

139
24

004364



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

INSTITUTO DE ESTUDIOS
PROFESIONALES
MEXICO, D.F.

**"EL ABORTO IMPUNE, COMO CONSECUENCIA DEL DELITO
DE VIOLACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXQUENSE
(PROPUESTA DE ADICIONES)"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA :
MARTIN GUTIERREZ COLIN

ASESOR DE TESIS :
LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA



SANTA CRUZ ACATLAN, ESTADO DE MEXICO
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico el presente trabajo de Tesis:

**A Dios, mi padre Celestial, por que
con su bondad e infinita misericordia
me concede la oportunidad de obtener
una más de mis metas.**

**A IRINEO GUTIERREZ SOTO Y
TRINIDAD COLIN MORALES,
mis padres terrenales, a quienes
debo todo cuanto soy.**

**A mis hermanos AUDELIA, MARIA DE LA LUZ,
JESUS, CRISTINA, GUSTAVO, PAULA Y EDUARDO
Por su cariño, apoyo y comprensión, Mil Gracias.**

A mi esposa:

TERESA LOPEZ GODINEZ

por que con su Amor, Apoyo
y Estímulo, hizo posible
la realización del presente
trabajo

A mis hijos:

MARCO ANTONIO Y ALICIA.

como un ejemplo de que todo
cuanto se desea, es posible
lograrlo con estudio, constancia
y dedicación.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México
Campus Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN, por haberme instruido en sus aulas para
formarme profesionalmente.**

**A la Procuraduría General de Justicia
del Estado de México, por la oportunidad
que me brindo, en mi desarrollo profesional.**

**A todas aquellas personas
que con su amistad sincera
y estímulo constante, me
impulsaron a lograr el
anhelo deseado**

A mi honorable sinodo formado por :

LIC. JORGE GUILLERMO HUITRON MARQUEZ.

LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA.

LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.

LIC. SOCORRO ZUÑIGA PACHECO.

LIC. LUCIANO AGUIRRE GOMEZ.

**Por que con su valiosa colaboración hicieron posible
la obtención de la meta soñada.**

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	1

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO DE ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA

<u>MEDICO-JURIDICO</u>	5
1.1.- CONCEPTO DE ABORTO.....	5
1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO.....	10
1.3.- EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO.....	20
1.4.- EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO.....	24

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ DE LA LEY PENAL MEXICANA **37** |

2.1.- CONCEPTO DE VIOLACION.....	37
2.2.- BREVE EXPOSICION HISTORICA DEL DELITO DE VIOLACION.....	42
2.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.....	48
2.4.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE VIOLACION.....	52

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO ANALITICO DEL ARTICULO 260, FRACCION II DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO **70** |

3.1.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	70
3.2.- ANALISIS DOCTRINARIO DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.....	78
3.3.- ESTUDIO COMPARADO DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.....	83
3.4.- OBSCURIDAD EN LA APLICACION PRAGMATICA DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN ESTUDIO. (CAUSAS Y CONSECUENCIAS).....	96

CAPITULO CUARTO

EL MINISTERIO PUBLICO Y LA AUTORIDAD JUDICIAL Y SU FACULTAD PARA AUTORIZAR EXPRESAMENTE EL ABORTO A LA MUJER VICTIMA DEL DELITO DE VIOLACION..... 101

4.1.- REQUISITOS ANTE EL MINISTERIO PUBLICO..... 102

a) DENUNCIA..... 106

b) INTEGRACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACION..... 108

c) TERMINO MEDICO-JURIDICO PARA AUTORIZAR EL ABORTO A LA MUJER
VICTIMA DEL DELITO DE VIOLACION..... 116

4.2.- REQUISITOS ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL..... 119

a) LA INCOACION DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL..... 121

b) LA COMPROBACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACION Y LA PROBABLE
RESPONSABILIDAD DEL ACTIVO..... 123

c) AUTO DE FORMAL PRISION..... 127

d) ORDEN DE APREHENSION..... 130

e) TERMINO PARA AUTORIZAR EL ABORTO A LA MUJER VICTIMA DE
VIOLACION..... 132

CONCLUSIONES..... 134

BIBLIOGRAFIA..... 139

INTRODUCCION

La primera razón que nos impulsó a la elaboración del presente trabajo, es el interés y respeto que el Derecho Penal nos merece.

En segundo lugar, la gran preocupación y hondo pesar que siempre nos ha embargado, al tener conocimiento de que tal o cual mujer había sido asaltada y no en pocas ocasiones villanamente mancillada en su libre determinación sexual.

Porque pensar en los terribles traumas psíquicos y aún físicos que el atentado sexual dejó en la víctima de dicho ilícito; nos mueve a la búsqueda de alternativas jurídicas que atenúen dicho pesar. Más aún, cuando a consecuencia de la cópula violenta, la víctima tiene que enfrentarse a una maternidad que eternamente le recuerde el episodio sufrido.

Pareciera ser, que la exención de pena para el aborto, cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación, que se contiene en la fracción II del artículo 260 del Código Penal en vigor para el Estado de México; es el medio por el cual la ofendida de la conjunción carnal violenta, podría oponerse a la maternidad que la fatalidad e injusticia le imponen, como un reconocimiento del Estado, al derecho de la mujer a una maternidad libre y consciente.

Sin embargo, en la práctica, dicha excusa absolutoria, resulta ser ambigua y obscura; porque no precisa la autoridad facultada para autorizar a la mujer violada, para que se practique su aborto lícito, ni señala por qué

medios éste ha de realizarse; condenando nuevamente a la mujer a los peligros de la clandestinidad.

Ello en virtud, de que la ejecución del aborto lícito que se contiene en la excusa absolutoria de referencia, requiere de la intervención de un médico, cirujano o partero, que dé fin a la preñez injusta; el cual deberá estar seguro de que su actuación discurre por el camino de la legalidad, certeza que en la realidad contemporánea no la tiene; porque el ser la Ley ambigua y oscura, se presta para ser interpretada erróneamente, o, de acuerdo a intereses personales, casi siempre económicos de quien ha de practicar el aborto "lícito". Dejando a la víctima de la cópula violenta a merced del "buen criterio médico".

Si el Estado por conducto del orden normativo, reconoce el derecho palmario de la mujer a la maternidad libre y consciente; y por ello, le faculta a rechazar aquélla que el antijurídico ataque a su libertad sexual le impone; bien podría clarificar esta exención de pena, señalando la autoridad con potestad para conocer de este derecho, así como las condiciones que han de satisfacerse para autorizar expresamente a la mujer ofendida a que se practique el aborto lícito; atenuando con ello el sufrimiento de ésta.

Porque el Estado al facultar a sus órganos de impartición de justicia, como lo son el Ministerio Público y autoridad judicial, para autorizar expresamente el aborto a la víctima del delito de violación, tan luego como quede comprobado dicho ilícito; evitaría que la mujer padezca los peligros de la clandestinidad, así mismo, impediría a ésta se le siga proceso criminal por aborto; terminando también con interpretaciones erróneas que algunos

piensan se contiene en dicha exención de pena, que sólo generan incertidumbre, tanto en la víctima de la violación como en el tercero que ejecuta las maniobras abortivas sobre ésta.

Para el desarrollo de éstas y algunas otras inquietudes, nos hemos permitido elaborar el presente trabajo de tesis en cuatro capítulos.

En el primero de ellos, analizamos el aborto desde los puntos de vista médico y jurídico, por considerar, que si bien, el aborto es una conducta que el Estado reprueba cuando no concurre alguna causa que lo justifique; y por ende, lo sanciona; también lo es que dicha conducta, requiere de los conocimientos médicos, como condición elemental, para la comprensión de su propia naturaleza.

En el capítulo segundo, examinamos el delito de violación al amparo de diversos tratadistas y algunas opiniones del suscrito; como una necesidad de entender el fundamento por el cual el Estado exige de pena a la gestante que se procura su aborto, cuando ha sido preñada mediante un atentado a su libertad sexual.

En el tercer capítulo, intentamos justificar nuestra postura de proponer al Legislador Mexiquense se adicione a la fracción II del artículo 260 del Código Penal para el Estado de México, la facultad del Ministerio Público y Autoridad Judicial, para autorizar a la víctima de la cópula violenta que resultare preñada, para que se procure su aborto, por conducto de un médico, tan luego quede comprobado el ilícito de violación y en su caso la probable responsabilidad de una o varias personas; utilizando para ello, los

argumentos que se desprenden de la propia naturaleza jurídica de la exención de pena en comento, los que se derivan de las opiniones doctrinarias y aquéllos que se infieren de su comparación con algunos códigos penales Latinoamericanos y de los Estados que conforman la Federación.

Para finalizar con el capítulo cuarto, en el que fundamentalmente expresamos, desde nuestro punto de vista, las autoridades con potestad para conocer de la solicitud de aborto impune que formule la mujer violada, así como los requisitos procedimentales que han de ser satisfechos para que se le autorice expresamente el aborto a la víctima de la cópula violenta que a expensas de ésta resultare embarazada.

Cerrando nuestro trabajo con el correspondiente capítulo de conclusiones.

• • •

CAPITULO PRIMERO
EL DELITO DE ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA
MEDICO-JURIDICO

1.1.- CONCEPTO DE ABORTO:

Externar consideraciones sobre el aborto, es una tarea compleja, en virtud de que este tema siempre ha levantado polémicas, tanto a nivel social, cultural, político, teológico, médico, etc.; pues en tanto unos lo consideran adecuado como una libre determinación de la mujer embarazada de aceptar o no la maternidad que las circunstancias diversas le imponen; otros consideran que el aborto y su consecuencia inmediata, muerte del feto, constituye uno de los delitos más odiados y vituperados, ya que atentan contra la vida del hombre, aunque esa vida no sea más que una esperanza.

Partidarios de esta primera consideración lo son entre otros países: Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Francia, Alemania, Suecia, etc., para quienes el aborto voluntario es un derecho de la mujer grávida de "terminar con su embarazo" especialmente dentro del primer trimestre de gestación; derivado del derecho que tiene la mujer a una maternidad voluntaria y a no sufrir las consecuencias de un embarazo no deseado, que la decisión debe ser adoptada exclusivamente por la mujer embarazada, salvo que se trate de una mujer con trastornos mentales o menor de edad, en cuyo caso dicho derecho le corresponde ejercerlo al padre, tutor o legítimo representante de la mujer gestante.

En cambio en países como México, entre otros, se considera el aborto voluntario; como un delito que ofende la vida humana; ya que como señala MARIANO JIMENEZ HUERTA "la vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía, que es tutelado no sólo en su autónoma existencia, sino también en la fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez".¹

En consecuencia, para el ordenamiento represivo de nuestro país, la vida humana es un bien jurídico por excelencia que es protegido desde su concepción hasta la muerte; y si bien el Estado puede imponer el sacrificio de ella para fines supremos de la colectividad, el individuo nunca puede decidir su destrucción a menos que el ordenamiento jurídico por alguna causa de justificación, le otorgue ese derecho.

Por tanto, tenemos que la mayoría de los códigos penales de la República Mexicana, incluido el Código Penal en vigor para el Estado Libre y Soberano de México, tipifican el delito de aborto en su título de delitos contra la vida y la integridad corporal; ya que como bien señalan la mayoría de los juristas, el bien jurídico que se tutela con el aborto, es primordialmente la vida del producto de la concepción.

En ese orden de ideas, agregaremos que la vida del feto comienza con la concepción y termina con el nacimiento, ya que con éste se pone fin al embarazo como proceso gestativo, pues con el nacimiento con vida del feto, jurídicamente deja de serlo, para pasar a constituir una persona humana.

¹.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- DERECHO PENAL MEXICANO.- TOMO II.- LA TUTELA PENAL DE LA VIDA E INTEGRIDAD HUMANA.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982, PÁG. 177.

El aborto en su significado vulgar se refiere a la muerte del feto. Dicha muerte puede tener lugar en el seno de la madre o provocando su expulsión prematuramente.

Como concepto, la palabra aborto del latín "abortus" de "Ab" = privación y "ortus" = nacimiento; equivale a mal parto; parto anticipado; nacimiento antes de tiempo; generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo.

El aborto también es definido bajo dos aspectos fundamentales, uno de ellos lo es el jurídico y el otro el médico-obstétrico.

Desde el punto de vista jurídico, el aborto es definido por FRANCESCO CARRARA como el delito de FETICIDIO "que será la muerte dolosa del feto dentro del útero o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto".²

Para el destacado jurista FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA,, siguiendo el pensamiento de FRANCESCO CARRARA, en relación al aborto, expresa que "aborto en su contenido jurídico deberá denominarse delito de feticidio, y será, la supresión de la maternidad en gestación, es decir, en la muerte del producto de la concepción".³

²).- CARRARA FRANCESCO.- PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. PARTE ESPECIAL. VOLUMEN I.- EDITORIAL TEMIS. BOGOTA 1967. Pág. 340.

³).- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996. Pág.131.

El tipo penal en estudio también es definido por EDUARDO LOPEZ BETANCOURT como "la muerte del producto de la concepción originada por un agente externo en cualquier momento de la preñez".⁴

El autor antes referido en su texto Delitos en Particular, tomo I, cita a MUÑOZ CONDE, para quien el aborto es "la muerte del feto. Dicha muerte puede tener lugar en el seno de la madre o provocando su expulsión prematuramente. Como es lógico, ha de tratarse de un aborto producido por la actividad Humana, quedando fuera del ámbito penal los abortos espontáneos". Igualmente, reseña que para RODRIGUEZ DEVESA, autor español, el aborto consiste "En la muerte del feto mediante su destrucción, mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada"⁵

Por su parte GARCIA MAAÑON describe el aborto desde el punto de vista jurídico-penal "el que se basa en la interrupción dolosa del embarazo por destrucción del producto de la concepción dentro o fuera del claustro materno".⁶

Como hemos apreciado de las anteriores definiciones doctrinarias, la característica primordial del aborto desde el punto de vista jurídico, no ha de hallarse en la interrupción del embarazo de la mujer gestante; sino en la típica destrucción del feto o embrión dentro o fuera del seno materno. Y es en este sentido que el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia

⁴).- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.- DELITOS EN PARTICULAR.- TOMO I.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994.- Pág.175.

⁵).- Ob. Cit. Pág. 172.

⁶).- GARCIA MAAÑON-BASILE.- ABORTO E INFANTICIDIO ASPECTOS JURIDICOS Y MEDICO-LEGALES. EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES 1990. Pág. 141.

de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, en su artículo 329 define el tipo penal de aborto como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Por su parte el Código Penal Mexiquense en su artículo 257 describe "se impondrá al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino..."

En consecuencia, considerando como ya referimos, que la vida intrauterina comienza con el fenómeno de la concepción y termina con la magia del nacimiento y que la destrucción dolosa del feto como tal, por un agente externo al claustro materno, constituye la esencia del tipo penal del aborto, luego entonces, podemos afirmar que aborto desde el punto de vista jurídico será la muerte del producto de la concepción, provocada por un agente externo al Claustro materno, en cualquier momento del embarazo intrauterino.

Por lo que respecta al aborto desde el punto de vista médico-obstétrico, el DR. ALEJANDRO BASILE expresa que aborto "es la interrupción de la gestación con muerte del producto de la concepción antes de los 180 días de embarazo. Esto se debe a que se tiene en cuenta la viabilidad y posibilidad de nacimiento con vida del embrión en estas condiciones y circunstancias. Si la interrupción del embarazo se produce antes de los 120 días, se denomina aborto propiamente dicho y entre los 120 y los 180 días, se hace referencia a parto inmaduro".⁷

⁷.- Ob. Cit. Pág. 213.

También desde el punto de vista médico, aborto significa la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea, hasta el final del sexto mes del embarazo; la expulsión en los tres últimos meses de denomina parto prematuro. Igualmente aborto bajo el enfoque de referencia suele describirse como la expulsión o extracción de toda (completa) o una parte (incompleta) de la placenta o de las membranas, sin un feto identificable o con un feto vivo o muerto que pese menos de 500 gramos. Cuando se desconoce el peso fetal, puede usarse como medida la duración de la gestación, la cual debe ser menor de veinte semanas completas (139 días) contados a partir del primer de la última menstruación.

Como se puede observar, aborto desde el punto de vista médico, es más restringido que desde el punto de vista jurídico; por que únicamente se refiere a la etapa de no viabilidad del feto, es decir, desde la concepción hasta el final del sexto mes de vida intrauterina; por otro lado, si bien se refiere a la destrucción o muerte del feto, también lo es que la muerte del feto se da como una consecuencia de la interrupción del embarazo, es decir, no forja su existencia en la destrucción del embrión, sino en la interrupción del embarazo por causas patológicas o criminales.

1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ABORTO.

La muerte o destrucción del feto o embrión durante la vida intrauterina, a través del tiempo y de las distintas sociedades y culturas, ha sufrido transformaciones jurídicas; ya que en principio gozó de impunidad absoluta, es decir, que dicha conducta no era ofensiva a los valores normativos reguladores de la convivencia social; posteriormente se le sancionó con

penas severas, digamos exageradas como la pena de muerte; para que luego en tiempos actuales se tenga una tendencia a declarar impune el aborto efectuado a solicitud de la madre por causas eugenésicas, de miseria, de familia numerosa, etc. Dichas transformaciones jurídicas, podemos válidamente atribuir las a las diversas condiciones sociales, políticas, culturales, demográficas, etc. vividas por la sociedad que se ve ofendida con esta conducta.

Así tenemos, que en las leyes de la antigua India, Código de Manú, cuando una mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja, se daba muerte al hijo, sea provocando el aborto o por el suicidio de la madre. Resaltando de este dato histórico no sólo la impunidad del aborto, sino la obligatoriedad del mismo, con el firme propósito de preservar la pureza de sangre de la casta ofendida. Castigando severamente la infidelidad de la mujer, cometida contra su casta, observándose que para la sociedad Hindú de la época, tenía mayor relevancia el mantener la pureza de sangre de la casta, que la vida humana en gestación que debía destruirse.

Algunos otros pueblos de la antigüedad, donde el aborto no fue considerado como delito, se cuenta a CHINA, EGIPTO, PERSIA, ASIRIA, JUDEA, COREA, SENEGAL; ello según cita del DR. ALEJANDRO BASILE.⁸

En el Código de HAMMURABI que data del siglo XVIII a. de C., los Hititas castigaban el aborto con penas económicas.

⁸.- Ob. Cit. Pág. 209.

En Egipto se permitía el aborto pero se castigaba severamente el infanticidio. Los Hebreos, por su parte, penaban solamente los abortos causados violentamente.

En la antigua GRECIA, ARISTOTELES en principio, se opuso a la autorización del aborto, pero en su "Política" destacó que cuando es excesivo el número de ciudadanos, se puede autorizar el aborto, antes de la animación fetal en las mujeres embarazadas. PLATON también aconsejó el aborto para evitar la superpoblación.

HIPOCRATES, el padre de la escuela de Cos, estimó que el fenómeno de animación fetal se producía en el macho entre los 30 y 45 días de gestación y en la hembra cinco días después.

PLATON, PROTAGORAS y los filósofos estoicos, sostenían que la animación fetal se materializaba con el alumbramiento.

El aborto voluntario de la embarazada no se tenía por delito en la antigua ROMA Republicana, ya que ni el derecho ni la filosofía estoica, atribuían al producto de la concepción una vida propia. Según las leyes regias, era permitido al marido practicar el aborto de su mujer como derivación del concepto patrimonial sobre los hijos. Y en este sentido, tiempo después durante el reinado del emperador SEPTIMIO SEVERO, acaecido durante los años 193-211 d. de C., se dictó una ley que sancionaba el aborto con pena de destierro de la mujer que lo provocara, en razón de la indignidad que constituía privar al marido de tener descendencia.

En el digesto, que es una recopilación escrita de la producción jurídica latina, a la mujer que abortaba voluntariamente se le castigaba con el destierro.

Con el Cristianismo, comenzó a verse en el aborto un verdadero delito, al estimar que la vida humana desde la concepción, era obra de Dios y que, por ende, debía atribuírsele un alma inmortal, no estando sujeta a los hombres la decisión sobre la continuidad vital del ser creado. Salvo que el Derecho Canónico imbuido de las teorías anímicas, distinguió la muerte del feto vivificado con alma, y la del feto en que no residía ésta, a las primeras se les denominaba abortaciones y a las segundas efluciones. Para establecer la distinción, se decía que el embrión se animaba de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo; cuando el aborto causaba la muerte del feto provisto de alma, la penalidad era la muerte, por que la acción condenaba al limbo un ánima no redimida por las aguas del bautismo; en caso contrario, las penas eran inferiores, pecuniarias generalmente; salvo en las partidas, en que desterraba al abortador a una isla por cinco años (Partida VII, título VIII, LEY 8o.).

Conforme al edicto de ENRIQUE II de Francia, se castigaba con pena de muerte a las mujeres por el solo hecho de ocultar su embarazo; éste edicto fue renovado durante el siglo XVIII por los LUISES.

En la antigua legislación de ESPAÑA el Fuero Juzgo, que era el código de la monarquía goda, castigaba con muerte o ceguera a los que mataban a sus hijos antes o después del nacimiento, así como a los que proporcionaban las hierbas abortivas (Libro VI, título III, Leyes 1o. y 6o.). Las partidas, como

antes expresamos, siguieron la distinción canónica sobre la animación del feto, imponiendo como penalidad la muerte o destierro en su caso.

Comenta EUGENIO TRUEBA OLIVARES, que "la iglesia católica siempre ha condenado el aborto en cualquier momento del desarrollo intrauterino del feto, optando por la teoría de SAN BASILIO que es la de la animación inmediata del feto".⁹ A diferencia de la distinción señalada con antelación (feto con alma y feto sin alma); en la actualidad esta distinción carece de relevancia, por que la ciencia médica se ha encargado de demostrar que el feto es un ser viviente desde la misma fecundación y por ende, un feto animado, con un código genético cabal, tal como lo suponía, en cierta forma, San Agustín.

Puede decirse que estas ideas en lo sucesivo ya no cambian en lo fundamental, aunque las penas sobre el aborto sí sufren muchas variantes y modificaciones.

Si bien, ya no se aplicara más la pena de muerte, las sanciones corporales tanto a la mujer como al tercero que contribuye al aborto son excesivas. Poco a poco van siendo reducidas bajo criterios más humanitarios.

Así tenemos que en FRANCIA, se señalaba reclusión como pena del aborto (Art. 317 del Código Penal Francés); la ley de 27 de marzo de 1923, sustituyó la reclusión por prisión de seis meses a dos años y multa para la mujer que practique sobre su persona o permita que se le practique el

⁹).- TRUEBA OLIVARES EUGENIO.- EL ABORTO.- EDITORIAL JUS, MEXICO. 1978, Pág. 32.

aborto. En ALEMANIA, la sanción de reclusión (Art. 218 del Código Penal Alemán) fue disminuida por la ley de 15 de mayo de 1926 a prisión de un día a cinco años. En BELGICA, la sanción es de dos a cinco años para la mujer que voluntariamente se cauce el aborto (Art. 315 del Código Penal Belga). En ITALIA, la mujer que con cualquier medio empleado por ella o por otro con su consentimiento se procure el aborto, es castigada con detención de uno a cuatro años (Art. 371 del Código Penal Italiano). En HOLANDA, se impondrá a la mujer que procure su aborto tres años de prisión como máximo (Art. 295 del Código Penal Holandés). En la ya desaparecida U.R.S.S.en noviembre de 1918,se declaró no punible el aborto consentido por la mujer, siempre que se practique conforme a las reglas higiénicas; los Códigos Rusos de 1922 y 1926 sólo castigaban el aborto cuando se practica sin consentimiento de la mujer grávida, después de los tres primeros meses de embarazo; y por persona sin título médico o sin preparación adecuada; en las clínicas del Estado se practica gratuitamente la operación de la mujer en la primera época de la gestación.

En México, el actual Código Penal para el Distrito Federal sanciona el aborto; con uno a tres años de prisión al que hiciere abortar a una mujer con su consentimiento; con tres a seis años cuando falte el consentimiento; con seis a ocho años si mediare violencia física o moral; a la mujer que practique o consienta su aborto, Honoris Causa, de seis meses a un año de prisión o con uno a cinco años si faltare alguna de las circunstancias del Honoris Causa; los abortos terapéuticos, por Violación previa o por imprudencia de la madre, no son punibles (Arts. 330,332,333 y 334 del Código Penal para el Distrito Federal).

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, emulando al Código Penal del Distrito Federal, también reprime el aborto de la siguiente manera: al que provoque el aborto de la mujer grávida, si se obra con el consentimiento de ésta se le aplicará una pena privativa de libertad de uno a cinco años de prisión; si se obra sin el consentimiento de la mujer embarazada la sanción será de tres a ocho años de prisión; a la mujer que se procure su aborto será sancionada con prisión de uno a tres años; si se realiza el aborto honoris causa que más adelante reseñaremos, la pena de prisión será de seis meses a dos años; no siendo punibles el aborto terapéutico, cuando sea resultado de una violación o por culpa de la mujer grávida (Arts. 257, 259 y 260 del Código Penal Mexiquense).

En los tiempos actuales existe viva polémica acerca de la punibilidad o impunidad del aborto consentido por la madre; partícipes de esta polémica lo son aquellos que en favor de la despenalización del aborto consentido por la madre, argumentan que lo antijurídico de esta conducta varía y se transforma en el tiempo, a la par de las normas de cultura imperantes en cada momento histórico en la entraña de la comunidad o en regiones determinadas de la misma. Que las transformaciones operadas en nuestros días sobre la condición social y jurídica de la mujer, la libertad por ella reclamada a una maternidad consciente y el respeto que reivindica para su genuina intimidad han cambiado las valoraciones culturales y jurídicas por doquier, en forma altamente impresionante, hasta el extremo de que dijérase que el delito de aborto, en mayor o menor escala va dejando de ser un hecho que ofende los ideales valorativos de la comunidad, y por ende, antijurídico.

Ejemplo de ello, lo es la decisión adoptada por la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica que resolvió el 22 de enero de 1973; que las mujeres tienen derecho a abortar durante los tres primeros meses del embarazo; sustentando su decisión en el hecho de que la mujer tiene derecho a la maternidad voluntaria durante los tres primeros meses y que la decisión debe ser adoptada exclusivamente por ella, como un claro respeto a la vida privada de las mujeres; también apoyó su resolución en los avances de la medicina moderna que permiten practicar abortos sin peligro durante los tres primeros meses del embarazo.

Otros ejemplos de transformaciones jurídicas en relación al aborto, lo son INGLATERRA, donde el 27 de octubre de mil novecientos sesenta y siete, autorizó el aborto siempre que la mujer tuviere menos de veintiocho semanas de embarazo. FRANCIA a partir de 29 de noviembre de 1974 con la Ley SIMONE VEIL no sanciona el aborto voluntario cuando concurren éstas tres condiciones: A).- que la decisión la tome exclusivamente la mujer, salvo que fuere menor de 18 años en que se requiere la autorización de los padres; b).- que se practique antes de la décima semana del embarazo; c).- que se realice por un médico en un hospital público o privado reconocido.

En SUECIA a partir de 1975 existe impunidad absoluta para el aborto voluntario que se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo. También se puede practicar entre la decimasegunda y décima octava semana de embarazo, pero en este caso se requiere de la opinión favorable de un representante de la seguridad social.

En ALEMANIA se dejó de sancionar el aborto voluntario realizado durante los tres primeros meses de embarazo a partir de la ley de 5 de junio

de 1974. Quedando también impune la suspensión del embarazo que se efectúe después de los tres primeros meses de embarazo, cuando se encuentre en peligro la vida de la madre o cuando la salud del niño esté gravemente amenazada.

En MEXICO como ya lo hemos señalado con antelación, el aborto voluntario de la mujer embarazada es reprimido por la Ley Penal; sin embargo, partícipes de las transformaciones jurídicas antes enunciadas, existen grupos de personas, que exteriorizando su pensamiento, opinan que el aborto voluntario de la mujer embarazada por causas eugenésicas, de miseria, de familia numerosa, etc.; debe dejarse impune, amén de que el Estado debe obsequiar el aborto en las clínicas públicas en condiciones higiénicas y gratuito. Argumentando para ello lo siguiente: 1).- El derecho de la mujer embarazada de disponer libremente de sí misma. Ello implica que el feto hasta antes de su nacimiento no es más que una parte del cuerpo de la madre, por lo tanto, la madre tiene derecho de rehusar la maternidad que la casualidad le impone; 2).- El hecho de que la punibilidad del aborto, no ha impedido la práctica de los miles de abortos clandestinos en condiciones insalubres para las mujeres, que en muchas ocasiones ha costado la vida de la mujer gestante; 3).- Si con el aborto punible se quiere evitar la despoblación de una nación; luego entonces también debería sancionarse la esterilización y el uso de anticonceptivos.

Sin embargo, como lo hemos referido, participantes de esta polémica, también se encuentran aquellos que piensan que el aborto voluntario no debe dejarse impune, manifestando para ello; que las mujeres que no quieran ser madres pueden acudir a otros medios pero, concebido el ser, no debe

autorizarse su destrucción mas que en los casos en que se reclame por una necesidad salutífera o por móviles sentimentales de poderosa índole (cuando el embarazo es resultado de una violación). Expresando también que si bien, la mujer tiene la libertad de disponer de su cuerpo; también lo es que esa libertad se encuentra circunscrita al respeto que se le tiene al ser concebido, por ser éste una esperanza de vida humana; también se esgrime el hecho de que la amenaza penal, si bien, no logra frenar del todo la comisión del aborto; también lo es, que no nos está dado conocer el número de mujeres que sabedoras de la sanción penal, se hayan abstenido de practicarse el Aborto.

Nosotros pensamos que cualquiera que sea la actitud que adopte el legislador en esta problemática, debe tenerse en cuenta que el aborto no es un problema únicamente de tipo jurídico; sino que sus causas y consecuencias deben buscarse en el entorno social, cultural y político de cada Entidad componente de nuestro país.

Debe ponerse en la balanza de los valores que norman la convivencia de nuestro país; si es preferible autorizar la destrucción del ser concebido, o bien, éste una vez nacido, con una vida autónoma a la madre, se enfrente a los problemas marginales de miseria, de abandono, de niño de la calle o de delincuencia infantil como juvenil o de adulto; aunque debemos recalcar que el aborto no es un problema único de las clases marginadas o de extrema miseria; ya que éste problema también se presenta en las clases económicamente pudientes; pero también debemos reconocer que tiene mayor incidencia en las clases primeramente citadas.

También el legislador, debe considerar que concebido el nuevo ser, éste desde ese momento es un ser vivificado, que hasta antes de su nacimiento será si se quiere, una esperanza de vida humana; que de ninguna manera es un accesorio del cuerpo de la madre, y por tanto, merece la protección que el Estado le brinde en todos aspectos; mayormente el de proporcionarle condiciones adecuadas a su nacimiento para su formación física y mental, a efecto de que esa esperanza de vida humana, un día se convierta en un hombre productivo.

1.3.- EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO.

El aborto como fenómeno de la medicina, suele definirse como la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable para el medio extrauterino, o sea, hasta el final del sexto mes del embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro.

El Dr. ALEJANDRO BASILE señala que aborto "es la interrupción de la gestación con muerte del producto de la concepción antes de los 180 días de embarazo. Esto se debe a que se tiene en cuenta la viabilidad y posibilidad de nacimiento con vida del embrión en estas condiciones y circunstancias, si la interrupción del embarazo se produce antes de los 120 días se denomina aborto propiamente dicho y entre los 120 y 180 días se hace referencia a parto inmaduro".¹⁰

Igualmente hemos expresado que aborto, desde el punto de vista en estudio, se describe como la expulsión o extracción de toda (completa) o una parte (incompleta) de la placenta o de las membranas, sin un feto

¹⁰).- Ob. Cit. Pág. 213.

identificable o con un feto vivo o muerto que pese menos de 500 gr.; cuando se desconoce el peso fetal, puede usarse como medida la duración de la gestación, la cual debe ser menor de veinte semanas completas (139 días), contados a partir del primer día de la última menstruación.

Se toma el primer día de la última menstruación como fecha inicial de los cálculos, debido a que en la práctica es imposible conocer con exactitud cuándo se verifica la ovulación, la fertilización del óvulo o la implantación del huevo en el endometrio, y por lo tanto, el único dato preciso es la iniciación del último sangrado menstrual; por tanto, diremos que desde el punto de vista médico; aborto se refiere al proceso del nacimiento que se realiza antes de completarse la vigésima semana de la gestación, calculada a partir del primer día de la última menstruación.

Se afirma con el concepto expuesto la seguridad de que el producto no es viable al colocarlo fuera del ambiente uterino y sin la posibilidad de sobrevivir en el medio externo.

Una primera clasificación de aborto desde el punto de vista médico lo es:

1.- Aborto espontáneo.- Es aquél que se produce sin ninguna interferencia deliberada.

2.- Aborto inducido.- Será cuando se verifica la interrupción del embarazo de forma deliberada por cualquier medio desde el exterior del seno materno; pudiendo ser legítimo (inducido terapéutico o cuando el embarazo

es resultado del delito de violación); o ilegal, en cuyo caso se habla también del aborto criminal.

Una segunda clasificación del aborto desde el punto de vista médico, pero tomando en consideración distintos factores, lo será la siguiente:

a).- Aborto completo.- Es aquél que todo el ovisaco es expulsado espontáneamente, en una o en dos faces.

b).- Aborto incompleto.- Será aquél en que una parte del feto, de la placenta o de la decidua quedan adheridos al útero.

c).- Cuando ya se han iniciado contracciones o hemorragias uterinas, indicando el comienzo del desprendimiento del ovisaco, se emplea el término de aborto inminente. Cuando a juicio del médico, el desprendimiento del ovisaco ha llegado a un estado en el cual es imposible detener la expulsión, el aborto se considera inevitable.

d).- También se habla de la existencia de aborto habitual, siendo aquél que ocurre en repetidas veces en la misma mujer.

e).- Aborto demorado, lo será en aquellos casos en que la totalidad del ovisaco es retenido durante cierto tiempo después de la muerte del feto.

Por lo que se refiere a la inducción del aborto, da lugar a las siguientes formas de aborto:

I.- Aborto por Razones Médicas.-El aborto por indicación o prescripción médica reconoce cuatro variantes diferentes:

A).- ABORTO TERAPEUTICO.- Es el que se efectúa cuando la continuación del embarazo puede causar la muerte de la gestante o agravar cualquier enfermedad física o mental que padezca, determinando que su salud pueda ser seria y permanentemente dañada. A este respecto agrega el DR. BASILE "que la maniobra abortiva no cura la enfermedad de la mujer embarazada pero sí impide una agravación o una evolución desfavorable que implicaría un desenlace no deseado sobre la vida o la salud de la madre. Así, un Cuadro Clínico de insuficiencia cardíaca grave, una tuberculosis pulmonar avanzada con procesos cavernarios, una nefrosis severa, pondrían en peligro la vida de la mujer gestante en etapas avanzadas del embarazo o durante el parto".¹¹

B).- ABORTO PROFILACTICO.- Será aquél que se efectúa como una medida conveniente, aunque no necesaria, para evitar una afección posible o actual o la agravación de una dolencia en grado moderado. Enfermedades como epilepsia compensada, hepatitis, diabetes mellitus controlada, etc., constituyen cuadros clínicos que justifican esta clase de aborto.

C).- ABORTO EUGENESICO.- Es aquél que se efectúa con el fin de prevenir enfermedades congénitas de naturaleza ambiental o genética en el feto o embrión. Se comprenden como causales de aborto eugénico los requerimientos de eliminación de trastornos o defectos cromosómicos transmitidos por herencia.

D).- ABORTO POR ESTADO DE NECESIDAD, es aquél que se limita a los casos de extrema emergencia que exigen tratamiento inmediato. Ejemplo de ello, refiere el autor antes citado, lo son entre otros Cuadros Clínicos gravísimos:

"una profunda e incoercible hemorragia por desprendimientos normoplacentarios por placenta previa desprendida, etc. En estas circunstancias se puede exigir el tratamiento heroico en manos de parteras o practicantes hasta la llegada del médico, quien asumirá personalmente el control del tratamiento".

¹¹).- Ob. Cit. Pág. 229.

II.- Aborto por razones éticas o humanitarias, es el que se realiza por ser el embarazo producto de una violación, incesto, trato sexual con menores o personas con enfermedad o deficiencia mental.

III.- Aborto por razones sociales. Será aquél que se realiza por voluntad propia de la mujer embarazada y cuya justificación se encuentra en factores de miseria, de numerosa familia, de planificación familiar, de legitimidad, etc.

IV.- Aborto por razones personales. Es el que se realiza por voluntad propia y sin necesidad de aducir causas.

1.4.- EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO.

Como ha quedado establecido en apartados anteriores, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, en su artículo 257 señala: "se impondrá al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino:

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

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

Así también, el artículo 259 del ordenamiento legal antes invocado, señala que: "se impondrán de uno a tres años de prisión, a la mujer que diere

muerte al producto de su propia concepción o consintiere en que otro se la diere.

Se impondrán de seis meses a dos años de prisión, si hubiere dado muerte al producto para ocultar su deshonor”.

Resultando del análisis elaborado en las hipótesis normativas antes enunciadas, que el bien jurídico tutelado por éstas, lo es la vida en gestación, así como también el derecho a la maternidad por parte de la mujer embarazada. Ello es notorio cuando el legislador Mexiquense distingue entre el aborto sufrido por la mujer embarazada sin mediar su consentimiento y aquél en que sí obra el consentimiento de ésta; así como el aborto que es procurado por la propia mujer gestante.

En la fracción I del referido artículo 257; cuando un tercero ejecuta su conducta encaminada a destruir el feto o embrión, sin el consentimiento de la mujer embarazada, es evidente que con dicha acción vulnera valores jurídicos como lo es la vida humana en gestación, así como el derecho a la maternidad por parte de la mujer grávida. Permitiéndonos discernir de quienes afirman que con esta hipótesis normativa, también se lesiona el derecho del padre a la descendencia y del Estado por cuanto hace a la explosión demográfica; ello en razón de que la Ley refiere únicamente a la falta de consentimiento de la mujer embarazada, no siendo requisito la falta de consentimiento del padre, reconociendo por ende, sólo el derecho a la maternidad de la mujer gestante; en lo referente al Estado como sujeto pasivo de este ilícito, creemos que en tiempos actuales, con países sobrepoblados como el nuestro, no se ve factible que el Estado sufra

menoscabo en su población por la comisión del tipo penal en cita; menos aún cuando es bien sabido que el propio Estado sabedor del problema demográfico, ha intensificado campañas publicitarias de control natal, por ello, pensamos que es incorrecto ver al Estado como víctima de este ilícito.

En consecuencia en esta hipótesis fáctica, serán bienes jurídicos a proteger la vida humana en gestación y el derecho a la maternidad de la mujer embarazada.

En la fracción II del citado precepto jurídico, cuando la mujer grávida consiente en que un tercero ejecute sobre su cuerpo las maniobras abortivas, tendientes a la destrucción del feto o embrión; lógico es pensar que el bien jurídico protegido lo es la vida del feto o embrión; por tanto sujeto pasivo, lo es el producto de la concepción y sujetos activos lo son: el tercero que ejecuta las maniobras abortivas sobre el cuerpo de la mujer embarazada y ésta misma que consiente dichas maniobras con el fin de destruir el producto de su propia concepción.

En el último caso descrito por el artículo 259 del ordenamiento jurídico enunciado; cuando la mujer embarazada se procura su aborto por cualquier medio de forma dolosa, se evidencia que se atenta contra la vida humana en gestación precisamente por quien debiera en circunstancias normales velar por la preservación de esa vida, es decir, que víctima de este delito lo es el feto o embrión y victimario lo es la mujer gestante.

Expresa MARIANO JIMENEZ HUERTA que "la vida en gestación es pues el bien jurídico protegido por el tipo penal, de aborto. Ya que al señalar

el Código Penal que aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, forja con el verbo matar el núcleo y esencia del tipo".¹²

Para la ley penal el concebido tiene existencia, pues el núcleo del tipo muerte, presupone la vida, por lo tanto, no puede negarse que el feto o embrión es un ser vivo. Y en aquélla vida independiente y autónoma se encuentra en forma suficiente el objetivo del delito de quien voluntariamente lo destruye.

Luego entonces, tenemos que para que haya aborto, se requiere dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino; en consecuencia, es indispensable la existencia de un presupuesto material del hecho; el embarazo, ya que si no hay preñez, no hay posibilidad de la realización del hecho como aborto.

También debemos agregar que el hecho de dar muerte al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, debe ser antijurídico, o sea, que no esté el sujeto activo protegido por alguna causa de justificación; por ejemplo: la necesidad de interrumpir la gravidez para evitar a la persona de la mujer embarazada un daño grave, inminente, dependiente de la gravidez o del parto, y no evitable más que con el sacrificio de un valor de menor jerarquía como lo sería la destrucción del feto o embrión.

Los elementos de existencia del delito de aborto son dos: a).- El material o externo, que es la muerte del producto de la concepción; y b).- El

¹²).- Ob. Cit. Pág. 178.

subjetivo o interno, que se refiere a la intención dolosa de cometer el delito; o bien, a la conducta imprudente del sujeto activo, cuando éste no sea la mujer gestante, ya que en nuestra legislación Penal, la conducta culposa de la mujer embarazada se encuentra impune.

a).- **Elemento Material o Externo.-** En este delito lo es la muerte del producto de la concepción, dicho resultado debe producirse en cualquier momento del embarazo intrauterino, es decir, desde la fecundación hasta el momento del nacimiento; no siendo necesario para la integración del tipo de aborto que se acredite que el feto era viable, basta la prueba de que tenía vida y que ésta se extinguió en el seno materno por efecto de las maniobras abortivas, o por su violenta expulsión causada por el sujeto activo.

b).- **Elemento Subjetivo o Interno.-** Como hemos señalado, se refiere a la intención o culpa de cometer el delito, es decir, a la actividad humana típicamente idónea para dar muerte al feto o embrión. A este respecto señala el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA que "la muerte del producto de la concepción, puede ser causada por el sujeto activo, mediante el empleo de medios físicos (introducción en el útero de sondas o cánulas, masajes o golpes abdominales, choques de corriente eléctrica, raspadura del útero, succión, etc.) o químicos (permanganato, apiolina, ergotina, cornezuelo de centeno, oxitocina, prostaglandina y otras sustancias que tengan propiedades abortivas); descartándose los medios morales (sustos o disgustos), en virtud de que una recta interpretación del tipo penal de aborto, presupone el empleo de medios materiales de inequívoca potencialidad lesiva."¹³

¹³).- Ob. Cit. Pág. 191.

Nosotros al respecto señalamos que una interpretación literal del artículo 257 del Código Penal del Estado de México en donde se señala "al que provoque la muerte del producto de la concepción..."; no señala el empleo de un medio específico para lograr el resultado, por tanto, para provocar la muerte del feto, el sujeto activo podrá emplear los medios físicos, químicos o morales; aunque en relación con éstos últimos debemos reconocer lo difícil que será acreditar en averiguación previa e instrucción, el nexo de causalidad entre la conducta (empleo de sustos o disgustos en la mujer embarazada) y la causación del resultado (muerte del feto); por que los denominados medios morales podrán ser condicionantes del aborto, pero no son los medios apropiados para producirlo.

Atendiendo exclusivamente a las diversas hipótesis normativas previstas por la ley penal, se afirma que existen tres clases o modalidades de aborto punible y que son los siguientes:

ABORTO PROCURADO.- También llamado aborto propio o autoaborto; será la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino, causado de manera dolosa por la mujer gestante.

En esta modalidad de aborto, es la mujer embarazada sujeto activo del delito, ya que ésta efectúa sobre sí misma, las maniobras dirigidas a producir la muerte del feto, o ingiere las sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin; y por ende, sujeto pasivo es el feto o embrión.

El bien jurídico que la norma penal tutela en esta clase de aborto, es única y exclusivamente la vida humana en gestación, en virtud de que la intención fundamental del sujeto activo es acabar con el producto de la concepción.

Previene la ley como atenuante para la madre que se procure su aborto, el hecho de realizarlo para salvar el honor, dando origen al llamado aborto HONORIS CAUSA, el cual es sancionado por el ordenamiento punitivo de una forma menos severa, que aquél en que no concurre esta circunstancia.

Elemento constitutivo de este delito, además de la muerte del feto o embrión, lo es la conducta dolosa de la mujer embarazada ; es decir, la intención de que las maniobras abortivas que ejerce sobre sí misma, caucen la muerte del producto de la concepción durante el embarazo.

ABORTO CONSENTIDO.- Es definido de forma clara y precisa por el maestro CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, realizada por un tercero con el consentimiento de la mujer grávida".¹⁴

En este caso la mujer embarazada participa de manera conjunta con el tercero, al que faculta para que ejecute sobre sí misma la conducta apropiada para conseguir la destrucción de la vida humana en gestación; dando por resultado la aparición de dos sujetos activos del delito; uno de

¹⁴).- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.- DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL.- EDITORIAL JURIDICA MEXICANA, MEX. 1975. Pág. 216.

ellos lo es la mujer embarazada que coopera consintiendo en las prácticas abortivas, esto es, prestándose a ellas con sus movimientos corporales, o cuando menos, poniéndose en posición obstétrica; y el otro lo será el sujeto que realiza las maniobras abortivas sobre la mujer grávida con el consentimiento de ésta.

El consentimiento prestado de la mujer grávida a otro, debe ser específicamente para que éste destruya el feto o embrión.

Por tanto, sujeto pasivo de este ilícito es el producto de la concepción, el cual es sacrificado por un tercero con la complicidad de la mujer embarazada.

Este tipo de aborto, también contempla como atenuante para la mujer grávida, el hecho de dar muerte al producto de la concepción, para salvar el honor de ésta.

ABORTO SUFRIDO.- Es la destrucción del feto en cualquier momento del embarazo intrauterino, causado de manera dolosa, culposa o preterintencional, por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada.

El maestro PORTE PETIT, lo define como "la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez, sin o contra el consentimiento de la mujer grávida". ¹⁵

¹⁵).- Ob. Cit. Pág. 255.

En esta clase de aborto, se ofende además de la vida del producto de la concepción; el derecho a la maternidad de la mujer embarazada, el cual se ve frustrado a consecuencia de la conducta ejecutada por el sujeto activo que destruye la vida humana en gestación; siendo por ende, el caso de aborto más grave.

Observándose en el aborto sufrido que al haber una dualidad de valores ofendidos, así también existen dos sujetos pasivos receptores de la conducta delictiva, siendo uno de ellos el feto o embrión que se destruye; y el segundo el derecho a la maternidad de la mujer embarazada. Siendo sujeto activo cualquier persona que ejecuta los medios (físicos, químicos o morales) sobre la persona de la mujer grávida, con la única intención de destruir la vida humana en gestación.

También previstos por la norma penal, existe otra clase de abortos, cuya característica primordial lo es su impunidad.

A este respecto, señala el artículo 260 del Código Penal Mexiquense lo siguiente: "No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

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

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

III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

De la anterior enunciación, se desprende que la causa generadora de la impunidad, de la conducta típica es de diversa naturaleza jurídica.

Así, tenemos que la fracción primera del artículo de referencia señala como impune la muerte del producto de la concepción, cuando ésta sea resultado de una acción culposa de la mujer gestante. Señalándonos también el orden legal en cita, en su artículo 7o., Fracción II, párrafo segundo que "el delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprudencia, imprevisión, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado". De donde se desprende que cuando en la conducta de la mujer grávida, concurren cualquiera de las circunstancias enunciadas, dando por resultado la muerte del feto o embrión; no recibirá sanción alguna por ello. En virtud de que el objeto del orden punitivo, no es otro que la salvaguarda de los valores mínimos para la convivencia social; nunca lo será el de agregar a la tragedia que ya sufre la víctima, los dolores o angustias que implicaría un proceso criminal. Estimando la ley penal que la mujer gestante, en este caso, ya tiene suficiente castigo con ver frustradas sus esperanzas de ser madre.

A lo expresado, agregaremos que la excusa absolutoria en comento, sólo beneficia a la mujer embarazada, ya que si tuviera participación un tercero, a éste no le beneficiaría dicha excusa; ello, pensamos, en virtud de que el tercero ajeno a las expectativas de la maternidad de la mujer gestante, no sufre en principio ninguna ofensa o daño, con la muerte del producto de la concepción, por tanto, es válido incoar proceso al tercero por aborto culposo, es decir, aborto no intencional. Ejemplo de ello sería, cuando en la conducción de vehículos de motor, uno de ellos tripulado por la mujer

embarazada y el otro por un tercero, se produce un choque entre dichos vehículos, causando además de los consabidos daños y lesiones a los vehículos y conductores respectivamente, la muerte del feto o embrión; y del resultado de la investigación se concluye que el hecho se debió a la culpa de ambos conductores; por lo que en estricto apego al contenido de la excusa absolutoria en comento, es válido que a la mujer embarazada que ve frustrado su derecho de maternidad por culpa, se le excuse de pena, por considerarse que con la pérdida del futuro hijo, tiene suficiente castigo; no así al tercero, que totalmente ajeno a las expectativas de maternidad de la mujer gestante, no ha sufrido ningún daño con la muerte del producto de la concepción, por ende, es válido incoar a éste proceso por aborto culposo.

La fracción segunda del referido ordenamiento legal señala la impunidad del aborto, cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación.

Por ser esta excusa absolutoria, tema central del presente trabajo de tesis, la desarrollaremos con propiedad en el capítulo tercero; por lo que por ahora sólo señalaremos que algunos tratadistas fijan su naturaleza jurídica en la causa de inculpabilidad conocida con el nombre de "no exigibilidad de otra conducta", en virtud de que a la mujer que es preñada mediante la cópula violenta, no se le puede exigir que respete la vida embrionaria del concebido. Algunos otros opinan que su naturaleza jurídica ha de hallarse en la Causa de Justificación denominada "ejercicio de un derecho", toda vez que la ley faculta a la mujer grávida a remover hasta sus entrañas las consecuencias del atentado sexual de que fue víctima, incluida la destrucción del feto.

Y la fracción tercera del precepto legal invocado, deja impune la muerte del feto, cuando de no provocarse ésta, la mujer embarazada corre peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Esta causa de justificación da origen al llamado aborto necesario o terapéutico.

Lo definimos como la muerte del producto de la concepción durante el embarazo intrauterino, en aras de salvar la vida de la mujer gestante..

Se dice que la naturaleza jurídica de esta causa de justificación, ha de encontrarse en el llamado Estado de Necesidad, entendido éste como lo define el maestro FRANCISCO PAVON VASCONCELOS "es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio".¹⁶

Por tanto, la ley penal resuelve el conflicto de intereses surgido entre dos vidas humanas, sacrificando la vida del feto o embrión en favor de la vida de la mujer embarazada, ello en razón de que en tanto el feto es apenas una esperanza de vida humana; la mujer embarazada representa la vida humana en plenitud; optando el ordenamiento legal por proteger un valor de mayor jerarquía como lo es la vida humana en su plenitud, sacrificando uno de menor trascendencia como lo es la vida embrionaria.

¹⁶).- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1995. Pág. 353.

Siendo requisito legal que el tercero que dirime el conflicto entre las dos vidas, sea un médico que posea los conocimientos necesarios para apreciar el riesgo de muerte de la mujer gestante, solo superable mediante el sacrificio del feto. Pero ante posibles abusos o errores, es también requisito jurídico la opinión de un segundo médico, siempre que ello fuere posible y no peligrosa la demora.

Pensamos a este respecto que la ley acertadamente opta por la conservación del valor de mayor envergadura, como lo es la vida humana en plenitud, sacrificando uno de menor jerarquía como lo es, la vida en gestación; que también acertadamente faculta a la persona idónea como lo es el médico para que se encargue de resolver el conflicto entre dos vidas, apoyado en sus conocimientos técnicos; sin que para ello sea necesario la obtención del consentimiento de los padres; confiando la ley plenamente en la capacidad de éste.

...

CAPITULO SEGUNDO
EL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ DE LA LEY PENAL MEXICANA

2.1.- CONCEPTO DE VIOLACION.

El tipo penal de violación en el orden punitivo de México, se consiñe a sancionar aquella conducta desplegada por el sujeto activo, que es típica, antijurídica, culpable y punible; que se encuentra descrita como la imposición de la cópula por el activo sobre el pasivo, mediante el uso de la violencia física o moral, sin la voluntad de éste último; o bien, aprovechando el activo algunos estados o situaciones especiales en que se halle la víctima de tan reprobable acto; que nulifican la voluntad de ésta para producirse libremente en sus relaciones sexuales.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, en su libro segundo, título décimo quinto, bajo la denominación de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, agrupa entre otros ilícitos a los siguientes:

CAPITULO I.- Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

CAPITULO II.- Rapto. (Actualmente derogado).

CAPITULO III.- Incesto.

CAPITULO IV.- ADULTERIO

Por lo que hace al tipo penal en estudio, el código sustantivo antes referido, lo describe en su artículo 265 de la siguiente manera "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años". Así mismo, en su artículo 266 refiere los siguientes: "Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier cosa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

Descripción Normativa que Difiere en algunos Aspectos Importantes, con el tipo Penal descrito en el Código Penal Mexiquense, el cual en su libro segundo, título tercero, subtítulo cuarto, denominado delitos contra la libertad e inexperiencia sexual; conjunta los delitos de Actos Libidinosos, Estupro y Violación; por cuanto hace a éste último, lo previene en su artículo 279 de la siguiente manera: "Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a setecientos días de multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días

multa, si la persona ofendida fuere impúber. En su artículo 280 previene: "Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".

Una primera diferencia entre una y otra normatividad, lo es que la primera omite señalar como elemento constitutivo del tipo penal en estudio, la ausencia de la voluntad de la víctima para acceder a la relación sexual, suponiendo nosotros que el legislador federal, a diferencia del legislador Mexiquense, supone (erróneamente) que este elemento se encuentra subsumido en el empleo de la violencia física o moral para tener el acceso carnal; sin embargo, se sabe que no siempre esto es verdad, ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, tal y como acontece en los actos de masoquismo-sadismo, del ejercicio de la prostitución, etc.; por tanto, consideramos más adecuada la descripción jurídica realizada en el Código Penal Mexiquense. Otra diferencia importante, radica en la penalidad que una y otra aplican a dicha conducta; en tanto, la primera sanciona con prisión de ocho a catorce años, la segunda más benevolente castiga con prisión de tres a ocho años, agravándose cuando la pasiva fuere impúber, con prisión de seis a quince años de prisión; resultando que si el delito de violación es la mayor afrente que puede sufrir la víctima en su libre determinación en materia erótica; luego entonces, consideramos que es mas acertada la penalidad señalada en el primer ordenamiento legal antes citado.

Doctrinariamente el tipo penal de violación es descrito por el maestro FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA como "la imposición de la cópula sin

consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral constituyendo esto la esencia del verdadero delito sexual de violación".¹

Para MARIANO JIMENEZ HUERTA, el delito más grave contra la libertad sexual es el de violación; y citando a CARRARA agrega: "cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta, surge el delito más grave de violencia carnal que absorbe cualquier otro en razón de la doctrina de la prevalencia".²

EUGENIO CUELLO CALON define el tipo penal de violación como "la unión carnal ilícita con mujer, contra su voluntad o sin su voluntad; agregando que para que haya violación, no sólo es preciso que el agente sea un varón y la víctima la mujer, es menester una unión sexual normal, pero no es preciso un coito perfecto".³

Por cuanto hace a lo aseverado por CUELLO CALON, debemos precisar que dicha conceptualización obedece a la descripción jurídica contenida por el Código Penal Español para el tipo penal de violación; sin embargo debemos agregar que nos parece una aberración jurídica, que siendo la libertad sexual de la víctima, la que se protege con el tipo penal de violación, se señale como sujeto pasivo de este delito únicamente a la mujer.

¹).- GONZALES DE LA VEGA FRANCISCO.- DERECHO PENAL MEXICANO.- LOS DELITOS.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996. Pág. 385.

²).- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO III. LA TUTELA PENAL DEL HONOR Y DE LA LIBERTAD.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982. Pág. 250.

³).- CUELLO CALON EUGENIO.- DERECHO PENAL TOMO II.- PARTE ESPECIAL.- EDITORIAL DOSCH, BARCELONA, 1975. Pág. 586.

desconociéndose la libertad sexual del hombre que se vulnera cuando le es impuesta la cópula contra su voluntad, empleando para ello la violencia física o moral; una segunda observación es que afirma que en la violación la cópula sea normal, descartando la cópula anormal como sería la efectuada vía anal y oral, desconociendo que este tipo de cópula también conforma la sexualidad de las personas y que la imposición de éstas al pasivo contra su voluntad, también lesionan su libertad en materia erótica. Una tercera crítica lo es que CUELLO CALON considere al hombre como único sujeto activo del delito, descartando a la mujer para ello como sujeto primario. Nosotros consideramos que no existe razón alguna para no considerar a la mujer como sujeto primario activo del delito de violación, ello en virtud de que una correcta interpretación del tipo descrito por los ordenamientos antes enunciados, arroja que el delito de violación cualquier persona hombre o mujer puede ser sujeto activo, si es capaz de coaccionar la voluntad del pasivo mediante el empleo de la violencia física o moral o aprovechando la minoría de edad u otras circunstancias especiales que impiden producirse libremente en sus relaciones sexuales; con el único fin de imponerle la cópula sea ésta normal o anormal.

MARCELA MARTINEZ ROARO al definir la cópula normal (coito) "como la penetración del pene en la vagina, y la cópula anormal como la introducción del pene, o cualquier sustituto del mismo en la vagina o el ano; también señala que violación sería toda conducta que lesione la intimidad sexual de una persona, cuando se realice sobre su cuerpo un acto de índole

sexual o cuando se le haga realizarlo en el cuerpo de otro por medio de la violencia física o moral".⁴

En espera de ampliar estos comentarios en apartados posteriores; agregaremos que para el ponente en similitud de ideas con los juristas nacionales enunciados, el tipo penal de violación será "la imposición de la cópula del activo sobre el pasivo, mediante el uso de la violencia física o moral, sin la voluntad de éste último; o bien, aprovechando el activo, algunos estados o situaciones especiales en que se halla la víctima, que nulifican su voluntad para producirse libremente en sus relaciones sexuales".

También añadiremos, que el delito de violación es el delito más grave que atenta contra la libre determinación del sujeto pasivo en materia erótica; es decir, que el tipo penal en estudio, resulta ser la ofensa más grave que se comete contra la víctima en su libertad de elegir con qué persona copular; ello en razón de que el elemento constitutivo abominable del delito de violación, lo será el uso de la violencia física o moral que emplea el violador sobre la víctima para conseguir imponerle la cópula, anulando de esta manera la voluntad de la víctima, imponiéndole un acto no querido.

2.2.- BREVE EXPOSICIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE VIOLACION.

El delito de violación a través del tiempo y del espacio ha sido reprimido con severidad por las diversas sociedades que han encontrado en éste, una ofensa grave a los valores protegidos para el logro de la

⁴)- MARTINEZ ROARO MARCELA.- DELITOS SEXUALES, SEXUALIDAD Y DERECHO.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982. Pág. 243 y 244.

convivencia social entre los hombres; entre éstas, en el presente apartado, vamos a referirnos a culturas o pueblos como ROMA, FRANCIA, ESPAÑA, y por supuesto a nuestro país, MEXICO.

En el Derecho Romano, las legislaciones fueron parcas en la expresión de los delitos relacionados con el sexo, considerándose, según TEODORO MOMMSEM, como delitos sexuales a los siguientes:

- 1.- Unión entre parientes (incesto), e impedimentos matrimoniales.
- 2.- Ofensa al pudor de la mujer (Adulterium estuprum).
- 3.- Rufianismo. (lenocinium).
- 4.- Matrimonio deshonoroso.
- 5.- Bigamia.
- 6.- Rapto.
- 7.- Pederastía. ⁵

Apreciándose que de la enumeración de delitos sexuales citada, no se encuentra el delito de violación, en virtud de que este delito se trata dentro de la coacción (Vis) que es definida por el autor antes indicado de la forma siguiente "Vis es el poder, y sobre todo la potencia, la fuerza de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que le deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe a esta voluntad mediante la amenaza de un mal o lo que es lo mismo, por miedo (metus) para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción". ⁶

⁵).- MOMMSEM TEODORO.- EL DERECHO PENAL ROMANO.- EDITORIAL LA ESPAÑA MODERNA, MADRID.- Pág. 427.

⁶).- Ob Cit. Pág. 410.

Los referidos delitos sexuales existentes en Derecho Penal Romano, tuvieron un concepto inseguro e impreciso, ya que el concepto que exponían era puramente ejemplificador, no lográndose elaborar por este tipo de delitos una figura independiente y propia, usándose denominaciones genéricas por ejemplo, los delitos de adulterio y estupro están comprendidos dentro de la "ofensa al pudor de la mujer"; el ilícito de violación dentro de la coacción, etc.

Dentro de estos delitos de coacción, se sancionaba precisamente con la pena de muerte el Stuprum violentum. La Lex Julia de Vis Pública sancionó de igual manera dicha conducta.

FRANCIA.- El Código Penal Francés comprendía el delito de violación bajo la denominación de "los attentats aux mœurs" (atentados a la moral) y era considerado el delito sexual mas grave y por ello la pena que se imponía era drástica y severa.

Se sabe que en principio dicha conducta se rigió por leyes bárbaras, como lo fueron la "de los franco-salios (ley sodica), de los bogönes, de los franco-riparios, los capitulares de los reyes francos, de las dos primeras dinastías; las que inspiradas en el Derecho Romano castigaban al violador con realizar un pago como indemnización a la ofendida, llamándose a esta pena La Composición.

La castración se utilizó como pena para el delito de violación en el Código Penal Francés de 1810 en su artículo 325 que a la letra decía: "quien toma venganza castrando a quien le ha ofendido mediante un ultraje violento

al pudor, queda excusado por considerar tal ultraje como una provocación suficiente.

Actualmente dicho ilícito se encuentra configurado en los artículos 331 y 332 del Código Penal Francés bajo la designación común de attentat a la pudeur, que comprende tres formas del delito.

a).- El atentado al pudor sin violencia sobre la persona de un niño de uno u otro sexo, menor de trece años.

b).- El atentado al pudor, cometido por cualquier ascendiente sobre la persona de un menor, aún cuando su edad sea mayor de trece años, siempre que no estuviera emancipado por matrimonio, y;

c).- El atentado al pudor con violencia contra individuos de uno o de otro sexo, sin distinciones de edad.

ESPAÑA.- Según refiere EUGENIO CUELLO CALON, el Derecho Canónico consideró Stuprum violentum tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorada no podía cometerse este delito; en cuanto a las penalidades canónicas que eran prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.⁷

La primera regulación del delito de violación en el Derecho Histórico Español, aparece en el Fuero Juzgo, Ley XIV, título IV, libro III que a la letra

⁷).- Ob. Cit. Pág. 584 y 585.

dice: "si algún omne fiziera por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre, si el omne es libre reciba cien azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: é si es siervo, sea quemado en fuego; Hy el omne libre que por maliecho fuere metido en poder de la mujer, en ningún tiempo non pueda casar con ella, Esi por ventura ella se casar con él en alguna manera; oves aquel recibiere por siervo, por pena de este fecho, sea siervo con todos de los herederos más propinquos.

Sigue refiriendo CUELLO CALON que con igual rigor se penaba el delito en cuestión en los fueros Municipales y en el Fuero Viejo, libro II, título II; el cual castigo el delito de violación generalmente con pena de muerte o con la declaración de enemistad, que permitía a los parientes de las víctimas dar muerte al ofensor.

En el fuero real, las cuatro primeras leyes del título X, del libro IV, están dedicados a los que "fuertan, roban o engañan a las mujeres" y tratan conjuntamente del rapto a la violación; imponiendo pena de muerte a la cometida en persona de mujer soltera, a la cometida con el concurso simultáneo de dos o más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer, y la de cualquier religiosa profesa; si la mujer raptada por varios era violada por uno sólo, los demás satisfacían solo una pena pecuniaria que se distribuía entre la ofendida y la cámara del rey; no existiendo distinción precisa alguna de los delitos de rapto y violación.

Las leyes de partida igualaron en valor la violación y el rapto, castigándolas con igual pena: La muerte.

Es a partir de 1822, año del primer Código Penal Español en que se abandonaron las severas penalidades del Derecho Español Antiguo, castigando estos delitos con privación de la libertad; sin embargo a éste respecto dicho código era vago e impreciso, por que no separa por completo el delito de violación, del rapto o abusos deshonestos. Siendo hasta el Código de 1848 en que por primera vez definió el delito de violación de la siguiente manera: Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.- Cuando se usa la fuerza o intimidación.

2.- Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3.- Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.

MEXICO.- En nuestro País, el día siete de diciembre de 1871, el Congreso de la Unión, expidió en nuestra legislación positiva el Primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos en materia común y para toda la República sobre delitos contra la Federación, el cual empezó a regir el día dos de abril de 1872, siendo presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el LIC. BENITO JUAREZ.

En relación al delito de violación, el citado Código Penal en el título VI, libro III, bajo la denominación de "delitos contra el orden de las familias, la

moral pública o las buenas costumbres”, comprendía en su capítulo III, entre otro el delito de violación, mismo que era definido por su artículo 795 de la siguiente manera: “comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo”. De igual forma definió el delito de violación el Código Penal de 1929 en su artículo 860; para que en la actualidad como ya lo señalamos con antelación, el artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, define el delito de violación de la siguiente manera: al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con personal de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años”.

2.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.

En el presente apartado comentaremos sobre el bien jurídico tutelado por el tipo penal de violación; debiendo entender por bien jurídico tutelado: como aquél valor o interés que el Estado protege a través del ordenamiento punitivo, como una necesidad para mantener el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social; así tenemos que el Estado por mediación de la legislación penal vigente, protege intereses o valores, tales como la vida humana, el patrimonio, la libertad personal, etc.

Por cuanto hace al valor protegido en el delito de violación; el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su libro segundo, título decimoquinto, capítulos primero al cuarto, agrupa una serie de conductas antisociales cuya comisión agrede o vulnera los valores denominados contra

la libertad y el normal desarrollo psicosexual, constituyendo esto, los bienes jurídicos que el Estado protege; los delitos que son agrupados en el título de referencia lo son: capítulo primero: Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación; capítulo segundo: Rapto (a la fecha se encuentra derogado); capítulo tercero "Incesto y; capítulo cuarto: Adulterio.

El Código Penal Mexiquense por su parte, en su libro segundo, título tercero, subtítulo cuarto, capítulos primero al tercero, conjunta los delitos de actos libidinosos, estupro y violación, que ofenden, según el aludido ordenamiento punitivo, la libertad e inexperiencia sexual.

En ambas legislaciones pensamos que los bienes jurídicos que se tutelan con los títulos aludidos son: la libertad y seguridad sexual de las personas, pero además la primera referida, también salvaguarda el orden sexual de las familias.

A este respecto comenta MARIANO JIMENEZ HUERTA que "la libertad de amar es facultad inherente al ser humano y nobilísimo atributo de su personalidad que se exterioriza en el pleno señorío que al individuo incumbe de mantener relaciones amorosas con quien bien le pareciere, de interrumpirlas libremente, de no tenerlas con quien no fuere de su agrado o de abstenerse temporal o permanentemente de toda relación carnal. Empero, la libertad de amar no sólo descansa en la libre voluntad de mantener con otros contactos o relaciones sexuales, sino también en la psíquica capacidad del individuo para válidamente manifestar dicha voluntad en orden a los indicados contactos o relaciones. En uno y otro caso es tutelada la libertad

de amar. En el primero, la libertad efectiva, en el segundo, la libertad potencial.⁸

Doctrinariamente agregaremos que para el maestro FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, el bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, Vis), o bien, por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, Metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica. Además, en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, el daño causado específicamente contra la libertad sexual, se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y aún homicidio.⁹

Jiménez Huerta considera que el bien jurídico tutelado en el delito en estudio lo es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la

⁸).- Ob. Cit. Pág. 217.

⁹).- Ob. Cit. Pág. 385 y 386.

persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.

ALBERTO GONZALEZ BLANCO opina que el bien jurídico que se ofende con el tipo penal de violación es "la libertad sexual, supuesto que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula, son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta".¹⁰

MARCELA MARTINEZ ROARO comenta que "indudablemente que con la violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo y, como dice González de la Vega, su seguridad, su tranquilidad, e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomó en cuenta al tipificar el delito de violación, fue la agresión que el sujeto pasivo sufría contra su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual, cuando se le coartaba en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quien no deseaba hacerlo, por tanto, sin lugar a dudas, es la libertad en su aspecto sexual lo que la ley protege en el delito de violación".¹¹

EUGENIO CUELLO CALON señala "de los hechos lesivos de la moralidad sexual que el código (Español) sanciona, unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, como el comercio carnal realizado mediante violencia o intimidación, o con persona

¹⁰).- GONZALEZ BLANCO ALBERTO.- DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1979, PÁGS. 141 Y 142.

¹¹).- Ob. Cit. Pág. 342.

que no puede prestar su consentimiento por su edad o por otra causa, los abusos deshonestos cuando concurre con las anteriores circunstancias, el yacimiento mediante engaño con personas menores, etc. Aquí están incluidos los delitos de violación y abusos deshonestos, el rapto contra la voluntad de la raptada y así mismo, el estupro y el rapto con anuencia de la raptada, delitos en los que la edad menor, la violencia y el engaño, originan una disminución de la libertad de la ofendida o la anulan por completo.¹²

Nosotros en concordancia con las ideas de los juristas antes referidos y de las legislaciones citadas, pensamos que el bien jurídico que se protege con el tipo penal de violación es eminentemente la libertad sexual de las personas; entendida ésta como la libre decisión del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo.

2.4.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE VIOLACION.

Los elementos que constituyen la descripción legislativa del delito de violación, siguiendo lo preceptuado por los artículos 265 y 266 del Código Penal vigente del Distrito Federal que a la letra refieren: Art. 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años". Art. 266.- "Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y

¹²).- Ob. Cit. Págs. 582 y 583.

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier cosa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad. Serán los siguientes:

a).- Una acción de cópula.

b).- Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; y

c).- El empleo de la violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir.

Ahora bien, siguiendo lo preceptuado por los artículos 279 y 280 del Código Penal vigente para el Estado Libre y Soberano de México, cuyo contenido literal es el siguiente: Art. 279.- "Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días de multa, si la persona ofendida fuere impúber. Art. 280.- "Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años"; por ende, tendremos que los elementos que constituyen el tipo penal descrito serán los siguientes:

1.- Una acción de cópula;

2.- Que esa cópula se efectúe en cualquier persona.

3.- Que se realice sin la voluntad del ofendido; y

4.- El empleo de la violencia física o moral o la edad menor de catorce años de la víctima u otras circunstancias especiales que impiden al sujeto pasivo producirse libremente en sus relaciones sexuales.

De lo antes expresado, en el presente trabajo, vamos a referirnos a los elementos constitutivos del delito de violación según lo previene la legislación Mexiquense, ello en virtud de que el presente trabajo está encaminado de alguna manera al análisis de la ley penal para el Estado de México, aunado al hecho de que personalmente consideramos que dicha descripción normativa es más completa en sentido literal a la del Distrito Federal, en razón de considerar acertadamente como un elemento más del tipo penal en estudio, la falta de voluntad de la víctima ante la cópula que se efectúa sobre su cuerpo por el violador; por tanto, tenemos que el tipo penal de violación se encuentra conformado por: a).- Una acción de cópula; b).- Que esa cópula se efectúe en cualquier persona; c).- Que se realice sin la voluntad del ofendido; y d).- El empleo de la violencia física o moral o la edad menor de catorce años de la víctima u otras circunstancias especiales que impiden al sujeto pasivo producirse libremente en sus relaciones sexuales.

a).- La cópula como elemento material del delito de violación.

La cópula, significa atadura, ligamento de una cosa con otra; en un sentido estricto etimológico, cópula es sinónimo de unión; el verbo copular proviene de copularse, que en latín significa: juntar o unir una cosa con otra; en su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, observándose a ésta última definición, que dicha conjunción carnal no implica ninguna limitación en cuanto a la vía o la forma en que se realice la unión.

De lo antes expresado podemos afirmar que cópula es toda unión o conjunción carnal de las personas sin distinción alguna; pero esta unión o conjunción carnal que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. Aunque dicha introducción o penetración del miembro viril fuere incompleta en la abertura vulvar, anal y oral sin que sea preciso, que se efectúe la inmisio, ni la cópula normal que se produzca la ruptura del himen o desfloramiento.

En este mismo sentido, actualmente se pronuncia el legislador federal, al incorporar al Código Penal del Distrito Federal, en su párrafo segundo del Artículo 265 la definición de cópula de la siguiente manera: "para los efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".

Por cuanto se refiere a la Legislación Penal Mexiquense en estudio, si bien, no define de forma expresa el elemento copula; también lo es que no deja lugar a dudas de qué tanto cópulas normales como anormales quedan

comprendidas en la descripción típica antes enunciada, sin tener mayor relevancia el sexo del sujeto pasivo del delito en estudio, ya que al señalar la frase "al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin voluntad de ésta..." es lo suficientemente clara para aseverar que el sujeto pasivo del delito de violación lo será cualquier persona de cualquier sexo.

De donde podemos afirmar que la cópula en el delito de violación no debe circunscribirse a su acepción gramatical y fisiológica exclusivamente, sino que debe entenderse en un sentido y significado mucho más amplio, donde abarque toda unión o conjunción carnal de las personas, sean éstas normales (coito) o anormales (vía anal u oral).

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA entiende y define a la cópula como "cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual-normal o contra natura con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia también de las consecuencias posteriores a la cópula".¹³

Al respecto de las consecuencias posteriores a la cópula, agregaremos que para los efectos del presente trabajo, reviste especial importancia la cópula normal impuesta a una mujer, que trae como consecuencia el embarazo de ésta; en virtud de que si bien es cierto que nuestra legislación excluye de penalidad el aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación; también lo es que dicha excusa absolutoria no particulariza qué autoridad válidamente puede autorizar éste aborto, así como tampoco señala

¹³).- Ob Cit. Pág. 392.

ninguna medida preventiva para la víctima que ha de practicarse el aborto, con la finalidad de no engendrar una vida que le recuerda siempre el atentado sexual de que fué víctima, ni algunos otros tópicos que procuraremos clarificar en el presente trabajo de tesis.

Siguiendo con el elemento en estudio, agregaremos que cópula para el maestros ALBERTO GONZALEZ BLANCO, en su acepción erótica general, comprende "a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal, y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos, o sea varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural".¹⁴

MARTINEZ ROARO señala "que cópula normal (coito) será la penetración del pene en la vagina, y la cópula anormal es la introducción del pene o cualquier sustituto del mismo, en la vagina o en el ano; y que cópula en el sentido que es señalado por la ley debe entenderse como la cópula anormal, es decir, como la penetración del pene o cualquier sustituto del mismo en la vagina o el ano.

Entendida así.

La violación tanto el hombre (con el pene o cualquier cosa que lo substituya) como la mujer (con un sustituto del pene) pueden ser sujetos activos del delito, penetrando a un hombre (por la vía anal) o a una mujer (por vía vaginal o anal)".¹⁵

¹⁴.- Ob. Cit. Págs. 147 y 148

¹⁵.- Ob. Cit. Págs. 243 y 244

A este señalamiento agregaremos que el Código Penal del Distrito Federal adopta de alguna manera lo aseverado por la maestra Martínez Roaro y al efecto incorpora en su artículo 265 un tercer párrafo que a la letra dice: "Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido"; equiparando esta conducta a la violación, aunque la sanciona de forma menos severa, que aquélla en la que lo que se introduce es el miembro viril masculino; terminando de tajo con la polémica de que si la mujer podría ser sujeto activo del delito; ya que el aludido párrafo deja abierta la posibilidad para que la mujer sea sujeto activo primario del delito de violación y sujeto pasivo lo será cualquier persona. Pensamos sin lugar a dudas que los citados párrafos segundo y tercero del artículo 265 del Código Penal del Distrito Federal, deberán ser adoptados por las legislaciones de las diversas Entidades Federativas de nuestro País; para de esta forma terminar con dudas o lagunas legales que en no pocas ocasiones dejan impunes este tipo de conductas, debido a erróneas interpretaciones del verdadero significado de la cópula. También pensamos que la penalidad que se señala en el aludido párrafo tercero, deberá ser homologada a la señalada por el párrafo primero del referido artículo 265 del Código Penal del Distrito Federal; por considerar que lo que se protege con el tipo penal de violación es la libertad sexual, la cual se vulnera de igual manera, si en el sujeto pasivo se introduce el pene o cualquier sustituto del mismo, mediante el empleo de la violencia física o moral.

b).- El sexo del sujeto pasivo en el delito de violación como elemento constitutivo del mismo.

Doctrinariamente se acepta sin discusión que sujeto pasivo del delito de violación puede ser cualquier persona.

Jurídicamente con la actual redacción del tipo penal de violación, tanto en el Código Penal del Distrito Federal, artículo 265 "...con persona de cualquier sexo..."; como el Código Penal Mexiquense, artículo 279 "...tenga copula con una persona..."; no existe duda alguna que víctimas de este delito lo será cualquier persona (niños, hombres, mujeres, ancianos, etc.); ello en razón de que como se ha señalado en el presente trabajo, el bien jurídico protegido por el tipo penal de violación en general lo es la libertad sexual de las personas, entendida ésta como la libre determinación de las personas de disponer sexualmente de su cuerpo; por tanto, si el artículo 2o. de la Constitución Política en vigor para los Estados Unidos Mexicanos consagra que en nuestro país está prohibida la esclavitud, siendo por ende libres hombres y mujeres; en consecuencia toda persona que goza de esta libertad, tiene por lo tanto, libertad de determinar su conducta en materia erótica, la que se vulnera al imponérsele la cópula mediante el uso de la violencia física o moral o de aprovecharse de su minoría de edad o de situaciones o estados psíquicos especiales en que se halla la víctima.

Al respecto señala GONZALEZ DE LA VEGA "en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, puesto que según términos expresos de la ley, refiriéndose al ofendido, se declara sea cual fuere su sexo. En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, el estado civil y la conducta anterior del paciente, no se establece limitación alguna. En consecuencia, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos; varones o mujeres, vírgenes o no, en edad infantil, juvenil o

adulto; ligados o no por matrimonio, de vida sexual honesta o impúdica. Esta total indiferenciación obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos, atacándose así primordialmente, aparte de su seguridad, su libertad de determinación en materia erótica".¹⁶

c).- La Realización de la Cópula sin la Voluntad del Ofendido, como Elemento de Existencia del Delito de Violación.

Como hemos analizado en el presente capítulo, la esencia típica del delito de violación radica en que el sujeto activo tenga cópula con el pasivo sin la manifiesta voluntad de éste; ello quiere decir que en la configuración del tipo penal en estudio, resultaría irrelevante la cópula si ésta no es el resultado del aniquilamiento de la voluntad del pasivo por parte del activo. Algunas veces para someter la voluntad contraria de su víctima, el activo ejerce sobre ella la violencia física o moral, en algunas otras, se aprovecha de la situación o circunstancias en que se halla el sujeto pasivo.

Empero, la resistencia ha de ser seria y constante. Es seria cuando está exenta de simulación y refleja una auténtica voluntad contraria; y constante cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquélla que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce.

A este respecto MARCELA MARTINEZ ROARO opina que "en cuanto al elemento de resistencia constante que deberá oponer el sujeto pasivo al activo, nos parece bastante cuestionable; pensamos en el ejemplo de la

¹⁶).- Ob Cit. Pág. 393.

mujer que en despojado y sin la menor posibilidad de ayuda se ve agredida por varios sujetos, ante la plena seguridad de lo inútil de su resistencia, debemos exigirle que se resista para que además de la lesión sexual, ponga en peligro su integridad física y hasta su vida".¹⁷

El ponente opina, que sin dejar de reconocer cierta verdad en lo expresado por la jurista Martínez Roaro; en la configuración típica de la violación, el sujeto pasivo deberá humanamente posible exteriorizar su contraria voluntad al ayuntamiento que le es impuesto por el activo; ello en razón de que como se ha expresado, el delito de violación atenta contra la libertad de las personas de disponer sexualmente de su cuerpo; sin embargo, ello no implica el completo sometimiento físico y la total anulación de la voluntad ajena. Bastará con que se le despoje a la víctima humanamente, no heroicamente de la posibilidad de resistir.

Esto quiere decir, que la Ley Penal no exige a la víctima un sacrificio sobrehumano en la salvaguarda de su libertad sexual, sino que será suficiente que con actos como lo son gritos, forcejeos, lamentaciones, denuncia inmediata ante el C. Agente del Ministerio Público, etc., externe su contraria voluntad a la cópula que le es impuesta. En virtud de que si en el delito en estudio no se violenta la libre determinación en materia erótica del pasivo por el activo, no podrá afirmarse que ha sido vulnerada la libertad sexual de aquél, por tanto, estaremos ante un caso de atipicidad por falta de uno de los elementos de existencia. Por tanto, para la configuración del delito de violación es imprescindible que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido; ya que el uso de la violencia no implica por sí mismo, la falta de

¹⁷).- Ob. Cit. Pág. 244.

consentimiento del pasivo; como erróneamente lo expresa el Código Penal del Distrito Federal en su referido artículo 265. Ya que como afirma González de la Vega "si por interés de la paga, o por complacer a un amante sádico, o por personal delectación masoquista, un individuo acepta o requiere voluntariamente que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad o fuerza con motivo de la relación sexual, éste consentimiento hace desaparecer el tipo del delito de violación".¹⁸

d).- El empleo de la violencia física o moral o la edad menor de catorce años de la víctima y otras circunstancias especiales que impiden al sujeto pasivo producirse libremente en sus relaciones sexuales.

El Tipo Penal de Violación. No forja su núcleo en la cópula, ya que ésta por sí misma, no constituye una conducta que ofenda los valores de la comunidad, siendo por ende un hecho perfectamente lícito; sin embargo, esta conjunción carnal adquiere importancia y se transforma en un hecho antijurídico cuando se realiza por el sujeto activo utilizando violencia, sea física o moral, o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo, como lo será, la edad menor de catorce años o de otras circunstancias que le impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

Luego entonces, tenemos que como medios para vencer la resistencia de su víctima, en el tipo penal de violación, el sujeto activo emplea los siguientes:

¹⁸).- Ob Cit. Pág. 403.

VIOLENCIA FISICA

La violencia física en su acepción jurídica, se refiere a la fuerza material por cuya virtud se constriñe a una persona a hacer o dejar de hacer todo aquello a que tiene derecho, es decir, se nulifica su voluntad como resultado de la fuerza material ejercida en su contra.

Por lo que como ya hemos señalado en el tipo penal de violación lo que se ataca es precisamente la libertad sexual de las personas; luego entonces, la violencia física referida a este delito será: El uso de la fuerza material sobre la persona de la víctima, con el propósito de imponerle la conjunción carnal, en contra de su voluntad, exteriorizada en actos de protesta y resistencia por tanto, la fuerza física desplegada sobre el sujeto pasivo ha de ser suficiente para vencer la resistencia de éste.

A este respecto señala EUGENIO CUELLO CALON que "la palabra fuerza, se refiere a la violencia física, existiendo ésta cuando dos o más personas inmovilizan a la víctima o le impiden oponer resistencia al acometimiento deshonesto del ofensor, pero también es posible el empleo de fuerza aún cuando en el hecho intervenga un solo culpable. Sólo podrá estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada cuando no le sea posible persistir en la resistencia opuesta, más no es preciso que llegue al completo abatimiento físico".¹⁹

Por su parte GONZALEZ DE LA VEGA señala que la violencia física en el tipo penal de violación "consistirá en la fuerza material aplicada

¹⁹).- Ob. Cit. Págs. 588 y 589.

directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir".²⁰

Para que la violencia física tenga relevancia en el delito en estudio, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima y sea suficiente para neutralizar la resistencia que ésta debe de oponer; en tal virtud, la fuerza material desplegada por el violador sobre su víctima, ha de estar en proporción directa a la constitución física de ésta última; esto es, que el sujeto activo que ejerce violencia física, necesariamente deberá ser superior físicamente a su víctima para válidamente poder afirmar que empleando la fuerza material aniquiló la voluntad de ésta a efecto de imponerle la conjunción carnal.

En este caso, señala MARIANO JIMENEZ HUERTA "que existe violencia auténtica, cuando la voluntad contraria de la víctima es dominada por la fuerza física. Pero es preciso que la resistencia de la víctima se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la de su agresor. La resistencia ha de ser seria y constante. Es seria cuando está exenta de simulación y refleja una auténtica voluntad contraria; y es constante, cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquélla que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce".²¹

²⁰).- Ob. Cit. Pág. 398.

²¹).- Ob. Cit. Págs. 259 a la 262.

Es evidente que entre el empleo de la violencia física y la cópula debe existir un nexo causal, que al menos en el tipo penal en estudio no es otro que el empleo de la fuerza bruta como medio para obtener la cópula de la víctima, ya que si se usa la violencia física para maltratar al paciente después de haberse realizado la conjunción carnal, no podrá afirmarse que se haya violentado la libre determinación del sujeto pasivo en materia erótica; en todo caso, se hablará de un delito de lesiones, pero no de violación.

Estimamos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, supuesto que en virtud de ella, se ataca la libertad sexual, que como ya se indicó constituye el bien jurídico objeto de la tutela penal; pero también ésta será pilar en la comisión de otros ilícitos como el de homicidio por ejemplo; atacándose en esa virtud no sólo la libertad sexual de las personas, sino también su vida e integridad corporal.

VIOLENCIA MORAL:

La violencia moral, también denominada Vis compulsiva, es aquella que actúa de forma tan grave en la víctima que se ve obligada a sufrir en su persona el mal que en realidad no ha querido, para evitar otros males que estime como mayores y de los que se ve amenazado en sí mismo o en personas unidas a ésta.

En este caso la intimidación, al igual que la violencia física (Vis absoluta), también anulan la libertad de la víctima, ya que su esencia consiste en causar un miedo en el ánimo del paciente para obligarlo a aceptar el hecho que no ha querido, pero que tolera se efectúe para evitar

males de mayor trascendencia. La intimidación proyectada al tipo penal de violación ha de ser grave, capaz de paralizar la voluntad de resistir. En consecuencia diremos que la violencia moral en el delito de violación consiste en la amenaza o intimidación de un mal grave presente o inmediato en la persona de la víctima o de un ser ligado a ésta; a efecto de anular su capacidad de resistir y lograr imponerle la conjunción carnal.

GONZALEZ DE LA VEGA señala que violencia moral, en el delito en "estudio, consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores, le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido".²²

A diferencia de la Vis absoluta que señalamos, debe recaer precisamente sobre la persona deseada, en la Vis compulsiva, la amenaza de un mal grave presente o inmediato, puede realizarse sobre el sujeto pasivo o sobre una persona ligada a éste. Ejemplo de lo anterior en el primer caso, sería cuando el violador armado con una pistola amenaza la integridad física de su víctima si ésta no acepta la cópula. Y ejemplo del segundo caso, será cuando el sujeto activo intimida a su víctima con causar la muerte de su padre, madre o hijos si no accede a la realización de la cópula.

A lo antes expresado agregaremos que para que la intimidación psíquica sea constitutiva del ilícito en cuestión es necesario que la amenaza que se hace a la víctima, además de grave y presente, deberá ser irreparable. Como en el caso de los ejemplos citados, donde lo que se ve amenazado es

²²).- Ob. Cit. Págs. 401 y 402.

la vida de la víctima o personas ligadas a ésta, bien que como es sabido, resulta ser irreparable. Aunque debemos agregar que en las condiciones de la intimidación no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran parte influirá el carácter personal de la víctima, así como los bienes o valores que se afecten con esa intimidación; en todo caso la apreciación de su gravedad deberá quedar en manos del juzgador.

EDAD MENOR DE CATORCE AÑOS DE LA VICTIMA U OTRAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE LE IMPIDEN PRODUCIRSE LIBREMENTE EN SUS RELACIONES SEXUALES.

Como ha quedado expresado con anterioridad, el artículo 280 del Código Penal vigente para el Estado de México refiere que "se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".

De donde se desprende que además del empleo de la violencia física o moral desplegada por el sujeto activo para imponer la cópula al sujeto pasivo, existen también algunos estados o situaciones especiales en que se halla la víctima de tan reprobable acto, que nulifican la voluntad de ésta para producirse libremente en sus relaciones sexuales. Configurándose con ello lo que la doctrina y la propia legislación señalan como violación presunta o violación equiparada.

Por cuanto se refiere a la edad menor de catorce años de la víctima, pensamos que la ley penal establece el límite cronológico referido, en virtud

de que el consentimiento prestado por una menor de dicha edad, carece de toda validez jurídica, en virtud de que quien lo otorga no está en condición psíquica y en algunas ocasiones ni fisiológicamente apto para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales; por tanto la cópula tenida con un menor de estas características supone un ataque contra la libertad sexual de éste.

Señala JIMENEZ HUERTA que "se entiende que el sujeto pasivo no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, aparte de la edad menor (catorce años), cuando se encuentre en imposibilidad de entender y discurrir a causa de una alteración patológica de la mente. Entran aquí los estados de enajenación mental en sus diversas formas de manifestación causativos de la anulación de la conciencia o de la voluntad. No se precisa que la víctima hubiere sido judicialmente declarada en estado de enajenación mental; basta la realidad pública y notoria de su enajenación".²³

En este renglón pensamos que será suficiente que en la averiguación previa correspondiente, conste acreditada esta situación patológica, con la pericial médica respectiva y la fe del Representante Social, para que ligada esta circunstancia a la cópula sufrida por la víctima, se tenga por acreditado el tipo penal de violación. Ya que la cópula efectuada cuando el sujeto pasivo se halla imposibilitado de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, implica un ataque a su libertad sexual.

²³).- Ob Cit. Pág. 267.

Existen otras causas que le impiden al sujeto pasivo resistir a la cópula que le es impuesta por el activo; estas causas de naturaleza más o menos transitoria, son aquéllas en que el sujeto pasivo se halla en un estado de inconsciencia, que le impide conocer y comprender el acto de que es víctima. Este estado de inconsciencia puede ser resultado de diversas causas, como podrían ser accidentes que arrojen pérdida del conocimiento; desmayos de tipo patológico; o bien, el resultado de una conducta dolosa del activo al suministrar al pasivo grandes cantidades de bebidas embriagantes, o sustancias químicas u orgánicas que producen análogos resultados en la víctima, es decir, la pérdida del conocimiento de ésta, que lógicamente le impiden resistir a la cópula impuesta por el sujeto activo.

El objeto de esta tutela penal, lo será evitar que de ciertos estados o situaciones en que se halle la víctima, se aproveche un tercero para imponerle la cópula.

Por último, solo agregaremos que para nosotros, el delito de violación presunta o equiparada, no difiere de la violación, más allá que la de los medios empleados en una y en otra, para lograr el resultado, de tal forma que afirmamos que el delito de violación equiparada o violación presunta no constituye un delito autónomo o independiente, sino que es una circunstancia más que se adiciona como elemento constitutivo del tipo penal de violación.

CAPITULO TERCERO
ESTUDIO ANALITICO DEL ARTICULO 260 . FRACCION II DEL CODIGO
PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO

3.1.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

El artículo 260 del Código Penal vigente para el Estado de México en su conformación fáctica, describe tres diferentes clases de aborto, cuyo rasgo característico en común lo es su impunidad; es decir, que ejecutada la conducta descrita por el orden jurídico, carece de sanción. Dicha impunidad como lo reseñamos en capítulo anterior, obedece a diversa naturaleza jurídica.

El citado precepto legal en su fracción segunda, describe "no es punible la muerte dada al producto de la concepción; cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación". Antes de entrar en el estudio de los elementos que conforman esta exención penal, habremos de fijar la naturaleza jurídica de ésta.

Como señala el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA, no es fácil fijar la naturaleza jurídica de la exención de pena, cuando se causa la muerte del feto o embrión, siendo éste el resultado de la cópula impuesta por medios violentos. Por ello debemos recordar que el delito, según una regía corriente doctrinaria es: toda conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible. De donde se refleja que los elementos o caracteres del delito son: a).- **CONDUCTA O HECHO.-** En general se refiere a todo comportamiento humano, positivo o negativo encaminado a lograr un fin. Este fin, no es otro

que lograr una transformación en el mundo exterior sancionado por la ley; es decir, que necesariamente debe existir un nexo causal entre el hecho y el cambio en el mundo exterior.

La conducta como elemento del delito es definida por RAUL CARRANCA Y TRUJILLO Y RAUL CARRANCA Y RIVAS como "el hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado".¹

La conducta puede ser de acción, de omisión y de comisión por omisión.

La acción es todo movimiento humano corporal voluntario.

La omisión consiste en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar.

La comisión por omisión se refiere a producir un cambio en el mundo exterior, mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

¹ ... CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL.- DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL.- EDITORIAL PORRÚA. MEXICO 1995. Pág. 275.

Ejemplo de ello, lo encontramos en lo que previene el artículo 167 Fracción V del Código Penal Mexiquense, donde se describe lo siguiente: "Art. 167.- Son delitos de los servidores públicos de la administración de justicia:

V.- Omitir, acordar o no resolver dentro de los términos legales, los asuntos de su conocimiento, aún cuando sea con el pretexto de silencio, obscuridad de la Ley o cualquier otro.

b).- TIPICIDAD.- Para la mejor comprensión del segundo elemento del delito, según la definición que hemos expresado, es necesario realizar una diferenciación entre tipo y tipicidad. El tipo es la creación legislativa, descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

De ahí que algunos tratadistas señalen que el tipo es la suma de todos los caracteres del delito. En tanto que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; esto es, cuando la conducta o hecho realizado por la voluntad humana se ajusta estrictamente a lo que el Estado reprime por conducto de la norma penal.

c).- ANTIJURIDICIDAD.- Se dice de lo antijurídico o injusto, que es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al derecho.

En general afirma FRANCISCO PAVON VASCONCELOS que la antijuridicidad "es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho".²

² - PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO.- PARTE GENERAL.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1995. Pág. 319.

Nosotros entendemos a la antijuridicidad como la desaprobación total de la conducta humana por parte del Estado, al considerar que dicha conducta quebranta las normas mínimas de convivencia social, y por ende, deben ser sancionadas.

d).- CULPABILIDAD.- Siguiendo con la definición pentatómica del delito que hemos expresado, consideramos que la culpa es un elemento constitutivo del delito; sin éste no es posible concebir su existencia; es decir, sin la culpa no existe delito. Por ello nosotros en concordancia con algunos juristas como el maestro FERNANDO CASTELLANOS consideramos que la culpa "es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto".³

Es la capacidad volutiva u omitiva del sujeto para contraindicar la Ley. Por tanto, para que una persona humana exteriorice una conducta, típica, antijurídica y culpable, para ello, ha de ser imputable; es decir, estar provisto de la capacidad de querer realizar el acto o cuando menos omitir las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, entendiéndose su ilicitud; denominándose a esto la capacidad de determinación en función de lo que conoce. Por ello se afirma que la imputabilidad es un presupuesto de la culpa, ya que si el sujeto es inimputable, esto es, carente de la aptitud intelectual y volutiva de sus actos, no podrá ser declarado culpable, desvirtuándose por ello la conducta delictiva del sujeto.

La culpa según el Código Penal Mexiquense en su artículo 7o. se puede manifestar de tres diversas formas: Dolosa, Culposa y Preterintencional.

³ - CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.- PARTE GENERAL.- EDITORIAL PORRUA, S.A.- MEXICO, 1996. Pág. 234.

e).- **PUNIBILIDAD.-** Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta. Es el castigo previamente establecido por el Estado, al actualizarse la descripción legislativa.

El maestro FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, señala que la punibilidad es "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".⁴

Se afirma que la norma jurídica surge en cuanto el incumplimiento del deber prescrito se relaciona a un acto coactivo del Estado que la dicta. Por ello se considera inexistente una obligación jurídica de conducirse en determinada forma si no hay norma que estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria

Existe amplia discusión acerca de si la punibilidad es un elemento esencial del delito o sólo una consecuencia del mismo.

Nosotros nos inclinamos por pensar que la punibilidad es un carácter del delito, por que si la conducta típica, antijurídica y culpable, no se asocia a la amenaza de pena; el Estado no podrá coaccionar su cumplimiento, por considerar que dicha conducta no es dañina para la convivencia social, y por ende, no considerada como delito.

Ya algunos códigos penales del país entre ellos el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en

⁴).- Ob. Cit. Pág. 487.

materia de fuero federal, en su artículo 7o. describe que "el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", considerando implícitamente a la punibilidad como elemento del delito y no como su necesaria consecuencia. Mayor claridad a este respecto se advierte de lo preceptuado por el Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, en su artículo 8o., al señalar lo siguiente: CONCEPTO DE DELITO es la conducta, típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales". Por ello, podemos afirmar que para la configuración del delito se requiere se encuentren reunidos conformando un todo, los cinco elementos antes reseñados; esto es, la conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible; ya que a falta de alguno de ellos, no podrá conformarse el delito.

Del análisis de los elementos o caracteres del delito antes referidos, podemos afirmar que la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino, cuando es consecuencia del delito de violación; actualmente es una conducta típica, antijurídica y culpable, pero no punible; es decir, es excusable cuando el embarazo es consecuencia de la cópula ilícita.

Por tanto, la naturaleza jurídica de la exención de pena, en la destrucción del producto de la concepción, cuando éste sea resultado de la conjunción carnal impuesta por medios violentos, ha de hallarse en el aspecto negativo de la punibilidad; es decir, en la excusa absolutoria, la que una vez incorporada al ordenamiento legal, origina la impunidad del delito.

La excusa absolutoria, ha de ser entendida como todo acto potestativo del Estado por virtud del cuál, hace que un acto o hecho que sienta típico,

antijurídico, imputable a una persona y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública o de política criminal, basado en consideraciones de diversa índole.

Así tenemos como elementos de conformación de la excusa absolutoria en estudio, los siguientes:

1).- Muerte del Producto de la Concepción.- Como ya comentamos en el capítulo primero del presente trabajo, la muerte del producto de la concepción, debe producirse en cualquier momento del embarazo intrauterino; es decir, desde la fecundación hasta el momento del nacimiento, pues con el nacimiento con vida del feto, jurídicamente deja de serlo para pasar a constituir una persona humana; lo que evidencia un presupuesto material del hecho, que en este caso es el embarazo; ya que si no hay embarazo, no podrá realizarse el hecho como aborto.

Se desprende que sujeto pasivo de esta conducta lo es el feto o embrión y sujetos activos lo son, la mujer embarazada así como el tercero que ejecuta las maniobras abortivas sobre el cuerpo de la mujer grávida, con el pleno consentimiento de ésta; ya que si faltara el consentimiento de la mujer gestante, el aborto dejaría de ser impune, para convertirse en una conducta punible; y por ende, ilícita, al actualizarse todos y cada uno de los elementos de configuración del delito; y la mujer embarazada sería también sujeto pasivo.

2).- Conducta Dolosa del Activo.- En este caso se refiere a la intención de la mujer embarazada y del tercero que participa, de causar la muerte del

producto de la concepción, mediante el empleo de los medios físicos o químicos, descartándose los medios morales (sustos o disgustos) por considerar que son ajenos a la voluntad de la mujer embarazada por conseguir su aborto.

Por lo que siendo lícitas las maniobras abortivas, los medios físicos o químicos empleados por la mujer gestante y el tercero que colabora, éstos deberán ser los más aptos que la ciencia médica señale y en las mejores condiciones de higiene para la mujer embarazada por conseguir su aborto.

3).- Embarazo Resultante de un Delito de Violación.- Condición sine quanon resulta ser el atentado sexual sufrido por la mujer embarazada, para que el Estado le excuse de castigo su conducta de no admitir una maternidad impuesta ilícitamente.

Bajo esta circunstancia, la víctima de la conjunción carnal impuesta por medio violentos o de aprovecharse de la edad menor de catorce años o de otras causales que le impiden resistir; deberá ser precisamente una mujer que fisiológicamente sea apta para la concepción.

También la cópula violenta, será una cópula normal; es decir, por vía vaginal, lugar donde el violador depositará el líquido seminal para posibilitar la fecundación del óvulo femenino.

Sujeto activo del delito de violación será uno o varios sujetos del sexo masculino; es decir, hombres fisiológicamente aptos para la procreación; descartándose por ende, a la mujer como sujeto activo de este ilícito.

Resulta importante resaltar la trascendencia jurídica que reviste el hecho de acreditar fehacientemente el atentado sexual sufrido por la mujer embarazada y que el embarazo es consecuencia inmediata de aquél. Pero esa demostración jurídica será requisito para la no punibilidad del aborto, no siendo necesario, previo enjuiciamiento del o de los responsables de la violación. Por tanto, el delito de violación puede quedar acreditado ante el Agente del Ministerio Público en las diligencias ministeriales, o bien, en el juicio incoado a los probables responsables.

3.2.- ANALISIS DOCTRINARIO DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.

Dentro de las excusas absolutorias que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico, una de las que mayores polémicas ocasiona, por cuanto se refiere a la naturaleza jurídica, es precisamente la no punibilidad del aborto, cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación.

Doctrinariamente se acepta casi sin discusión, como válido el llamado aborto sentimental, más no existe pleno consenso en cuanto a su naturaleza jurídica; es decir, a las causas que motiva al legislador para excusar de pena, a la mujer embarazada, que provoca su aborto, por habersele impuesto de manera ilegítima dicha maternidad.

Partícipe de esta polémica se encuentra el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA, quien en relación a la excusa absolutiva en estudio, refiere "en la época actual el ordenamiento jurídico no puede ser sordo, ciego e insensible

ante la dramática situación psicológica en que se halla la madre que ha sido fecundada en una violación y que por repulsa a su violador, al acto antijurídico por él perpetrado y a las consecuencias que éste ha dejado en sus entrañas, procura su aborto o consciente en que otro se lo produzca. A primera vista dijérase que nos hallamos ante una creación legal de la causa de inculpabilidad conocida con el nombre de "no exigibilidad de otra conducta", habida cuenta de que a la mujer que ha sido fecundada en tan dramático suceso criminal, no se le puede exigir que respete la vida embrionaria del concebido, como la Ley exige en todos los demás casos en que no concurre tan odiosa circunstancia.

Esta fundamentación jurídica sería en verdad, valedera si la exención de pena establecida se proyectase únicamente sobre la madre y sus parientes ligados a ella por vínculos psico-sociológicos de identidad personal. Empero, como la impunidad se proyecta sobre cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto, obvio es que dicha exención tiene un alcance que desborda y supera el de la mera referencia personal entre el acto y el autor que ontológicamente corresponde a la no exigibilidad.

El aborto perpetrado sobre la mujer embarazada a consecuencia de una violación, cuando se efectúa dentro de los cauces naturales que se derivan de la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho".⁵

⁵ J.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.- DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO II LA TUTELA PENAL DE LA VIDA E INTEGRIDAD HUMANA.- EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982. Págs. 199 y 200.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Pensamos sin lugar a dudas que no le falta razón al maestro JIMENEZ HUERTA, para creer firmemente que la mujer embarazada que procura su aborto a expensas de haber sido preñada ilegítimamente, ejercita el derecho que la ley le otorga; pero no para borrar las consecuencias del atentado de que fue víctima; sino que, pensamos que el Estado faculta a la mujer embarazada, para procurarse su aborto; como un reconocimiento a la maternidad libre y legítima, autorizando a destruir la que la fatalidad le impone.

En tal virtud, la mujer grávida, que ha sido preñada por el delito de violación que se procura su aborto, no atenta antijurídicamente contra la vida del producto de la concepción; sino que su conducta a la luz del orden jurídico, se justifica ejerciendo su derecho, de no tener que soportar una maternidad ilícita, no deseada; reconociendo el Estado con ello, el derecho de la mujer a una maternidad voluntaria y deseada.

Pero para que la causa de justificación denominada ejercicio de un derecho, opere en plenitud en la situación que nos ocupa, se requiere el reconocimiento expreso de ese derecho por parte de una autoridad competente; esto es, de los órganos encargados de procurar o impartir justicia.

Ya que la autorización expresa a la mujer embarazada ilegítimamente por violación, para que se procure su aborto, expedida por una autoridad competente; como lo son el Agente del Ministerio Público y el juez correspondiente; excluye la antijuricidad del hecho, reconociendo plenamente el derecho de la víctima del delito de violación, a la maternidad deseada;

aunado al hecho de que esa autorización legal, le garantiza plenamente su aborto por manos de médicos expertos y en las mejores condiciones de higiene.

Por su parte FRANCISCO PAVON VASCONCELOS señala "es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la Ley, por constituir un bien jurídico motivo de tutela, no puede exigírsele la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la Ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole. Se reconoce, en el aborto por causas sentimentales, una "no exigibilidad de otra conducta" y por tanto, una causa de inculpabilidad".⁶

Criterio que es compartido por RAUL CARRANCA Y TRUJILLO Y RAUL CARRANCA Y RIVAS al expresar "que la excusa en razón de la maternidad consciente, cuando el embarazo, es resultado de un delito de violación; se trata de una causa legal de no exigibilidad de otra conducta".⁷

Nosotros pensamos que la exención de pena señalada por la fracción II del artículo 260 del Código Penal Mexiquense, supera el ámbito de la mera referencia personal entre el hecho y su autor, al proyectarse no sólo sobre la mujer grávida, víctima de conjunción carnal violenta, sino que dicha exención también alcanza al médico cirujano o partera que da muerte al producto de la concepción a petición de la mujer violada, por tanto la causa legal de no exigibilidad de otra conducta no enraza en el precepto legal invocado.

⁶).- Ob. Cit. Pág. 497.

⁷).- Ob Cit. Pág. 655.

La excusa absolutoria se funda en el derecho de la mujer a desechar una maternidad no querida, ni buscada.

Al respecto expresa MARIANO JIMENEZ HUERTA, que "la naturaleza jurídica de la excención de pena del aborto como consecuencia del delito de violación, descartada su raíz subjetiva y personal, ha de ser hallada en el ámbito de la valoración normativa. Es incontrovertible, dado el alcance objetivo y general del precepto, que el orden jurídico otorga a la mujer el derecho de no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual".⁸

Por consiguiente, consideramos que la no punibilidad del aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación que se denomina "por causas sentimentales", quedó incluido en el Código Penal, como un derecho para que la mujer violada interrumpa una maternidad odiosa, consecuencia del atentado sexual de que fue víctima.

En consecuencia, siguiendo el criterio del maestro JIMENEZ HUERTA, creemos firmemente que la naturaleza jurídica de la excención de pena del aborto, como resultado de la cópula violenta, debe localizarse en la causa de justificación de el ejercicio de un derecho. Mismo que para ser ejercido por la mujer grávida, con toda la nitidez que de éste dimana, es necesario que dicho derecho, sea autorizado expresamente por el Ministerio Público o Juez correspondiente que conozca del caso, bajo ciertos requisitos que más adelante señalaremos, con la finalidad, de que no sea desviado de la razón jurídica que motiva su creación; es decir, que no se abuse de la excención de

⁸).- Ob Cit. Pág. 200.

pena, por mujeres que para cubrir algún desliz, aleguen falsamente haber sido violadas.

Ahora bien, la mujer embarazada a consecuencia de una violación que voluntariamente procura su aborto, y a la que en tales circunstancias consciente en que otro le haga abortar, están amparados por la exención de pena que se contiene en el artículo 260, Fracción II del Código Penal Mexiquense. Los partícipes en el primer caso, y el ejecutor en el segundo, están, así mismo, exentos de pena, pues sus respectivas conductas discurren también por la causa legítima, derivada de la libre determinación de la mujer gestante.

Sólo en el caso de que la mujer violada fuere alienada o idiota, correspondería prestar el consentimiento, a su representante legal. Empero en tal hipótesis, más que el derecho a una maternidad libre y consciente, entrarían en función consideraciones eugenésicas

3.3.- ESTUDIO COMPARADO DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA EL ABORTO EN CASO DE VIOLACION.

La exención de pena para la mujer embarazada como consecuencia del delito de violación, ha sido adoptada por algunos códigos penales de Latinoamérica. Así tenemos que según cita GARCIA MAAÑON, el Código Penal de la República de Bolivia, por el Decreto-Ley 10.426, en su artículo 266 describe "cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiera sido iniciada.

Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso".⁹

Observándose del anterior precepto que la Ley Penal Boliviana, en la excusa absoluta de referencia, se extiende también a los delitos sexuales de raptó, estupro o incesto; requiriéndose como requisito que la acción penal hubiera sido iniciada; esto es, formulada la denuncia correspondiente por dichos ilícitos, y en su caso contar con la autorización judicial, constituyendo esto, algo no previsto por la legislación penal de nuestro país.

El Código Penal Brasileño, según Decreto Ley 2848/40, en su artículo 128 dispone lo siguiente: "no se reprime el aborto provocado por médicos:

I.- Si no existe otro medio para salvar la vida de la embarazada.

II.- Si el embarazo es resultado de estupro y el aborto está precedido del consentimiento de la embarazada, o, si fuere incapaz, de su representante legal".

⁹ GARCÍA MAAÑÓN-BASILE.- ABORTO E INFANTICIDIO.- ASPECTOS JURIDICO Y MEDICO-LEGALES. EDITORIAL UNIVERSIDAD. BUENOS AIRES 1990. Pág. 180.

De donde se infiere que el orden jurídico Brasileño, también ubica la conducta descrita en el aspecto negativo de la punibilidad del delito; esto es, en la excusa absoluta, sólo que en el caso brasileño, solo considera como hecho excusable de pena, cuando el embarazo es resultado del delito de estupro, siendo omiso en los demás delitos sexuales, entre ellos el de violación.

El Código de Defensa Social de CUBA, según Decreto-Ley 802/36, que entró en vigor el ocho de octubre de 1938, en su artículo 443 señala "está exento de responsabilidad criminal:

a).- El aborto necesario para salvar la vida de la madre o para evitar un grave daño en la salud.

b).- El que provocare o llevare a cabo con su anuencia cuando la gestación hubiere sido ocasionada por haberse cometido sobre la grávida el delito de violación, raptó no seguido de matrimonio o estupro.

c).- El que se provocare o llevare a cabo, con la anuencia de los padres, cuando el propósito sea evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter grave.

Desprendiéndose del precepto legal Cubano, que el aborto terapéutico, por causas sentimentales y eugenésicas, no es reprimido, por que no se considera antijurídico; y por ende, se considera una conducta justificada, merecedora de ser exentada de toda responsabilidad criminal.

La Ley Penal Ecuatoriana en su artículo 447 prescribe "el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible:

1.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y

2.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer".

Se puede apreciar que el ordenamiento punitivo Ecuatoriano, en el referido precepto legal, considera como excusa absoluta el aborto terapéutico y por causas sentimentales, siempre que sea practicado por un médico; esto es, que para poder gozar de la exención de pena, la mujer embarazada y el tercero que ejecute las maniobras abortivas, éste último, deberá ser un médico capaz de ejecutar la destrucción del feto o embrión, dentro de los cauces normales que al efecto dicta la ciencia médica, proporcionando con ello la mayor de las protecciones higiénicas a la mujer grávida.

Y como requisito sine quanon, que ampara la licitud de estos abortos, está el pleno consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal si fuere alienada o idiota.

El Código Penal de la República de El Salvador, según decreto 270, en su artículo 169, expresa lo siguiente: "No es punible:

1o.- El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto.

2o.- El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio y se realizara con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico.

3o.- El realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y

4o.- El practicado por facultativo con consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible en el producto de la concepción".

La Legislación Penal Salvadoreña también considera excusable de pena, el aborto practicado, cuando es consecuencia del delito de violación o estupro; es decir, que a la conducta señalada, también la ubica en el aspecto negativo de la punibilidad del delito, esto es, en la excusa absoluta. Requiriéndose para ello que el aborto se practique por un facultativo (médico, cirujano, partero, etc.); así como la autorización de la mujer gestante. Infiriéndose de ello que es derecho de la mujer grávida, provocar su aborto, para remover las huellas de sus entrañas, del atentado sexual de que fue víctima, rechazando por ende, una maternidad ilícita.

El Código Penal de la República del Uruguay, según Ley 9155, en su artículo 328, inciso 2o., refiere lo siguiente: "si el aborto se cometiere sin

consentimiento de la mujer para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo”.

Apreciándose de manera clara, del precepto antes anunciado, que para que opere la excusa absolutoria que se describe, es requisito indispensable el consentimiento de la mujer violada.

A nivel nacional, la excusa absolutoria para el aborto cuando el embarazo es producto del delito de violación; se encuentra incorporada en todos los códigos penales de las diferentes Entidades Federativas, incluido el Distrito Federal.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su artículo 333 parte segunda, señala la no punibilidad del aborto, cuando el embarazo sea resultado de una violación. En igual sentido se conducen las legislaciones los Estados de AGUASCALIENTES artículo 104, Fracción II; BAJA CALIFORNIA artículo 281, Fracción II; CAMPECHE artículo 298; HIDALGO artículo 303, Fracción II; JALISCO artículo 229; MEXICO artículo 260, Fracción II; MICHOACAN artículo 290; MORELOS artículo 331; NUEVO LEON artículo 334; PUEBLA artículo 343, Fracción II; QUERETARO artículo 142, Fracción II; QUINTANA ROO , artículo 179, Fracción II; SINALOA artículo 158, Fracción II; SONORA artículo 266; SAN LUIS POTOSI artículo 133 bis; TABASCO artículo 310; TAMAULIPAS artículo 361, Fracción II; TLAXCALA artículo 279; YUCATAN artículo 391, Fracción II; y ZACATECAS artículo 312.

Dichas legislaciones, se concretan a señalar la no punibilidad del aborto, cuando es consecuencia de la cópula violenta; pero son omisas al no señalar bajo qué circunstancias o requisitos ha de ser ejecutado el aborto, para que la mujer violada efectivamente sea excusada de pena por dicho acto. También al no establecerse en la Ley ante qué autoridad deberá acudir la mujer víctima de la conjunción carnal violenta, para que se le autorice la práctica de su aborto, deja a ésta a merced de médicos o facultativos poco escrupulosos, que aprovechando la poca claridad de la ley, pretendan obtener altos beneficios económicos, por practicar el aborto que se le solicita.

Por su parte, el Código Penal del Estado de CHIHUAHUA en su artículo 219 señala lo siguiente: "No es posible el aborto en los siguientes casos:

- I.- Cuando sea sólo a título culposo por la mujer embarazada;
- II.- Cuando el embarazo sea el resultado de una violación, siempre que se practique dentro de los primeros noventa días de gestación;
- III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, y
- IV.- Cuando el embarazo sea resultado de una inseminación artificial no querida ni consentida por la mujer, siempre que se practique dentro de los primeros noventa días de gestación".

Apreciándose claramente que el legislador Chihuahuense, si bien, tiene en consideración el derecho de la mujer violada, para no consentir la maternidad que le es impuesta ilícitamente; también lo es que amen de acreditar el atentado sexual, la víctima de este ilícito, cuenta con un término de noventa días de preñez, para decidir la interrupción del embarazo ilegítimo.

En principio pensamos que el término de los noventa días de gestación, obedecen a la protección que se pretende brindar a la salud de la mujer embarazada, habida cuenta que con los avances de la ciencia médica moderna, un aborto que se practica dentro de dicho término no ofrece peligro para la salud de la gestante; sin embargo, el legislador Chihuahuense omite regular el caso de la mujer demente o imbecil, que atacada sexualmente es preñada y no es notorio su embarazo, sino bien superado el término de los noventa días de vida intrauterina; en que por ende, se descubriría el delito de violación de que fue víctima.

De la misma opinión jurídica son las legislaciones penales de DURANGO artículo 136, Fracción II; CHIAPAS artículo 136 bis; COAHUILA ARTÍCULO 293, Fracción II y VERACRUZ artículo 133, Fracción II; esto es, excusan de pena el aborto cuando es resultado de una violación, siempre que se practique dentro de los noventa días de gestación; aunque en estos Estados antes referidos, también se exime de punibilidad el aborto eugenésico; que podría considerarse una solución al caso de la mujer demente que es violada y resulta embarazada; ya que al padecer ésta de trastornos mentales, existiría razón suficiente para considerar que el producto de la concepción que se engendra bajo estas circunstancias,

padecerá este tipo de taras hereditarias; y en este caso más que evitar una maternidad no querida, se impediría el nacimiento de seres humanos con serias deficiencias tanto físicas como psíquicas.

Comentario especial nos merece el Código Penal para el Estado de GUANAJUATO que en su artículo 228 refiere lo siguiente: "No es punible el aborto causado por culpa de la mujer embarazada, ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación".

Ya el maestro MARIANO JIMENEZ HUERTA, ha referido que la exención de pena que brota de lo previsto por el artículo 333 del Código Penal del Distrito Federal alcanza por supuesto a la mujer embarazada, pero también al tercero que ejecuta las maniobras abortivas sobre la mujer gestante, ello en atención a una correcta interpretación del aludido precepto legal.

Sin embargo, el legislador Guanajuatense se aparta de las interpretaciones subjetivas y personales, para objetivamente facultar a un tercero a que dé fin a una preñez injusta, cuando así lo consienta la mujer violada o su legítimo representante, si ésta no estuviera en posibilidad de expresar dicho consentimiento. Eximiendo de todo castigo a la mujer embarazada y al tercero que colabora.

El alto avance normativo, lo patentiza el legislador OAXAQUEÑO, al prever en su Código Penal, artículo 316 lo siguiente: "No es punible el aborto en los siguientes casos:

I.- Cuando el aborto sea causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada

II.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación y decida la víctima por sí o por medio de sus representantes legítimos la expulsión del correspondiente producto, con intervención médica y dentro de los tres meses, contados a partir de esa violación;

III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, y

IV.- Cuando el aborto se deba a causas eugenésicas graves según el previo dictamen de dos peritos.

De donde se evidencia que la excusa de punición que se confiere en el Código Penal Oaxaqueño a la mujer embarazada víctima de la conjunción carnal violenta, ha de ser hallado en el ejercicio del derecho que la ley le confiere a la mujer violada en primer término, o, a sus legítimos representantes en segundo término, para repulsar una maternidad injusta; ya que nada puede justificar imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde el atentado sexual sufrido.

También se palpa que la licitud de dicho aborto, depende del libre consentimiento de la mujer violada, o, de sus legítimos representantes, que se practique dentro del término de noventa días, contados a partir del

atentado sexual; y que el tercero que ejecute las maniobras abortivas sea un médico.

En relación al consentimiento de la mujer violada, o, de sus legítimos representantes, ya hemos comentado que a falta de dicho consentimiento, el aborto deja de ser lícito, para convertirse en un aborto delictuoso, por constituir el llamado aborto sufrido, donde además de causar la muerte del producto de la concepción, se priva a la mujer embarazada del derecho de maternidad.

El tercero que la asista en la destrucción del feto o embrión, debe ser un médico, constituyendo esto una garantía para la mujer grávida de que su aborto se llevará a cabo en las mejores condiciones de higiene y salud que la ciencia médica permita, abandonando por completo las insalubres condiciones de la clandestinidad.

Interesante resulta ser el criterio del legislador Oaxaqueño al fijar el término de noventa días contado a partir del atentado sexual, por que ello evidencia la acreditación de la cópula violenta, sea en una averiguación Previa o en un juicio incoado, donde conste apodícticamente la fecha y hora del ataque sexual, para de ahí computar el término de noventa días, tiempo en que determinará la mujer gestante, o, su legítimo representante, si opta por interrumpir su embarazo consecuente de la cópula violenta; protegiendo con ello la salud de la gestante, y también de alguna manera evita que mujeres sin escrúpulos aleguen falsamente haber sido violadas para pedir su aborto y de esa forma ocultar algún desliz.

Vital importancia reviste no sólo para efectos didácticos del presente trabajo, sino para la protección jurídica de la víctima de violación; lo previsto por el Código Penal del Estado de GUERRERO, en su artículo 121 al disponer lo siguiente: "No es punible el aborto:

I.- Cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada;

II.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial indebida, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica, y

III.- Cuando a juicio de dos médicos exista razón suficiente para suponer que el producto padece alteraciones genéticas o congénitas, que den por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves.

Salta a la vista que el legislador Guerrerense, exime de punibilidad a la mujer gestante que se procura su aborto cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación, por que considera válido conferir a dicha víctima el derecho de no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual. Siendo interesante al respecto la cita que hace JIMENEZ HUERTA de PORTE PETIT quien afirma "si una mujer tiene la facultad de resistir una violación, le asiste también el derecho de hacer desaparecer los efectos de ella, mientras éstos persistan en su daño, efectos que producen un estado antijurídico en su

persona, y al hacerlos cesar, lejos de atentar contra el derecho, contribuye a restablecerlo".¹⁰

Por tanto, el legislador Guerrerense al autorizar expresamente a la víctima de conjunción carnal violenta, para que destruya la consecuencia de dicho atentado sexual, lejos de considerar no exigible otra conducta de la embarazada por cópula violenta; le reconoce el derecho que tiene de borrar las consecuencias del hecho antijurídico sufrido; y esto lejos de atentar contra el derecho, colabora a restablecerlo; es decir, la autorización oficial para la práctica del aborto por violación, destruye la antijuridicidad del acto, justificándolo si se quiere de manera egoísta, por ser personal; pero significa el pleno reconocimiento Estatal del derecho de la mujer a una maternidad consciente.

Igualmente al facultar al Ministerio Público para extender la autorización oficial a la víctima de violación que ha resultado embarazada, para que se practique su aborto, apenas quede probado el atentado sexual en las diligencias Ministeriales, allana de sobremanera el sufrimiento de la mujer violada, al no tener que enfrentar las consecuencias de un juicio penal para demostrar que su conducta transitaba por la licitud dimanada de la excusa absoluta del llamado aborto sentimental a la par, que dicha autorización oficial expresa, hace posible la realización del aborto en condiciones óptimas de salud e higiene para la madre; alejándose definitivamente de la clandestinidad.

¹⁰).- Ob. Cit. PÁg. 200.

También con la citada autorización Estatal, aleja de las interpretaciones jurídicas, a veces erróneas o condicionadas a factores económicos, de amistad, etc.; que servidores públicos poco profesionales hacen de la Ley, cuando ésta no es tan clara como el precepto legal Guerrerense en cita.

3.4.- OBSCURIDAD EN LA APLICACION PRAGMATICA DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN ESTUDIO (CAUSAS Y CONSECUENCIAS).

La transparencia jurídica que dimana de la exención de pena, en el caso de aborto cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación, contenida en el Código Penal Guerrerense, no ha sido adoptada por los diferentes órdenes punitivos de las restantes Entidades Federativas del país; resultando por ello, verdaderos conflictos de interpretación, en la aplicación pragmática de la aludida exención punitiva.

El Código Penal Mexiquense, como la mayoría de los Códigos Penales del país antes referidos, se concretan a excusar de pena a la mujer grávida que se procura su aborto cuando el embarazo es consecutivo a la cópula violenta. Sin embargo, son omisos en señalar bajo qué condiciones y requisitos, la mujer víctima de violación ha de procurarse su aborto, condenando con ello a ésta a agravar el sufrimiento padecido por el atentado a su libertad sexual.

Dicha omisión legislativa, motiva que la madre acuda a la clandestinidad para procurarse su aborto; o bien, deja a ésta a expensas de criterios o interpretaciones jurídicas, las más de las veces erróneas o condicionadas a factores económicos, que realizan las personas encargadas

de la impartición de justicia, llámese Jueces o Ministerios Públicos, Aumentándose con ello la injusticia cometida a la mujer víctima de violación.

Pensamos nosotros que la obscuridad de la excusa absolutoria en estudio, se debe primordialmente a opiniones poco convincentes de personas que piensan que la mujer cuyo embarazo es el resultado de una violación, no debe ser obligada a tener un hijo. Sin embargo argumentan que la incidencia de una violación, no es razón suficiente para reformar las leyes; objetan que muchas denuncias judiciales por violación no son de buena fe, ya que la mujer contribuye al asalto, mediante recursos de seducción.

Otros opositores más vehementes a las reformas legislativas sobre el aborto, opinan que si la violación fuere incluida como una forma de justificar el aborto, muchas mujeres utilizarían ese pretexto para procurarse abortos, evadiendo con ese argumento las normas legales.

Sin embargo, estos argumentos frívolos y faltos de sentido jurídico, no deben ser obstáculo para que se lleve a cabo por parte del legislador Mexiquense, una profunda revisión de la exención de pena en el caso de aborto denominado por causas sentimentales. Ya que su actual normatividad, si bien deja abierta la puerta para que la mujer preñada se procure su aborto, cuando el embarazo es resultado del delito de violación, también lo es que dada su oscura redacción, la víctima de violación, además de haber sufrido en su persona el ataque a su libertad sexual, también deberá enfrentar las consecuencias de un proceso criminal donde deberá acreditar que su conducta discurreó dentro de la licitud emanada de la Ley.

También al no establecerse en la Ley ante qué autoridad deberá acudir la mujer violada para que se le autorice la práctica de su aborto; deja a ésta a merced de médicos o facultativos poco escrupulosos, que aprovechando la poca claridad de la Ley, pretendan obtener altos beneficios económicos por practicar el aborto que solicita la víctima de violación; y en última instancia, el derecho legítimo de la víctima de rechazar una maternidad impuesta ilícitamente, quedará supeditada, no a una determinación Ministerial o judicial, sino a una decisión del médico cirujano o partero que accede a practicar el aborto a la víctima de la cópula violenta.

Por ello, creemos firmemente que si el Estado a través del orden normativo, reconoce plenamente el derecho de la mujer a no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual; bien podría clarificar éste derecho, facultando en el contenido de las disposiciones jurídicas al Ministerio Público y órgano Jurisdiccional que conozca del caso, para autorizar expresamente el aborto a la mujer víctima del delito de violación; tan luego quede acreditado en averiguación previa o en el juicio incoado, el atentado sexual sufrido por la mujer gestante.

La demostración del atentado sexual ante el Ministerio Público o Juez de la causa, debe establecerse para los efectos de la no punibilidad del aborto, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación.

Con esta objetividad incorporada a la Ley, se atenuaría el sufrimiento de la mujer que ha padecido el atentado en su libertad sexual; por que al ser el propio Estado, a través de sus órganos de impartición de justicia, bien sea

el Ministerio Público o el Organó Jurisdiccional respectivo, quien autoriza la práctica del aborto en la mujer embarazada a consecuencia del delito de violación; evitaría de manera contundente que ésta (la víctima) fuera reo de aborto; y por otro lado, el propio Estado, a través de los servicios de salud, se encargaría de que el aborto se practicara por un médico en las mejores condiciones de salud e higiene y de forma gratuita.

Por ello, tomando en consideración que nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser, que le recuerde siempre el horrible atentado sexual sufrido; y que el Estado, según una profunda interpretación de la excusa de pena en estudio, reconoce el derecho de la mujer a una maternidad consciente; proponemos la siguiente adición jurídica a lo preceptuado por la fracción II del artículo 260 del Código Penal Mexiquense: "Que se faculte expresamente al Ministerio Público y Organó Jurisdiccional, para que tan luego quede acreditada la cópula violenta en autos, y que a consecuencia de ésta, la víctima ha quedado preñada; se le autorice de forma expresa la práctica del aborto, por un médico; siempre y cuando lo solicite la víctima del atentado sexual o su legítimo representante legal, si fuere menor de edad o alienada.

Proponiendo la redacción del citado precepto legal de la siguiente manera:

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

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

II.- Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación; caso en el cual será suficiente la comprobación de la violación por parte del Ministerio Público y en su caso Juez de la causa, para autorizar su práctica, por un médico; siempre que así lo solicitare la víctima o su legítimo representante, si ésta fuere menor de edad o alienada; y

III.- Cuando, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

• • •

CAPITULO CUARTO
EL MINISTERIO PUBLICO Y LA AUTORIDAD JUDICIAL Y SU FACULTAD
PARA AUTORIZAR EXPRESAMENTE EL ABORTO A LA MUJER VICTIMA
DEL DELITO DE VIOLACION

La trascendencia jurídica que representa para la mujer que se procura su aborto voluntario, cuando el embarazo es resultado del delito de violación; que el Ministerio Público y en su caso el Juez de la causa, le autoricen expresamente la práctica de dicho aborto. Consiste en el reconocimiento por parte del Estado, del derecho que le asiste a la víctima de la cópula violenta, para repulsar una maternidad injusta; a la vez que le garantiza, que el aborto que se procura bajo éstas circunstancias, se lleve a cabo por personal médico altamente capacitado, en las mejores condiciones de higiene y salud.

También, representa una atenuación en el sufrimiento de la víctima de conjunción carnal violenta, porque al ser la Ley lo suficientemente clara y precisa, únicamente obliga a ésta a demostrar el atentado sexual sufrido, ante el C. Agente del Ministerio Público o Juez de la causa, para los efectos de que se le autorice la práctica del aborto voluntario; y por ende, se le exima de punibilidad alguna; sin que sea necesario esperar a que se juzgue a los responsables de la violación.

De igual forma se evita que la mujer embarazada a consecuencia del delito de violación, que se procura su aborto, sea reo de aborto; es decir, impide que se le siga proceso criminal por este hecho.

Sin embargo, dada la transparencia legal que se persigue, y a efecto de evitar que se abuse de la normatividad propuesta, por mujeres sin escrúpulos que para cubrir algún desliz, aleguen haber sido violadas; es que consideramos pertinente resaltar los aspectos fundamentales, en que deberá descansar la acusación de violación ante el Ministerio Público o Juez correspondiente.

4.1.- REQUISITOS ANTE EL MINISTERIO PUBLICO.

Al Ministerio Público en nuestro país, también se le conoce como el Fiscal, el Representante Social, el Investigador, el Acusador, etc.; denominaciones que adquiere por las diversas funciones que desempeña en representación de los intereses jurídicos de esa sociedad que le ha dado vida.

Así tenemos, que el Ministerio Público en la Legislación Mexicana se encuentra presente en la etapa indagatoria o de Averiguación Previa, en donde reúne elementos de convicción que lleven a la certeza de que se ha cometido un delito, que le es imputable a una persona; es decir, que se acrediten los elementos materiales del tipo penal, así como la probable responsabilidad penal de una persona. También encontramos al Ministerio Público como parte acusadora en los juicios del orden criminal; una función no menos importante que la realizada en Averiguación Previa; ya que en esta etapa, el Ministerio Público asume la responsabilidad de vigilar la exacta aplicación de la Ley al caso concreto; de igual forma localizamos la figura del Ministerio Público en los juicios civiles, familiares, etc. en donde representa a

los incapacitados, ausentes, menores de edad, etc. asumiendo una verdadera representación social.

De ahí que podamos definir al Ministerio Público, guiados por las funciones que realiza; "como la Institución Estatal Indivisible, encargada de la prosecución de los delitos; de vigilar la exacta aplicación de la Ley; y de asumir la representación de los intereses del propio Estado, así como de los incapaces, ausentes y menores de edad.

El soporte jurídico de la institución del Ministerio Público, lo encontramos en lo preceptuado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra señala; "Art. 21.- 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 cuál se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de las sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas..."

Como se aprecia, el aludido precepto Constitucional, no sólo establece con claridad el apoyo jurídico de la Institución del Ministerio Público, sino que conjunta tres aspectos fundamentales en la impartición de justicia que son: **Primero.-** Las atribuciones y facultades de la autoridad judicial; **Segundo.-** la citada funcionalidad del Ministerio Público y la policía como

coadyuvante de éste; y Tercero.- el Sistema de infracciones de naturaleza administrativa y consecuencias jurídicas de éstas.

De las funciones que desempeña el Ministerio Público, vamos a concretarnos a aquélla en donde reúne elementos de convicción que lleven a la certeza de que se ha cometido un delito que le es imputable a una persona; es decir, a la función de indagación. En donde se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados; el contenido será la realización de las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; y la finalidad será que se aplique a los delinquentes las consecuencias fijadas en la Ley (sanciones).

Al respecto señala JOSE FRANCO VILLA que "la actividad investigadora del Ministerio Público 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".¹

Pues bien, para que la mujer preñada a consecuencia de la conjunción carnal violenta o injusta, sea autorizada por el Ministerio Público o Juez correspondiente, para que se practique impunemente su aborto voluntario; es menester que el antijurídico ataque a su libertad sexual quede plenamente justificado en una Averiguación Previa, o bien, en el Juicio criminal correspondiente; por ello, para que el Ministerio Público dé inicio a la fase

¹ J.- FRANCO VILLA JOSE.- EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.- EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1985.
Pág. 86.

indagatoria, se requiere del llamado principio de iniciación; es decir, que no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación (se encuentran prohibidas las pesquisas, art. 16 Constitucional), sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la Ley.

Estos requisitos, también llamados de procedibilidad, son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar un a Averiguación Previa y en su caso, ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica, los cuales se encuentran descritos por el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución Política en vigor para los Estados Unidos Mexicanos; y que son: La Denuncia, la Acusación o la Querrela.

a).- La denuncia, es definida por el maestro CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO como "la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio".²

b).- La Acusación para el autor antes nombrado "es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido"³

c).- La Querrela.- Es entendida porm OSORIO NIETO "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 en conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e

²).-OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.- LA AVERIGUACION PREVIA.- EDITORIAL PORRUA, S.A. MEXICO 1994, Pág. 7.

³).-Ob. CL Pág 7.

integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso, ejercite la acción penal".⁴

En el caso específico del delito de violación, habida cuenta de que se trata de uno de los delitos que se persiguen de oficio; para que el Ministerio Público dé inicio a la Averiguación Previa correspondiente, es necesario que por cualquier medio tenga conocimiento del atentado sexual sufrido por la víctima; pudiendo ser con la denuncia formulada por la víctima o de su legítimo representante si fuere alienada; o bien, por la denuncia expresada por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho.

A).- DENUNCIA.

Para que la mujer embarazada a consecuencia de un delito de violación, pueda solicitar ante el Ministerio Público, la autorización para practicar su aborto voluntario; es requisito indispensable que previamente haya hecho del conocimiento de éste, el ataque sufrido a su libertad sexual; es decir, que haya denunciado ante el Ministerio Público la cópula violenta que le fue impuesta.

Por ello afirmamos que denuncia, es el medio por el cuál el Representante Social toma conocimiento de que una persona ha sufrido un atentado a su libertad sexual, al habersele impuesto la cópula mediante el uso de la violencia física o moral, o bien, aprovechándose de algunos estados o situaciones en que se haya la víctima; iniciándose al efecto la

⁴).- Ob. Cit. Pág. 7.

Averiguación Previa correspondiente, con la finalidad de que se acredite el tipo penal, así como la probable responsabilidad de una o varias personas; a efecto de solicitar al órgano Jurisdiccional correspondiente la aplicación de la Ley al caso concreto.

La denuncia formulada por la víctima de la cópula violenta o en su caso, la acusación realizada contra una persona determinada, ante el Agente del Ministerio Público, deberá efectuarse con toda prontitud; como una evidencia real del rechazo al antijurídico ataque a la libertad sexual. Máxime cuando el medio empleado por el violador fue la violencia moral o se aprovechó de algún estado transitorio de inconsciencia psíquica en que se hallaba la víctima; y que por ello no deja huellas físicas que evidencien el hecho.

Descartándose por tanto, para los efectos de la autorización legal que se propone, la denuncia tardía que realiza la mujer violada, que sólo la efectúa al saberse embarazada; ello en virtud, de que al presentarse de forma mediata la denuncia correspondiente, hace más difícil, sino que imposible la acreditación del aludido ataque sexual, por haber desaparecido de la persona de la víctima, las huellas o vestigios de la cópula violenta. A excepción de la conjunción carnal efectuada en persona alienada, en la cual el embarazo será precisamente signo inequívoco de el ataque sexual sufrido. Por tanto, en este caso concreto la denuncia podrá ser efectuada por el legítimo representante de la víctima en el momento de que conozca del hecho.

B).- INTEGRACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACION

• Como segundo requisito que deberá ser cubierto, para que el Ministerio Público autorice a la mujer grávida como consecuencia del delito de violación, a que se practique su aborto voluntario; es el que se integre plenamente en la Averiguación Previa correspondiente, el tipo penal de violación; es decir, que se acredite apodfcticamente la imposición de la cópula del activo sobre el pasivo, mediante el uso de la violencia física o moral, sin la voluntad de éste último; o bien, aprovechando el activo algunos estados o situaciones especiales en que se halla la víctima, que nulifican su voluntad para producirse libremente en sus relaciones sexuales.

Señala el jurista CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO que averiguación previa "es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquéllas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".⁵

Por ello, una vez que la víctima de violación o su legítimo representante, o bien, cualquier persona que tenga conocimiento del hecho, ha formulado la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público, éste de oficio, tendrá la obligación de practicar tantas y cuantas diligencias como sean necesarias, tendientes a acreditar el tipo penal y la probable responsabilidad de una persona; sin más limitante que aquéllas que no estén reprobadas por la Ley, según lo previene el artículo 139 del Código de Procedimientos Penas en vigor para el Estado de México, el cual refiere:

⁵).- Ob. Cit. Pág. 2.

"para la comprobación del tipo penal del delito, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean los que menciona la Ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella".

En consecuencia, el Ministerio Público en función investigadora, deberá justificar en la Averiguación Previa: a).- Una acción de cópula; b).- Que esa cópula se haya efectuado en la persona de la ofendida; c).- Que se haya realizado sin la voluntad de ésta; y d).- Que se haya empleado la violencia física o moral, o bien, que el sujeto activo se haya aprovechado de la edad menor de catorce años de la víctima u otras circunstancias especiales que impiden a ésta producirse libremente en sus relaciones sexuales. Para ello el Representante Social sustentado por los artículos 116 y 117 del Código Procesal Penal Mexiquense, que describen lo siguiente: Art. 116.- "Tan luego como los servidores públicos encargados de practicar diligencias de Averiguación Previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efectos del mismo; para saber qué personas fueron testigos del hecho y en general, impedir que se dificulte la averiguación y, en los casos de flagrante delito, para asegurar a los responsables.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada".

Art. 117.- "En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora , fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes, y la del inculpado, si se encontrare presente; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar". Deberá practicar como diligencias básicas las siguientes:

1.- Inicio y registro de la Averiguación Previa, así como breve semblanza de los hechos que motivan dicha indagatoria.

Tan luego como el Agente del Ministerio Público tome conocimiento del ataque sexual sufrido por la ofendida, deberá dar inicio de manera formal a la indagatoria correspondiente, la que registrará en orden progresivo en el libro de gobierno respectivo; anotándose en la Averiguación Previa correspondiente, la hora, día mes y año de inicio; así como el lugar y funcionario que toma conocimiento de los hechos, también se asentará una breve semblanza de los hechos; todo ello conforma lo que se denomina exordio.

2.- Declaración de quién proporcione la noticia del delito.

En el caso del delito de violación, el Ministerio Público recabará la denuncia de quién comparece a informar de los hechos, pudiendo ser la víctima, su legítimo representante o bien cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos. Dicha denuncia también deberá contener la hora, día, mes y año en que se recaba, así como la calidad de quien formula la denuncia. En el caso de que quien formule la denuncia sea un agente de policía judicial, municipal, auxiliar, etc., se asentará en la denuncia respectiva esta calidad, aunado al hecho de que se describirán las ropas que vista (fe ministerial de persona uniformada), o bien, del documento que lo acredite como policía (fe ministerial de identificación).

3.- Inspección Ministerial de la Víctima.

Acorde a lo previsto por el artículo 259 del Código Procesal Penal Mexiquense que a la letra refiere "si el delito fuere de aquellos que puedan dejar huellas materiales, se procederá a inspeccionar el lugar en que se cometió, el instrumento y las cosas objeto o efecto de él y los cuerpos del ofendido y el presunto responsable".

También se inspeccionarán los lugares, cosas y personas, que, aunque no estén comprendidas en el párrafo anterior, puedan servir para corroborar o desvirtuar el dicho de alguna persona"; el Representante Social describirá detalladamente el estado y circunstancias que presente la ofendida, principalmente respecto a el estado ginecológico o proctológico, según el caso, y presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico.

4.- Solicitar la intervención de peritos médico-legistas y en materia de química, a fin de que los primeros practiquen en el sujeto pasivo examen pericial médico para efectos de determinar acerca del estado de la persona, fundamentalmente por lo que refiere al estado ginecológico o proctológico, según el caso, presencia o ausencia de lesiones y estado psicofísico; en tanto que los segundos deberán dictaminar sobre la presencia o ausencia de semen masculino en la vagina o ano de la víctima. Dictámenes que se agregarán a la Averiguación Previa.

5.- Inspección Ministerial de Ropas de la Ofendida.

En este punto, el Ministerio Público de forma sucinta describirá las ropas de la víctima y las particularidades que presenten dichas ropas, como serían rasgaduras, huellas de tierra, pasto, hierba, lodo, etc., que de manera objetiva corroboren o desvirtúen el dicho del sujeto pasivo.

6.- Inspección Ministerial del lugar de los hechos.

Siempre que fuere posible, el Ministerio Público o sus auxiliares, deberán trasladarse al lugar de los hechos a efecto de describirlo detalladamente y de localizar algún objeto o efecto del delito.

7.- Recabar declaración de la ofendida, si ésta no fue la persona que notificó el hecho, así como recabar la declaración de testigos de los hechos, si los hay.

En antaño se pensaba que era difícil que en la comisión de un delito de violación existieran testigos que presenciaran el hecho; sin embargo, en tiempos actuales, debido a la gran problemática de la inseguridad que se padece, el violador ha perdido el menor respeto por su víctima y la sociedad misma; y es perfectamente factible que el sujeto activo o sujetos activos a plena luz del día y en presencia de personas no menos aterradas que la ofendida, ataquen villanamente la libertad sexual de ésta.

8.- Solicitar la intervención de la Policía Judicial.

Atento a lo preceptuado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que la policía es auxiliar del Ministerio Público y se encuentra bajo su autoridad y mando inmediato; el Ministerio Público ordenará a la policía judicial investigue el desarrollo de los hechos, la identificación, media filiación y lugar de localización del o de los probables responsables, si se desconociera su identidad y localización. Si se cuenta con el probable responsable, la policía judicial indagará el desarrollo de los hechos, el modo de vida del o de los indiciados, si cuentan o no con antecedentes criminales de igual o diversa índole; así como su posible participación en otros hechos delictivos.

El informe de la Policía Judicial revestirá gran importancia en la investigación de los hechos, cuando se desconozca la identidad y localización de los probables responsables; ya que será un elemento de prueba que corrobore o en su caso desvirtúe la denuncia formulada por la ofendida.

9.- Inspección Ministerial de Estado Psicofísico y Andrológico del o de los probables Responsables.

En el caso de que el probable o probables responsables se encuentran presentes, en esta diligencia el Ministerio Público describirá el estado y circunstancias del indiciado refiriendo primordialmente al estado andrológico del sujeto, presencia o falta de lesiones y estado psicofísico; todo ello con la finalidad de recabar huellas o indicios de un coito reciente, o, descartar definitivamente a éste.

10.- Solicitar la intervención de Perito Médico-Legista, a efecto de que practique Examen Psicofísico y Andrológico de los probables responsables, Dictamen que se agregará a la indagatoria respectiva.

11.- Inspección Ministerial y fe de ropas que viste el posible Sujeto Activo.

De igual manera que con las ropas de la víctima, el Ministerio Público describirá las ropas del o de los probables responsables, debiendo particularizar sobre la alterabilidad o no de las mismas.

12.- Recabar declaración Ministerial del probable responsable.

El Ministerio Público recabará la declaración del o de los probables responsables, la que deberá producirse de manera libre y espontánea, y siempre asistidos por su abogado o persona de su confianza; pudiendo el probable sujeto activo abstenerse de rendir dicha declaración.

13.- Inspección Ministerial y fe de armas o cualquier otro objeto que tuviese relación con los hechos que se investigan.

En esta diligencia el Ministerio Público describirá las armas utilizadas por el sujeto activo para intimidar al sujeto pasivo, a efecto de imponerle la cópula contra su voluntad; o cualquier otro objeto que tuviese relación con los hechos, por ejemplo algún tipo de vehículo donde se hubiera llevado a efecto el hecho denunciado.

Cumplimentadas las diligencias Ministeriales que se refieren, el Ministerio Público habrá satisfecho los requisitos de procedibilidad contenidos por el artículo 16 párrafos primero y segundo de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos; en cuyo caso, ejercerá la acción penal correspondiente en contra del o de los probables responsables, turnando el expediente respectivo al C. Juez Penal de Primera Instancia correspondiente, a quien solicitará; la incoación de la instrucción correspondiente, la ratificación de la detención de los indicados, se les examine a éstos en declaración Preparatoria, se les dicte el correspondiente auto de formal prisión; y agotada que sea la instrucción, se dicte sentencia condenatoria procedente donde se aplique la Ley al caso concreto.

Hecho lo anterior el Ministerio Público como autoridad, perderá toda potestad sobre el hecho; y por tanto, ya no podrá autorizar la práctica del aborto a la mujer violada; facultad que pasará a dominio del Juez correspondiente.

Sin embargo, en el caso de que se desconozca la identidad de los probables responsables y por ello no se pueda consignar la averiguación previa ante el Juez Penal correspondiente; el Ministerio Público como titular de la Investigación, podrá autorizar, siempre a petición de la ofendida o de sus legítimos representantes, si ésta no estuviere en condición de hacerlo; para que se le practique el aborto por un médico; siempre y cuando del conjunto de las diligencias Ministeriales quede plenamente integrado el tipo penal de violación, sin que sea obstáculo el hecho de que se desconozca la identidad del o de los probables responsables; oyendo además el dictamen pericial favorable que emita el perito médico legista, a la solicitud de aborto de la víctima de conjunción carnal violenta.

Dicho dictamen pericial, tendrá como finalidad, acreditar técnicamente que la preñez de la ofendida corresponde a la época del atentado sexual sufrido por ésta; así como también, que de practicarse el aborto por un médico, no corra peligro la vida de la madre.

C).- TERMINO MEDICO-JURIDICO PARA AUTORIZAR EL ABORTO A LA MUJER VICTIMA DEL DELITO DE VIOLACION.

La problemática de fijar un término médico-jurídico para que el Ministerio Público autorice a la mujer embarazada a consecuencia de un delito de violación, para que se practique su aborto voluntario; requiere que dicha autorización se sustente en los conocimientos médicos, que determinen científicamente la existencia del estado grávido de la mujer violada, así como de que se acredite plenamente que la edad fetal corresponde al tiempo del atentado sexual; es decir, que los peritos médicos

en base a las técnicas que la medicina moderna permiten, deberán primeramente dictaminar la certeza del embarazo, ya que como se ha señalado, si no hay preñez, no puede existir el aborto por falta de objeto material; así también deberán dictaminar el tiempo de vida intrauterina, la que necesariamente será similar a la época del ataque sexual sufrido por la ofendida.

Señalamos que la vida fetal será similar a la época del atentado sexual, por que en la práctica resulta casi imposible determinar con exactitud el momento preciso de la concepción.

A este respecto, señala el doctor ALEJANDRO BASILE lo siguiente: "el diagnóstico precoz del embarazo permite resolver problemas jurídicos de importancia como la legitimidad del nacimiento, el desconocimiento de la paternidad, la suposición de parto, la prueba de un adulterio, de una violación, descartar una falsa imputación de aborto.

El diagnóstico de embarazo puede ser fácil en la mayoría de los casos después de las veinte semanas y difícil en mujeres obesas antes de las doce semanas.

La investigación de un embarazo reconoce:

a).- Un diagnóstico de presunción el cual comprende síntomas y signos generales que el médico debe tener presentes para sospechar la gestación.

b).- Diagnóstico de probabilidad de embarazo.- Estos signos tienen mayor jerarquía técnica que los anteriores, pero no mayor importancia en el diagnóstico.

c).- Signos de certeza de embarazo son los únicos que permiten aseverar científicamente la existencia del embarazo, adquiriendo sustancial trascendencia médico-legal.

. Los signos de certeza confirman, después de las veinte semanas de amenorrea, la existencia de latidos fetales

El diagnóstico diferencial entre embarazo y ciertas afecciones sólo es dificultoso en la primera mitad de la gestación. ⁶

De donde concluimos que debido a lo complejo que resulta tener la certeza de un embarazo; el Ministerio Público, podrá en todo momento de la preñez de la víctima de violación, recibir la solicitud de aborto voluntario de ésta; pero para autorizarlo, una vez que se tenga plenamente acreditado el tipo penal de violación y en su caso la probable responsabilidad de una persona; oír el dictamen del perito médico legista que versará; primeramente sobre la certeza del embarazo; seguidamente en relación a la edad probable de la vida fetal, que en todo caso será similar a la época del atentado sexual; y finalmente, deberá dictaminar sobre la posibilidad que se practique el aborto en la mujer gestante sin riesgo para la salud de ésta; es decir, que de practicarse el aborto, no corra peligro la vida de la madre.

⁶)- GARCIA MAAÑÓN-BASILE.- ABORTO E INFANTICIDIO.- ASPECTOS JURIDICOS Y MEDICO-LEGALES.- EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES, 1990. Págs. 214, 215 y 217.

Satisfechos estos requisitos procedimentales, el Ministerio Público, deberá autorizar expresamente el aborto a la mujer embarazada a consecuencia del delito de violación; que será practicado por un médico que al efecto designe la víctima, o en su caso, si no cuenta ésta con recursos económicos, el aborto le será practicado en un hospital del Sector Salud por un médico adscrito al mismo, con cargo al erario del Estado.

4.2.- REQUISITOS ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

El órgano judicial es el ente jurídico por medio del cual el Estado lleva a cabo la función judicial y así entre otras medidas, preserva la convivencia social.

Señala GUILLERMO COLIN SANCHEZ que "la función judicial, es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto; es decir, de la Ley Penal a la ejecución de la Ley Penal, lo cual denota una actividad desarrollada por personas específicamente determinadas que en representación del Estado y en ejercicio de la competencia que se les asigna aplican la Ley; por ende, su capacidad es distinta de la que llevan a cabo otros sujetos de la relación procesal, como los funcionarios del Ministerio Público, por que aunque sus actos, en general, pudieran ser consideradas judiciales, en estricto sensu, no lo son, en razón de su propia competencia".⁷

En esencia podemos afirmar que la función judicial consiste en la facultad delegada por el Estado en un hombre o conjunto de hombres,

⁷).COLIN SANCHEZ GUILLERMO - DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.- EDITORIAL PORRUA, S.A.- MEXICO, 1993.- Pág. 159.

dotados de poderes excepcionales sobre sus semejantes, para declarar el derecho en cada caso concreto, con la finalidad de preservar las condiciones mínimas para la convivencia social, o para restablecer ésta, cuando ha sido quebrantada por una conducta antisocial del hombre.

Por tanto, afirma el autor antes nombrado que "el Juez es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal; es el representante monocrático o colegial del órgano judicial del Estado, encargado de ejercer la función soberana de aplicar el derecho en un determinado proceso penal. El Juez, además, tiene imperio, por eso es autoridad".⁸

Se dice que en la Jurisdicción consiste toda la esencia del Juez.

La jurisdicción es descrita con claridad por COLIN SANCHEZ al señalar "que en general, es un atributo de la soberanía o del poder público del Estado, que se realiza a través de órganos, específicamente determinados para declarar el derecho a un caso concreto; por ende, toda autoridad puede afirmarse que tiene Jurisdicción, o sea, potestad para decidir dentro de área de su competencia, aplicando el derecho".⁹

En consecuencia, podemos afirmar que la Jurisdicción es el poder con que se encuentra investido el Juez para que dentro de la esfera de su competencia, determinar si el hecho que le es sometido a su imperio por parte del Ministerio Público, es constitutivo de un delito, previamente

⁸).- Ob. Cit. Pág. 160.

⁹).- Ob Cit. Pág. 162.

establecido por la Ley; si una persona determinada es autor de dicho ilícito y, en este caso aplicarle una sanción.

Es conveniente señalar que Jurisdicción y competencia no son sinónimos, pero sí términos que se complementan entre sí, toda vez que la potestad de declarar la Ley Penal al caso concreto, implica necesariamente la competencia para ese fin. A este respecto se refiere el capítulo primero, del título primero, del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, artículos 5o. al 13o.: en donde se establece la competencia para aplicar la Ley al caso concreto, en razón de factores como la territorialidad donde se cometió la conducta ilícita; la cuantía del caso concreto, o bien, atendiendo a la penalidad que ha de aplicarse al sujeto activo del delito.

Por último, debemos puntualizar que para que el órgano judicial declare el derecho, a una conducta humana determinada, ésta debe estar previamente contenida en una Ley exactamente aplicable al caso de que se trata.

a).- LA INCOACION DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Un requisito sine quanon que debe existir para que la mujer embarazada a consecuencia de un delito de violación, concorra ante el Juez y solicite la autorización para practicarse su aborto voluntario, es que el Ministerio Público respectivo, someta el hecho de la cópula violenta a la potestad del Juez, para que éste declare la Ley; incoándose al efecto el procedimiento judicial respectivo.

La incoación del procedimiento judicial, tiene lugar cuando el Ministerio Público en ejercicio de la acción penal, remite al Juez la Averiguación Previa y al indiciado, o en su caso, únicamente las diligencias ministeriales sin detenido. Dictándose al efecto el Auto de Radicación, que es la primera resolución que dicta el Juez, por virtud de la cual, el Ministerio Público y el procesado, quedan sujetos a la potestad del Juez.

Esta resolución judicial, debe contener: la fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al superior, como al Ministerio Público adscrito, para que éste último intervenga, de acuerdo con sus atribuciones; y, la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; cuando no lo hay, el Juez deberá ordenar se haga constar, sólo los datos primeramente citados, para que, previo estudio de las diligencias esté en aptitud de dictar la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia, o negarlas.

En tal virtud, para que la mujer embarazada a consecuencia de la cópula violenta, pueda solicitar al Juez se le autorice su aborto voluntario, el primer requisito será que los hechos donde se acredite la violación y la probable responsabilidad del sujeto activo, en criterio del Ministerio Público; sean turnados por éste a la potestad del Juez Penal competente.

b).- LA COMPROBACION DEL TIPO PENAL DE VIOLACION Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL ACTIVO.

Un segundo requisito, también indispensable para que la víctima del delito de violación, que a consecuencia de éste resultó embarazada; puede solicitar al Organó Judicial correspondiente, le autorice la práctica de su aborto voluntario; es que en la causa penal radicada bajo la potestad del Juez, se tenga en criterio de éste, por comprobados, todos y cada uno de los elementos que conforman el llamado tipo penal o cuerpo del delito de violación, así como la probable responsabilidad de una o varias personas a quienes se impute la participación en la cópula injusta.

La comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por el legislador, es la base en que se sustenta el llamado CORPUS DELICTI. Este es presupuesto indispensable para que el Juzgador pueda librar una orden de aprehensión o de comparecencia; o en su caso, se dicte un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o una sentencia donde se declare que una persona es culpable, y por ello, se le imponga alguna pena.

Describe el artículo 128 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México que "El Ministerio Público, deberá procurar, ante todo, que se compruebe el tipo penal del delito como fundamento del ejercicio de la acción Penal y del Proceso Penal. El Juez encaminará su actuación al análisis de los datos y pruebas respecto de la comprobación de los elementos del tipo penal del delito.

El tipo penal del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la Ley Penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial”.

De lo preceptuado, se infiere que la comprobación de los elementos conformadores del tipo penal corresponde en principio al Agente del Ministerio Público, durante la Averiguación Previa; y que los elementos probatorios reunidos por éste; serán sustento legal de las etapas de Instrucción y Juicio, seguidos ante el Organo Judicial.

Ello implica que en la primera etapa, el Juez examine las diligencias de Averiguación Previa y las que se hubieren practicado ante él mismo, dentro del término Constitucional, para así, dictar según el caso, el auto de formal prisión, de sujeción a proceso, o el de libertad por falta de elementos para procesar. En el Juicio, también examinará todo lo actuado, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o no del delito.

Dicho análisis jurídico, deberá concluir, en que se encuentren reunidos los elementos integrantes del tipo penal, conformando un todo, por que de lo contrario, si faltare alguno de ellos, no habrá tipicidad; y por ende, cuerpo del delito.

Señala GUILLERMO COLIN SANCHEZ que “la comprobación del cuerpo del delito, implica una actividad racional, consistente en determinar si la

conducta o hecho, se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo".¹⁰

La actividad racional del Juzgador para determinar si la conducta o hecho que se le somete a su potestad es delictivo o no, hállase fundada en lo preceptuado por el artículo 19 Constitucional que señala: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste..."

También en este sentido es elocuente lo prescrito por el párrafo segundo del artículo 16 de la Carta Magna que señala: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Acorde a la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, el Código Procesal Penal Mexiquense, describe en sus artículos 155 y 189 lo siguiente: Art. 155 "cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el tribunal libraré orden de aprehensión contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.

¹⁰)- Ob. Cit. Pág. 332.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motivan, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente a la Procuraduría General de Justicia, para que ésta ordene a la policía su ejecución”.

Art. 189. “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas a partir de que el inculpado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan reunidos los siguientes requisitos:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior;

II.- Que existan pruebas suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al inculpado;

III.- Que en su contra existan elementos de prueba suficientes que hagan probable su responsabilidad en la comisión del delito; y

IV.- Que no esté comprobada en su favor alguna causa excluyente de responsabilidad o que extinga la acción penal...”

En tal virtud, si el tipo penal se integra con el conjunto de elementos que lo conforman; en el caso concreto del delito de violación, se tendrá por comprobado cuando se encuentren reunidos conformando un todo los siguientes elementos: a).- Una acción de cópula; b).- Que esa cópula se

efectúe en cualquier persona; c).- Que se realice sin la voluntad del ofendido; y d).- El empleo de la violencia física o moral o la edad menor de catorce años de la víctima u otras circunstancias especiales que impiden al sujeto pasivo producirse libremente en sus relaciones sexuales.

Sin embargo, para que el Juez tome cualquiera de las resoluciones antes enunciadas, es necesario además, que se sospeche en base a indicios que una persona es la autora o tuvo participación de la conducta o hecho delictivo; es decir, que se justifique en autos la probable responsabilidad penal de ésta.

Por tanto, existe probable responsabilidad, cuando haya elementos de prueba suficientes para sospechar que una persona pudo haber efectuado o tomado parte en la ejecución del hecho delictivo.

La determinación de la probable responsabilidad penal del indiciado, compete fundamentalmente al Juez; sin embargo también es injerencia del Ministerio Público como presupuesto del ejercicio de la acción penal, ya que si el Ministerio Público en Averiguación Previa no justifica la probable responsabilidad del indiciado, no podrá ejercitar acción penal en contra de éste.

C).- AUTO DE FORMAL PRISION.

El Juez, en todo momento, deberá estar cierto que existe justificada la probable responsabilidad del inculcado, para dictar en contra de éste un auto de formal prisión, sujeción a proceso, o bien, orden de aprehensión, etc.

El Juez de la causa, según lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política en vigor para los Estados Unidos Mexicanos, tendrá un término de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del indiciado que lo es puesto bajo su potestad, por el Agente del Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal con detenido; o bien, por la Policía Judicial, en cumplimiento de una orden de aprehensión.

Sin embargo, no obstante lo señalado por el citado artículo 19 Constitucional; el párrafo segundo del artículo 189 del Código Procesal Penal Mexiquense, modificado en fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, señala que "el plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica". Concediendo con ello al Juez un término como máximo de ciento cuarenta y cuatro horas para resolver la situación jurídica del indiciado, siempre que éste por sí o por su defensor soliciten la duplicidad del término Constitucional, con la finalidad de proveer al Juzgador de elementos de convicción que normen su criterio.

No deja de ser extraño el caso que una Ley Reglamentaria, como lo es el Código Procesal Penal Mexiquense, altere el contenido de nuestra Ley Suprema. Lo lógico habría sido que ese derecho del indiciado de solicitar la duplicidad del término Constitucional, primeramente fuera incorporado en la Carta Magna y de ahí se trasladara a la Ley Reglamentaria.

En consecuencia, el Juez de la causa, dentro del término Constitucional o duplicado a solicitud del indicado, deberá resolver la situación jurídica de éste, bien sea dictando al efecto un auto de formal prisión, por considerar comprobado el tipo penal y justificada la probable responsabilidad del inculcado; o en su defecto un auto de libertad por falta de elementos para procesar, por estimar incomprobado el tipo penal o no justificada la probable responsabilidad; también podrá el Juzgador emitir un auto de sujeción a proceso, cuando acreditado el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, el delito de que se trate no tenga señalada pena privativa de libertad o bien, sea esta alternativa.

Tratándose del delito de violación que tiene señalada pena privativa de libertad, el Juez correspondiente al resolver la situación jurídica del inculcado, dictará en contra de éste, un auto de formal prisión, siempre que estuviera comprobado el tipo penal y la probable responsabilidad.

Por ende, considerando que el auto de formal prisión es la resolución judicial por virtud del cual se determina la situación jurídica del indiciado dentro del término Constitucional o duplicado a petición del inculcado; justificándose la detención de éste, por encontrarse comprobado el tipo penal y su probable responsabilidad; señalándose al efecto el delito o delitos por los que ha de procesársele.

Por tanto, si el Juez justifica la detención del indiciado, acusado del delito de violación, comprobado el tipo penal y justificada su probable responsabilidad; en consecuencia, la víctima de este delito que resultara embarazada, podrá solicitar al citado Juez se le autorice la práctica del

aborto voluntario, por encontrarse plenamente justificada en la causa penal, el atentado sexual de que fue víctima, sin necesidad de esperar a que se dictara sentencia condenatoria al inculpado.

D).- ORDEN DE APREHENSION.

130 El Ministerio Público en la fase de Averguación Previa, al integrar el tipo penal y justificar la probable responsabilidad penal de una persona, aunque no se cuente físicamente con ésta, ejercerá la acción penal en su contra, turnando los autos al Juez Penal correspondiente, con el pedimento de que se libre ORDEN DE APREHENSION en contra del indicado; siempre que el delito de que se trate merezca la pena privativa de libertad.

A este respecto, el artículo 16 de la Carta Magna en su párrafo segundo previene lo siguiente: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Por su parte, el artículo 155 del Código Procesal Penal Mexiquense, en su párrafo primero, describe lo siguiente: "cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el tribunal libraré orden de aprehensión contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público".

De donde se infiere que la autoridad facultada para librar una orden de aprehensión, es la autoridad judicial; que para librarse dicha orden, se debe satisfacer los siguientes requisitos Constitucionales:

- 1.- Que exista una denuncia, acusación o querrela;
- 2.- De un hecho determinado por la Ley como delito;
- 3.- Sancionado con pena privativa de libertad; y
- 4.- Que existan datos que evidencien los elementos constitutivos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Añadiendo la Ley Reglamentaria un quinto requisito, que es que el Ministerio Público solicite al Juez el libramiento de la orden de aprehensión.

Es por tanto, la orden de aprehensión en criterio de GUILLERMO COLIN SANCHEZ, "una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye". ¹¹

En tal virtud, el Juzgador que libra orden de aprehensión en contra del indiciado del delito de violación, por considerar que se encuentran satisfechos

¹¹).- Ob. Cr. O Pág. 314.

los requisitos Constitucionales y Procedimentales; en la transparencia legal que propone el suscrito; también tendrá la facultad de diligenciar la petición de aborto de la víctima de la cópula violenta, que a expensas de ésta resultare embarazada; en virtud de que a criterio del propio Juzgador, estaría evidenciado en la causa penal correspondiente, el ataque sexual sufrido por la ofendida, no obstante de que aún no existiera juicio en contra del probable responsable. Ya que de esperar a la captura o enjuiciamiento del inculpado de violación; se le impondría a la víctima una maternidad injusta.

E).- TERMINO PARA AUTORIZAR EL ABORTO A LA MUJER VICTIMA DEL DELITO DE VIOLACION.

La afirmación del doctor ALEJANDRO BASILE de que "el diagnostico de embarazo puede ser fácil en la mayoría de los casos después de las veinte semanas de gestación y difícil en mujeres obesas antes de las doce semanas".¹² Nos lleva a concluir, que al ser complejo e incierto un pronto diagnostico de embarazo; el Juez al recibir la solicitud de aborto por la mujer preñada a consecuencia del delito de violación; y satisfechos los requisitos que evidencien el atentado sexual sufrido por ésta; deberá sustentar su autorización de aborto, en cualquier momento de la preñez de la ofendida; en los conocimientos médicos, que determinen la existencia de la preñez alegada por la ofendida; la relación causal entre la violación y el embarazo; es decir, que el tiempo de gestación presentado por la pasiva, deberá corresponder a la época del atentado sexual; y por último, que de practicarse el aborto en la gestante, ésta no corra peligro en su salud.

¹²).- Ob. Cit. Pág. 214.

Dicha pericial médica, el Juez la solicitará tan pronto como reciba la solicitud de aborto de la víctima y se encuentre comprobado el tipo penal de violación y la probable responsabilidad del inculpado o inculpados; para el sólo efecto de autorizar el aborto a la ofendida; sin que ésta autorización Judicial influya en el resultado final del juicio a los responsables.

Por que en todo caso de acusación o denuncia falsa en que incurriera la mujer, que para cubrir algún desliz, alegara haber sido violada y bajo este supuesto se le autorizara su aborto; deberá responder penalmente, desde luego, por los ilícitos de acusación o denuncias falsas, calumnia y aborto procurado.

En consecuencia, en el modelo jurídico que propone el Suscrito; satisfechos los requisitos antes señalados, el Juez Penal correspondiente, en cualquier momento de la preñez, deberá autorizar expresamente el aborto a la mujer embarazada a consecuencia del delito de violación; que será practicado siempre por un médico que al efecto la víctima designe; o bien, si no contara con recursos económicos para costear los servicios del médico de su elección, el aborto se le practicará en un hospital del sector salud, por médicos adscritos al mismo, con cargo al erario del Estado.

• • •

C O N C L U S I O N E S

I.- Considerando que la gestación humana comienza con el fenómeno de la concepción y termina con la magia del nacimiento, y que la destrucción dolosa del feto como tal, por un agente externo al claustro materno, constituye la esencia del tipo penal de aborto; luego entonces, podemos afirmar que aborto desde el punto de vista jurídico será la muerte del producto de la concepción, provocado por un agente externo al claustro materno, en cualquier momento del embarazo intrauterino. Y en consecuencia, para el ordenamiento represivo de nuestro país, la vida humana es un bien jurídico por excelencia, que es protegido desde su concepción hasta la muerte; y si bien, el Estado puede imponer el sacrificio de ella para fines supremos de la colectividad, el individuo nunca puede decidir su destrucción, a menos que el ordenamiento jurídico por alguna causa de justificación, le otorgue ese derecho.

II.- Si el tipo penal de violación se actualiza con la imposición de la cópula del activo sobre el pasivo, mediante el uso de la violencia física o moral, sin la voluntad de éste último, o bien, aprovechando el activo, algunos estados o situaciones especiales en que se halla la víctima, que nulifican su voluntad para producirse libremente en sus relaciones sexuales; y ello, resulta ser la ofensa más grave que se comete contra la víctima en su libertad de elegir con qué persona copular, luego entonces, resultaría conveniente que la Legislación Penal Mexiquense reprimiera con mayor severidad este ilícito, como una forma de combatir su incidencia y frenar sus consecuencias que se patentizan en la persona de la ofendida. Considerando el ponente como una necesidad, que el actual Código Penal para el Estado

de México, homologue la penalidad del delito de violación, a la que prevé para dicho ilícito el Código Penal para el Distrito Federal; es decir, imponer al violador una pena de prisión de ocho a catorce años.

III.- De igual manera concluimos, que si en la praxis jurídica, términos como "cópula" suelen producir verdaderas confusiones de interpretación; es conveniente y hasta necesario que el legislador Mexiquense defina en el orden punitivo aquello que debe entenderse por cópula; como una forma de terminar con interpretaciones o apreciaciones personales, que en no pocas ocasiones, ha propiciado la impunidad en los delitos de tipo sexual; prefiriéndose la claridad en la Ley, como un medio de conseguir su exacta aplicación al caso concreto.

IV.- La exención de pena que previene el artículo 260 en su fracción II del Código Penal para el Estado de México, en el caso de aborto voluntario, cuando el embarazo es consecuencia del delito de violación; con su actual redacción ambigua y oscura, debe considerarse como una conducta tónica, antijurídica y culpable, pero no punible; y por tanto, su naturaleza jurídica, ha de ser hallada en el aspecto negativo de la punibilidad; es decir, en la excusa absolutoria. Sin embargo ésta no evita a la víctima de la conjunción carnal injusta los peligros que representa la clandestinidad en que ha de ejecutarse el aborto "lícito", al no establecer la propia ley, los requisitos o condiciones en que ha de practicarse el aborto, ni qué autoridad ha de facultarlo. Por tanto, el Estado debe clarificar el contenido de esta exención de pena, a efecto de evitar interpretaciones personales y subjetivas que algunos Jueces o Ministerios Públicos encargados de la impartición de justicia, creen o

piensan se contiene en ésta; terminando con la confusión e incertidumbre que invade a la ofendida de la cópula violenta que ha quedado preñada.

V.- Porque la actual redacción legislativa de la excusa absolutoria del llamado "aborto sentimental", al no establecer ante qué autoridad deberá acudir la mujer violada para que se le autorice la práctica de su aborto voluntario, deja a ésta a merced de médicos o facultativos poco escrupulosos que aprovechando la poca claridad de la Ley, pretendan obtener altos beneficios económicos por practicar el aborto que solicita la ofendida; y en última instancia, el derecho legítimo de la mujer violada de rechazar una maternidad impuesta ilícitamente quedará supeditada no a una determinación Ministerial o Judicial, sino a una decisión del médico, cirujano o partero que accede o rechaza practicar el aborto a la víctima de la cópula violenta.

VI.- Por tanto, proponemos que el Estado a través del ordenamiento punitivo, faculte al Ministerio Público y Juez Penal correspondiente en su caso, para que tan luego quede comprobado el delito de violación y que a consecuencia de éste, la víctima ha quedado preñada; para que autoricen expresamente la práctica del aborto voluntario; como un reconocimiento del derecho de la mujer a una maternidad libre y legítima, rechazando por ende, aquélla que el antijurídico ataque a su libertad sexual le impone.

VII.- Con el reconocimiento expreso del derecho de la mujer violada a rechazar aquélla maternidad que el injusto ataque a su libre determinación en materia erótica le impone; se atenúa el sufrimiento de la víctima, porque le garantiza que el aborto se lleve a cabo por médicos, en las mejores

condiciones de higiene y salud para ésta, al abandonar por completo los peligros de la clandestinidad, a que la condena la actual redacción de la exención de pena para el aborto en el caso de violación; a la vez que evita, enfrente las consecuencias de un juicio penal para demostrar que su conducta transitaba por la licitud dimanada de la Ley.

VIII.- Por ello, concluimos que es necesario que el legislador Mexiquense adicione a la fracción II del artículo 260 del Código Penal del Estado de México, la facultad del Ministerio Público y Juez Penal correspondiente, para que autoricen expresamente a la ofendida de la cópula violenta que a expensas de ésta ha quedado embarazada, para que se practique su aborto voluntario, siempre que sea ejecutado por un médico; al efecto proponemos la siguiente redacción para el citado artículo 260 en los siguientes términos:

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

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

II.- Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación; caso en el cual será suficiente la comprobación de la violación por parte del Ministerio Público y en su caso Juez de la causa, para autorizar su práctica, por un médico; siempre que así lo solicite la víctima o su legítimo representante si ésta fuere menor de edad o alienada; y

III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen

de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

IX.- Para que la mujer preñada a consecuencia de la conjunción carnal violenta, sea autorizada por el Ministerio Público o Juez Penal correspondiente, para que se practique impunemente su aborto voluntario; es menester que el antijurídico ataque a su libertad sexual quede plenamente justificado en una Averiguación Previa, o bien, en el Juicio Criminal respectivo; por tanto, requisito sine quanon, que soporte dicha autorización jurídica, será la comprobación del tipo penal de violación y en su caso de la probable responsabilidad de una o varias personas.

• • •

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL.
DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1995.
- 2.- CARRARA FRANCESCO.
PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL PARTE ESPECIAL.
VOLUMEN I.
EDITORIAL TEMIS, BOGOTA 1967.
- 3.- CASTELLANOS FERNANDO.
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.
PARTE GENERAL.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.
- 4.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO.
DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993.
- 5.- CUELLO CALON EUGENIO.
DERECHO PENAL. TOMO II PARTE ESPECIAL.
EDITORIAL DOSCH, BARCELONA 1975.
- 6.- FRANCO VILLA JOSE.
EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1985.
- 7.- GARCIA MAAÑON-BASILE.
ABORTO E INFANTICIDIO. ASPECTOS JURIDICOS Y
MEDICO-LEGALES.
EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES 1990.

- 8.- GONZALEZ BLANCO ALBERTO.
DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1979.
- 9.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.
DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.
- 10.- JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.
DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO II, LA TUTELA PENAL DE LA
LA VIDA E INTEGRIDAD HUMANA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982.
- 11.- JIMENEZ HUERTA MARIANO.
DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO III, LA TUTELA PENAL DEL
HONOR Y DE LA LIBERTAD.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982.
- 12.- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.
DELITOS EN PARTICULAR. TOMO I.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994.
- 13.- MARTINEZ ROARO MARCELA.
DELITOS SEXUALES, SEXUALIDAD Y DERECHO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1982.
- 14.- MOMMSEM TEODORO.
EL DERECHO PENAL ROMANO.
EDITORIAL LA ESPAÑA MODERNA, MADRID.
- 15.- OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.
LA AVERIGUACION PREVIA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994.

- 16.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.
MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1995.
- 17.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.
DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA
SALUD PERSONAL.
EDITORIAL JURIDICA MEXICANA, MEXICO 1975.
- 18.- TRUEBA OLIVARES EUGENIO.
EL ABORTO.
EDITORIAL JUS, MEXICO 1978.

LEYES Y CODIGOS

- 19.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.
- 20.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE AGUSCALIENTES.
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1994.
- 21.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1990.
- 22.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE CAMPECHE.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1991.
- 23.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA.
EDITORIAL ANAYA EDITORES, MEXICO 1997.
- 24.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COLIMA.
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1994.

- 25.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE CHIAPAS.
EDITORIAL CAJICA, PUEBLA, MEX. 1993.
- 26.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1988.
- 27.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.
- 28.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE DURANGO.
EDITORIAL CAJICA, PUEBLA, MEX. 1985.
- 29.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993.
- 30.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUERRERO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992.
- 31.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1990.
- 32.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE JALISCO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994.
- 33.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1994.
- 34.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACAN.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993.

- 35.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS.
EDITORIAL SISTA, MEXICO 1993.
- 36.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEON.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1989.
- 37.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA. EDITORIAL ANAYA EDITORES, MEXICO 1997.
38. CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1989.
- 39.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1990.
- 40.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE QUINTANA ROO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1990.
- 41.- CODIGO PENAL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1991.
- 42.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.
EDITORIAL CAJICA, PUEBLA MEX. 1996.
- 43.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1990.
- 44.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1988.
- 45.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993.
- 46.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TLAXCALA.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1989.

- 47.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE
VERACRUZ.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992.
- 48.- CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE YUCATAN.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1996.
- 49.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992.
