación es un factor preponderante en el desarrollo de todo ser humano, que ayudará en gran medida a la prevención del delito y en específico la educación sexual disminuirá la comisión de delitos sexuales, en virtud de la conciencia creada en la sociedad respecto al respeto obligado que se debe tener hacia el cuerpo y voluntad de los demás.

CUARTA. Debido al daño provocado a la víctima a consecuencia del delito, es necesario que el Estado castigue dichas conductas, a efecto de no caer en la ingobernabilidad, en donde no exista una seguridad jurídica hacia el gobernado y nos enfrentemos a una problemática de mayor grado.

QUINTA. Es de gran importancia la regulación en la ley de los delitos sexuales, a efecto de proteger los bienes jurídicos de los individuos. Pero la actualización en específico del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, en la mayoría de los casos se trata de revanchas no pensadas, por sentimientos de celos, coraje, malestar, estados de ánimos, mala información, etc., y en donde no existe un verdadero daño al bien jurídico para el cual fue creado el delito por el legislador.

SEXTA. Si en el país existe un Estado de derecho, en donde todos pueden manifestar su voluntad de realizar conductas y en donde le es reconocido al individuo el derecho de hacer del conocimiento hechos posiblemente constitutivos de delito, en donde el interés es propio y particular, también lo es que debe darse el derecho de querer perdonar jurídicamente al sujeto, cuando lo crea conveniente en virtud de no afectar dicho interés.

SÉPTIMA. En virtud de que el interés protegido es particular y no general, como es el caso de otros delitos, el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos debe ser perseguido por querrela, a efecto de que pueda otorgarse el perdón por parte de la ofendida, y no de oficio como es el caso actualmente, en donde la averiguación previa se inicia con la presentación de una denuncia.

OCTAVA. La falta de interés jurídico de la víctima del delito que tiene para comparecer a instancias ministeriales y judiciales, a efecto de continuar con el trámite ya iniciado, hace reafirmar la idea de que el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos debe ser perseguido a petición de parte a través de una querrela presentada y en consecuencia proceder el perdón, a efecto de que la víctima recupere su propia estabilidad emocional, económica, social, etc.; así como que el Gobierno no realice mayores erogaciones económicas en la tramitación de cada averiguación previa o procedimiento iniciado.

NOVENA. En virtud de ser la víctima quien resiente directamente la conducta desplegada por el activo y quien experimenta el acto sexual, es ella quien debe valorar si la agresión sexual sufrida debe ser castigada con una pena de prisión impuesta a su cónyuge o concubino o debe ser "arreglada" dicha situación en el entorno familiar, mediante el otorgamiento del perdón y ser la ofendida quien tenga dicho derecho subjetivo.

DÉCIMA. Es sabido que el proceso es en la mayoría de los casos muy agobiante para la ofendida, en donde tiene que esperar durante varias horas para poder presentar una denuncia y la citación consecutiva para la práctica de diversas diligencias ya sea ministeriales o judiciales, en atención al cúmulo de trabajo existente en las instituciones, y a efecto de evitar causar mayores molestias que traen consecuencias en la víctima, ya no por el delito sino por la intolerancia a los malos servidores públicos, a las erogaciones económicas realizadas por la víctima por tener que asistir a dichos lugares, y posiblemente la pérdida del empleo, el Estado debe expedir ordenamientos jurídicos coherentes para evitar dichos actos de molestia, por lo que debe ser la querrela el requisito de procedibilidad en tratándose del delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos, a efecto de que en un momento determinado la víctima pueda otorgar el perdón y en su caso evitar dichas situaciones.

DÉCIMA PRIMERA. Si el requisito de procedibilidad en el delito de abuso sexual cometido entre cónyuges o concubinos es la querrela, puede otorgarse el perdón por parte de la ofendida, y como consecuencia la extinción de la acción penal, en virtud de que sólo opera en dichos delitos que se persiguen por querrela, y de que la víctima tenga como alternativa otorgar el perdón cuando considere no ser necesario castigar al sujeto activo, en este caso el cónyuge o concubino.

DÉCIMA SEGUNDA. El delito de abuso sexual en la mayoría de los casos es cometido a través de la violencia física o moral y sus consecuencias pueden ser de importancia y como quedó establecido en el presente trabajo, se trata de un delito grave, no procede el perdón, es un delito que se persigue de oficio, no se tiene derecho a la libertad provisional, el sujeto activo se encuentra recluso en un reclusorio preventivo durante el tiempo que dure su procedimiento, el sentenciado tendrá como pena el pago de la reparación del daño moral sufrido por la víctima, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación psíquica y física de la víctima, esto es traducido en una erogación de carácter económico para el sujeto.

DÉCIMA TERCERA. De igual manera, socialmente puede traer como consecuencias que el sujeto cometa otro delito en contra de quien lo denunció por el afán de venganza, la desintegración familiar, que a su vez tiene como consecuencia la falta de educación hacia los demás miembros de la familia, el uso de drogas entre ellos, el alcoholismo, la prostitución, etc., la pérdida del empleo antes y después de los hechos, el suicidio, el uso de drogas o enervantes, alcoholismo, la pérdida de valores en el Estado, entre otros.

DÉCIMA CUARTA. Si el Estado a través de sus gobernantes, tiene la obligación de vigilar por la conservación de la familia como núcleo principal de la sociedad, debe por la naturaleza del mismo, darle valor a las conductas que se presentan en la misma y expedir ordenamientos congruentes y coherentes con la realidad, en donde si el daño causado a la víctima en el delito de violación es mayor, no es posible que en un delito de resultado y consecuencias menores no opere el perdón por parte de la ofendida.

DÉCIMA QUINTA. El artículo 176 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se propone deberá quedar de la siguiente manera:

“Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutario, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia.

Si entre el activo y el pasivo existiera vínculo de matrimonio o concubinato, el delito se perseguirá por querrela, inclusive cuando concurra violencia.”

BIBLIOGRAFÍA

ADATO GREEN, Victoria y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Prontuario del proceso penal mexicano*. 10ª ed., Porrúa, México, 2002.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. *Derecho penal*. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. 2ª ed., Oxford University, México, 2000.

ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*. 20ª ed., Porrúa, México, 2000.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. 11ª ed., Porrúa, México, 1989.

CHICHINO LIMA, Marco Antonio. *Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano*. Porrúa, México, 2000.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal Federal con comentarios*. 3ª ed., Porrúa, México, 1998.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*. Porrúa, México, 2001.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 50ª ed., Porrúa, México, 1999.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*. 5ª ed., Porrúa, México, 1989.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*. 4ª ed., Porrúa, México, 1979.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El procedimiento penal mexicano*. 4 ed., Porrúa, México, 1979.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho penal mexicano*. 21ª ed., Porrúa, México, 1986.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho penal mexicano, parte general*. Porrúa, México, 1991.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *Los delitos de querrela en el fuero común, federal y militar*. Porrúa, México, 1998.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Introducción a la teoría general del delito*. Ángel Editor, México, 2003.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. T. II, 2ª ed., Porrúa, México, 1996.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*. 8ª ed., Porrúa, México, 2000.

MAGAÑA MENDEZ, Agustín. *Sagrada Biblia*. 84ª ed., Ediciones Paulinas, México, 2000.

MARCELO TENCA, Adrián. *Delitos sexuales*. Astrea, Buenos Aires, 2001.

MARTÍNEZ ROARO, Marcela. *Delitos sexuales, sexualidad y derecho*. 3ª ed., Porrúa, México, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal parte general*. 2 ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del delito*. 13ª ed., Porrúa, México, 2003.

ORTS BERENGUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. *La averiguación previa*. 2ª ed., Porrúa, México, 1998.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. 10ª ed., Porrúa, México, 1999.

QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. *Manual de procedimientos penales*. 2ª ed., Trillas, México, 1998.

DICCIONARIOS

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de derecho procesal penal*. T. I, 4ª ed., Porrúa, México, 2000.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. I, Driskill, Buenos Aires, 1986.

Larousse Enciclopédico Universal. T. 2 y 5, 2ª ed., Larousse editorial, México, 2002.

Nuevo Diccionario de derecho penal. 2ª ed., Librería Malej, México, 2004.

LEGISLACION

Acuerdo A/003/99 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sista, México, 2005.

Código Federal de Procedimientos Penales. Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2005.

Código Penal para el Distrito Federal. Sista, México, 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sista, México, 2005.

Legislación de Amparo. Sista, México, 2005.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2005.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2005.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2005.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

http://www.pgjdf.gob.mx/procuraduria/victimas_delito.asp.

<http://www.cimacnoticias.com/noticias/02oct/s02102202.html>.

http://www.inmujer.df.gob.mx/tem_interes/justicia/delitos_sexuales.html.

PUBLICACIONES

Diario Oficial de la Federación. 28 de enero de 1931.

Diario Oficial de la Federación. 3 de enero de 1989.

Diario Oficial de la Federación. 21 de enero de 1991.

Diario Oficial de la Federación. 30 de diciembre de 1997.

Gaceta Oficial del Distrito Federal. 17 de septiembre de 1999.

Gaceta Oficial del Distrito Federal. 16 de julio de 2002.

IUS 2003, Jurisprudencia y tesis aisladas. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Poder Judicial de la Federación.