

882009
2



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO PATRIA BOSQUES DE ARAGÓN A.C.

ADICIÓN AL ARTÍCULO 251 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO
PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARÍA DEL ROSARIO SALGADO CARREÓN

Asesor: Lic. Rodrigo Percastre Cortés

Netzahualcóyotl, Estado de México

2003

1
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

PAGINACIÓN DISCONTINUA

A mi Esposo:

José Luis Vizcaíno Díaz: Por toda la confianza que siempre ha depositado en mí, por el cúmulo de paciencia que mantuvo, a lo largo de toda mi carrera, por los consejos y la experiencia que supo transmitirme.

A mis Hijas:

Marina Magali; Milede Wendolyn y Karime Tavissa: Por todas las privaciones de que fueron protagonistas y que afrontaron con paciencia y amor, siempre organizadas para poder cubrir mi lugar durante mi ausencia.

A mi nieto:

José Luis Vizcaíno Salgado: Por haber traído con su nacimiento alegría, fuerza y decisión para continuar día a día incansablemente, y por darme el orgullo de ser también su mamá.

A mis Sobrinos:

Nabor Nolasco Salgado; Miguel Ángel Nolasco Salgado; Guadalupe Aglael Delgado Salgado; y Aldo Jesús Torres Salgado por su apoyo, cariño y el tiempo que me brindaron para poder concluir asegurando siempre lo que otras personas juzgaron imposible.

A mi Asesor de Tesis:

Licenciado: Rodrigo Percastre Cortés: Por ser mi asesor profesor y amigo, por enseñarme que la vida se vive una vez, por sus sanos consejos, por las múltiples asesorías no sólo de este trabajo sino por aquellas en las que tuve que enfrentarme ante diversas autoridades en mi calidad de estudiante, saliendo casi siempre victoriosa.

Al Lic. German Fernando Solares Cortés:

Por la proyección de sus conocimientos, sus consejos y por la gran cantidad de oportunidades que me dio, pero principalmente por que muy dentro de mi, reconozco que cubrió el lugar de padre cuando deje de tenerlo, con cariño, admiración y respeto.

A mis profesores:

Lic. Francisco Antonio Lembo Rosales;
Lic. Rodrigo Percastre Cortés;
Lic. Justino Ángel Montes de Oca.
Lic. Rene Alcántara Moreno;
Lic. G. Fernando Solares Cortés;
Lic. F. Leticia María Cabrera Márquez;
Lic. Rosa Guadalupe García Díaz;
Lic. Enrique Mendoza Oropeza;
Lic. Enrique Calleja García;
Lic. Gabriel Rodríguez Ángeles;
Lic. Noe González Figueroa;
Lic. Luis Sánchez Lemus (En Paz Descanse);
Contador. Gerardo Francisco Rodríguez Alonso; y
Contador. Enrique Solano Reúl.

Por los conocimientos que adquirí en base a sus esfuerzos y dedicación, logrando hacer de mi un profesionista hábil y provisto de entusiasmo y amor, cualidades necesarias para poder desenvolverme en mi vida profesional con éxito, sin olvidar jamás quien soy y cual es mi compromiso.

A mi Rector y Directores:

Dr. José Alberto González Estrella;
Lic. Francisco Antonio Lembo Rosales; y
Profa. Rebeca Almendariz Ortiz.

Gracias por su paciencia y gran calidad humana, sin su apoyo no lo hubiera logrado, este triunfo es de todos, por que las instituciones que representan por el simple hecho de estar en sus manos son sinónimo de grandeza triunfo y fortaleza.

A mis Amigas Amigos y compañeros.

Lic. Román Hernández Morales;
Leopoldo Jesús Mondragón Estrada;
René Gutiérrez Ramírez;
Ángel Miguel García Martínez ;
Jesús Guzmán Álvarez;
Rosa Luciana Trujillo Cuevas;
Jessica Quijano Monterruvijo;
Flora Pompa Villa;
Esperanza Monterruvijo García;
Raúl Quijano Rodríguez;
Carmen Ramírez Martínez;
Teresa Barrón Serón;
Silvia Olivares Cortés;
Guadalupe Casillas Martínez; y
Guadalupe Díaz Pérez.

Por que siempre creyeron en mi y nunca permitieron que las contrariedades terminaran con esta ilusión, que hoy se cristaliza por que siempre los tuve a ustedes y a sus buenos consejos. Gracias por escucharme cuando más lo necesite, por sus risas y bromas que fueron parte importante en mis estudios y que me fortalecieron, haciéndome sentir cada vez más orgullosa de haberlos conocido.

ÍNDICE.

PÁGS.

INTRODUCCIÓN

I

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES.

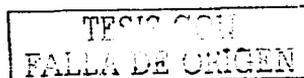
1.1	DELITO DE VIOLACIÓN.....	1
1.2	ÉPOCA PREHISPÁNICA.....	7
1.3	ÉPOCA DE LA COLONIA.....	23
1.4	ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.....	25
1.5	DELITO DE ABORTO.....	30
1.6	ÉPOCA PREHISPÁNICA.....	39
1.7	ÉPOCA DE LA COLONIA.....	42
1.8	ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.....	46
1.9	LEGISLACIÓN MEXICANA.....	47
	1.9.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.....	47
	1.9.2 CÓDIGO PENAL DE 1929.....	48
	1.9.3 LEGISLACIÓN VIGENTE.....	50
	1.9.4 LEGISLACIÓN PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	54

CAPÍTULO SEGUNDO.

CUERPO DEL DELITO.

2.1	CUERPO DEL DELITO.....	62
2.2	REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.....	63

5



2.3	EL NO A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL POR PARTE SENADO.....	64
2.4	CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	65
2.5	TEXTO DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	69
2.6	CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	71
	2.6.1 CONDUCTA.....	71
	2.6.2 SUJETO ACTIVO.....	73
	2.6.3 SUJETO PASIVO.....	74
	2.6.4 OBJETO MATERIAL.....	76
	2.6.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	77
	2.6.6 MEDIO COMISIVO.....	81
	2.6.7 NEXO DE ATRIBUIBILIDAD.....	84
	2.6.8 ELEMENTOS NORMATIVOS.....	85
2.7	PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	87
	2.7.1 DOLO.....	87
	2.7.2 FORMA DE INTERVENCIÓN.....	90
	2.7.3 ANTIJURICIDAD.....	94
	2.7.4 CULPABILIDAD.....	96
2.8	CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	98

6

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I.- POR EL SUJETO ACTIVO

A. POR SU CALIDAD.....	98
<i>Común e Indiferente.</i>	
B. POR SU CALIFICACIÓN.....	101
<i>Legal y Natural.</i>	
C. SEGÚN EL NÚMERO POR EXIGENCIA LEGAL.....	101
<i>Unisubjetivo, Monosubjetivo e Individuales.</i>	
D. SEGÚN SU COMPORTAMIENTO.....	102
<i>Ocasionales o de Hábito.</i>	
E. SEGÚN LA FINALIDAD QUE PERSIGUE.....	103
<i>Intencional.</i>	

II.- POR LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA.

A. MOVIMIENTO CORPORAL.....	103
<i>De Acción.</i>	
B. POR SU CONSUMACIÓN.....	104
<i>Instantáneo.</i>	
C. SEGÚN LA POSIBILIDAD DE FRACCIONAMIENTO EN ACCIONES O ACTOS.....	105
<i>Unisubsistentes o Plurisubsistentes.</i>	

7

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III.- EN CUANTO AL SUJETO PASIVO.....107
Personal.

IV.- POR SU RESULTADO.....107
Formales o de mera Conducta.

V.- EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO

A. POR EL NÚMERO DE BIENES JURÍDICOS.....108
Simple.

B. POR LA FORMA DE AFECTACIÓN.....108
De Lesión.

VI. POR SU ESTRUCTURA EN BASE AL CATALOGO DE TIPOS EN
LA PARTE ESPECIAL.

A. PARTE ESPECIAL.....109
Fundamental.

B. POR SU AUTONOMÍA.....109
Básico.

C. POR SU FORMULACIÓN.....110

1. *Casuístico.*

2. *Alternativo.*

VII. EN CUANTO A SU PERSECUCIÓN.....110
Oficio.

	VIII. EN CUANTO A LA MATERIA.....	111
	<i>Común.</i>	
2.9	CONCEPTO DE DELITO DE ABORTO.....	112
2.10	CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO DE ACUERDO A SU DEFINICIÓN.....	115
2.11	TEXTO DEL ARTÍCULO 248 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	120
2.12	CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.....	121
	2.12.1 CONDUCTA.....	121
	2.12.2 SUJETO ACTIVO.....	123
	2.12.3 SUJETO PASIVO.....	125
	2.12.4 MEDIO COMISIVO.....	127
	2.12.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	128
	2.12.6 NEXO DE ATRIBUIBILIDAD.....	130
	2.12.7 ELEMENTOS NORMATIVOS.....	133
2.13	PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	134
	2.13.1 DOLO.....	135
	2.13.2 FORMA DE INTERVENCIÓN.....	137
	2.13.3 ANTIJURIDICIDAD.....	137
	2.13.4 CULPABILIDAD.....	139

2.14 CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.....	141
---	-----

I.- POR EL SUJETO ACTIVO

A. POR SU CALIDAD.....	141
<i>Común e Indiferente.</i>	
B. POR SU CALIFICACIÓN.....	141
1. <i>Necesaria.</i>	
2. <i>Legal</i>	
C. SEGÚN EL NÚMERO POR EXIGENCIA LEGAL.....	142
<i>Plurisubjetivo</i>	
D. SEGÚN SU COMPORTAMIENTO.....	142
1. <i>Ocasional.</i>	
2. <i>De Habito.</i>	
E. SEGÚN LA FINALIDAD QUE PERSIGUE.....	142
1. <i>Intencional.</i>	
2. <i>Imprudencial.</i>	

II.- POR LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA.

A. MOVIMIENTO CORPORAL.....	143
1. <i>De Acción.</i>	
2. <i>De Omisión.</i>	

10

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. POR SU CONSUMACIÓN.....	144
Instantáneo.	
C. SEGÚN LA POSIBILIDAD DE FRACCIONAMIENTO EN ACCIONES O ACTOS.....	144
1. <i>Unisubistentes</i>	
2. <i>Plurisubistentes</i>	
III.- EN CUANTO AL SUJETO PASIVO.....	145
<i>Personal.</i>	
IV.- POR SU RESULTADO.....	145
<i>Material.</i>	
V.- EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	146
A. POR EL NÚMERO DE BIENES JURÍDICOS.....	146
<i>Simple.</i>	
B. POR LA FORMA DE AFECTACIÓN.....	146
<i>De Daño</i>	
VII. POR SU ESTRUCTURA EN BASE AL CATALOGO DE TIPOS EN LA PARTE ESPECIAL.	
A. PARTE ESPECIAL.....	147
<i>Fundamental.</i>	

11

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. POR SU AUTONOMÍA.....	147
1. <i>Básico.</i>	
2. <i>Complementarios (Agravados o Atenuados).</i>	
C. POR SU FORMULACIÓN.....	148
1. <i>Casística.</i>	
D. EN CUANTO A SUS ELEMENTOS.....	149
<i>Alternativos.</i>	
VII. EN CUANTO A SU PERSECUCIÓN.....	149
<i>Oficio.</i>	
VIII. EN CUANTO A LA MATERIA.....	149
<i>Común.</i>	

CAPÍTULO TERCERO.

ABORTOS IMPUNES, MÉTODOS ABORTIVOS Y SUS CONSECUENCIAS.

3.1 ABORTOS IMPUNES.....	151
3.2 ABORTO CAUSADO SÓLO POR IMPRUDENCIA DE LA MUJER EMBARAZADA.....	152
3.3 ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN.....	153
3.4 ABORTO POR ESTADO DE NECESIDAD O TERAPÉUTICO.....	157
3.5 ABORTO POR DIAGNOSTICO DE QUE EL PRODUCTO SUFRE ALTERACIONES GENÉTICAS O CONGÉNITAS.....	159

12

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.5.1	CAUSAS GENÉTICAS.....	160
3.5.2	AGENTES EXTERNOS.....	160
3.5.3	CAUSAS POLIGÉNICAS Y MULTIFACTORIALES	162
3.5.4	DIAGNÓSTICO Y DETECCIÓN.....	162
3.6	PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS.....	165
3.7	SUBSTANCIAS ABORTIVAS.....	165
3.8	MANIOBRAS ABORTIVAS.....	168
3.9	COMPLICACIONES Y RIESGOS DEL ABORTO.....	173
3.10	COMPLICACIONES DEL ABORTO LEGAL.....	174
3.11	COMPLICACIONES DEL ABORTO ILEGAL (CLANDESTINO).....	177
3.12	REPERCUSIONES PSICOLÓGICAS.....	181

CAPITULO CUARTO.

LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA FACULTAD DE PODER OTORGAR LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRÁCTICA DEL ABORTO, AL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, EN EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1	VÍCTIMA.....	185
4.2	DEFINICIÓN DE VÍCTIMA.....	186
4.3	DEFINICIÓN JURÍDICA DE VÍCTIMA.....	189
4.4	VICTIMIZACIÓN FEMENINA.....	190
4.4.1	DIRECTA.....	191
4.4.2	INDIRECTA.....	191

4.5 ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS.....	191
4.6 EL ABORTO CONSECUTIVO AL DELITO DE VIOLACIÓN, INCLUYE EL DERECHO DE ABORTAR EN EL SUPUESTO DE LA MATERNIDAD NO QUERIDA.....	197
4.6.1 ANÁLISIS CRÍTICO.....	198
4.6.2 PROYECTO DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 251. FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	204

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

La historia del hombre desde los tiempos más remotos ha manifestado cambios significativos en todas sus etapas, esta diversidad de cambios descansa principalmente en la capacidad de los sujetos al poder discernir entre el bien y el mal, sin embargo es necesario afirmar que los delitos de violación y aborto motivo de este tema de tesis, no siempre se han considerado como tal.

Podemos señalar que esta situación comienza a reglamentarse a partir de que el hombre se convierte en nómada y surge la relación de pareja en tiempos de la horda. Posteriormente las antiguas culturas como Grecia y Roma, fueron totalmente indiferentes, otras como Egipto, y Babilonia penalizaron este tipo de delitos, siendo el Código Hamurabi y el Código de Manú unas de las primera reglamentaciones que señalan penas y determinan a cada delito, de esta manera también estudiaremos como Francia, Inglaterra, Alemania y España penalizaban a los sujetos activos de estos delitos, hasta llegar a México, en donde iniciaremos el estudio en comento desde la época prehistórica, hasta la legislación actual.

Como ser humano los sujetos ha fijado uno a uno los puntos referentes a su organización social y familiar por lo que han podido determinar la forma en que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

desea constituirse como persona dentro de su comunidad, adoptado diferentes estatus sociales y jugando un rol determinante.

Sin embargo, este tipo de pensamientos y cambios a pesar de ser generales, han mantenido a la mujer en relación a determinaciones propias fuera de contexto, siendo a partir del de fines del siglo XVII, con la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en Francia que esta situación empieza a dar un pequeño giro, permitiendo a la mujer determinados derechos que antes no tenía.

Fue a principios del siglo XX, cuando estos derechos inherentes al hombre, pugnan definitivamente a favor de la mujer colocándola con igualdad y dignidad frente al hombre. De ahí que en México a partir de los años treinta, son creadas las primeras escuelas mixtas, y se le da el derecho a la mujer de poder votar. Aún así el rezago en caso de legislación fue preponderante, no obstante que las normas amparaban situaciones específicas en su favor, pero la ignorancia no le permitía poder exigir el derecho que de ellas emanaba.

En una constante lucha la mujer, ha logrado escalar poco a poco lugares determinados única y exclusivamente a los hombres colocándose en igualdad de circunstancias y en muchas ocasiones superándolos notablemente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De tal suerte que una de las necesidades mayores para una mujer, es poder en determinado momento obtener la posibilidad de mandar en su propio cuerpo, capacidad que le ha sido negada siempre. Este tipo de cáncer social, esta íntimamente ligado a la moral, a las supuestas buenas costumbre y a la religión instancias con pensamientos retrogradadas que le han tenido sumida en un océano de misticismo y retractación, al grado de no permitirle libremente hacer valer su poder de decisión.

A fin de poder conocer ampliamente este tipo de delitos, entraremos al estudio de lo que se conoce como cuerpo del delito, y posteriormente realizaremos un análisis dogmático por separado de cada delito partiendo de lo general a lo particular tocando cada supuesto jurídico que colma las normas en comento.

De una forma mas completa y minuciosa, estudiaremos lo que se conoce como abortos impunes, métodos abortivos y sus consecuencias, profundizando de manera categórica en sus diferentes modalidades que se dan en este caso, las cuales se encuentran determinados en nuestro ordenamiento legal. En este capítulo demostraremos como repercute psicológicamente en la vida de la mujer tanto el ser violentada físicamente imponiéndole la cópula, como el ser obligada a la concepción de un hijo no deseado, demostrando plenamente como es que manipulan sus sentimientos hasta el grado de exigirle la concepción de un hijo no deseado, y con ello toda una gamma de complicaciones que arrastrará el resto de su vida, y que

culminan con el nacimiento de un ser que la mayoría de las veces resulta nocivo para la misma sociedad que defendió su derecho a la vida.

Consideramos que la defensa de la vida de este ser no deseado es producto de sentimientos personales y no generales, por lo que cuando este necesita de un todo para poder sobrevivir las instancias antes señaladas dejan de existir tanto para la madre, coma para el hijo, dejándolos en total desamparo y condenando a la mujer a tener que enfrentarse como lo dije antes a esa sociedad que meses antes le exigió que no atentara en contra de la vida de ese producto no deseado y que es el resultado de una violación, punto medular de este tema de investigación.

El enfrentamiento con la sociedad se manifiesta en agresiones en contra de ambos, críticas y señalamiento insanos que a lo largo traen como consecuencia la infelicidad de ambos, pero que a su vez provocan un deterioramiento psicológico que convierte en muchos de los casos a estos sujetos en la descomposición social. Algunos de estos síntomas se manifiestan en la prostitución tanto adulta como infantil, alcoholismo y drogadicción. Por lo que me atrevo a preguntar **¿No sería mejor que la mujer eligiera si quiere o no traer a la vida el producto de la concepción no deseada producto de una violación?**

Atento a lo anterior el presente trabajo de tesis fue elaborado bajo la aplicación de los preceptos Constitucionales, quienes garantizan individualmente a la

mujer. Así mismo, bajo la estricta aplicación de los preceptos legales que rigen el Código Penal para el Estado de México, realizando una correcta sistematización de las normas penales en estudio como son el delito de aborto y el delito de violación, a efecto de presentar un marco teórico general que nos sirve de base para la exposición de ideas, observaciones, críticas y aportaciones que se hacen valer en el cuerpo de esta tesis.

Dicho en otros términos, tal modificación partió de una premisa conocida, (los criterios doctrinarios), para llegar a la hipótesis que se pretende exponer, esto es, para culminar con las consideraciones que motivaron el surgimiento de esta investigación, pero siempre planteando las mismas bajo el tenor de lo expuesto por la ley y las exigencias de la realidad social.

Por otro lado, es importante poner de manifiesto que el punto medular de este trabajo, se refiere a la necesidad de adicionar disposiciones que la realidad social exige a fin de lograr el apoyo definitivo y legal a toda mujer que resulte embarazada a consecuencia de una violación, a fin de practicarse el aborto, ya que actualmente, este beneficio se encuentra claramente consignado dentro de la legislación penal para el Estado de México. Sin embargo, el poder llevar a cabo la practica del aborto, es desconocida, es decir, no existe dentro de esta legislación, la calidad específica del servidor público al cual se deba acudir para solicitar la autorización conforme a derecho, ni mucho menos los procesos requeridos para su obtención, y para ello

después de revisar los preceptos establecidos, llegamos a la conclusión de que a fin de que tal idea se cristalice en la ley penal en comento, es necesario que el artículo 251 fracción II, del Código Penal para el Estado de México sufra una modificación referente a una adición, a efecto de que dentro de esta norma se englobe la autoridad referida.

En virtud de lo manifestado, anteriormente es necesario patentizar, que muchos de los razonamientos planteados a lo largo de este trabajo de investigación, no se apegan a los criterios sustentados por la mayoría de los tratadistas; otros tantos resultan ser una mezcla entre el criterio doctrinario y el propio, pero en todos los casos se trata de una sana y legítima intención de lograr aportar algo, que sin pretensión alguna, sirva para modificar, para llenar ciertas carencias legales al respecto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES.

I.1 DELITO DE VIOLACIÓN.

El delito de violación no siempre ha existido como tal en todas las épocas, los antecedentes de este ilícito se remontan a la época de la prevalencia de la promiscuidad y de la periodicidad sexual, es decir, la situación regular y frecuente referente a la menstruación, en la cual se descartaba la posibilidad de que la violación se constituyera en un delito, ya que en el tiempo que incluye la duración de la menstruación era el instinto, el rector que servía de estímulo a la agresión.

Es por ello que la inclinación al acto sexual pierde intensidad al ganar la permanencia, es decir, cuando el hombre se convierte de nómada a sedentario, e inicia lo que en la actualidad conocemos como relación de pareja, en donde el hombre tiene libertad de elegir a la mujer, quien a su vez conquista un mecanismo inhibitorio para rechazar los ataques sexuales. Sin embargo, no existe una fecha

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

exacta al respecto de esto y se presume que ocurrió en el período de la horda que es la primera forma de agrupación humana.

Esta forma de organización se fue desarrollando cada vez más, hasta originar culturas que tenían mecanismos inhibitorios mucho más fuertes debido a la influencia de sus factores sociales, económicos, y religiosos lo que se traduce en sanciones de distinta índole.

"En Egipto, la violación era reprimida con la castración; entre los Hebreos, se establecía la pena de muerte o la multa según fuese el caso; es decir, si la mujer era casada se imponía la pena de muerte, pero si era soltera se aplicaba multa.

En la antigua Grecia se sostuvo una actitud totalmente indiferente hacia este delito, siendo una cultura influenciada por los dioses, que realizaban conductas sexuales desordenadas, consideradas normales, pues tomaban el ejemplo de los dioses como Olimpo, quien rapta y estupra en forma de lluvia de oro, y encarnando en forma de cisne, viola¹.

¹ De. Pando, Muñoz, Francisco, Javier, ANÁLISIS JURÍDICO - SOCIAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN. Editorial: Porrúa, S. A., México, 1998, Pág., 35.

Esta tendencia fue variando hasta el punto de considerar a la violación como un delito, el cual debía ser sancionado y la pena que se le impuso al autor fue el pago de una multa y el de obligarse a unirse en matrimonio con la víctima, si es que ésta lo consentía, pues en caso contrario se le condenaba a la muerte.

En Roma, al igual que en Grecia, se dio una actitud indiferente ante el delito de violación, y no fue sino hasta antes del cristianismo que el Derecho Penal Romano se toma en cuenta varios delitos como la violación, raptó, incesto, adulterio, estupro, lenocinio y pederastia (Homosexualidad masculina practicada con los niños). La razón que se dio para introducir al derecho a estos delitos fue por que se consideraba que se lesionaban intereses que eran valiosos y no por tratarse de aspectos morales.

"Así la violación y el raptó se consideraban como delitos de coacción y se imponían penas extremas por el ultraje que representaban contra la libertad individual; por otra parte, la Ley Julia de Vis Pública, reprimía la unión sexual por violenta con cualquier persona, y la sanción era la pena de muerte"².

En Babilonia, el Código de Hamurabi, menciona que la mujer no tenía independencia , o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente

² Ibidem., Pág. 38

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

casada. De acuerdo con este código si un hombre violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente.

A continuación se demuestra la forma por medio de la cual el Código de Hamurabi describe y sanciona delitos como los siguientes, fieles traducciones de la piedra en la que se encuentran escritas.

"Si una mujer odia a su marido y afirma "no harás uso carnal de mi", se determinarán los hechos de su caso en un juicio, si se ha mantenido casta y sin falta en tanto que su marido es convicto de abandono y agravio, esa mujer no sufrirá castigo, tomara su dote (sheriktu), y marchará a la casa de su padre".

De lo anterior desprendemos como este ordenamiento legal protegía a la mujer y no se permitía al hombre la violación por el simple hecho de estar unidos en matrimonio la consecuencia que traía consigo el proceso en sí en la actualidad lo conocemos como divorcio.

Sin embargo, "una mujer casada, es decir aquella que había tenido relaciones sexuales con su esposo y que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado como adulterio y se cogía y se arrojaba al río a ambos participantes. En dicho código, es revelador

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que existiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido en caso de desearlo éste, se sacara a su mujer del agua, y el rey si así lo quería podía dejar en libertad de elección a su súbdito³.

En el Código de Manú se establecía que al violador se le castigaría con pena corporal, siempre y cuando la mujer no fuese de la misma clase social, pues de otra manera no se le imponía pena alguna.

En el Derecho Canónico se consideraba al "estuprum violentum" cuando existía la desfloración de una mujer, sin su consentimiento, ya que cuando la mujer se encontraba desflorada no se podía cometer este delito, por lo tanto no era castigado.

La penalidad canónica se establecía únicamente para la fornicatio y no se castigó con pena de muerte; ya que con las ideas del cristianismo se cambia la concepción de los dioses griegos por la castidad de Cristo y la virginidad de la madre de dios, imponiéndose sanciones como la pena capital.

³ F. Lara, CÓDIGO DE HAMURABI, Madrid, Editora Nacional, 1982. Microsoft, Encarta., 2002 Microsoft., Corporation. Reservados todos los derechos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En Inglaterra, por ejemplo, Guillermo el Conquistador implantó la pena de ceguera y la castración. En la Constitución Carolina, se estableció la pena de muerte.

En Francia y en Alemania las disposiciones surgidas de la teología, imponían penas graves a la población, como consecuencia del respeto que se debía guardar a la Ley Moral Individual, lo que da motivo a la formación del movimiento de la Ilustración (mitad del siglo XVIII y principios del siglo (XIX), impulsados por las ideas de Montesquieu, Voltaire y Rousseau.

Debido a la influencia de estos pensadores, se distinguió entre la Ley Moral y la Ley Social, esta tendencia se percibe con mayor intensidad en el siglo XIX, adoptada por las legislaciones de Europa y de América.

A pesar de los esfuerzos realizados para separar la moral del derecho, la gran relevancia que tiene la moral dentro de la conciencia de la sociedad, ha marcado en gran medida la pauta para decidir cuales conductas se han de considerar como delitos y cuales no; cambiando también el carácter de las sanciones, que pasan a ser de privación de libertad o muerte.

Así también la violación, se contempla en la mayoría de las legislaciones como un acto contra la honra y la libertad de la mujer.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. 2 É P O C A P R E H I S P A N I C A .

Los antiguos pueblos tenían castigos muy severos para todas aquellas personas que cometían delitos contra la moral y la dignidad e una persona, como son los casos de incesto, estupro y violación.

"En el Imperio Mexicano los que cometían incesto en primer grado de consanguinidad o afinidad morían ahorcados. En cuanto al estupro en la cultura Azteca era castigado con la muerte. En lo referente a la violación, entre el pueblo maya, el castigo consistía en dar muerte al violador. En la cultura tarasca el castigo par un violador fue la tortura"⁴.

Estos castigos tan severos eran una medida de prevención para la sociedad, ya que se inculcaba a la gente a no realizar infracciones contra la moral y el honor de una persona, pero en caso de llevarlos cabo, se sometían las penas antes mencionadas.

Las tierras americanas como las que en la actualidad habitamos en México han visto vivir diversas conciencias, algunas de las cuales moraron tan antiguamente que sólo se conoce lo que fue de ellas por los relatos que los viejos consignaron en los códices; y como ha sucedido en el resto de esta tierra en

⁴ Ibidem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tiempos no muy distantes, las palabras autóctonas narraron también diversas peregrinaciones, como sucedió con los Maya y Quiches, como fue también con Chichimecas y como sucedió originalmente según lo relatado de generación en generación, por aquellos que habitaron en Tamoanchan y se pusieron en movimiento, situación que vemos claramente reflejada en la siguiente traducción de un códice antiguo:

...se convocaron los señores.

los ancianos, los sacerdotes.

dijeron:

"El dueño de cerca y del junto nos ha llamado,

ha llamado a cada uno de los que tienen por

dios"

dijeron:

por que no viviremos aquí,

no permaneceremos aquí,

vamos a buscar una tierra.

allí vamos a conocer al que es de Noche y Viento,

al Dueño de cerca y de junto".⁵

⁵ Tenorio. Tagle, Fernando, "500 AÑOS DE RAZONES Y JUSTICIA. LAS MEMORIAS DE AJUSTICIAMIENTO". Pág., 16.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Palabras que se repitieron en el momento en que se lleva a cabo el asiento de otras culturas las cuales se proyectaron y son capaces de afirmarse y diferenciarse.

Conciencias con diferentes raíces como la teotihuacana, vino a configurar lo que sería conocido como la Toltecayotl, la que se integraba por el acopio de los saberes, artes y los mandatos siendo esta la que mostraba la forma de enfrentar al mundo y satisfacer al dador de vida, era pues filosofía, Flor y Canto (in xóchitl, in cuicatl), la búsqueda de la verdad, de la raíz en esa vida regida por el 5°. Sol, el Sol del Movimiento.

Los toltecas fueron pues un pueblo firmemente sedentario en torno a la agricultura; la sabiduría tolteca influenció aún a los pueblos ante los que estos se sometieron como sucedió con aquellos venidos del norte algunos de los cuales procedían de las llamadas siete cuevas de un lugar llamado Chicomoztoc, diciéndose haber nacido por ello de la boca de los dioses. Estos fueron Chichimecas, de lengua Náhuatl impulsados por dioses guerreros como Tezcatlipoca (el espejo humeante), o bien Hutzilopochtli aquel que había de conducir a la comunidad hacia la tierra prometida.

Del mismo modo aparece Kukulklan el cual guió a la tierra Maya a los itzaes hacia la ciudad de Chichén Itza. Así sin el derramamiento de sangre la cultura

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tolteca había de vivir bajo el comando de pueblos chichimecas y sólo así por esta simbiosis cultural de pueblos decididos creció mesoamérica, se asentaron verdaderamente las ciudades.

Es en este momento cuando surge el conflicto y con él los enfrentamientos entre los jóvenes pueblos que habían ideado la forma de establecerse en un lugar en el mundo; tiempo después llegaron aquellos que dijeron procedían del Aztlan, la región blanca o de las garzas conocidos con el nombre de Aztecas o Mexicas, del cual nace un emperador llamado Tezcatlipoca, el cual sometió casi a todos los pueblos.

Una vez asentados los señoríos, los mexicas llegaron a ser sin duda alguna el pueblo más decidido de todos, y por ello los que más se afanaron en materia de sobrevivencia, venciendo todas las adversidades, perseguidos y arrojados de cuantas tierras pisaban, aún en la destinada por Huitzilopochtli pues tenían que pagar tributos, posteriormente se enfrentaron a los Tepanecas de Azcapotzalco, a los de Coyoacan y Xochimilco y a la gente de Cuitláhuac, e inició la alianza entre estos, Texcoco y Tacuba, teniendo estos aliados un rango inferior a los mexicas.

De este modo el pueblo mexica guerreó y ajustició imponiendo su orden imponiendo servidumbres a cuanto pueblo se contacto, extrayendo y concentrando riquezas y, como nunca, se le dio una especial importancia a la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

educación en los colegios especializados y de férrea disciplina que se establecieron para ello, siendo estos:

EL CALMECATL, dedicado a Quetzalcóatl, es decir, al arte y a la sabiduría donde se aprendía y se capacitaba para el desarrollo de actividades religiosas, artísticas y estatales como lo fueron los campos de la labor judicial; y

EL TELPOCHCALLI, dedicado a Tezcatlipoca, que preparaba a sus usuarios especialmente para la guerra.

De esta manera se asentó el derecho por la fuerza mexicana, difundiendo en todas partes las nuevas visiones del mundo, los nuevos deberes, los respetos debidos y se afianzó también la estratificación social con los PIPILTIN en el extremo superior, los preparados y formados en el Calmecatl, quienes más tarde fueron llamados nobles, "personas que los códices describen como sabias, de vida recta y digna, protectores y cuidadores de gentes rectos y buenos hábiles que de todo se ocupan"⁶. Estaban también los guerreros y sacerdotes así como el Toltecatl, el que siguió siendo el artista entre artistas, el Tlahcuilo o pintor, el Zuquíchiuhquí o alfarero, el Pochtecatl comerciante, el venderos, el que hace negocios, prestamos y contratos aquel que acumula riquezas y las multiplica, que es viajero y es caminante. Sin embargo, la verdadera riqueza estaba en la

⁶ Idem. Pág. 20

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

agricultura, el principal motivo de su asentamiento. Ahí se explotaban a los extremos inferiores de la estratificación social: los Aparceros, los Mayeques y los Macehuales, sobre todos los últimos cuya única riqueza fue su fuerza de trabajo; existiendo también lo que posteriormente con la conquista conoceríamos como esclavitud. El Tlatoani era aquel que gobernaba, que era obedecido y que llevaba a cuestas las cosas del pueblo el que daba la protección el honrado y afamado, el que convocaba y reunía a la gente y les daba protección bajo su sombra.

De acuerdo a ese orden de ideas el autor nos refiere que⁷ se asentó de este modo la civilización mexicana, se pintaron sus códices exhibiendo la conciencia que regiría y en base a ello se formó la MEXICAYOTL, que signaba al azteca mesiánico, el elegido para mantener viva la era del HOLLÍN TONATIUH, dando cumplimiento a lo pactado con el gran tlacatlocótl; y junto con la TOLTECAYOTL, vendría a sujetar a los pueblos mesoamericanos hasta la llegada de occidente; fue el orden más grande y poderoso jamás visto en estas tierras el que se había escenificado⁷.

Se ordenaron de este modo los quehaceres sociales, las funciones que los estratos desarrollarían, se reguló el comercio, las actividades de las tierras, las ceremonias para honrar a los dioses, las obligaciones de los padres y de los hijos, las actividades de la guerra, los tributos debidos, la asistencia en tiempos de

⁷ Idem Pág. 19.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

carestía y penuria, la vida privada las relaciones de pareja, y desde luego las sanciones a los desobedientes, limitando de este modo a los individuos, de las familias y de los grupos, se expropiaron por el Tlatoani al momento de dictarse leyes en todos esos órdenes sobre todo en aquellas que explicaban en su rubro la fuerza de los castigos, como fueron las veinte ordenanzas dadas por Netzahualcóyotl para su imposición en Tezcuco, estas leyes contenían las principales órdenes con relación al ramo civil y comercial.

Con algunas diferencias, el código titulado LIBRO DE ORO, muestra con mayor amplitud las leyes penales que principalmente rigieron en México — Tenochtitlan y las cuales a continuación se transcriben:

"El hijo del principal que era tahúr y vendía lo que su padre tenía, o vendía alguna suerte de tierra moría por ello secretamente ahogado, y si era macehual era esclavo.

Si alguno toma de los magueyes para hacer miel y son veinte, págalos con las mantas que los jueces dicen, y si no las tiene o es de más magueyes, es esclavo o esclavos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Quien pide algunas mantas fiadas o prestadas y
no las paga, es esclavo.

Si alguno hurta alguna red de pescar, págala con
mantas, y si no las tiene es esclavo.

Si alguna esclava pequeña que no es de edad
para hombre, alguno la toma, es esclavo el que
se echó con ella si muere; de otra manera paga
la cura.

Si llevó a vender su esclava a Azcapotzalco, y no
era la feria de los esclavos; y el que se la compró
le dio mantas, y él las registró y se contentó con
ellas, y si después se arrepiente vuelve las mantas.

Si alguno quedó pequeño y los parientes le
vendían, y se sabe después cuando es mayor,
sacan los jueces las mantas que les parecen para
dar al que lo compró y queda libre.

Si algún esclavo se vende y se huye y se vende a
otra persona, pareciendo se vuelve a su dueño y
pierde lo que dio por él.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si alguno se echa con esclava y muere estando preñada, es esclavo el que con ella se echo, y si pare, el parto es libre y llévalo al padre.

Si algunos vendieron algún niño por esclavo, y después se sabe, todos los que en ello entendieron son esclavos, y dellos dan uno al que lo compró y los otros los reparten entre la madre de quien era el niño que vendieron y entre el que los descubrió.

Los que dan bebedizos para que otro muera, mueren por ello a garrotazos; y si la nuestra era esclava, era esclava la que los daba.

Si hurtaban las mazorcas de maíz de veinte arriba, moría por ello; si menos, pagaba alguna cosa por ello.

El que hurtaba el yete (yetécámatl), que es una calabaza atada con unos cueros colocados por la cabeza con unas bolas de pluma al cabo, de que usan los señores y traen en ella polvos verdes

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que son tabacos, moría el que lo hurtaba, a garrotazos.

El que hurta algún chalchihuitl en cualquier parte era apedreado en el tianguis, porque ningún hombre bajo las podía tener.

El que en el tianguis hurtaba algo, los del tianguis le mataban a pedradas.

El (que) salteaba en el camino era apedreado públicamente.

Era ley que el papá que se emborrachaba, en la Casa do lo hallaban borracho lo mataban con unas porras; y el mozo por casar que se emborrachaba, era llevado a una casa que se llamaba telpuchcalli y allí le mataban con garrotos, y el principal que tenía aquel cargo si se emborrachaba, quitábanle el oficio, y si era valiente hombre le quitaban el título de valiente.

Si el padre pecaba con su hija, moría ahogado o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

con garrote, y era muy detestable entre ellos.

Si una mujer pecaba con otra, las mataban ahogándolas con garrote.

El papá que era hallado con una mujer, le mataban secretamente con un garrote, e lo quemaban, e

Derribábanle su casa, y tomábanle todo lo que tenía, y morían todos los encubridores que lo sabían y callaban.

No bastaba probanza para el adulterio si no los tomaban juntos, y la pena era que públicamente los apedreaban⁸.

Según el autor algunas de estas leyes no son auténticas por que se sacaron de un librito de los indios no auténtico, sin embargo, las que a continuación se transcriben si son auténticas. Los indígenas de la Nueva España tenían dividido el código en cuatro formas: La primera correspondía a los hechiceros y

⁸ Ídem, Págs. 27, 28, y 29.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

salteadores; La segunda, a la lujuria; La tercera correspondía a los ladrones y, la cuarta a las guerras. Por lo que de acuerdo con el tema que investigamos nos corresponde la transcripción y análisis de la segunda es decir de la lujuria.

CAPÍTULO DOS QUE TRATA DE LA LUJURIA.

"Ahorcaban al que se echaba con su madre por fuerza, y si ella era consentidora de ello, también la ahorcaban a ella, y era cosa muy detestable" ⁹.

Como podemos apreciar en esta ley encontramos que se reúnen dos delito los cuales conocemos actualmente como: El primero de ellos llamado violación, y el segundo, puede encuadrar en la corrupción de menores, o bien el incesto, según el caso del que se trate.

"Ahorcaban a los hermanos que se echaban con sus hermanas.

Ahorcaban al que se echaba con su entenada, y y por ella también, si se había consentido" ¹⁰.

⁹ Idem Pág., 30
¹⁰ Idem., Pág., 31

Estos delitos los podemos encuadrar actualmente en el delito de corrupción de menores. Si es que alguno de los dos hermanos, padrastro o bien la entenada de aquellos que nos refiere el primer código indígena la ley fuere púber o impúber.

"Tenía pena de muerte el que pecaba con su suegra.

Apedreaban a los que había cometido adulterio, a sus maridos juntamente con el que con ella había pecado.

A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido della acusaba, sino que había de haber testigos y confesión de los malhechores, y si estos malhechores eran príncipes, ahogábanlos en la cárcel"¹¹.

Analizando estas tres leyes podemos desprender el delito de adulterio el cual existía en aquellos tiempos como en la actualidad y con el mismo nombre, en la

¹¹ Idem., 31.

tercera ley, podemos notar que existían ya pruebas tales como el testimonio y la confesión de los adúlteros.

Tenia pena de muerte el que mataba a su mujer por sospecha o indicio, y aunque la tomase con otro, sino que los jueces lo habían de castigar.

En esta ley precolonial podemos notar que existía ya, limitantes a las conductas humanas en virtud de que no se permitía hacerse justicia por su propia mano. garantía de legalidad que encontramos inmersa en nuestra Constitución Política en la actualidad.

En algunas castigaban al que se echaba con su mujer, después de que le hubiese hecho traición.

En la ley anterior podemos entender que la pena más que jurídica se desprendía del sentimiento religioso, y moral de nuestros antepasados.

“Por la ley no tenía pena en que se echaba con la manceba de otro, excepto si habla ya mucho tiempo que el otro la tenía, y por haber mucho que estaban juntos eran entre sus vecinos tenidos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*por casados*¹².

En esta ley no encontramos relación alguna con algún delito contemplado en nuestro Código Penal para el Estado de México con la que lo podamos relacionar.

*"Ahorcaban al puto o somítico y al varón que tomaban en hábito de mujer"*¹³.

En la actualidad este tipo de delitos no existe codificado jurídicamente a diferencia del delito que comentamos líneas arriba, en el cual se juzgaba como un delito meramente religioso y moral en este caso sucede a la inversa, es decir que este tipo de desvíos sexuales son criticados desde un punto de vista social, religioso y moral, por lo que no es sancionado por la ley penal de vigencia actual en el Estado de México.

*"Mataban al Médico o hechicera que daba bebedizos para echar la criatura de mujer preñada, y asimismo a la que lo tal tomaba para este efecto"*¹⁴.

¹² Idem., Pág., 31.

¹³ Idem., Pág., 31.

¹⁴ Idem., Pág., 32.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En este caso nos encontramos claramente ante el delito de aborto procurado el cual se encuentra penalizado por nuestras normas, con pocas diferencias, siendo este una de las fracciones que comprende el delito actual en sí.

“Desterraban y tomaban los bienes y dábanle otros castigos recios, a los papas que tomaban con alguna mujer, y si había pecado contra natura, los quemaban vivos en algunas partes, y en otras los ahogaban o los mataban de otra manera”¹⁵.

Esta ley se divide en dos en el párrafo primero encontramos la violación a una norma de carácter administrativo que en la actualidad se sanciona sólo con el arresto o multa del infractor, pero que no es sancionada por las normas penales. Por otro lado el cometer pecado contra natura, nos indica que se trataba de penas impuestas a desviaciones sexuales, o bien a la depravación sexual.

Considerando lo anteriormente expuesto podemos demostrar que antes de esta codificación, no existía nada escrito que se asemeje a este cúmulo de leyes definidas toda vez que los primeros pueblos se dirigían siempre con el propósito de encontrar la sabiduría, y no de sancionar el delito como tal, por lo tanto, resulta

¹⁵ Ídem.. Pág., 32.

difícil determinar en que momento histórico se considera a la violación como un delito.

Al tratarse de establecer dentro de nuestra cultura prehispánica su desarrollo, encontramos que la mayoría lo entendía como un gran daño que se causaba a la mujer, por lo que la sanción debía también ser grave, por ejemplo, en el caso de los Náhuatl, se determinó que al violador de una mujer se le debía aplicar la pena de muerte; en el caso de los Tarascos, se le imponía la pena de rompérseles la boca hasta las orejas y luego lo mataban por medio del empalamiento.

Esta actitud respecto al delito de violación fue similar en la mayoría de las culturas pues se encontraban influenciadas mutuamente en muchos aspectos como anteriormente se ha mencionado, en virtud de la influencia del pueblo Tolteca, muy a pesar de las características propias de cada pueblo.

1.3 ÉPOCA DE LA COLONIA.

En la nueva España, la reglamentación jurídica fue básicamente europea, a pesar de que en 1566 se llevó a cabo la recopilación de las leyes de Indias, en lo jurídico reinaba la confusión y se aplicaba de igual forma el fuero real, las Ordenanzas Reales de Castilla que las partidas, los autos acordados o bien algunas ordenanzas eran dictadas por la Colonia.

Durante la dominación española en nuestro país, se aplicaron las leyes vigentes en España aún cuando existía la confusión anteriormente referida, así por ejemplo: "En fuero juzgo Lib. Tit. V, se castigaba al forzador si era hombre libre, con cien azotes y la entrega de él se hacía como esclavo a la mujer a quien había forzado, y si era siervo se le quemaba. Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio, y si contravenían la infracción quedaban ambos en calidad de siervos, con todos sus bienes, y la misma suerte corrían sus herederos más próximos"¹⁶.

En el caso de fuero viejo de Castilla, se encontraban tres leyes de las cuales dos de ellas se referían a la violación, castigando al ofensor con pena de muerte cuando se realizaban sobre mujer soltera.

Como vemos, en España se consideró como pena para este delito, la pena de muerte, hasta que se pronunció el Código de 1822, en el cual se sustituye esta pena por la de prisión.

Desde entonces el bien jurídico tutelado era la libertad sexual del sujeto pasivo.

¹⁶ González, Blanco, Alberto, DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, 3ª. Edición, Editorial: Porrúa, S.A., México., 1974, Pág., 86.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"De los delitos sexuales, el más grave es el de violación, pues claramente se advierte que el sujeto pasivo del delito sufre en su cuerpo el máximo ultraje que le impone el agente del delito, con el uso de la violencia física que lo constriñe y le impide hacer uso de su derecho de resistencia y libertad."¹⁷

1.4 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

En México se comienza a legislar sobre éste delito en el Código Penal de 1871, proyectado por el Licenciado Antonio Martínez de Castro, el cual dio a conocer la urgente necesidad de legislar en forma específica para nuestro país, pues aún seguían aplicando las leyes de la Colonia. De esta forma el delito de violación aparece en el Título V Libro III, bajo el título de delitos contra el orden de la familia, moral pública y las buenas costumbres.

El artículo 795 del referido Código prescribía: "Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin voluntas de ésta, sea cual fuere su sexo."; la penalidad era de siete años de prisión y multa de segunda clase, que consistía en el pago de una cantidad de dieciséis mil pesos, según los artículos 112 y 797.

¹⁷ De P. Moreno Antonio. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO PARTE ESPECIAL. TOMO II. Pág. 34., MÉXICO., Editorial Porrúa.

De acuerdo al artículo 112 se impondría esa multa siempre que la ofendida pasara de los catorce años, ya que si era menor de esa edad el término medio de la pena era de diez años.

En el mismo Título se prevén los siguientes delitos:

- I. Delitos contra el estado civil de las personas;
- II. Ultrajes a la moral pública o las buenas costumbres;
- III. Corrupción de menores;
- IV. Rapto;
- V. Adulterio;
- VI. Bigamia o matrimonios dobles y otros matrimonios iguales; y
- VII. Provocación a un delito y apología de éste o de algún vicio.

Cada uno de ellos contemplaba una conducta específica y por lo tanto los bienes jurídicos tutelados eran distintos.

En el Código Penal de 1929 también se regula el delito de violación, pero en Títulos separados:

- I. Delitos contra la moralidad pública, que contenía los siguientes tipos legales: ultrajes a la moral pública o a

las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste a algún vicio.

- II. Delitos contra la libertad sexual, cuyo contenido era: atentados al pudor, violación, raptó e incesto.
- III. Delitos contra la familia, que agrupaba a los delitos contra el estado civil de las personas, abandono del hogar; adulterio, bigamia y otros matrimonios iguales.

Esta clasificación se considera que no es la más adecuada ya que agrupaba bajo un mismo hecho a los delitos contra la libertad sexual; el estupro y el incesto no se adaptan a lo que es la libertad, si no más bien a lo que es la seguridad sexual; sin embargo, y a pesar de ello, esta clasificación es mucho más coherente que la anterior.

El código de 1929 hace una aportación con respecto al anterior Código al separar a los delitos contra la moralidad pública, de los delitos contra la libertad sexual y los delitos cometidos contra la familia a pesar de que su contenido es el mismo.

El Código de 1931, introduce los conceptos de acción civil y de restitución, reparación del daño o de indemnización, es decir, AU DEBETUR y el QUANTUM

DEBETUR. En el artículo 90 se determina la obligación de la reparación del daño, para obtener posteriormente el derecho a la condena condicional, lo que posibilita la acción por parte de la víctima o en su caso por parte del Ministerio Público.

En este Código los delitos se clasifican de la siguiente manera:

- I. Delitos contra la moralidad pública: ultrajes a la moral pública o las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.
- II. Delitos sexuales: atentados al pudor, estupro, violación, raptó, incesto y adulterio.
- III. Delitos contra el estado civil y bigamia.

Respecto a la forma en que se ha realizado esta clasificación existen algunas opiniones como la de Emilio Aparado Aspe, quien elogia que nuestra legislación haya separado los delitos sexuales y los delitos contra la moral pública, ya que aparecen en otras legislaciones unidos, como es el caso de Francia donde se encuentran juntos, en el Título de "Atentados contra las buenas costumbres"; o en Alemania que están determinados como "Crímenes y delitos contra la moralidad sexual"; o bien en España que los denominan "Delitos contra la honestidad", esto por supuesto por la gran influencia del Derecho Canónico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es así que al separarse en nuestra legislación estos delitos, también se distinguen entre los bienes jurídicos protegidos siendo en algunos casos la seguridad sexual y en otros la libertad sexual; en cambio, en otras legislaciones se tutela a la sociedad o al individuo.

La forma de clasificación de este delito varía enormemente en cada legislación, ya que encontramos que en otros países como Brasil y Uruguay los agrupan en los "Crimines contra la Voluntad"; Rusia los titula "Delitos de la esfera de las relaciones sexuales"; en Argentina, Honduras y España en "Delitos contra la honestidad"; en Bélgica en "Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública"; en los Estados Unidos de Norte América, en particular en Nueva York y California los distinguen como "Delitos contra la demencia y la moralidad pública"; en Chile como "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública"; en Colombia como "Delitos contra la libertad y el honor sexual"; en Cuba "Delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias"; en Guatemala en "Delitos contra la honestidad y el contagio venéreo"; en Nicaragua "Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública"; en Venezuela "Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias"; en Ecuador "Delitos sexuales" y en Perú "Delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.5 DELITO DE ABORTO.

El aborto provocado y su consecuencia ordinaria, han sufrido intensas transformaciones jurídicas en el transcurso del tiempo y en los distintos lugares, transformaciones que se han debido principalmente a las condiciones sociales, religiosas o jurídicas.

En una época, impunidad absoluta, después penalidad exagerada, posteriormente, atenuación de la sanción. En la época presente se ha desbordado una tendencia a declarar la impunidad de ciertos abortos efectuados con el consentimiento de la madre, principalmente en los primeros meses de la gestación.

La fluctuación del aborto no es nueva, el problema es tan viejo como el mundo mismo. Una de las más antiguas disposiciones sobre el aborto aparece con "el emperador Chino Sheng Chung (2737 - 2696, a.c.), quien escribió un tratado en el que se menciona la instrumental y técnica del aborto".

En el Código de Hamurabi, no se distingue entre derecho civil derecho penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan lo delitos. "En las penas aplicadas en cada delito se distingue si existe la intencionalidad, o no, cual es la categoría de la víctima y la del agresor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que la pena es mayor si existe dolo, y menor si es imprudencial; mayor si la víctima es un hombre libre, y menor si es un esclavo¹⁶.

Como podemos observar, este precedente nos sirve de marco para recordar que hace 3000 años a.c., viendo que en el mundo se alegaba una serie de razones para abortar, se promulgó en el Código de Hamurabi (1728 a.c.), severas medidas en contra del aborto, que iban desde penas económicas con monedas de plata, hasta la muerte, según los casos.

Los hindúes condenaban igualmente el aborto, sea provocado de manera directa por la madre, o se practique con el consentimiento de ella.

En la antigua India, por el Código de Manú, nos enteramos que, cuando una mujer de casta muy elevada quedaba embarazada por un hombre de casta inferior, el producto de la concepción debía morir, sea provocado el aborto o por el suicidio de la madre, castigándose severamente la infidelidad de la mujer, cometida contra su casta; la creencia justificadora de este tipo de aborto era eugenésica ("ciencia que estudia la mejora, desde un punto de vista biológico, de

¹⁶ Ob. Cit., F., Lara, CÓDIGO DE HAMURABI, Madrid, Editora, Nacional, 1982. Microsoft, Encarta., 2002. Microsoft., Corporation. Reservados todos los derechos.

los individuos de una especie vegetal o animal")¹⁹. Empero, todo esto constituía una ofensa para la mujer, ya que posteriormente recibía repudios por parte de la esfera social a la cual pertenecía.

"Los asirios y babilonios tenían para castigar el aborto, leyes que prevían penas económicas y en ocasiones pena de muerte cuando se presumía que el feto abortado estaba vivo, precisando que la pena se cumpliera "aún cuando el feto fuese femenino"²⁰. lo cual nos muestra con terrible evidencia dos cosas: primero, que aún se encontraban estos pueblos en atraso tal, al grado que se consideraba al sexo femenino como un ser inferior; segundo, que a pesar de considerar inferior a la mujer, daban mayor valor a la vida. En lo tocante a la muerte del feto, éste se pagaba con la vida de quienes provocaran el aborto.

Los antiguos egipcios mantenían también una actitud favorable al aborto, las antiguas leyes egipcias requerían que la estirpe real fuera conservada, por lo que el matrimonio con los plebeyos estaba prohibido, esta prohibición hizo populares los abortos, pues cada miembro de la dinastía reinante tenía su harén y cuando se producía la preñez de una concubina cuyo hijo pudiera un día reclamar el trono, se solucionaba el problema con un aborto. En la época de Diodoro de

¹⁹ Diccionario, Enciclopédico, EL PEQUEÑO LAROUSSE EN COLOR, Segunda Edición, Primera Impresión

²⁰ Serrano, Limón, Luis, Francisco, ABORTO LEGAL ¿CRISIS O SOLUCIÓN? Editorial Promesa. S. A. De C. V., México, Pág. 13.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sicilia existía una devoción mística por el que había de nacer; se consideraba la concepción como un misterio divino, a tal grado que si una mujer embarazada delinquía y era condenada a muerte, se suspendía la ejecución hasta que diera a luz.

"En Persia, la mujer embarazada no podía desprenderse del producto y el amante tenía la obligación de ampararla, hasta el nacimiento del hijo. El hecho de inducir la al aborto, era altamente penado tanto en la madre como en el padre, y en la persona que lo realizara"²¹.

Entre los hebreos encontramos la represión al aborto en las disposiciones de la LEY MOSAICA; Éxodo Capítulo XXI. El cual nos refiere que "Si hombres riñeren y alguno hiriere a alguna mujer preñada, y abortase, pero ella viviere: resarcirá el daño según lo que pidiere el marido de la mujer, y los árbitros juzgaren (22). Más si se siguiere la muerte, PAGARA ALMA POR ALMA (23) OJO POR OJO, DIENTE POR DIENTE, MANO POR MANO." encontrando claramente aplicada la famosa Ley de Talión"²².

En Esparta y Atenas, se suponía que los hijos eran propiedad del Estado, al grado de practicar una política eugenésica inspirada como se ha referido con

²¹ Gómez, E., Felipe, EL ABORTO, Escuela Libre de Derecho, México., 1969, Pág. 3
²² Agustín, Martínez, José, ABORTO ILÍCITO Y DERECHO AL ABORTO, s/c, Jesús Montero, Editor, La Habana, (Sic), 1942. Pág., 16.

anterioridad, en el principio de selección biológica, que autorizaba incluso el infanticidio. Les parecía más prudente proteger el embarazo y eliminar después a las criaturas que juzgaban indeseables.

En Grecia, hacen mención concretamente sobre el aborto: Sócrates, Platón y Aristóteles.

Estos tres filósofos se inclinan a favor de permitir el aborto; Sócrates, con el consentimiento de la madre; Platón, admite el uso de abortivos con consentimiento de la madre. Aristóteles en un principio, se mostró contrario a que el aborto fuera autorizado, pero en el libro séptimo de su obra señala que, "cuando es excesivo el número de ciudadanos puede autorizarse el aborto, antes de la animación del feto"²³. Con esto, las costumbres depravadas y el libertinaje que predominaba en Grecia, ocasionó que las prácticas abortivas se fueran perfeccionando de una manera tal, que ya no eran los medios sencillos tales como movimientos bruscos, golpes etc., sino que se introdujo el procedimiento de sustancias. En la época de oro, las mujeres no sólo lo recomendaban, sino que ellas mismas lo practicaban, si bien es cierto que cuando una práctica se hace de manera general, los médicos para realizarla la van perfeccionando cada vez más, hasta lograr su mejor desarrollo.

²³ Aristóteles, POLÍTICA NICOMAQUEA, 10ª., Edición, Editorial: Porrúa., S. A. México, 1982, Pág., 298.

Hipócrates el Padre de la Medicina, decía " nunca entregaré a una mujer un pesario abortivo" y en su juramento decía "Juro por Apolo Médico, por Higia y por todos los dioses y diosas a quienes tomo por testigos, que cumpliré con toda mi voluntad y según mis conocimientos, este juramento tal como está escrito, no daré a ninguna mujer remedio para hacerla abortar y conservaré mi vida pura y santa, lo mismo el arte que profeso". A pesar de este juramento, Hipócrates en su libro "Natura Puere", cuenta que una mujer encinta, le pidió consejo con el fin de abortar, diciéndole él mismo, que hiciera ejercicios violentos, consiguiendo así el fin que se había propuesto.

De Aristóteles e Hipócrates parte la distinción entre producto "animado" y el producto "inanimado", misma que adoptaron posteriormente los romanos y teólogos en el Derecho Canónico, la penetración del alma al cuerpo, base de la "animación", se efectuaba, según Aristóteles, a los cuarenta días en el macho y a los ochenta en la hembra. Por el contrario Hipócrates opinaba que la "animación" tiene lugar de los 30 a los 40 día en el macho, y cinco días después en la hembra.

Con relación a esta distinción el autor Eugenio Cuello Calón manifiesta lo siguiente: "tal diferencia resulta importante, toda vez que las maniobras abortivas practicadas con anterioridad a la "animación", no constituían delito alguno y por lo tanto no eran punibles; mientras que las maniobras realizadas con posterioridad a tal hecho, sí configuraban el delito de aborto y ameritaba la aplicación de la

sanción correspondiente. El decreto graciano y los decretales distinguen entre el feto animado y el no animado, aún cuando éstos no se ocupen especialmente del aborto provocado²⁴.

Platón, Protágoras y los estoicos, manifestaban "Que no existía tal animación intrauterina, sino que la vida del nuevo ser principiaba con el alumbramiento, es decir, simultáneamente con el nacimiento: no existió el delito de aborto, y consideraba al producto de la concepción como "pars viscerum matris"²⁵, Es decir, como cualquiera de los órganos o miembros de la mujer.

En Roma, según HOMMSEN, durante los primeros tiempos fue considerado el aborto provocado de un feto como grave inmoralidad; no obstante, ni e la época republicana ni en la primera parte del imperio fue calificada de delito dicha acción; en las Leyes Regias, era permitido al marido practicar el aborto de su mujer como una derivación del concepto patrimonial sobre los hijos; debido a esto, el aborto se consideró en casos excepcionales, como un crimen contra el Pater, dueño y señor de la vida.

²⁴ Cuello, Calión, Eugenio, CUESTIONES PENALES RELATIVAS AL ABORTO. Barcelona, 1931. Pág., 11.

²⁵ Pavón, Vasconcelos, Francisco, LECCIONES DE DERECHO PENAL, 3ª. Edición, Editorial: Porrúa, S. A., México, 1976, Pág., 320.

En esa época, las mujeres no tenían posición social alguna. Si el pater familias decidía que no estaba en condiciones de soportar la carga de otro hijo, llamaba a la partera y se practicaba el aborto. El pater podía matar, vender, o de cualquier otro modo eliminar a su esposa e hijos, estrictamente dentro de su derecho.

En tiempos de SEVERO Y ANTONIO CARACALLA, no se le sometía a sanción penal y entonces se hizo así de hecho, por modo extraordinario, aunque invocando para ello la Ley del Envenenamiento; la pena que se imponía era la de confiscación y destierro, salvo el caso en el que el aborto hubiera originado la muerte de la mujer, pues entonces se llegaba hasta la pena capital.

Se cuenta que la famosa cortesana Aspasia de Mileto no sólo practicaba el aborto, sino que también dejó un libro escrito sobre este tema. Olvidio, dice que su amante Corina se hacía abortar para impedir que se hicieran arrugas en su vientre, y mantener así la tersura de su piel.

“Debido a la amoralidad de las costumbres que se estaban presentando en los pueblos bárbaros, se establecieron sanciones por el uso de abortivos, por lo que obligaron a que se llevara a cabo una legislación relacionada al aborto, es en este momento precisamente cuando surge el “Digesto, en donde estableció preceptos condenando el aborto; se sancionaba con el destierro a la mujer

culpable de haberlo provocado; se fundaba esta disposición en la indignidad que suponía para el marido no tener descendencia, ya que la obligación de la mujer era la de dar hijos²⁶.

Con el cristianismo comenzó a verse el aborto como un verdadero delito en donde el Derecho Canónico, distinguió la muerte del feto vivificado con el alma, y la del feto en el que no residía ésta, para establecer la distinción, se decía que el embrión se animaba de seis a diez semanas después, 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.

La iglesia Católica consideró como un atentado a la ley divina; "el no mataras" era un principio que debía respetarse, ya que al efectuarse el aborto, era considerado como homicidio. Finalmente el Papa Paulo VI, en su Encíclica Humana Vitae (1968), consideraba también la práctica del aborto.

En Francia, se llegó al grado de castigar con la pena de muerte a las mujeres que ocultaban su embarazo.

²⁶ García, Marín, José, Ma., EL ABORTO CRIMINAL EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA DOCTRINA. (Pasado y precedente de una polémica), Editores de Derecho, Reunidas, S. A., Madrid., 1980 Pág., 244.

En España el Fuero Juzgo castigaba con muerte o ceguera a la madre que mataba a su hijo antes o después del nacimiento.

En resumen, puede decirse que ha sido tendencia de las legislaciones de todas las épocas, sancionar la muerte del producto de la concepción, como medio intimidatorio, más o menos eficaz, para coadyuvar a la conservación de la especie. En la actualidad, la mayoría de las legislaciones consideran punible el aborto, aún cuando, en algunos casos, se aplican penas benignas, especialmente tratándose del aborto procurado (auto – aborto), o del realizado por terceros con consentimiento de la mujer embarazada (aborto consentido).

1.6 É P O C A P R E H I S P Á N I C A .

Desde los tiempos más remotos, el aborto ha sido causa de polémica, sin embargo, los antiguos pueblos permitían que se llevara a cabo, sin que para estos se entendiera como un delito. En nuestra cultura prehispánica se establecía con la muerte del feto castigos extremos en virtud de que los integrantes de una comunidad se debían a la comunidad misma.

El aborto era considerado como un delito grave, en virtud del cual la sanción debería ser en igualdad de circunstancias, en el caso del pueblo Náhuatl, a la mujer que llevaba a cabo el aborto se le castigaba con la muerte, la misma

suerte corrían aquellos que lo provocaban o inducían. El pueblo Tarasco, imponía penas similares a las mujeres que recurrían al aborto.

El parecido en los castigos con relación al delito de aborto se semeja en virtud de la influencia Tolteca de un pueblo sobre otro, ya que como se analizó en temas anteriores esta cultura prevaleció aun cuando este pueblo fue sometido, por pueblos enemigos, teniendo importancia radical la cultura Azteca o Mexica en virtud de haber sido el último pueblo que se asienta, sin embargo, es el primer pueblo que emite una codificación tanto civil, como penal por lo que creemos necesaria la transcripción de las leyes que en consecuencia castigaban el delito de aborto, y las cuales contienen rasgos firmes de nuestra actual legislación.

"Los que dan bebedizos para que otro muera,
mueren por ello a garrotazos; y si la nuestra era
esclava, era esclava la que los daba"²⁷.

Esta ley nos refiere que existían técnicas naturales a base de plantas, por medio de las cuales se podía provocar la muerte de alguna persona, sin embargo no nos refiere que pudiera existir la posibilidad de que por medio de estos bebedizos se procurara un aborto, pero debido a la investigación básica para el

²⁷ Ob., Cit., "500 AÑOS DE RAZONES Y JUSTICIA, LAS MEMORIAS DE AJUSTICIAMIENTO".
Pág. 16.

desempeño de este análisis en temas venideros demostraremos que si existían dichas plantas aunque en la actualidad las ciencias médicas y químicas destacan lo ineficaz de las pócimas, situación que estudiaremos en temas adelante con más profundidad.

“Mataban al Médico o hechicera que daba bebedizos para echar la criatura de mujer preñada, y asimismo a la que lo tal tomaba para este efecto”²⁸.

Con relación a esta ley podemos entender que existían ya médicos o hechiceras, los cuales lograban proporcionar los medicamentos necesarios a la mujer a fin de poder interrumpir el embarazo no deseado, esta ley no nos indica como en la actualidad, que existiera alguna causa por la cual el delito de aborto no fuese punible, limitándose a tocarlo de una manera genérica.

Con relación al pueblo Azteca o Mexica podemos destacar que este delito fue severamente sancionado, que la pena fue privar de la vida a la mujer y a quienes colaboraran en la expulsión del producto, es necesario recordar que este pueblo fue bélico, y extremadamente religioso, aun cuando sucumbió a los embates de la conquista, esta cultura tenía siempre presente el respeto a la vida

²⁸ Ibidem.

de los demás y cuando era tomada se hacía siempre con el fin de brindar un tributo a los dioses, y por lo regular en las ceremonias en las cuales se levaba acabo sacrificios se privaba de la vida a las doncellas. "Por lo que las mujeres eran extremadamente cuidadas con el fin de poder garantizar el suministro de las mismas para los sacrificios, situación que presuponia un alto honor, pues no cualquiera podía tener el privilegio de que fuese su sangre la elegida para solicitar favor o agradecer a los dioses, recordando que la sociedad o comunidad se debía precisamente a la misma, por lo que se deseaba siempre lo mejor para el pueblo y no escatimaban recurso alguno para lograrlo"²⁹.

1.7 É P O C A D E L A C O L O N I A .

El autor Eusebio Ramos en su obra nos refiere que: "no se sabe a ciencia cierta si en la época precortesiana, practicaba el aborto en el Altiplano de la que hoy conocemos como República Mexicana, aunque las crónicas de esa época lo omiten, las prácticas se llevaban a cabo de igual forma que lo hacían las tribus californianas, tribus aposentadas en la Península de Baja California, en donde se sabe que las tribus de los Pericúes, Gaycuras, Cochimíes; entre otros que

²⁹ Ob., Cit, 500 años de razones y justicia las memorias de ajusticiamiento, Pág.,5.

habitaban estos inhóspitos lugares no profesaban un amor tierno hacia sus hijos, por lo que los hacían perecer por no poderlos alimentar³⁰.

Debemos recordar que durante la conquista por parte de España, las Leyes aplicables a la Nueva España descansaban precisamente en las normas vigentes del pueblo conquistador, el cual se encontraba plenamente identificado con la iglesia católica, por lo que el aborto fue seriamente sancionada hasta el grado de aplicar penas crueles tales como: El descuartizamiento de la mujer, por medio de cuatro caballos que tiraban de sus miembros al mismo tiempo, o bien el golpear el estomago de la mujer con látigos especiales con diversas tiras de cuero de las cuales pendían esferas con puntas de cobre, estas se remojaban en vinagre y se golpeaba en vientre de la mujer hasta que la carne quedaba totalmente molida, otro castigo fue aquel por medio del cual se abría a la mujer en canal en sus cinco sentidos y muchos más aplicados principalmente por la Santa Inquisición. La que juzgaba y aplicaba las penas sin diferenciar a mujeres casadas o solteras en caso de aborto las penas eran iguales.

La misma sanción era aplicada a aquellas comadronas o parteras que intervenían en el ilícito, sin embargo, con el fin de lograr influenciar aún mas en la población indígena se inició una serie de homicidios en masa en donde se

³⁰ Ramos, Eusebio. LA DESPENALIZACION DEL DELITO DE ABORTO, COMO DELITO SIN VÍCTIMA, Editorial SISTA S. A. de C. V. Pág. 92.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

culpaba a las comadronas y parteras de herejes y brujas, y la pena fue la de ser quemadas.

En el antiguo Derecho Español, según lo establecido en el fuero Juzgo, la sanción impuesta a los que mataban a sus hijos, antes o después del nacimiento, era la muerte o la ceguera, existiendo penas pecuniarias a los que administraban abortivos, y a las que los tomaban, así como a aquellos que hirieran o golpearan a las mujeres embarazadas.

El Libro VI, Título III la ley 7ª., establecía, "Que todas las mujeres siervas o libres que mataban a sus hijos una vez nacidos, antes de que sea nato, prender yerva por abortar, o en alguna manera lo afogare, el juez de la tierra luego que lo supiere condénela por muerte. Si no la quisiera matar mandarla cegar"³¹.

Según el Fuero de Baeza, la partera que hacía abortar a una mujer embarazada era condenada a ser quemada viva, en suma podemos afirmar que las sanciones que imponía el antiguo Derecho Español a las mujeres que se provocaban el aborto eran bárbaras y severas.

³¹ Ob., Cit., García, Marín, José, María, EL ABORTO CRIMINAL EN LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA., (Pasado y procedente de una Polémica), Pág., 158.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este tipo de reglamentaciones se encontraban inspiradas en el Derecho Canónico como son Las Leyes de Partidas en las cuales se hacía distinción entre el feto animado e inanimado, afirmando que se necesitaban cuarenta días para los varones y ochenta días para las hembras a fin de considerar que el feto estuviera animado, calificándose así la gravedad en relación a que el feto tuviera o no alma.

Existían pues normas jurídicas religiosas, que tutelaban el derecho del feto a gozar de la vida y la protección a la misma antes y después de nacidos, en consecuencia como efecto de una conquista provista de leyes se reglamento de igual manera en las tierras conquistadas, aun cuando estas manifestaciones jurídicas fueran aplicadas por medio de las armas.

Sin embargo, en lugares en donde fracasaron las armas, las expediciones, los experimentados capitanes, duros y experimentados marineros, fragatas y galeones. Pudo más la fe de Juan María Salvatierra, llamado con justicia "ensanchador de la Patria", "Padre de la Baja California", posteriormente el padre Juan de Ugarte continuó la obra del primero. Fue una conquista evangelizadora, éstos se dieron cuenta de algunas prácticas de los tribus, entre estas prácticas se encontraba el aborto. Al saber los misioneros de que se practicaba el aborto por que no podían alimentar a mas hijos, dispusieron que se aumentara la distribución del sustento diario, y se diese ración doble a las mujeres que tenían hijos. También eran muy frecuentes los abortos entre las mujeres primerizas, por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

creer que el primer hijo era débil y enfermizo. Esto lo realizaban sin esbozo alguno, pues el uso o el ejemplo llegan muchas veces a sofocar los sentimientos de la naturaleza, al desconocer religión alguna los abortos se practicaban por tradición sin que con el tiempo llegara a punirse, para evitar procrear a un individuo "débil o enfermizo", el cual no sería lo suficientemente fuerte para adaptarse a su hostil hábitat.

1.8 É P O C A C O N T E M P O R Á N E A .

Es fácil comprobar que en los países capitalistas, y aun más en los países que padecen o padecieron alguna dictadura militar, como es el caso de España, la ley es particularmente represiva en el caso de aborto y especialmente cruel con las mujeres pobres, sean estas obreras o sub - empleadas. Es muy raro encontrar a la mujer de un alto ejecutivo o de un alto funcionario en el dilema de practicarse un aborto, sin embargo, ellas también quedan embarazadas y abortan. La diferencia radica en que ellas abortan en condiciones optimas: toman un avión a Suiza o Inglaterra o bien en clínicas de lujo en los E. U. A., mientras que las mujeres pobres siguen recurriendo a las infusiones, agujas de tejer o inyecciones de vinagre caliente, por lo que notamos que el capitalismo sigue el mercado ideal para el aborto hecho que queda el lema que reza como una maldición bíblica: la aguja de punto para las mujeres pobres y las clínicas de lujo para las mujeres ricas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.9 LEGISLACIÓN MEXICANA.

1.9.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

En 1871 nuestra ley mexicana, era la única en el mundo que proporcionaba una definición de aborto, dentro de un ordenamiento legal, es decir dentro del Código Penal, por lo que analizaremos algunos de estos artículos los cuales a la letra dicen:

*Artículo 569 del Código Penal.- Llamase aborto en Derecho Penal: a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial, pero se castiga con las mismas penas que el aborto³².

Desde luego podemos decir que un parto prematuro quedaba comprendido bajo el nombre de aborto y sujeto a las mismas penas, por que siempre hay peligro de que perezca la madre, el hijo o ambos.

³² Artículo 570 y subsecuentes del Código Penal de 1871., Editorial: Porrúa, S. A., México, 1872.

"Artículo 570.- Sólo se tendrá como necesario un aborto, cuando de no efectuarse, corra la mujer embarazada peligro de morirse a juicio del médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

"Artículo 575.- El aborto sólo se castigará cuando se haya consumado".

Es decir, cuando la propia mujer o un tercero empleare los medios necesarios para provocarlo, pero por causas ajenas al sujeto, no se realizara, los actos propios de éste no se castigarán, ya que no se puede determinar delito alguno en virtud de la propia interpretación del ordenamiento.

Se declaraban como abortos impunes los efectuados por necesidad y el causado sólo por imprudencia de la mujer. La causa se penaba en forma atenuada, mientras que el realizado por terceros no se distinguía si éstos obraban o no con consentimiento de la madre.

1.9.2 CÓDIGO PENAL DE 1929.

Esta antigua definición se conservó, agregándole un nuevo elemento eminentemente subjetivo, consistente en que la extracción o expulsión de hiciera "con objeto de interrumpir la vida del producto".

Para quedar de la siguiente manera: "Llámesse aborto en Derecho Penal, a la extracción o su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con el objeto de interrumpir la vida del producto.

Se considerará siempre que tuvo ese objeto el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo".

El aborto no era punible ni en grado de tentativa, ni cuando se debía a imprudencia de la mujer.

En el ordenamiento jurídico de 1929, no se señalaba sanción alguna para las mujeres que abortaban. "Probablemente los legisladores quisieron conseguir con este sistema que las mujeres denunciaran a sus coautores, o bien, a causa de la nueva teoría, consideran que el aborto consentido por la madre no es delito. No obstante es de dudar que éstos hayan sido los objetivos, por que conforme la juiciosa información crítica de CARLOS FRANCO SODI, más bien se trata de uno de los frecuentes olvidos de la Comisión Redactora, ya que en el artículo 103 se declaraba no sancionable el aborto causado sólo por imprudencia de la embarazada; esta regla, redactada en forma de excepción, hacía esperar la pena

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para la mujer en las demás cosas. Además, si el aborto consentido no es punible para la mujer resultaría injusto reprimir a los partícipes de un delito inexistente"³³.

El código penal regla por primera vez de manera jurídica los delitos cometidos por médicos, cirujanos, comadronas y parteras.

Artículo 831.- Cuando se trate de practicar una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque a la integridad de una función vital, los cirujanos están obligados a recabar la autorización del paciente, o si ésta no puede darla, la de sus parientes, o bien en caso contrario, las de las personas a cuyo cuidado se encuentre".

1.9.3 LEGISLACIÓN VIGENTE.

El código de 1931 señala en su artículo 329 que: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Como puede verse, aquí no se define el delito de aborto por la maniobra abortiva como expulsión del producto, sino por la consecuencia de ello, que es la

³³ González, de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO, 19ª. Edición., Editorial Porrúa. S. A. México, 1983. Pág. 129.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

muerte del concebido, es necesario aclarar que las legislaciones estudiadas hasta el momento pertenecen al Distrito Federal.

Las definiciones legales que el Código Penal del Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia Federal, no refiere como aborto la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, dentro de la misma penalidad y con los mismos atenuantes, agravantes y excluyentes que se mencionan en los preceptos del 330 al 334.

"Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio de emplearse, siempre que lo hagan con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán de seis a ocho años de prisión"³⁴.

En la cita anterior se manifiestan los abortos consentidos y sufridos. El consentido es aquel que se consigue por la interrupción violenta e ilegítimo del proceso fisiológico en la gravidez, con suspensión del embarazo por la muerte del feto, pero con la particularidad de que la mujer es "participe" ya que faculta a un tercero para que practique en ella maniobras abortivas". El sufrido es el producido

³⁴ CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial, SISTA, S. A. De C. V. Edición: 2000., Artículo, 330 y subsecuentes. México D. F. 1989.

por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada o aún en contra de su consentimiento.

"Artículo 331.- Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrona o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión".

Este artículo nos señala una penalidad adicional, para el médico o persona que abusando de sus conocimientos técnicos o empíricos realizara un aborto con o sin el consentimiento de la mujer.

"Artículo 332.- Se impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

1. Que no tenga mala fama;
2. Que haya logrado ocultar su embarazo;
3. Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

El artículo anterior desprende de su primera parte, que el aborto se realiza con la voluntad y la conciencia de la madre; por lo que se trata de un delito doloso y no imprudencial o culposo. En virtud de que ella es el sujeto activo del delito, es decir, que la mujer por sí misma realiza en su cuerpo, las maniobras abortivas o

se administra los medios que causan el aborto y con ello lo ejecuta con voluntad y conciencia de abortar, este es el aborto procurado o propio, llamado también auto aborto”.

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

En este artículo el legislador declara categóricamente impunes el aborto imprudencial y el originado por la violación a una mujer. Algunos autores manifiestan que es por motivos sentimentales y que no requiere de mayor explicación, por que la mujer tiene en su favor una excluyente de culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

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

En este artículo nos encontramos con que el delito de aborto no es punible en virtud de que corre peligro la madre, por lo que el legislador faculta a ambos para poder llevar a cabo la tan protegida vida del feto, sin embargo, podemos

percatarnos que no existe definida la calidad del servidor público que debe de otorgar el consentimiento para que se lleve a cabo.

1.9.4 LEGISLACIÓN PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Ahora bien las definiciones legales que engloba el Código Penal del Estado de México, de 1998 señala en su artículo 257 que: "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 sin consentimiento de la mujer³⁵.

Nótese que este artículo no define el delito de aborto por la forma como este se lleve a cabo y provoque la muerte del producto, y penaliza únicamente al tercero que lo lleva a cabo con o sin consentimiento de la mujer embarazada.

³⁵ CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, Editorial, SISTA S.A. De C.V. Marzo 1998, Págs. 61 y 62, artículo. 257 y Subsecuentes.

"Artículo 258.- Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrona o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años de ejercicio de su profesión".

Nótese la semejanza de este artículo con el artículo 331 del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que este ordenamiento tiene un rezago de casi cien años, y de nueva cuenta nos indica sólo la penalidad adicional.

"Artículo 259.- Se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que diere muerte al producto de su propia concepción o consintiere que otro se la diere.

Se impondrá de dos meses a dos años de prisión, si hubiere dado muerte al producto para ocultar se deshonra".

Este artículo difiere del artículo 332 de para el Distrito Federal en virtud de no toma en cuenta las tres circunstancia moralistas de las que estaba previsto, sin embargo, habla de deshonra para la mujer y nuevamente hace la distinción en su primera parte de la voluntad y conciencia de la madre, por ende nos encontramos ante un delito doloso. Siendo de nueva cuenta la mujer el sujeto activo del delito, estando frente al aborto procurado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"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; 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".

En este artículo el legislador al igual que en el Artículo 334 para el Distrito Federal declara categóricamente impunes el aborto Imprudencial y el originado por la violación a una mujer, sin cambios esenciales entre estos artículos, el cambio sólo radica en la unión de los artículos a fin de condensar en uno solo los excluyentes de culpabilidad de la madre y los terceros que la asistan a llevar a cabo el aborto, y de nueva cuenta enfatizamos que no existe determinada la calidad del servidor público que debe de dar el consentimiento para llevar a cabo el aborto, motivo y propuesta fundamental de este trabajo.

El Código Penal para el Estado de México del año 2000, deroga al anterior en algunos de sus artículos, no siendo este el caso en el delito de aborto, sin embargo existe una modificación importante, en el sentido de que el feto

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manifieste alteraciones genéticas o congénitas, por lo que a continuación analizaremos este articulado.

"Artículo 248.- Al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino, se le impondrá:

- I. De tres a ocho años de prisión y de cincuenta a cuatrocientos días de multa, si se obra sin consentimiento de la mujer embarazada.
- II. De uno a cinco años de prisión y de treinta a doscientos días de multa, si se obra con el consentimiento de la mujer; y
- III. De tres a ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa si se emplea violencia física o moral".

Al igual que el artículo 257 del Código Penal para el Estado de México, de 1998, este artículo tampoco define el delito de aborto por la forma como este se lleve a cabo y provoque la muerte del producto, y penaliza únicamente al tercero que lo lleva a cabo con o sin consentimiento de la mujer embarazada, y la única diferencia se encuentra en la palabra impondrá la cual cambia de lugar, pero en si este artículo no aporta ninguna modificación importante referente a este delito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Artículo 249.- Si el aborto lo causare un médico cirujano o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de tres a seis años en el ejercicio de su profesión, en caso de reincidencia la suspensión será de veinte años*.

La diferencia entre este artículo y el 258 de 1999, radica en que las penas aumentan considerablemente e inclusive penaliza la reincidencia, por parte del profesionista que lo lleve a cabo, con lo que podemos interpretar que el delito de aborto clandestino va en aumento considerablemente, y que día a día existen más personas que se prestan para llevar a cabo tal situación.

*Artículo 250.- A la mujer que diere muerte al producto de su propia concepción o consintiere en que otro se la diere, se le impondrán de uno a tres años de prisión.

Si lo hiciere para ocultar su deshonra, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión*.

Este artículo al igual que el 259 de 1999, habla de deshonra para la mujer y nuevamente hace la distinción en su primera parte de la voluntad y conciencia de la madre, por lo que de se reitera que nos encontramos ante un delito doloso. Siendo de nueva cuenta la mujer el sujeto activo del delito, estando frente al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aborto procurado, la diferencia con otros artículos es el aumento de la pena, sin embargo, considero necesario que el legislador revisara la palabra deshonra, en virtud de ser una palabra con un sentido de subjetividad muy profundo, y que viniendo de parte de un legislador esta completamente fuera de contexto, de tal suerte que las normas legales no pueden coexistir con tanta profundidad con normas moralistas o éticas aún cuando estas últimas se encuentren íntimamente ligadas con las normas jurídicas.

"Artículo 251.- 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;
- III. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; y
- VI. Cuando a juicio de dos médicos exista prueba suficiente para diagnosticar que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

trastornos físicos o mentales graves, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de la madre"³⁶.

Este artículo de nueva cuenta enmarca la impunidad del aborto imprudencial y por violación, excluyendo de responsabilidad a la madre y aquellos que intervengan en el aborto, encontrando una cuarta fracción en la cual se toma en consideración la posibilidad de poder llevar a cabo el aborto en caso de alguna alteración genética o congénita, sin embargo al igual que en la fracción II, no nos refieren las características especiales del médico que deba practicar el aborto más aún tampoco nos indica que autoridad es la que esta facultada para poder llevarlo a cabo, siendo este último punto el que destacaremos en este estudio.

Para el mes de enero del año 2001, de nueva cuenta el Código para el Estado de México cambia, sin embargo, en lo referente al delito de aborto no sufre ninguna alteración quedando igual que el del año 2000 en todas y cada una de sus partes, por lo que no consideramos necesaria su transcripción, y determinando para este código el mismo análisis que el que llevamos a cabo en el articulado del Código Penal del año 2000.

Una vez estudiados los antecedentes de el delito de violación y aborto, así como el análisis de los diferentes códigos que penalizan el delito de aborto y

³⁶ CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, Ediciones, Guillén, 2000. México, D. F. Págs. 98, 99.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

violación, en nuestro siguiente capítulo entraremos al estudio dogmático de cada uno de ellos, con el fin de interpretar con mas profundidad todas sus características jurídicas, analizando los supuestos jurídicos en los que se encuadran categóricamente para facilitar su comprensión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO SEGUNDO.

2.1 CUERPO DEL DELITO.

El "cuerpo del delito", es un concepto fundamental en el procedimiento Penal Mexicano. La legislación, jurisprudencia y doctrina, mexicanas culminaron con una formula precisa y clara con relación a lo que es el cuerpo del delito el cual se enuncia como el conjunto de elementos contenidos en la descripción del delito (tipo penal). Involucrando a todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Superando de este modo en bien de la razón y de la justicia al antiguo concepto que sólo consideraba a los elementos objetivos, siendo cierto que estos no agotan la descripción típica ni bastan para sostener que existe un delito, en virtud de que el tipo necesita además datos o elementos de diverso carácter.

2.2 REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.

En 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales con el propósito entre otros de relevar el concepto de cuerpo del delito por el concepto de elementos del tipo penal. Este reemplazo fue a todas luces innecesario para después resultar perturbador. Esta reforma se sostuvo en diferentes consideraciones doctrinarias respetables pero impertinentes sólo con el fin de imponer una justificación. Posterior a esto el Constituyente permanente juzgó necesario retornar a la antigua figura de cuerpo del delito.

El proceso de rectificación ha sido largo y complicado comienza con una iniciativa de ley de fecha 9 de diciembre de 1997, en cuya exposición de motivos se reconoce el error cometido en 1993, proponiendo reelaborar la alusión a los elementos del tipo penal, reduciéndola a los elementos objetivos del tipo, como podemos ver esta reducción a su vez limitaba considerablemente los derechos de los individuos, disminuyendo considerablemente las garantías Constitucionales generando riesgos evidentes para la seguridad jurídica y la justicia.

Tras la reflexión de varios meses el Senado de la República planteó la reincorporación del concepto cuerpo del delito, señalando que por dicho cuerpo debe entenderse los elementos objetivos del tipo, así mismo, recomendó al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legislador secundario admitir este alcance y para que a su vez lo planteara en la legislación secundaria respectiva.

Consideramos necesario aclarar que la legislación vigente antes de la reforma Constitucional de 1993, de ninguna manera restringía la integración del cuerpo del delito a los elementos objetivos del tipo penal. Ejercitar la acción o resolver la aprehensión tomando en cuenta sólo los elementos objetivos, en el caso de una figura que requiere elementos de otra naturaleza (normativos y/o subjetivos), equivale a poner en movimiento la persecución penal por un hecho que no corresponde al delito descrito en la ley cuya expresión constituye al mismo tiempo el límite para la acción punitiva del poder público, y con ello un rasgo determinante del Estado de Derecho. De ser así, se perdería el principio de legalidad que se consagra en el régimen penal moderno dentro de una sociedad democrática.

2.3 EL NO A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL SENADO.

Dentro de este proceso de reformas el Senado rechaza la propuesta a la modificación del artículo 20 Constitucional, que pretendía instaurar el juicio penal en ausencia, en virtud de que dicho proceso se convertiría en un acto de dos personas y no de tres, es decir, como es inherente al sistema acusatorio:

Ministerio Público y el Juez, con la total exclusión del inculpaado, sustraído de la acción de la justicia y del defensor el cual no puede intervenir eficazmente en actos de defensa mientras se encuentre ausente el inculpaado.

Tomando en cuenta la fecha de la nueva reforma Constitucional la cual se halla en curso al momento de entregar a la imprenta el material para la octava edición, así como los procedimientos penales iniciados y desarrollados según los artículos 16 y 19 Constitucionales, de acuerdo con la reforma de 1993, los autores optaron por conservar tanto la doctrina como la jurisprudencia así mismo, los esqueletos o formulas correspondientes a ambas etapas de nuestro desarrollo jurídico.

2.4 CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Con relación al concepto del delito de violación, distintas opiniones influyen en la doctrina y en el Derecho Comparado respecto a la consideración de este delito.

En España consideran únicamente como sujeto pasivo a la mujer, sin tomar en cuenta que también el hombre puede ser víctima de este delito; estableciendo que es la violencia que se ejerce sobre una mujer para abusar de ella en contra de su voluntad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuello Calón, por ejemplo, opina que "es el ayuntamiento con una mujer, haciendo uso de la fuerza física o de la intimidación con una mujer privada de razón o de sentido, o con una mujer menor de doce años cuando el acto es realizado con su consentimiento"³⁷.

Mazguer da una definición en la cual no se incluye al hombre como sujeto pasivo, pero además establece "que esta conjunción carnal debe de ser en forma extra - matrimonial para que se pueda configurar el delito, pues de otra manera, en el caso de la conjunción carnal violenta entre cónyuges la acción se atípica"³⁸.

De acuerdo a la definición legal del Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, violación es "la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad, tomando como violencia la fuerza que se usa contra la mujer para obligarla a hacer lo que no quiere (la cópula), a través de medios que no pueda resistir (violencia física o violencia moral)"³⁹.

³⁷ Cuello, Calón, Eugenio, DERECHO PENAL 14ª. Edición, Barcelona 1964., Dos Volúmenes, Pág. 114.

³⁸ Mezger, Edmundo, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Ed., Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1985, Pág. 153.

³⁹ Escriche, Don, Joaquín. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Editorial e Impresora Norbajacalifornia, México, 1974. Pág., 324.

Sin embargo, a pesar de las diferencias existentes entre las definiciones, a que se ha hecho referencia, existen elementos en común como lo son: la existencia de la cópula, la violencia (Física o moral), y el sujeto pasivo.

Cabe aclarar que nuestra legislación ha adicionado el concepto anterior tipificando una conducta en la cópula no aparece como elemento primario y al establecer que se sancionará a quien "introduzca por vía vaginal, anal u oral cualquier elemento o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido", contempla la posibilidad de que se tipifique la violación sin la presencia del elemento cópula, el cual es la característica fundamental del delito de violación en todas las legislaciones.

Porte Petit, afirma que "por violación propia debemos entender la cópula realizada con persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva"⁴⁰.

En nuestra legislación más que en otras se tiene una visión más amplia de lo que debe considerarse como delito de violación, respecto al sujeto pasivo, ya que considera que tanto el hombre como la mujer pueden ser víctimas de este delito.

⁴⁰ Candaudap, Porte, Petit, Celestino, DOGMÁTICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL, Editorial: Pomúa, S. A., México 1982, Pág., 130.

En los diferentes Estados de la República Mexicana varían los términos de la sanción, como es el caso de Baja California donde se establece en el título "Delitos contra la libertad y la seguridad sexual", en el "artículo 221 que se aplicará prisión de dos a ocho años al que por violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo. Si la persona ofendida fuere impúber será de tres a nueve años de prisión." La legislación de Guanajuato en el Título "Delitos contra la libertad sexual", en el artículo 249, establece que "se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de mil a cien mil pesos, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo; si la persona ofendida fuere impúber, la prisión sería de cuatro a ocho años".

De lo expuesto anteriormente encontramos que los elementos típicos del delito son los mismos, sin embargo, la diferencia estriba únicamente en la sanción, la cual es más o menos agravada, según la legislación del estado de que se trate.

2.5 TEXTO DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

"Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, se le impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días de multa".

Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días de multa.

Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no*.

Del texto anterior se plantean diferentes hipótesis, las cuales enumeramos de la siguiente forma:

- a) Emplear la violencia física para realizar la cópula con persona de sexo indistinto;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- b) Emplear la violencia moral para realizar la cópula con persona de sexo indistinto;
- c) Al que por medio de la violencia física introduzca por vía vaginal, anal u oral cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril a persona de sexo indistinto;
- d) Al que por medio de la violencia moral introduzca por vía vaginal, anal u oral cualquier elemento o instrumento, distinto del miembro viril a persona de sexo indistinto.

Una vez hecho este desglose de elementos esenciales del delito de violación consideramos a bien tomar en cuenta la calidad del sujeto pasivo en este delito, y avocamos únicamente a las hipótesis en las cuales la mujer es el sujeto pasivo del delito en comento, en virtud de ser este sexo el que mayor índice de ilícitos de violación se dan, a fin de poder iniciar el estudio dogmático de este delito.

2.6 CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

2.6.1 CONDUCTA.

Uno de los elementos indispensables para llevar a cabo este análisis es la conducta, la cual tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran en el hecho, acción, acto etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta, esta es el primer elemento básico del delito. En relación a este elemento diversos doctrinarios nos refieren que:

Para Eduardo López Betancourt, la conducta se define como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito"⁴¹.

Enrique Bacigalupo, determina a la conducta como: "la acción integrada por un mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento (conducta), humano para el derecho penal"⁴².

⁴¹ López, Betancourt, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Tercera, Edición, Editorial, Porrúa, S. A. Méx., 1996 Pág., 73.

⁴² Bacigalupo, Enrique, LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO, Editorial Hamurabi, S. R. L., Octubre, 1999., Buenos Aires Argentina Pág. 94.

Para Pavón Vasconcelos, la conducta se define como "como aquella que consiste en el peculiar comportamiento de un hombre, que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria"⁴³.

Para nosotros específicamente en el delito de violación: "Es aquella por medio de la cual el sujeto activo del delito despliega la conducta de acción y de consumación instantánea verificada en un momento, es decir, un comportamiento positivo, consistente en imponer la cópula al sujeto pasivo, entendiéndose como cópula cualquier forma de ayuntamiento carnal, normal o anormal, que haya penetración del miembro viril o de cualquier otro objeto, aun cuando no haya cópula".

2.6.2 SUJETO ACTIVO.

Con relación a este elemento podemos decir que es todo aquel que despliega una conducta, sin embargo, el nacimiento para un ilícito se puede determinar por una omisión es decir por un "no hacer", atento a la naturaleza del delito que estudiamos podemos afirmar que el delito de violación no puede ser perpetuado por el sujeto activo por medio de un no hacer, por ende siempre

⁴³ Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, (Parte General), Editorial Porrúa S. A. 1995., Pág. 200.

desplegará una conducta de acción y no de omisión. Respecto a este punto algunos doctrinarios opinan que:

Amuchategui Requena, nos dice con relación al sujeto activo en el delito de violación que: "Conforme a la descripción legal, en el delito de violación puede ser sujeto activo cualquier persona física, sea hombre o mujer"⁴⁴.

Para Díaz de León, Sujeto activo Unisubjetivo. "Puede serlo cualquier persona con posición jerárquica superior en relación con la de la víctima, incluyendo a los sujetos cualificados con la calidad de servidores públicos"⁴⁵.

Consideramos acertadas ambas manifestaciones por parte de los autores referidos, sin embargo, debemos de considerar que este delito se puede llevar a cabo por medios diferentes a la penetración del miembro sexual masculino, en nuestro Código Penal para el Estado de México, en su artículo 273 párrafo tercero se sanciona el delito de violación equiparando al miembro viril masculino con cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento que se introduzca por vía anal o vaginal utilizando la violencia física o moral.

⁴⁴ Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Colección textos jurídicos universitarios, Editorial: HARLA, México, 1998, Pág., 299.

⁴⁵ Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Editorial: Porrúa, S. A., México, 2000. Cuarta Edición, Pág., 476.

Por lo que tomando en consideración lo anteriormente expuesto por los autores que nos anteceden no estamos de acuerdo en su totalidad con sus definiciones en virtud de que como se ha manifestado no contemplan dentro de ellas la violación por equiparación. Así mismo podemos determinar que tampoco contemplan la violación fraudulenta, la cual consiste en la suplantación de persona, en donde el activo suplanta al pasivo o se aprovecha de su error, dentro de este diverso tipo de violación nos percatamos de que el elemento violencia física o moral no existe, sin embargo se da la cópula".

2.6.3 SUJETO PASIVO.

Con relación al sujeto pasivo, diremos que la persona es el titular de la mayor parte de bienes jurídicos tutelados, ya que el derecho penal lo protege a lo largo de toda su vida, es más desde antes de nacer impidiendo el aborto, por lo que se ha distinguido entre el sujeto pasivo del delito, y el sujeto pasivo de la conducta. Para poder determinar en sí lo que es un sujeto pasivo diferentes autores nos dan su punto de vista por lo que:

Para Eduardo López Betancourt, el sujeto pasivo de la perpetración de un delito es "quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los

actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro"⁴⁶.

Para Irma G. Amuchategui Requena, "puede ser cualquier persona sin importar el sexo, la edad ni las características de la persona"⁴⁷.

Pavón Vasconcelos, nos refiere que: "Por tal se conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito"⁴⁸.

Para nosotros en el caso del delito de violación, el sujeto pasivo, " es aquella persona agraviada, que es la titular del bien jurídico tutelado por la norma penal que en este caso lo es la libertad sexual".

2.6.4 OBJETO MATERIAL.

Ahora bien con relación a lo que conocemos como objeto material, la doctrina ha distinguido a este del objeto jurídico, este último se encuentra tutelado por la ley penal mediante amenazas de sanción; puede decirse que no existe delito sin objeto jurídico por constituir este su esencia.

⁴⁶ Ob., Cit. Págs. López, Betancourt, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Pág., 52, 53.

⁴⁷ Ob., Cit. Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 299.

⁴⁸ Ob. Cit. Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO Pág. 186.

Con relación al objeto material Pavón Vasconcelos señala que " el objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva"⁴⁹.

Para Amuchategui Requena, el objeto material "es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito. Así pueden ser los sujetos pasivos, las cosas inanimadas o bien los animales mismos"⁵⁰.

Para Rafael de Pina, la cosa que puede ser el objeto material se define como "la realidad corpórea e incorpórea, susceptible de ser materia considerada como un bien jurídico"⁵¹.

Para nosotros el objeto material, en el delito de violación "es la persona de la agraviada, a quien se le impuso la cópula a través de la violencia física o moral de acuerdo al caso concreto".

⁴⁹ Ob. Cit., Pavón Vasconcelos Francisco, MANUAL DE DERECHO MEXICANO (Parte General), Pág. 189.

⁵⁰ Ob., Cit., Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL DE DERECHO, PENAL MEXICANO, Pág.,57.

⁵¹ De, Pina, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa S. A. México 1970, Pág. 119.

2.6.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos, los cuales van encaminados al motivo y al fin de la conducta descrita, estos momentos subjetivos intervienen necesariamente para obtener la relación entre lo ilícito y lo lícito, atento a lo anterior en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón al propósito del agente, diferentes autores con relación a estos elementos subjetivos opinan que:

Para Jiménez de Asúa, "tales elementos exceden del mero marco de referencia típica pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste lo requiere"⁵²

Sigue diciendo el autor que: "Los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad. En los casos en los que esos elementos subjetivos del tipo no figuren expresamente en el a veces aunque se hable taxativamente descritos, se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia...."⁵³

⁵² Jiménez, de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Editorial Losada, Buenos Aires 1951., Págs., 716, 717.

⁵³ Ibidem. Pág. 718.

Para Ricardo C. Núñez, "....."los elementos subjetivos del tipo son parte de la acción, pues a ella están referidos en la descripción legal"⁵⁴.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, ".....los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad, considerando a estos no como elementos subjetivos, sino como simples referencias"⁵⁵.

Nosotros estamos de acuerdo con el autor Ricardo C. Núñez, toda vez que es cierto que estos elementos deben de estar vinculados al hacer, es decir a la conducta, en donde los elementos subjetivos aparecen aún cuando la norma no los manifieste como tales, por ejemplo en el delito de violación de una menor de edad delito previsto y sancionado por la ley penal en su artículo 273 párrafo tercero el cual a la letra dice:

"Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días de multa.

⁵⁴ Núñez, Ricardo, C., DERECHO PENAL ARGENTINO, Editorial: Pacífico., Buenos Aires Argentina 1959., Pág. 128.
⁵⁵ Ob., Cit., Pavón, Vasconcelos, Francisco, . MANUAL DE DERECHO MEXICANO (Parte General), 306.

Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiere resistir, o **cuando la víctima fuere menor de catorce años**⁵⁶.

El artículo en comento en su último párrafo, nos indica la calidad del sujeto pasivo, es decir menor de catorce años de edad, sin embargo en la práctica tenemos el siguiente ejemplo real vivido dentro de los tribunales en el Estado de México.

Sujeto A, sexo masculino edad de dieciocho años, Sujeto B, sexo femenino edad trece años con seis meses, el sujeto A, es novio de la menor con una antigüedad de año y medio, los padres de la menor están enterados, de las relaciones afectivas de ambos sujetos, sujeto A y B, toman la determinación de

⁵⁶ Ob., cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

vivir en unión libre sin el consentimiento de sus padres, después de dos meses de vida conyugal, los padres de la menor demandan al sujeto A, por el delito de violación cometido en agravio de la menor.

Se lleva el proceso penal, normal del caso, pero al final el defensor de oficio adscrito al H. Juzgado, alega la falta de elementos subjetivos en la acción, en virtud de que si bien es cierto el sujeto B, es menor de catorce años de edad, también lo es que los padres sabían de las relaciones de ambos aún cuando estas no se manifestaran como íntimas.

También en el desahogo de pruebas se manifiesta por parte del procesado y de la menor, y testigos presenciales de los hechos que ambos pusieron al tanto a los padres solicitando el permiso para poderse unir en matrimonio legal, encontrándose con una negativa rotunda por parte de los padres de la menor, y orillándolos a decidir sin el consentimiento de estos.

De un modo normativo encontramos los supuestos jurídicos en base a determinaciones objetivas, sin embargo los elementos subjetivos en este caso permiten al juez dictar una sentencia absolutoria a favor del sujeto A.

En virtud de lo anterior podemos asegurar que los elementos subjetivos son eminentemente necesarios para el juzgador, a fin de que este pueda determinar la

verdad histórica del problema planteado. Así mismo aseguramos que estos elementos se encuentran inmersos en la acción, es decir en lo referente a la conducta del activo del delito.

2.6.6 MEDIO COMISIVO.

Otro de los elementos que se deben de analizar para poder completar el análisis dogmático del delito de violación son los medio comisivos en relación a estos diremos lo siguiente:

Los medios de ejecución pueden ser de diversas formas por ejemplo: pueden ser físicos, químicos, mecánicos, mediante la utilización de animales o de inimputables, y los medios morales, ya que en el delito de violación el hombre influye directamente y de manera material causa daño. Los medios comisivos son conceptualizados por infinidad de autores, nosotros sólo citaremos a algunos de ellos como ejemplos.

Para Enrique Bacigalupo, "El carácter primordial de una acción puede depender de que el autor haya utilizado un medio determinado para la comisión del delito. Así ocurre por ejemplo en el delito de estafa, en el cual el daño patrimonial debe haber sido ocasionado mediante engaño según el artículo 172 del Código Penal Argentino.

En otros casos la referencia a los medios utilizados determinan un agravación del delito, por ejemplo; el hurto en el que se utilizare ganzáa artículo 163 inciso tercero del Código Penal Argentino⁵⁷.

Pavón Vasconcelos nos refiere al respecto que "aun cuando en general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo resulta indiferente, en ciertos casos, la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Ello sucede entre otros casos en los delitos tipificados por los artículos 273 del Código Penal Para el Estado de México el cual nos indica que, los medios empleados en este delito son por medio de la violencia física o moral, tal y como lo define dentro del mismo artículo el cual manifiesta que (...cópula obtenida mediante la violencia física o moral...), así mismo el artículo 269 del mismo código en comento (...valiéndose de su posición derivada de sus relaciones laborales, docentes, domesticas o cualquier otra que implique jerarquía...) etcétera".⁵⁸

Para Amuchategui Requena, Las formas y medios de ejecución "en el delito de violación es uno de los delitos en los que la norma señala el medio de

⁵⁷ Ob., Cit., Bacigalupo Enrique Pág. 63.

⁵⁸ Ob., Cit., Pavón Vasconcelos Francisco , Pág., 305.

ejecución requerido, como la violencia. Por disposición de la ley, la violencia puede ser física o moral.

Sigue diciendo el autor que.

Violencia.- Es la fuerza con que se realiza algún hecho, o sea, una agresión física ejercida directamente sobre alguien o algo.

Física.- Es la fuerza o agresión de hecho ejercida por una persona. Se traduce en un ataque material y directo, como los golpes.

Moral.- Consiste en intimidar a alguien a través de la amenaza de un mal grave. En la violación se configura cuando se realiza mediante violencia física o cuando se trata de la moral⁵⁹.

Para nosotros, los medios comisivos que se encuentran inmersos dentro del delito de violación, son la violencia física o moral, y esta se debe de estudiar desde el punto de vista de la acción de cada sujeto activo, es decir, la conducta que se despliega para cometer el ilícito pues si la víctima es un menor de edad, esta no puede competir en contra de otra mayor de edad que le supera en peso y

⁵⁹ Ob., Cit., DERECHO PENAL COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS Pág. 303.

fuerza, por lo que es muy común que la violencia física en este tipo de casos no se manifieste.

Así mismo, tampoco puede manifestarse la moral, por lo que de acuerdo al ejemplo los medios comisivos serían la fuerza y el peso del activo sobre del pasivo.

2.6.7 NEXO DE ATRIBUIBILIDAD.

Este nexo es una especie de ligamento que une la conducta con el resultado típico, para que este se pueda atribuir a la conducta típica puede ocurrir que exista una conducta y que se produzca un resultado (la muerte), pero que la muerte se deba a otra causa, en este caso no habrá nexo causal. Con relación a esto los autores señalan que:

Según López Betancourt, "viene a ser un elemento de la conducta y no como dicen algunos autores, elemento del delito"⁶⁰.

Para Ranieri, "es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa"⁶¹.

⁶⁰ Ob., Cit., López, Betancourt, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Pág., 87.

En la actualidad este nexo de causalidad es llamado nexo de atribuidad, el cual se da de manifiesto en el delito de violación.

"Para nosotros queda acreditado directa e inmediatamente entre la conducta copulativa que impuso el sujeto activo y la afectación al bien jurídico tutelado por la norma penal que es la libertad de las personas, existiendo una correspondencia plena y directa y que el resultado es objetivamente atribuible al actuar del responsable del delito".

2.6.8 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos están provistos de conceptos jurídicos indeterminados que el legislador ha introducido, con lo que se salvaguarda la vinculación del juez con la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos y generalmente admitidos. Atento a lo anterior diversos autores manifiestan el por que estos elementos normativos vinculan al juez con la normatividad vigente.

⁶¹ Ranieri, Silvio, Diritto, Milano, MANUAL DE DERECHO PENAL, I, Pág., 329, Editorial, Térmis, Bogotá 1975, Versión Castellana de Gorge, Guerrero, Sobre, Cuarta, Edición.

Para Eduardo López Betancourt, Los elementos normativos se refieren a: "hechos que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma"⁶².

Para nosotros dice Pavón Vasconcelos, "forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración, de ellos y por el aplicador de la ley"⁶³.

Jiménez de Asúa opina que, "Los elementos normativos se encuentran vinculados a la antijuridicidad pero no puede por ello excluirseles de la descripción típica y negarles su carácter de elementos"⁶⁴.

Para nosotros, los elementos normativos se encuentran claramente manifestados en la norma penal, con relación al delito de violación podemos afirmar que los elementos normativos nos indican calidad, en relación a edades cuando se refiere la norma a los menores de edad, así mismo nos manifiesta que el delito debe de estar previsto de violencia física o moral, en otro caso dentro de la misma violación nos habla de la voluntad del pasivo.

⁶² Ob., Cit., López, Betancourt, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Pág. 137.

⁶³ Ob., Cit., Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL DE DERECHO, PENAL, MEXICANO, Pág. 303.

⁶⁴ Ob., Cit., Jiménez, de Asúa, Luis, TRATADO, DE DERECHO, PENAL, Pág. 303.

Este tipo de manifestaciones son conocidas también como supuestos jurídicos, los cuales deben de colmar uno a uno el delito previsto y sancionado a fin de poder encuadrar de lo que se esta hablando, pues en ausencias de uno sólo de estos, no sería posible decir que hablamos de tal o cual delito, pues como vemos se encuentran perfectamente determinados por los elementos normativos.

2.7 PROBABLE RESPONSABILIDAD.

2.7.1 DOLO.

Para Hablar de probable responsabilidad, es necesario hablar del dolo, el cual a través de su evolución dentro del Derecho Penal, ha pasado por diversas etapas primeramente, lo encontramos en el Derecho Romano, de la primera época y en el primitivo Derecho Germánico, donde los castigos se descargaban por el resultado, sin importar la intención del agente, es decir, fue definido dentro de la voluntariedad.

Por lo tanto consideramos que el delito de violación dada su naturaleza sólo puede cometerse por un hacer, jamás será por una omisión, y mucho menos se dará el caso de una culpabilidad, esto nos indica que dentro de esta conducta se encuentra de manifiesto el dolo, es un hacer sin resultado material, es decir,

sin cambios en el mundo exterior, a la probable responsabilidad de este delito los autores manifiestan que:

Para Jiménez de Asúa, "dolo es la manifestación de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimientos de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"⁶⁵.

Para Cuello Calón, "dolo es la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso"⁶⁶.

Para Eduardo López Betancourt, "El dolo esta compuesto por los siguientes elementos:

- a) Intelectual.- Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo; y

⁶⁵ Ibidem. Pág. 417.

⁶⁶ Ob., Cit., Cuello, Calón, Eugenio, DERECHO PENAL. Pág. 114.

b) Emocional.- Es la voluntad de la conducta o del resultado.

Por lo que a nuestro juicio debe unirse la teoría de la voluntad y la representación, para que el elemento a futuro del dolo quede perfecto⁶⁷.

Para nosotros la probable responsabilidad en el delito de violación se acredita con la existencia del dolo como elemento subjetivo genérico, en razón de que la conducta consistente en que el sujeto activo del delito impone la cópula al sujeto pasivo, a través de la violencia física o moral entendiéndose esta como el ayuntamiento carnal normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por parte del agente, desprendiendo esto de la propia mecánica del evento, ya que para que un activo imponga la cópula al pasivo requiere de diversas acciones y medios con el fin de copular, siendo este el objeto final de su conducta, por lo que se puede calificar de dolosa su acción según lo establecido en términos del artículo 8° fracción I, Del Código Penal Vigente para el Estado de México, el cual a la letra dice:

"Artículo 8.- Los delitos pueden ser:

I Dolosos.

⁶⁷ Ob., Cit., López, Betancourt, Eduardo, TEORIA DEL DELITO, Pág. 213.

El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.....⁶⁸.

2.7.2 FORMA DE INTERVENCIÓN.

La forma de intervención del sujeto activo es otro de los elementos necesarios para poder determinar la probable responsabilidad, atribuida como lo dije antes al sujeto activo del delito por lo que respecta a este punto los autores nos refieren que:

Para Jiménez de Asúa, "En un ilícito penal, no siempre habrá la intervención de un solo agente; también puede ser cometido por varios individuos que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal"⁶⁹.

Este autor nos indica que en un delito en el que participan varios individuos es denominada codelincuencia, y que también existen los delitos multitudinarios

⁶⁸ Ob., Cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

⁶⁹ Ob., Cit., Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO, DE DERECHO, PENAL, Pág. 268.

que son aquellos en los que participa una muchedumbre de personas, y que este último surge sin previo acuerdo.

Pavón Vasconcelos, nos comenta que: "Sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, por que únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza una conducta o un hecho típico, antijurídico, culpable y punible siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente auxiliar al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente auxiliando con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)"⁷⁰.

Para Amuchategui Requena, "En la participación existen grados, según la forma y medida en que participa cada sujeto, y pueden ser:

a) Autoría.- Autor, persona física que realiza la conducta y puede ser:

1. Autor Material.- Aquel que de manera directa y material ejercita la conducta; y

⁷⁰ Ob., Cit., Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL, DE DERECHO, PENAL, MEXICANO, Pág., 205.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Autor Intelectual.- Aquel que dirige y planea el delito.
- b) Coautoría.- Intervienen dos o más sujetos en la comisión del delito.
- c) Complicidad.- Aquellas que de manera indirecta ayudan a otras a cometer el delito.
- d) Autoría Mediata.- Se da cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer el delito. Autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que se valió el autor para cometer el ilícito será inimputable.
- e) Instigación.- Consiste en determinar a otra persona para cometer el delito.
- f) Provocación o Determinación.- consiste en utilizar y aprovechar la idea que otra persona tiene, proponiendo el reforzamiento para que lo cometa.
- g) Mandato.- Consiste en ordenar a otros para que cometan el delito, con beneficio sólo para quien lo ordena.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- h) Orden.- Es una especie de mandato, en el que el superior ordena al inferior la realización de un delito en abuso de autoridad.
- i) Coacción.- Se ordena la comisión de un delito, pero con algún tipo de amenaza hacia el sujeto.
- j) Consejo.- Se instiga a alguien para cometer el delito en beneficio del instigador.
- k) Asociación.- Es un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito con beneficio de todos⁷¹.

El autor nos indica que : los delitos en su mayoría son cometidos por una sola persona. En ocasiones son cometidos por dos o mas sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma, en otras ocasiones la misma norma exige la pluralidad de sujetos que deben colmar el tipo penal.

Para nosotros, la forma de intervención del sujeto activo del delito en el caso del delito de violación es como actor material del evento en razón de que la mayoría de las veces es reconocido por la parte agraviada, como la persona que

⁷¹ Ob., Cit., Amuchateguí, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág. 104.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ejercito la acción de copular en contra de la voluntad del pasivo, lo cual implica que actúa en pleno dominio del hecho en términos del artículo 11 fracción I inciso C, del Código Penal para el Estado de México, sin atrevernos a afirmar que en este delito no pueda surgir la figura de la coautoría el artículo al que nos referimos con anterioridad nos indica que:

"Artículo 11 .- La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención y el hecho delictuoso:

Fracción I.- La autoría;

Inciso C.- Los que lo ejecuten materialmente⁷².

2.7.3 ANTIJURICIDAD.

Es antijurídica una acción cuando contradice las leyes del derecho. La doctrina concuerda al considerar la objetividad del obrar injustamente como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma del Derecho lesionada. Por lo que atento a lo anterior los autores manifiestan que:

⁷² Ob., Cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Según Amuchategui Requena, "La antijuridicidad es lo contrario al derecho. El ámbito Penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica"⁷³.

Para Francesco Carnelutti, "...antijurídico es el objetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "jurídico es lo que está conforme a derecho"⁷⁴.

Para Pavón Vasconcelos, "la antijuridicidad es la unidad representada en la oposición al Derecho. De ahí que la antijuridicidad sea única e indivisible y no exista un injusto específicamente penal, por más que se le pueda referir al concepto, campo del Derecho Penal"⁷⁵.

Para nosotros la antijuridicidad en el delito de violación, es directa pues el sujeto activo del delito al momento de realizar su conducta no se encuentra amparado por una causa de justificación, o de exclusión del delito que tornara lícito su comportamiento y por ende se integra al injusto penal del delito en estudio.

⁷³ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág. 67.

⁷⁴ Carnelutti, Francesco, TEORÍA GENERAL DEL DELITO, ARGOS, CALI, s d, Págs., 118, 199.

⁷⁵ Ob., Cit., Pavón, Vasconcelos, Francisco, MANUAL DE DERECHO PENAL, MEXICANO, Pág., 330.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.7.4 CULPABILIDAD.

Ya hemos dicho que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica, el estudio que nos compete ahora es en relación a otro elemento necesario para que este delito pueda integrarse en su totalidad y este es la culpabilidad.

Se puede decir que la culpabilidad es un elemento subjetivo del delito y a su vez el eslabón que une lo material del ilícito típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta. Por lo que en sí la culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, con relación a esta citaremos puntos de vista de diversos autores por lo que:

Para Pavón Vasconcelos, la culpabilidad "es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"⁷⁶.

Para Eduardo López Betancourt, "La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo"⁷⁷.

⁷⁶ Ibidem., Pág. 391.

⁷⁷ Ob., Cit., López, Betancourt, Eduardo, TEORÍA DEL DELITO, Pág., 204.

Para Maggiore " Es la desobediencia consistente y voluntaria y de la que uno está obligado respetar alguna ley"⁷⁸.

Mezger supone, que: "la culpabilidad es de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido"⁷⁹.

Para nosotros la culpabilidad se comprueba al no acreditarse que el sujeto activo del delito, haya desplegado la conducta antijurídica con incapacidad psicológica para conocer lo antijurídico de la misma, o bien que haya actuado bajo un error de tipo prohibición invencible o el haber realizado la conducta constrañendo su posibilidad de auto determinarse para adecuar su conducta, no sólo es antijurídico sino también responsable de la comisión del delito.

Otra forma de poder llevar a cabo este análisis dogmático del delito de violación es la que a continuación referiremos, esto con el ánimo de estudiar una vez más uno a uno los elementos constitutivos de este delito, y su vez nos sirve para poder discernir de un modo más específico cada uno de ellos a fin de obtener una globalización total de cada elemento.

⁷⁸ Giuseppe, Maggiore, EL DERECHO PENAL. EL DELITO., Volumen I, 2ª. Edición, Editorial, Temis, Bogotá, 1979., Pág., 451.

⁷⁹ Ob., Cit., Mezger, Edmundo, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, .Pág., 189.

**2.8 CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO
PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.**

I.- POR EL SUJETO ACTIVO.

A.- POR SU CALIDAD.

Común e Indiferente.

Desde el punto de vista jurídico el autor del delito de violación puede ser tanto el hombre como la mujer y es precisamente al responsable de la acción a quien se le llama sujeto activo del delito y concurre sólo o acompañado para ocasionar a otro un perjuicio en su interés o en su derecho.

Este sujeto activo debe reunir determinados requisitos tales como:

1. Capacidad psíquica, manifestada por la voluntad y la imputabilidad en donde:

- a) La voluntad es el conocer y querer el hecho independientemente de que la conciencia del agente esté o no perturbada;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) La imputabilidad se orienta a la culpabilidad cuando se comprende la ilicitud del hecho.

2. Calidad de garante, es la relación estructural y directa en la que se encuentra un sujeto y un bien;
3. Calidad específica, es el conjunto de características que algunos cuerpos del delito (tipos), legales exigen para el autor material y la esfera del sujeto activo.

De acuerdo al criterio doctrinal tradicional el único sujeto activo que puede darse en este delito es el hombre, aunque la ley y otros doctrinarios aceptan que puede ser también la mujer.

Celestino Porte Petit opina que "la violación de un hombre a una mujer puede ser lograda por medio de la violencia física o moral, pero en el caso de que la mujer se constituya en el sujeto activo únicamente puede ser lograda mediante la violencia física puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del miembro masculino, como puede suceder cuando se encuentra el sujeto pasivo, en virtud

de la fuerza realizada en condiciones de no oponer resistencia ni evitar la maniobra Fisiológica sobre él realizada⁸⁰.

González de la Vega, afirma que "se da en la práctica en forma generalizada que el varón sea el sujeto activo ya que se caracteriza por la introducción del órgano sexual masculino en la mujer, originándose una actividad viril para la conjunción carnal y que sólo él puede dar las siguientes relaciones:

1. Cópula de hombre sobre mujer por la vía natural;
2. Cópula del hombre sobre la mujer por la vía contra natura; y
3. Cópula del hombre sobre el hombre en la relación homosexual.

Y se descarta la relación femenina por no darse una introducción sexual y que sólo se daría con determinada "voluntad" del hombre⁸¹.

⁸⁰ Candaudap, Porte, Petit, Celestino, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN, Tercera, Edición, Editorial, Porrúa, S. A., México, 1980, Pág., 26.

⁸¹ González, de la Vega, Francisco, DERECHO PENAL MEXICANO, 19ª, Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, Pág. 129.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En la legislación Mexicana de acuerdo con el artículo 273 del Código Penal para el Estado de México, destacamos la diferencia en virtud de que como lo hemos analizado en líneas anteriores la clasificación de los sujetos activo y pasivo es indeterminada, esto quiere decir que puede ser cualquiera de los dos sexos los que cometan el ilícito o bien el que lo resienta como pasivo según el caso.

B.- POR SU CALIFICACIÓN.

Legal y Natural.

1. Legal.- Surge cuando el hecho delictivo es cometido por ascendiente, descendiente o cónyuge; y
2. Natural.- Surge cuando el concepto no requiere de valoración jurídica para ser comprendido.

C.- SEGÚN EL NÚMERO POR EXIGENCIA LEGAL.

Unisubjetivo Monosubjetivo e Individuales o Plurisubjetivo.

- a) **Unisubjetivo Monosubjetivo e Individuales.-** Se refiere a la conducta desplegada por el sujeto activo en contra del pasivo, en donde el primero es un sólo sujeto, el que planea, y concreta el hecho delictivo sin la intervención de otro u otros sujetos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) **Plurisubjetivo.-** Llamada también tumultuaria encontrándose dentro del ordenamiento de las violaciones agravadas, en virtud de que es cometida por dos o más sujetos activos los cuales participan directa o indirectamente en el ilícito produciendo con ello un mismo resultado en contra del sujeto pasivo de la agresión.

1. **Directa.-** Por que todos o todas llevan a cabo el ilícito perpetuándolo directamente sobre la víctima la cual es sometida por lo regular en estos casos por la fuerza; e
2. **Indirecta.-** Por que los participantes se concretan a sujetar o bien a observar como se lleva a cabo el hecho delictuoso en contra del sujeto pasivo.

D.- SEGÚN SU COMPORTAMIENTO.

Ocasionales o de Habito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta clasificación nos indica que el activo puede ser una persona normal, es decir, aquella que en determinado momento no planeo el hecho delictuoso, o bien de habito, en donde el activo comete continuamente este delito o bien es la persona que fácilmente puede cometer de nueva cuenta la conducta delictuosa.

1. Ocasionales.- Surge cuando el activo comete el ilícito en comento en una sola ocasión.
2. De Habito.- Se refiere a aquel sujeto que comete continuamente el delito, y que conserva siempre esta actitud.

E.- SEGÚN LA FINALIDAD QUE PERSIGUE.

Intencional.

Revestido de Dolo o intencionalidad, por lo que el reproche penal que puede fincarse en este delito sólo puede ser intencional; así no es posible pensar en una violación no dolosa.

II.- POR LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA.

A.- MOVIMIENTO CORPORAL.

De Acción.

Es decir se lleva a cabo un movimiento corporal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Porte Petit, opina que "dada la naturaleza del núcleo del delito, esto es, la conducta, la violación sólo puede cometerse por un hacer"⁸², esto quiere decir que es imposible realizar la conducta en forma omisiva.

Vannini, plantea que "el delito de violación carnal, como delito formal es un delito de acción"⁸³.

González Blanco, dice "que el delito de violación en orden a la conducta es un delito de acción ya que no puede presentarse como un delito de omisión; es un delito instantáneo, pues se realiza o se agota en el momento de realizar la conducta típica como lo es la consumación de la cópula"⁸⁴.

B.- POR SU CONSUMACIÓN.

Instantáneo.

Por que tan pronto se consuma este desaparece.

Tomando en consideración el tema que analizamos no consideramos que este delito sea instantáneo en virtud de que se consuma y desaparezca, pues en

⁸² Ob., Cit., Porte Petit, Candaudap, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN, Pág. 23.

⁸³ Vannini, Quid iuris?, MANUALE DI ESERCITAZIONI PROTICHE IN INDITO PENALE. II, delito di violenza carnale, III, Pág. 15., Milano, 1949., (Versión Castellana).

⁸⁴ González, Blanco, Alberto, DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, 3ª., Edición, Editorial, Porrúa, México., 1974, Pág., 86.

determinado momento deja resultados permanentes como ejemplo podemos citar, el contagio de enfermedades incurables tales como el SIDA o bien en el caso de nuestro tema la concepción de un hijo no deseado, los cuales se prolongan como resultado de dicho ilícito y en donde los resultados son instantáneos pero no desaparecen dando lugar a una permanencia, y el caso de la concepción este es el motivo para continuar con el acto reprochable.

**C.- SEGÚN LA POSIBILIDAD DE FRACCIONAMIENTO EN ACCIONES
O ACTOS.**

Unisubsistente o Plurisubsistente.

Unisubsistente.- Por que la acción se agota en un solo acto, es decir sólo una vez existe la penetración.

Plurisubsistente.- Cuando la acción requiere de varios actos para su agotamiento.

Como la violación se consuma con la realización de un solo acto o varios, se trata de un delito ***unisubsistente o plurisubsistente***. Es decir, que el delito de violación se puede dar sin que exista otro delito; sin embargo, en algunas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ocasiones la violación va acompañada de otros delitos, lo cual no resta importancia, sino al contrario lo acumula a los otros.

Porte Petit, señala al respecto "La clasificación de la violación en orden a la conducta:

- a) Se trata de un delito de acción, y
- b) Unisubsistente o Plurisubsistente.
- c) Dada la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la cópula solamente puede cometerse la violación por un hacer. Es imposible una realización omisiva, pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo"⁸⁵.

Vannini ha estudiado cuidadosamente este problema: "El delito de violación carnal, como delito formal, es delito de acción. Es evidente que ninguno puede ser autor de este delito por omisión, muy bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo"⁸⁶.

⁸⁵ Ob., Cit., Porte, Petit, Candaudap. ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Pág., 27.

⁸⁶ Ob., Cit., Vannini, Quid iuris?, MANUALE DI ESERCITAZIONI PROTICHE IN INDITO PENALE. II, delito di violenza carnale. III, Págs. 10, 13. Milano, 1949.. (Versión en Español).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) "Como la violación se consuma en realización de un solo acto o varios, evidentemente se trata de un delito unisubsistente o plurisubsistente"⁸⁷.

III.- EN CUANTO AL SUJETO PASIVO.

Personal.

Por que recae sobre la persona física , en virtud de que no recae sobre objetos o personas que la circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre éstas pueda tener relevancia como intimidación o violencia moral, por ser enunciativas o demostrativas de lo que el sujeto activo realizó en la víctima si es que se opuso a los propósitos del activo.

IV.- POR SU RESULTADO.

Formales o de mera Conducta.

Por que de acuerdo al artículo 273 del Código Penal para el Estado de México se requiere que la realización de la cópula de haya hecho por medio de la violencia física o moral. El delito de violación exige un resultado material, por eso es que este delito es formal o de mera conducta, de cuya realización se desprende

⁸⁷ Ob., Cit., Forte, Petit, Candaudap, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN, Pág., 28.

solamente un resultado jurídico, lesionar el bien jurídico tutelado, que en este caso es la libertad sexual del pasivo.

V.- CUANTO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Este apartado se refiere en sí a aquel que es protegido por la ley penal, en este caso se refiere como ya lo hemos manifestado líneas arriba a la libertad sexual de poder decidir con quien y en que momento se desea copular.

A.- POR EL NÚMERO DE BIENES JURÍDICOS.

Simple.

Por el hecho de lesionar sólo un bien jurídico tutelado que en este caso es la libertad sexual.

B.- POR LA FORMA DE AFECTACIÓN.

De *Lesión*

Por que al realizarse la cópula de forma violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**VI.- POR SU ESTRUCTURA EN BASE AL CATALOGO DE TIPOS EN LA
PARTE ESPECIAL.**

A.- PARTE ESPECIAL.

Fundamental.

En cuanto a la primera parte del artículo 273 en virtud de que el tipo no contiene algún supuesto que implique la agravación o bien la atenuación de la pena.

B.- POR SU AUTONOMÍA.

1. Básico.

Como lo hemos señalado en el inciso anterior es un delito básico por que no contiene supuestos jurídicos que agraven o atenúen la pena esto según el artículo 273 del Código Penal para el Estado de México.

2. Complementarios (Agravados o Atenuados).

En lo que respecta a la parte final del artículo 273 en comento se trata de un delito complementado cualificado de violación, es decir, cuando se establece que si la persona ofendida fuere impúber, (menor de doce años), la pena será de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ocho a dieciséis años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa. Como podemos notar, el tipo describe claramente los elementos de los que debe de estar revestido el delito de violación, en sus diferentes modalidades.

C.- POR SU FORMULACIÓN.

1. Casuístico.

Con medios legalmente limitados o de formulación casuística.

2. Alternativo.

Alternativamente formado en cuanto a los medios de ejecución, ya que puede realizarse por medio de la vis absoluta o vis compulsiva.

VII.- EN CUANTO A SU PERSECUCIÓN.

Oficio.

Es conveniente señalar que la mayoría de los delitos establecidos en el código penal, son perseguidos de oficio. Por lo contrario, son muy pocos los que no pueden ser perseguidos de oficio, sino a instancia de parte, también denominada querrela, dentro de los cuales encontramos, por ejemplo el adulterio, en el que la parte ofendida es la única que puede denunciar el hecho antijurídico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

VIII.- EN CUANTO A LA MATERIA.

Común.

Por ilícitos comunes debemos entender aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales. Como ejemplo y para diferenciar unos de otros diremos que: debemos entender al delito político como aquel que se comete contra el orden político del Estado, contra su orden externo o interno. También conocemos los delitos sociales los cuales son causantes de la destrucción del actual régimen social y económico. En el caso del delito de violación nos encontramos que es un delito común pues lesiona un bien jurídico individual.

Así es como por medio de este análisis dogmático del delito de violación damos por terminado este estudio, y entraremos al estudio del delito de aborto a fin de poder revestir lo que en líneas anteriores quedo claramente estipulado con relación a que las consecuencias de este delito puede ser permanente enfocándonos de lleno al delito de aborto en donde trataremos de hacer sobresalir la palpable y real problemática en relación a la falta de estipulación legal acerca de la facultad de poder determinar que funcionario público, debe autorizar el aborto en caso de violación situación que no se plasma debidamente en nuestra legislación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3 CONCEPTO DEL DELITO DE ABORTO.

Existe problemas para definir el aborto, por lo que muchas son las definiciones intentadas para precisar este delito.

Agustín Martínez José, señala que "por aborto se entiende la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción. Independientemente de todas las circunstancias de edad, viabilidad y aún de formación regular"⁸⁸.

González de la Vega, afirma que "es la expulsión prematura violentamente provocada del producto de la concepción"⁸⁹.

Pero consideramos que estas definiciones son incompletas en virtud de que no prevén la muerte del feto dentro de los últimos meses de embarazo.

Marcela Martínez Roaro, basa el delito en "la intervención voluntaria que determina la muerte o la expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo"⁹⁰.

⁸⁸ Martínez, José, Agustín, ABORTO ILÍCITO Y DERECHO AL ABORTO, Biblioteca jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, Volumen LXV, S/e, Editorial: Jesús Montero, La Habana, 1942, Pág. 355.

⁸⁹ González, de la Vega, René, COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, S/e, Editorial: Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1975, Pág., 630.

Gerardo Landrove Díaz, define el aborto como la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto fuera de las excepciones legales⁹¹.

Francisco Carrara, lo define "como la muerte del feto dolosamente causada en el seno materno, o su expulsión con idéntico resultado"⁹².

Luis Francisco Serrano Limón, define el aborto como "un genero del delito consistente en el uso voluntario de métodos adecuados para producir un mal parto, con el fin mediato o inmediato de que perezca el feto, sea cualquiera la época de la preñez"⁹³.

La enciclopedia de Biología define al aborto como "la interrupción de la gravidez antes de que el feto sea capaz de vivir."⁹⁴

Como podemos observar entre estas dos definiciones existe una diferencia provocada por la precisión de la época, en que el feto es capaz de vivir, ya que para Serrano Limón, en cualquier época de la gestación del feto es un aborto,

⁹⁰ Martínez, Roaro, Marcela, DELITOS SEXUALES, 3ª., Edición, Editorial: Porrúa, S. A., México, 1985, Pág. 335.

⁹¹ Landrove Díaz Gerardo, POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO, S/c, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976, Pág. 158.

⁹² PROGRAMA DE CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Ed. Temis, Bogotá, 1956, Pág. 81.

⁹³ Ob., Cit., Serrano, Limón, Luis, Francisco, ABORTO LEGAL ¿CRISIS O SOLUCIÓN?, S/e, Editorial: Promesa, S. A., México 1985, Pág. 192.

⁹⁴ Publicaciones, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F., 1998, Pág., 39.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mientras que para la enciclopedia de biología, sólo es aborto si se quita al feto la capacidad de vivir.

Para el Derecho Canónico, aborto es "la expulsión del feto del claustro materno antes de ser viable, o antes del tiempo que tiene fijado la naturaleza para sus salida"⁹⁵.

La mayoría de las definiciones son contrarias al intento de establecer una que contenga elementos invariables. Una de las causas, es en razón de los intereses que se encuentran en juego y se tratan de proteger, pues unos los valoran desde el punto de vista jurídico y otros médico o social.

Por ello, siendo distintas las causas que provoca el aborto, serán distintas también las definiciones que sobre el aborto pueden darse, y tomado en consideración estas diferencias, dentro de cada una se pone de manifiesto la verdadera intención, es decir, lo que en realidad quieren que se proyecte a la sociedad.

⁹⁵ Romero, Rosas, Sergio, CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL CORPUS DELICTI, Publicaciones UNAM, ENEP - ARAGÓN, Coordinación de Derecho, 1986, Pág., 26.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.10 CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO DE ACUERDO A SU DEFINICIÓN.

Al respecto Guillermo Cabanellas dice, "Es así como se agrupan de la siguiente manera:

"a) ABORTO EN GENERAL.- Hay aborto siempre que el producto de la concepción es extraído de útero antes de la época determinada por la naturaleza.

b) ABORTO MÉDICO.- Es la expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la muerte del feto provocada dentro del cuerpo de la madre.

c) ABORTO ESPONTÁNEO.- Es la expulsión del feto no viable por causas fisiológicas.

d) ABORTO TERAPÉUTICO.- Es la expulsión del feto o embrión provocada, o la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción obligada por causas determinantes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

e) **ABORTO COMO DELITO.**- Consiste en la interrupción maliciosa del proceso de la concepción⁹⁶.

Sobre estas definiciones, el mismo autor comenta:

"Nos llevan a considerar que se ha producido un aborto siempre y cuando la destrucción del feto o embrión se produzca antes de ser viable, si fuere viable sería parto prematuro"⁹⁷.

En Italia la reglamentación jurídica omite la definición del aborto, correspondiendo a la jurisprudencia precisar el alcance del término, aunque sus comentaristas piensan que la noción elaborada por ella hace referencia tanto a la interrupción de la preñez, con motivo del uso de medios violentos e ilícitos, como a la muerte del feto inmaduro, dentro o fuera del seno materno.

En España, El Código penal de 1944, en su artículo 411, elude la definición de aborto al igual que su antecesor de 1932, originando discrepancias sobre el significado del vocablo. La ley de protección a la natalidad, incorporada al Código, consideró delito de aborto "no sólo es la expulsión prematura, voluntariamente

⁹⁶ Cabanellas, Guillermo, EL ABORTO, SU PROBLEMA SOCIAL, MÉDICO Y JURÍDICO, S/e, Editorial: Atalaya, Buenos Aires, 1945, Pág. 217.
⁹⁷ Ibidem, Pág., 218.

provocada del producto de la concepción, sino también su destrucción en el vientre de la madre”.

Algunas legislaciones definen y reglamentan la penalidad entendiendo por ella la maniobra abortiva, sin fijarse directamente en que dé o no por consecuencia de la muerte del feto. Este fue el sistema del Código Penal Mexicano de 1871. Otras legislaciones, entre ellas la Mexicana vigente, definen el delito por su consecuencia final, es decir, por la muerte del feto; la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista. Este sistema es más sincero y racional, por que lo que desean tanto el abortador o la abortada, salvo los casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en él radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución del propósito. No distinguiéndose en la ley entre el huevo, embrión o feto, la comisión del delito puede tener lugar en cualquier fase de la gestación, a raíz de iniciada ésta o durante el embarazo y aún en momentos inmediatos anteriores al parto.

En México en Código Penal de 1931, ha preferido definir el delito con directa referencia al resultado de la maniobra abortiva, considerando el aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien con relación al concepto de la palabra aborto, algunas legislaciones toman como puntos de referencia la definición médico legal; otros un concepto puramente médico (obstétrico), y en determinadas legislaciones, ambos criterios combinados.

En medicina legal se llama aborto a la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, concepto que evidentemente limita la noción del aborto a ciertos casos que, en virtud de la muerte del feto, son constitutivos del delito, pero sin comprender aquellos otros en que dicho resultado tienen lugar dentro del seno materno. La medicina forense no tiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extrauterina o viabilidad.

En obstetricia, por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción antes de que sea viable (la viabilidad es la capacidad de vida extrauterina del producto, es decir, la posibilidad de vida autónoma), término que es alrededor del sexto mes de embarazo; si la expulsión ocurre entre el séptimo y el noveno mes (durante los tres últimos meses de gestación), se denomina parto prematuro.

Se manifiesta que desde cierto punto de vista, el concepto médico obstétrico es más amplio que el concepto jurídico, aquél no toma en cuenta como éste la causa del aborto.

El ginecólogo por su parte denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas, como el provocado: terapéutico o delictuoso. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico es más restringido, por que se refiere a la época de la no viabilidad del feto únicamente, en cambio el artículo 248 del Código Penal para el Estado de México, habla de la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Nuestro Código Penal no contempla pues, en el delito de aborto, la expulsión del producto, diferencia fundamental, aunque en la mayoría de los casos ambas situaciones se reúnen, ya que la segunda es casi consecuencia normal de la primera.

Como lo establece nuestro Código Penal Vigente en el Estado de México, el delito se puede cometer inmediatamente después de verificada la fusión de óvulo y el espermatozoide y durante todo el periodo de gestación, hasta el inicio del nacimiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Debido a lo extenso del término contenido en la definición y con independencia del problema de la prueba, siempre que se puede demostrar que la interrupción del proceso evolutivo ha ocurrido como resultado de la maniobra abortiva como muerte del producto, se está en presencia del delito de aborto.

Ahora bien, notamos como es que la definición del delito de aborto se complica por las diferentes tendencias desde donde se le pretende definir, por lo que la definición de este delito se especifica claramente en el artículo 248 del Código Penal para el Estado de México, considerando que es la más acertada.

2.11 TEXTO DEL ARTÍCULO 248 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

*Artículo 248.- Al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino, se le impondrá:

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

II De uno a cinco años de prisión y de treinta a doscientos días multa, si se obra con el consentimiento de la mujer; y

III De tres a ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa si se emplea violencia física o moral".

Dentro del ordenamiento legal en comento encontramos también, que la muerte del producto de la concepción, puede darse en cualquier momento de la preñez. Por lo que aseguramos que la única constitutiva del delito de aborto es la muerte del producto durante la preñez. El fenómeno biológico de la preñez o gestación se inicia en el instante mismo de la concepción, por la fecundación del espermatozoide en el óvulo femenino y termina con el nacimiento regular del producto o bien con su expulsión y destrucción prematura.

Ahora bien, con el fin de poder comprender el tema y las diferentes modalidades que colman el tipo penal del delito de aborto a continuación haremos un análisis dogmático de este delito.

2.12 CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.

2.12.1 CONDUCTA.

Como se refirió en el análisis dogmático que antecede a este, uno de los elementos indispensables para llevar a cabo el estudio del mismo es la conducta,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la cual contempla la posibilidad de una acción u omisión indiscutiblemente en el delito que nos compete aclarando que el delito se estudiara genéricamente evitando tocar particularidades del mismo, en virtud de que su clasificación es extensa y tendríamos que hacer un estudio dogmático para cada caso concreto, por lo que a continuación haremos alusión a las consideraciones de diversos doctrinarios tales como:

Amuchategui Requena, nos dice que: "La conducta típica en el aborto, es privar de la vida (igual que en el homicidio), y puede ser por acción o por omisión.

Por acción será cuando se realicen actos materiales tendientes a lograr el aborto, mientras que será de comisión por omisión cuando mediante abstenciones de un "no hacer" se logre el aborto, por ejemplo no tomar el medicamento necesario para afianzar al producto, abstenerse de ingerir alimentos etcétera".⁹⁸

Para Díaz de León, la conducta, "aunque expresamente no lo indique el tipo objetivo, la alusión aborto lleva implícitamente el señalamiento de la conducta típica que es la de privar de la vida al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".⁹⁹.

⁹⁸ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág. 167.
⁹⁹ Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 620.

Para Porte Petit, en sentido estricto, "consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca. La acción (como hacer activo), exige además de voluntad en el agente, una actividad corporal"¹⁰⁰.

2.12.2 SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo es el autor de la conducta típica, este generalmente puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos se requieren caracteres especiales, cuando cualquiera puede ser sujeto activo se determina dentro del tipo como "él que o el quien". El sujeto activo es la persona que realiza el comportamiento ilícito descrito en la ley penal, es decir, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal. En relación a este elemento algunos doctrinarios nos indican que:

Para Amuchategui Requena, "De la descripción legal se advierte que el sujeto activo del aborto puede serlo cualquier persona física, pues la ley no precisa si debe serlo alguien con calidades especiales; sin embargo, cuando se

¹⁰⁰ Ob., Cit., Porte, Petit, Candaudap, Celestino, DOGMÁTICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL, Pág., 392.

estudie la clasificación del aborto, se verá que en cada tipo la propia ley determina quien puede ser el sujeto activo en cada caso"¹⁰¹.

Para Díaz de León, "la madre embarazada y cualquier persona que intervenga como autor y participe en términos del artículo 13; en su caso cualquier persona que haga abortar a la madre sin la voluntad de ésta. Será autor el agente que actúa teniendo el dominio de hecho, es decir, con el suficiente control para suspender o para seguir adelante en el proceso de causación de la muerte del pasivo (fracción II del Artículo 13 de este Código Penal). También cabe intervenga como participe según la forma de conducta que despliegue conforme al citado artículo 13"¹⁰².

"Nosotros estamos de acuerdo con lo manifestado por este último autor, en virtud de que si el delito lo produce la madre como sujeto activo del delito, se determinará como autor del mismo, y si intervienen tercera personas estas serán autores materiales del delito y la madre a nuestra consideración será el autor intelectual del mismo".

¹⁰¹ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 165.

¹⁰² Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 622.

2.12.3 SUJETO PASIVO.

Como se ha manifestado antes el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado.

Generalmente coinciden el sujeto pasivo y el ofendido, es decir que ambos pueden recaer en una misma persona, sin embargo, en ocasiones podemos encontrar que se trata de personas diferentes; tal supuesto ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es la persona a quien se ha privado de la vida, y los ofendidos son los familiares del occiso.

Con relación al delito de aborto el ofendido, puede ser la madre cuando se ejecuta sobre ella acciones que traigan como consecuencia la muerte del producto de la concepción y que estas acciones se hayan llevado a cabo sin su voluntad.

Pero cuando estas acciones se ejecuten con el consentimiento de la madre o bien cuando esta las ejecute, el sujeto pasivo es el mismo producto de la concepción siempre con el fin de obtener el resultado que sería la muerte del producto de la concepción, en relación a este elemento algunos autores nos dicen que:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Maggiore Giuseppe, "Pueden ser sujetos pasivos del delito: el hombre individual, las personas colectivas, el Estado y la colectividad social"¹⁰³.

Para Amuchategui Requena, el sujeto pasivo en el delito de aborto, "Sólo puede serlo el producto de la concepción, siempre que la conducta típica se presente en cualquier momento de la preñez"¹⁰⁴.

Para Díaz de León, en el delito de aborto el sujeto pasivo del delito "Es el producto de la concepción humana en cualquier momento de la preñez"¹⁰⁵.

"Nosotros manifestamos que el sujeto pasivo del delito en el aborto es el producto de la concepción en cualquier estado de la preñez, sin embargo, cuando este delito se perpetúa sin la voluntad de la madre y como lo hemos referido en un principio encontramos la figura jurídica de ofendido que en este caso sería la madre".

¹⁰³ Ob., Cit., Maggiore, Giuseppe, DERECHO PENAL, Editorial: Thémis, Bogotá, 1954, Pág. 21.

¹⁰⁴ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 165.

¹⁰⁵ Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 625.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.12.4 MEDIO COMISIVO.

Estos medios son aquellos considerados como instrumentos, o la actividad distinta de la acción, exigidos en el tipo empleados para realizar la conducta o producir el resultado, es decir, son aquellas referencias vinculadas con los medios de comisión de la conducta exigidos por la ley. Al respecto algunos doctrinarios opinan que:

Para Amuchategui Requena, con relación al delito de aborto "la norma penal no señala ninguna forma ni medio específico para realizar este delito, de ahí que puede serlo cualquiera siempre que sea idóneo. Estos pueden ser: Físicos Químicos y Vegetales"¹⁰⁶.

Para Díaz de León, "El medio empleado para producir el aborto puede ser cualquiera, siempre y cuando sea idóneo para originar la muerte del gestado, sea este natural o artificial"¹⁰⁷.

"Nosotros congeniamos con las ideas de ambos autores, pues en sí, el delito no especifica ningún medio, y de forma general sólo determina dentro de

¹⁰⁶ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 167.
¹⁰⁷ Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 623.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

este que se debe de provocar la muerte del producto de la concepción, pero en forma general y nunca particulariza que medio comisivo debe existir".

2.12.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Se habla de elementos subjetivos de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor que lleva a cabo la misma de un modo específico, normalmente sirven para constituir lo injusto de una determinada figura delictiva.

Con menor frecuencia son empleados para dar lugar a tipos cualificados o privilegiados a partir de un delito base, es decir, en la coautoría los elementos requeridos por el tipo deben concurrir en todos los sujetos, pues sólo existe una imputación y esta es recíproca, respecto a los elementos objetivos del tipo.

Ahora bien, por el contrario en la inducción y la complicidad basta que el elemento subjetivo del tipo concorra en el autor y el participe lo sepa.

En el caso de la tentativa de un delito, requiere la concurrencia de todos los elementos subjetivos del tipo de delito que se trate, en virtud de que lo único que falta en esta es la consumación del tipo objetivo. En relación a este elemento los autores refieren que:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Díaz de León, en relación al delito de aborto nos dice que: "El delito es doloso (dolo directo), significa que el agente debe conocer y querer los elementos pertenecientes al tipo objetivo. El momento intelectual del dolo, respecto del conocer, se desprende en lo establecido en los artículos 8° y 9°, parte primera del párrafo primero (obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal.....), y respecto del querer se deriva del artículo 8°, y de la parte segunda del artículo 9° (quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley). Así, el conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo de aborto contemplado en el artículo 329, situados en el presente, y además, para completar los elementos subjetivos exigidos por el artículo 9°, habrá de prever los rasgos esenciales típicos futuros, en particular el resultado y el proceso causal, correspondiendo su voluntad a la resolución de ejecutar la conducta típica"¹⁰⁸. Para el Estado de México sería el artículo 248.

Sergio García Ramírez, opina al respecto que: "Como modificadores de la voluntad típica, manifiestan en la misma medida que el dolo la estructura de la finalidad y estos se dividen en clases:

1. Intención.- Que es la meta o finalidad perseguida por la acción típica;

¹⁰⁸ Ibidem Pág., 621, 622.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. La tendencia especial de acción.- Es la tendencia voluptuosa por ejemplo en los delitos de lascivia; y
3. Los momentos especiales del ánimo.- Que van más allá del dolo y que caracterizan el contenido específico de desvalor ético - social del hecho¹⁰⁹.

Nosotros consideramos que: "Los elementos subjetivos se encuentran inmersos en la conducta del sujeto activo, aun cuando la norma jurídica no los mencione, también aseguramos que se encuentran previstos dentro del elemento de probable responsabilidad conocido como dolo, en virtud de lo anterior estos elementos son pequeños eslabones que unen al tipo, con los supuestos jurídicos y en conjunto colman los elementos requeridos por la norma la cual requiere de una conducta determinada".

2.12.6 NEXO DE ATRIBUIBILIDAD.

Para que el resultado de un delito pueda sancionarse, precisa que exista un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido, esta relación existe cuando no se puede suponer suprimiendo la conducta humana sin que deba dejar de producirse el resultado

¹⁰⁹ García, Ramírez, Sergio, y Adato, Green, Victoria, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO, Editorial: Porrúa, México, 1999, Pág., 337.

concreto, por lo que de nueva cuenta aseguramos que el nexos causal esta integrado por la voluntar, movimiento corporal u omisión a este, y el resultado. En relación a este elemento doctrinalmente hablando diremos que:

Para Mezguer, el concepto de causalidad es un concepto lógico y no jurídico, por constituir una forma el conocer, que debe ser entendida como "categoría", esto es, como una posición de la actividad de pensamientos por medio e la cual se trata de comprender las conexiones dentro del mundo de la experiencia"¹¹⁰.

Para Amuchategui Requena, con relación al delito de aborto hace referencia y nos indica que: "Entre la conducta típica y el resultado debe existir un nexos que los una y que haga que el resultado sea consecuencia de la conducta (causa). Se puede presentar una conducta, por ejemplo: Haber una sustancia abortiva (té de perejil), y ocurrir el aborto, pero que éste obedezca a diferente causa. Mediante pruebas periciales, deberá demostrarse la existencia del nexos causal"¹¹¹.

¹¹⁰ Mezger, Edmundo, TRATADO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1955 - 1957, Traducción por: José Arturo Rodríguez Muñoz, Tercera, Edición, Barcelona, 1984, Pág., 95.

¹¹¹ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 168.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Díaz de León, "Como delito de resultado material que es el aborto, el establecimiento de que el mismo se ha consumado depende de la producción del resultado típico: que se ha causado a muerte del feto. De esta manera la conducta y el resultado típico no se hayan desvinculados, sin conexión de causalidad, sino que han de tener una cierta yuxtaposición recíproca para que el resultado pueda ser imputado a su autor o participe como consecuencia de su acción. Así el nexo causal es el producido entre la acción efectuada por el inculpado en congruencia con los elementos establecidos en este artículo y el resultado típico debidamente comprobado en el proceso penal"¹¹².

"Para nosotros, queda acreditado que existe nexo de causalidad directa inmediata entre la conducta desde el momento en que queda plenamente comprobados los medios idóneos con lo que se lleva cabo la muerte del producto de la concepción consecuencia natural y razonable de la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, y la afectación al bien jurídico tutelado por la norma penal que es la vida de las personas, en este caso desde antes del nacimiento, existiendo una correspondencia plena directa y que el resultado es objetivamente atribuible al sujeto activo del delito".

¹¹² Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 621.

2.12.7 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos son aquellos que unidos en su conjunto presuponen una valoración, en estos elementos se encuentran distinciones, sobre todo en elementos con valoración jurídica, y elementos con valoración cultural, también existen distinciones cuando una valoración es amplia y esta le deja al juez la posibilidad de valoración consecuentemente muy amplia al grado que el aplicador del derecho necesite de complementación valorativa, tal valoración es necesaria para poder captar su sentido. Con relación este elemento tenemos que autores reconocidos opinan que:

Sergio García Ramírez, "Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del interprete o del juez que ha de aplicar la ley"¹¹³.

Jiménez de Asúa, nos dice que: "Para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implica juicios normativos obre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada"¹¹⁴.

Para nosotros, "se acreditan desde el momento en el que el sujeto activo provoca la muerte del producto de la concepción, utilizando medio idóneos para

¹¹³ Ob., Cit., García, Ramírez, Sergio, y Adato. Green, Victoria, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO, Pág., 335.

¹¹⁴ Ob., Cit., Jiménez, de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Pág., 80.

poder obtener el resultado, esto se desprende en virtud de que el sujeto activo del delito efectúa actos tendientes a producir la muerte del producto de la concepción, el cual no puede oponer resistencia a los actos que se producen en mismo*.

2.13 PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Como hemos dicho, en temas anteriores, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto, que de este modo resulta señalado, constituyen nociones básicas Constitucionales, e inclusive del procedimiento Penal Mexicano. El proceso entero se basa en la acreditación de ambos elementos,

Cabe señalar que a partir de la reforma de 1993, como relevo a la noción de cuerpo del delito, por el concepto de elementos del tipo penal, se reviso la versión de la probable responsabilidad en la ley secundaria. Así es como en el Código de Procedimientos Penales se incluyo entre los elementos del tipo penal la forma e intervención de los sujetos activos y señaló que para poder resolver sobre la probable responsabilidad de los inculpado la autoridad deberá cerciorarse si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de litud además que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Debido a lo antes expuesto en y para reafirmar lo referido en análisis anteriores, es necesario recordar que la probable responsabilidad en un delito

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

depende de la interpretación a contrario sensu del artículo 15 del Código Penal para el Estado de México, en donde la conducta desplegada por el sujeto activo deberá estar provista de dolo. Atento a lo anterior los autores, en relación al delito de aborto indican que:

2.13.1 DOLO.

Para Amuchategui Requena, "En este delito existe un presupuesto básico, es decir, de una situación especial necesaria, para que pueda existir el delito. En el caso del aborto, el presupuesto básico es el estado de preñez. Así puede realizar maniobras abortivas y dolosamente querer matar al producto y expulsarlo,

El dolo se manifiesta con la acción de querer el resultado que es dar muerte al producto; y tratándose de comisión por omisión, refiriéndose a un no hacer obteniendo los mismos fines.

En el caso de la culpa, esta se pone de manifiesto cuando por imprudencia de la mujer, se expulsa al producto, en este caso existe una acción pero es accidental y no se desea el resultado"¹¹⁵.

¹¹⁵ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 167.

Díaz de León, en su obra nos refiere que: "Siendo el aborto un delito de resultado material e instantáneo, el mismo se consuma en el momento preciso en el que se ocasiona la muerte del producto de la concepción con la correspondiente interrupción del embarazo. La muerte del feto puede producirse en el seno materno o causando su expulsión"¹¹⁶.

"Para nosotros la probable responsabilidad se acredita con la existencia del dolo directo, entendiendo este como el hacer y querer, en razón de que la conducta consiste en que el sujeto activo del delito tiende a realizar medios idóneos para lograr la muerte del producto de la concepción, entendiéndose por estos cualquier medio idóneo el cual trae como consecuencia la muerte del producto, esto se desprende además, de la propia mecánica del evento, ya que para que el activo lleve a cabo la conducta de dar muerte al producto, debe de tener en sus manos la posibilidad de poder frenar o concluir el acto, siendo este último, el objeto final de su conducta, por lo que la conducta se puede calificar como dolosa".

¹¹⁶ Ob., Cit., Díaz, de León, Marco, Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, Pág., 627.

2.13.2 FORMA DE INTERVENCIÓN.

Para Amuchategui Requena "En el delito de aborto se pueden presentar todas las clases de participación"¹¹⁷.

Nosotros en relación a este elemento manifestamos que: " la forma de intervención puede ser de diversas clases y estamos de acuerdo con lo manifestado por el autor, agregando que desde el momento en que se ponen en práctica los medios idóneos para llevar a cabo el delito en comento estamos ante la participación o forma de intervención del sujeto activo del delito".

2.13.3 ANTIJURIDICIDAD.

Se refiere a la posibilidad de comprensión de lo injusto, esto quiere decir que el autor culpable del hecho concreto, puede estructurar en lugar de la conducta antijurídica. En relación a este elemento los doctrinarios nos manifiestan que:

Para Celestino Porte Petit, "Este elemento se desprende de la interpretación de que se haga a contrario sensu, del artículo 15 del Código Penal;

¹¹⁷ Ob., Cit., Amuchategui, Requena, Irma, Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 176.

pero además de una interpretación en el mismo sentido del párrafo penúltimo del artículo 122 del Código Adjetivo en la Materia, que exige para la comprobación de la probable responsabilidad, que no exista acreditada a favor del inculpado alguna causa de licitud, y de no ser así la conducta se tendría como ilícita (antijurídica)¹¹⁸. Para efecto del estudio de nuestro tema sería el artículo 121 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Para Amuchategui Requena, "El hecho realizado debe ser antijurídico, o sea, que, siendo típico, no este el sujeto protegido por alguna causa de justificación"¹¹⁹.

"Para nosotros el elemento de la antijuricidad se encuentra plenamente manifestada desde el momento en el que el sujeto activo de la acción no se encuentra amparado por alguna causa de justificación, o de exclusión del delito que tornara ilícito su comportamiento, y por ende se integra el injusto penal del delito de aborto".

¹¹⁸ Ob., Cit., Candaudap, Porte, Petit, Celestino, DOGMÁTICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL, Pág., 406.

¹¹⁹ Ob., Cit., Amuchategui Requena Irma Griselda, DERECHO PENAL Curso Primero y Segundo, Pág., 338.

2.13.4 CULPABILIDAD.

Para comprobar tanto la plena como la probable responsabilidad de inculpado, es menester que existan datos que, en el primer caso acrediten plenamente la culpabilidad, y en el segundo caso hagan probable la culpabilidad, además en ambos casos: que no se acredite a favor del inculpado ninguna causa de licitud. En este apartado figuran opiniones de la doctrina respecto de la culpabilidad.

Para José Manuel Gómez Benítez, nos refiere que: "Suele coincidirse en que "imputabilidad penal", significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión. Algo así como una capacidad de autodeterminarse a favor o en contra de las normas penales. En este sentido, puede concluirse que "juicio de imputabilidad", significa "juicio de autorresponsabilidad". Así entendido, el presupuesto de la culpabilidad sería la constatación, de una muy elemental libre determinación de la voluntad"¹²⁰.

Welzel, denomina "capacidad de culpabilidad" (imputabilidad), en la que se traduce como "capacidad de autor y contiene los siguientes elementos:

¹²⁰ Gómez, Benítez, José, Manuel, TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO, DERECHO PENAL. Parte General, Editorial: CIVITAS., S. A., España, 1984. Pág., 696.

- a) Capacidad de autor.- De comprender lo injusto de hecho; y
- b) De determinar.- La voluntad conforme a esta comprensión.

La capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo (intelectual), y uno de voluntad (volitivo): la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme a sentido)¹²¹.

Para nosotros, la culpabilidad se acredita desde el momento en que el sujeto activo del delito ha desplegado la conducta antijurídica con capacidad psicológica para conocer lo antijurídico de la misma o actuó bajo un error de tipo o prohibición invencible o haber realizado la conducta construyendo su probabilidad de autodeterminarse para adecuar su conducta a la norma antepuesta al tipo, entonces su conducta no sólo es antijurídica sino también probable culpable".

A continuación de nueva cuenta estudiaremos los elementos del cuerpo del delito en un segundo análisis dogmático para la mejor comprensión del delito de aborto.

¹²¹ Ob., Cit., Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN PARTE GENERAL, Pág., 181,182.

2.14 CLASIFICACIÓN DEL DELITO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ABORTO.

I.- POR EL SUJETO ACTIVO.

A.- POR SU CALIDAD.

Común e indiferente.

Toda vez que de la descripción legal se advierte que el sujeto activo del aborto puede serlo cualquier persona física, pues la ley no precisa si debe serlo alguien con calidades especiales; sin embargo cuando se estudie la clasificación del delito de aborto, se vera que en cada tipo la propia ley determina quien puede ser el sujeto activo en cada caso. Por ahora de manera genérica, cabe decir que en el aborto cualquier persona puede ser sujeto activo.

B.- POR SU CALIFICACIÓN.

1. *Necesaria.*

Surge la calificación cuando de la naturaleza misma surge la conducta prohibida, es decir, la misma mujer puede provocar el ilícito en comento sin ayuda externa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- Legal.

Cuando el ilícito es perpetuado por ascendente, descendente o cónyuge.

C.- SEGÚN EL NÚMERO POR EXIGENCIA LEGAL.

Plurisubjetivo.

En virtud de que por lo regular al encontramos ante un aborto procurado es evidente tanto de la participación de la madre, el médico enfermeras, anesthesiólogo etcétera.

D.- SEGÚN SU COMPORTAMIENTO.

1. *Ocasional.*

En el supuesto de la mujer.

2. *De Habito.*

En el supuesto de los profesionistas o comadronas que se presten a realizarlo.

E.- SEGÚN LA FINALIDAD QUE PERSIGUE.

1. *Intencional.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se determina de esta manera cuando se lleva a cabo la conducta delictuosa por parte de los activos (mujer, médicos etcétera).

2. Imprudencial.

Cuando el aborto es producto de situaciones patológicas o bien accidentales por parte de la madre, sin haber maquinado el accidente cuando este sea el caso.

II.- POR LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA.

A.- MOVIMIENTO CORPORAL.

1. De acción

Por que atenta contra la vida del producto de la concepción, siendo la muerte de este el elemento integral del delito de aborto, propiciada por elementos y procesos externos cuando hablamos de este delito en términos generales. Es decir, la conducta es privar de la vida al igual que en el homicidio y se manifiesta cuando se realizan actos tendientes para lograr el aborto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. De omisión.

Es de omisión cuando mediante abstenciones de un "no hacer", se logre el aborto, por ejemplo, el no tomar el medicamento necesario para afianzar al producto, abstenerse de ingerir alimentos etcétera.

B.- POR SU CONSUMACIÓN.

Instantáneo.

En virtud de que se consuman en el momento en que sobreviene la muerte del feto. Es igualmente un delito material, pues la cesación de la vida del feto es un acontecimiento que produce una mutación en el mundo exterior al agente.

C.- SEGÚN LA POSIBILIDAD DE FRACCIONAMIENTO EN ACCIONES O ACTOS.

Unisubsistente.

En virtud de que la acción en este caso es procurar la muerte del feto en cualquier momento de la preñez, y se agota en un solo acto.

Plurisubsistente.

Por que la acción requiere de varios actos para su agotamiento, como ejemplo podemos señalar, los medicamentos que deben de introducirse en el cuerpo de la madre, a fin de provocar contracciones prematuras y la matriz expulse el producto.

III.- EN CUANTO AL SUJETO PASIVO.

Personal.

El cual recae en el producto de la concepción impidiéndole continuar su proceso natural, provocándole la muerte.

IV.- POR SU RESULTADO.

Material.

Por que la cesación de la vida del feto es un acontecimiento que produce una mutación en el mundo exterior.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V.- EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO TUTELADO

A. POR EL NÚMERO DE BIENES JURÍDICOS.

Simple.

En virtud de que el bien jurídico tutelado es la vida del producto de la concepción.

B. POR LA FORMA DE AFECTACIÓN.

De daño.

Según Cuello Calón, "son aquellos que con su ejecución, causan un daño directo y efectivo, en intereses o bienes jurídicamente tutelados por la norma violada. Son la mayoría de los delitos sancionados en el Código Penal"¹²².

López Betancourt, Los clasifica según el daño que causan y nos dice que: "El aborto es un delito de lesión, en virtud de que el agente al consumir la conducta delictiva, de aborto, causa un daño directo, que es la muerte del feto"¹²³.

¹²² Ob., Cit., Cuello, Calón, Eugenio, DERECHO PENAL. Parte General, Pág., 226

¹²³ Ob., Cit., López, Betancourt, Eduardo, DELITOS EN PARTICULAR, Pág., 184.

**VI.- POR SU ESTRUCTURA EN BASE AL CATALOGO DE TIPOS EN LA
PARTE ESPECIAL.**

A.- PARTE ESPECIAL.

Fundamental.

En cuanto a la primera parte del artículo 248 en virtud de que el tipo no contiene algún supuesto que implique la agravación o bien la atenuación de la pena.

B.- POR SU AUTONOMÍA.

1. Básico.

Como lo hemos señalado en el inciso anterior es un delito básico por que no contiene supuestos jurídicos que agraven o atenúen la pena esto según el artículo 248 del Código Penal para el Estado de México.

2. Complementarios (Agravados o Atenuados).

En lo que respecta a la parte final del artículo 248 en comento se trata de un delito complementado cualificado de aborto, es decir, cuando se establece que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

si se obra sin consentimiento de la mujer embarazada. La pena será de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a cuatrocientos días multa.

Así mismo en la fracción II, de este mismo ordenamiento se establece cuando se obra con el consentimiento de la madre. La pena será de uno a cinco años de prisión y de treinta a doscientos días multa.

De la misma manera en la fracción III, encontramos el agravante cuando la fracción nos refiere que si se emplea violencia física o moral. La pena será de tres a Ocho años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Como podemos notar, el tipo describe claramente los elementos de los que debe de estar revestido el delito de aborto, en sus diferentes modalidades, siendo sus elementos principales:

- a) que la mujer este embarazada;
- b) Que el producto de la concepción se encuentre vivo; y
- c) Que exista un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado.

C.- POR SU FORMULACIÓN.

Casuística.

Con medios legalmente limitados o de formulación casuística.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D.- EN CUANTO A SUS ELEMENTOS.

Alternativos.

Alternativamente formado en cuanto a los medios de ejecución, ya que puede realizarse por medio de la vis absoluta o vis compulsiva. Esto quiere decir, que se puede llevar a cabo con el consentimiento o no de la mujer en donde se puede utilizar la fuerza física o la fuerza moral a fin de poder realizar la conducta delictiva.

VII.- EN CUANTO A SU PERSECUCIÓN.

Oficio.

VIII.- EN CUANTO A LA MATERIA.

Común.

En relación al ámbito de validez de la ley penal debemos distinguir tres ordenes desde los cuales puede contemplarse la exacta aplicación de la norma y estos son:

- a) Común;
- b) Local; y
- c) Federal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De esta forma podemos decir que el delito de aborto se encuentra determinado dentro del orden común, también conocido como local u ordinario. Dado el sistema Federal Mexicano, cada Entidad Federativa legisla en materia penal; así, existirán delitos y normas procesales con diversas características, según el Estado donde ocurran aquellos.

Así es como damos por terminado este capítulo y continuamos con relación al delito de aborto las formas y modos como se puede llevar a cabo y las consecuencias que de este se desprenden.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO TERCERO.

ABORTOS IMPUNES, MÉTODOS ABORTIVOS Y SUS CONSECUENCIAS.

3.1 ABORTOS IMPUNES.

El código penal para el Estado de México, dentro del capítulo V relacionado al delito de aborto, en el artículo 251 enumera cuatro distintas formas de aborto declarándolas no punibles, para quedar como sigue:

*Artículo 251.- 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;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III Cuando de no provocarse el aborto, 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; y

IV Cuando a juicio de dos médicos exista prueba suficiente para diagnosticar que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de la madre*.

En virtud de lo anterior analizaremos cada supuesto a fin de poder determinar el por que de dicha impunidad.

3.2 ABORTO CAUSADO SÓLO POR IMPUDENCIA DE LA MUJER EMBARAZADA.

Esta causa especial de impunidad, derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos culposos, se funda en la consideración de que cuando la mujer, por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudar sus esperanzas de maternidad.

La frase "sólo por imprudencia de la mujer", que emplea el texto legal, es oscura; una estrecha interpretación literal llevaría a la absurda conclusión de que cuando en un aborto coexisten imprudencias de la mujer y de terceros, la una y los otros deban de ser considerados como responsables del delito.

Es importante hacer notar que no siempre es posible prevenir algún accidente, pues como sabemos existen enfermedades causadas por algún virus.

3.3 ABORTO CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN.

"Tampoco el ordenamiento jurídico en la época actual 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 repulsión a su violador, al acto jurídico por el perpetuado y a las consecuencias que éste ha dejado en sus entrañas, procura su aborto o consiente en que otro se lo produzca. Estos lacerantes sucesos acontecieron con gran frecuencia durante la Primera Guerra Mundial en ocasión de que los soldados, a impulso de su barbarie, forzaban a las mujeres nacionales de las tierras invadidas"¹²⁴.

¹²⁴ 9 "Esta forma de aborto ha sido puesta en actualidad, anota López Rey (EL DELITO DE ABORTO EN ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA, BOLETÍN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE MÉXICO, AÑO XVII, ENERO - ABRIL, 1964 No. 49, PÁGS., 61 a 62), por la

Los tribunales de Francia decretaron siempre la absolución de las procesadas, aunque sin establecer en sus sentencias fundamento jurídico correcto de sus absoluciones.

Aparece por primera vez en el artículo 112 del proyecto de Código Penal Federal Suizo de 1916, para el caso de violación o de atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, o en caso de incesto, y figura así mismo en los proyectos checoslovacos (artículo 55) y chileno (artículo 92).

A partir de 1930 algunos códigos penales en México, siguiendo el ejemplo del anteproyecto del Código Penal Suizo de 1916, incluyen en su articulado sendos preceptos que permiten el aborto cuando el embarazo fuere el resultado de una violación.

Y en la vanguardia de esta dirección legislativa, háyase el artículo 248 del Código Penal para el Estado de México.

A su vez él artículo 251 del Código Penal para el Estado de México, en sus fracciones I y II nos refiere que: "No es punible la muerte dada al producto de la soldadera de Katanga, la que cometió violaciones incluso sobre monjas y mujeres de edad avanzada; también en la lucha por la independencia de Argelia".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concepción; cuando sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación¹²⁵.

Según Jiménez de Asúa, en la interrupción del embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, hasta noble, pero egoísta, es decir, personal: "esta especie de aborto va transido de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables, significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consentida"¹²⁶.

Cuello Calón refiere que: "Nada puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida"¹²⁷.

Si la fracción II, contemplada dentro del artículo 251 del Código Penal para el Estado e México fuera sancionada no sería fácil fijar a verdadera naturaleza jurídica de la pena establecida. Porte Petit, siguiendo en este punto a Jiménez de Asúa, opina que esta clase se aborto no es punible en razón de constituir una

¹²⁵ Ibidem Pág. 98.

¹²⁶ Ob., Cit., CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, Editorial SISTA, S. A. de C. V. citado por González de la Vega, Francisco, "DERECHO PENAL MEXICANO 19", Edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1983, Pág. 469.

¹²⁷ Cuello, Calón, Eugenio, "CUESTIONES PENALES RELATIVAS AL ABORTO. (¿PUNIBILIDAD DEL ABORTO, O LIBERTAD DE ABORTAR?) S/e, Bosch, Barcelona 1931, Pág., 136.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, pues siendo el embarazo consecuencia de una violación, normativamente no puede exigirse de la mujer la aceptación de una maternidad informante y odiosa que le ha sido impuesta violentamente.

Pavón Vasconcelos, se adhiere a la opinión anterior, al sostener que, doctrinalmente, dentro de la inculpabilidad encuadra en forma perfecta el denominado aborto por causas sentimentales.

Tomando en consideración los tres puntos de vista de estos últimos autores podemos notar que todos coinciden que este tipo de aborto no es punible por causas sentimentales, sin embargo, consideramos que dichos sentimiento en determinado momento son superados, si se proporciona a la mujer en el Estado de México el apoyo psicológico necesario con el cual sería más fácil que pudiese decidir si continúa con un embarazo no deseado o no, tampoco estamos de acuerdo en referirnos a este embarazo como odioso, simplemente es un embarazo no deseado como ya hemos dicho antes.

Atento a lo anterior es necesario hacer notar que la norma en comento no contiene en sí la facultad y calidad del servidor público que debe valorar, decidir y otorgar el consentimiento para que se lleve a cabo el aborto por causa de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

violación, pues tan sólo se concreta a facultar al médico para que determine la viabilidad de dicho aborto.

3.4 ABORTO POR ESTADO DE NECESIDAD O TERAPÉUTICO.

Esta situación no punible es regulada en el artículo 251 fracción III del Código Penal para el Estado de México, que nos indica que el aborto no es punible: "cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del medico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora"¹²⁸.

El ordenamiento jurídico resuelve el conflicto surgido entre dos vidas humanas, con el sacrificio de la del hijo en aras de la madre, pues en tanto que la del primero es una vida embrionaria o en gestación, la de la madre se halla en plenitud fecunda. Cuando embarazada víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de tuberculosis, vómitos incontinentes, afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico artificial con sacrificio del embrión o del feto, la ley mexicana resuelve el conflicto autorizando al médico para que, a su juicio, y oyendo el dictamen de otro facultativo siempre que esto

¹²⁸ Ob. Cit., Cuello, Calón, Eugenio, "CUESTIONES PENALES RELATIVAS AL ABORTO. (¿PUNIBILIDAD DEL ABORTO, O LIBERTAD DE ABORTAR?). Pág. 67.

fuere posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto, pero es aquí precisamente en donde encontramos que nuestra norma penal no regula la calidad con relación a preparación experiencia, etc., que debe tener el servidor público que en determinado momento deba de dar el consentimiento para que dicho aborto se lleve a cabo, sino que la misma norma faculta indirectamente al médico quien es, quien juzga, y determina como y por que debe de llevarse a cabo el aborto, situación que consideramos acertada, pero única y exclusivamente en caso de suma urgencia y no genéricamente como se interpreta en la norma, ya que no siempre el médico o médicos que asisten este tipo de intervenciones son honestos. Encontrando en este tipo de actuaciones innumerables alteraciones reales, es decir, en muchos casos el dictamen del médico o médicos que determinan la viabilidad de un aborto terapéutico es falsa, utilizando el contenido de los supuestos jurídicos en comento, únicamente con el fin de lucrar, situación que también ha traído consecuencias nefastas que incluso han provocado la muerte de la mujer que se somete a este tipo de abortos.

Con relación a la fracción III, del mismo ordenamiento legal nos indica que el derecho, ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que la otra se conserve, ante este estado de necesidad, debe resolverlo protegiendo la vida más importante para a sociedad, que objetivamente es la madre, de la que generalmente necesitan o dependen otras personas, como sus anteriores hijos o familiares.

3.5 ABORTO POR DIAGNOSTICO DE QUE EL PRODUCTO SUFRE ALTERACIONES GENÉTICAS O CONGÉNITAS.

Anomalías congénitas o enfermedades congénitas, enfermedad estructural o funcional presente en el momento del nacimiento. El desarrollo embrionario y fetal puede ser alterado por diversos factores externos como: radiaciones, calor, sustancias químicas, infecciones y enfermedades maternas. Estos agentes externos se llaman teratógenos (del griego teratos, "monstruo" y genes nacimiento), las anomalías genéticas también pueden ser causadas por una alteración genética del feto, o por la acción conjunta de un agente teratógeno y una alteración genética.

"Más del 20% de los fetos mal formados terminan en aborto espontáneo; el resto nacen con una enfermedad congénita. Hasta un 5% de los recién nacidos presenta algún tipo de anomalía congénita, y éstas son causa del 20% de las muertes en el periodo posnatal. Un 10% de las enfermedades congénitas son hereditarias por alteración de un solo gen; otro 5% son causados por alteraciones en los cromosomas"¹²⁹.

¹²⁹ Ob. Cit., ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 2002 1993 - 2001 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

3.5.1 CAUSAS GENÉTICAS.

Algunas anomalías genéticas presentan síntomas evidentes ya en el momento del nacimiento. Pueden ser causadas por mutaciones de un gen, o de varios genes (herencia poligénica), o por alteraciones cromosómicas complejas. Muchas enfermedades se heredan de modo recesivo: ninguno de los padres padecen la enfermedad pero ambos son portadores del gen causante de ella. Cuando ambos padres presentan un gen dominante A y un gen recesivo a, sus descendientes pueden heredar una de las cuatro posibles combinaciones: AA, Aa, aA, o aa si el gen recesivo a transmite la enfermedad, existe un 25% de probabilidades de que cada hijo éste enfermo. En otras anomalías congénitas la presencia de un solo gen recesivo produce la enfermedad.

3.5.2 AGENTES EXTERNOS.

En torno a un 10% de las anomalías congénitas están causadas por factores externos. Se demostró con los efectos de la radiación con la gran incidencia de malformaciones en los hijos de las japonesas embarazadas expuestas a las bombas atómicas de 1945, así como en las gestaciones sometidas a radioterapia. El riesgo para el feto es menor en las radiografías utilizadas para la elaboración de diagnósticos; no obstante, los radiólogos recomiendan realizar sólo las necesarias durante el embarazo. Someter a una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

gestante a temperaturas elevadas (como la de un baño muy caliente), también puede producir anomalías congénitas.

"Se creía que la placenta(órgano de unión del feto a la madre), era una barrera protectora frente a sustancias químicas presentes en la sangre materna. Este concepto condujo a finales de los años cincuentas al nacimiento de muchos niños con focomelia (miembros ausentes de forma parcial o total), debido a la utilización del sedante talidomida. Otros teratógenos conocidos son el alcohol, los anticonvulsivos, los quimioterapéuticos antineoplásicos, la cocaína, el ácido retinoico (tratamiento para el acné), y los antibióticos tetraciclinas y aminoglucósidos (estreptomina, gentamicina, tobramicina). En 1955 se descubrió en Japón una epidemia de parálisis cerebral debido a que las embarazadas consumían pescado contaminado con el producto industrial metilmercurio"¹³⁰.

Diferentes infecciones padecidas por una gestante pueden lesionar al feto. La más típica, la rubéola, la cual puede producir retraso mental, ceguera y/o sordera en el recién nacido. La vacunación de niñas y adolescentes evita que se produzca la infección durante los embarazos futuros de esas mujeres. Otras infecciones que pueden dañar al feto si se producen son el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), la varicela, la toxoplasmosis y la infección por citomegalovirus.

¹³⁰ Ibidem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las mujeres con diabetes mellitus tipo I (insulino – dependiente), mal controlada durante la gestación, puede tener hijos con cardiopatías congénitas y otros problemas. La fenilcetonuria (enfermedad del metabolismo), puede producir polimalformaciones y retraso mental en el niño, si no se controla durante el embarazo.

3.5.3 CAUSAS POLIGÉNICAS Y MULTIFACTORIALES.

Hoy en día no se conocen las causa de las dos terceras partes de las anomalías genética. Se piensa que algunas malformaciones cardiacas y de la columna vertebral son poligénicas, es decir, producidas por la presencia simultánea de varios genes anómalos. Otras anomalías congénitas parecen ser multifactoriales, esto es, producidas por genes anormales que interactúan con agentes ambientales perjudiciales. Algunas mal formaciones se producen con más frecuencia en padres de edades avanzadas; por ejemplo el riesgo de que nazca un niño con síndrome de Down se incrementa con la edad de la madre.

3.5.4 DIAGNÓSTICO Y DETECCIÓN.

Se han desarrollado diferentes pruebas diagnosticas para detectar los genes defectivos y las anomalías fetales. Para algunas enfermedades

hereditarias como por ejemplo: Tay – Sachs, y la anemia de células falciformes se dispone de pruebas para detectar los genes defectuosos en los padres sanos.

Muchas enfermedades congénitas se pueden diagnosticar mediante amniocentesis. En donde se toma una muestra de líquido amniótico que rodea al feto para analizarlo y se cultivan las células fetales descamadas para estudiarlas. Otro método para obtener células fetales consiste en la realización de la biopsia de vellosidades coriónicas. En las células fetales cultivadas se puede estudiar una función concreta o estudiar si ADN para detectar una anomalía congénita. También se puede obtener una muestra de sangre fetal del cordón umbilical.

Existen algunas pruebas diagnósticas menos agresivas que las anteriores. La más utilizada es la ecografía (basada en los ultrasonidos), útil para diagnosticar malformaciones, la edad fetal, los embarazos múltiples y el sexo fetal. Los niveles elevados de alfa – fetoproteína en sangre materna pueden indicar la presencia de una espina bífida ; los niveles bajos pueden indicar síndrome de Down. En la sangre materna de estriol no conjugado y de ganadotrofina coriónica humana.

*Muchas alteraciones congénitas estructurales pueden ser corregidas mediante cirugía. Entre ellas se incluye el paladar hendido y el labio leporino, los defectos de desarrollo de partes del tubo digestivo, las malformaciones cardíacas,

el pie zambo y la escoliosis congénita. El tratamiento de algunas enfermedades hereditarias utilizando la ingeniería genética es un avance reciente que se encuentra en fase de ensayo clínico¹³¹.

De acuerdo con el avance de la ciencia, en la actualidad se puede diagnosticar cuando el feto padece de algún problema congénito o bien genético, por lo que atento a estos descubrimientos científicos en la fracción IV del artículo 251 del Código Penal para el Estado de México, el legislador previene con fundamentos claramente estipulados por el campo de la medicina que se permita el aborto del producto en gestación, sin embargo, al igual que en la fracción II de este mismo ordenamiento legal, no nos refiere la calidad del servidor público que deberá ordenar se lleve a cabo el aborto, en estos casos el médico es autosuficiente para poder determinar mediante estudios que ya fueron especificados líneas arriba, que debe hacerlo sin que tenga necesidad de alguna autorización previa, reiterando que esta situación es lógica, siempre y cuando sea de extrema urgencia, pero que no debe de tomarse en cuenta como un genero, sino como una especie dentro de las probabilidades, y dejar la decisión a un juez de primera instancia, el cual tiene una preparación más amplia para poder determinar y decidir lo procedente en casa caso específico.

¹³¹ Ídem.

3.6 PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS.

De la revisión, valoración y conocimiento de ellos, podrá resultar una correcta a la vez que fundada opinión pericial médica, que indudablemente será un valioso auxiliar para la aplicación de la ley. Podemos dividirlos en dos tipos principales: 1) las sustancias llamadas abortivas; y 2) las maniobras abortivas.

3.7 SUBSTANCIAS ABORTIVAS.

Desde la más remota antigüedad se conocen prácticas abortivas. En un papiro egipcio del segundo milenio antes de nuestra era, aparece un preparado a base de ciertas hierbas y de excremento de cocodrilo, que introducidos en la vagina, provocan el aborto.

De muchas civilizaciones antiguas han quedado testimonios de que practicaban el aborto como medio de preservar la belleza y el atractivo sexual femenino; usaban tanto medios físicos agresivos corporales, como la agresión fetal intrauterina por medio de papiros, hojas de tabaco, sustancias irritantes, drogas, artes mágicas, etc.

Los romanos usaban también una cuchilla o sonda llamada ambrosiectes, además algunas drogas abortivas y diversos castigos corporales. Todas ellas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

provocaban una mortalidad femenina antes de los cuarenta años muy superior a la masculina ya que no existían medios legales ni morales que la evitaran, por lo cual el aborto constituía un verdadero problema.

Las personas que practicaban clandestinamente el aborto, por carecer de los conocimientos requeridos, echaban mano de practicas mágicas, desde el hechizo, hasta la preparación de brebajes, con plantas y substancias que son casi siempre ineficaces, cuando no francamente tóxicas; existe una serie de plantas de uso popular supuestamente abortivas, pero algunas de ellas suelen ser simples emenagogos (que favorecen la menstruación).

La aritoloquia, la encina terrestre, azafrán, perejil, apiolina, cantárida, la mayoría de origen vegetal, como la ruda, la sabina, el cornezuelo de centeno (ergótica), y el zopacle (zoapaxtla), todos ellos tóxicos, y tal vez el más energético el último de los citados.

"Pero en general ninguna de estas substancias producen resultados satisfactorios, sin embargo, no por ello quedan exentas de posibilidades, como son las combinaciones de quinina o zopacle, que si han llegado a producir abortos, al igual que las sales de plomo, arsénico o mercurio, que constituyen venenos minerales que producen profundos trastornos en el organismo de la mujer. En términos generales no se les puede llamar propiamente abortivos; si los

llegan a producir es por la administración de grandes cantidades, que ocasionan grandes intoxicaciones en la paciente¹³².

Como hemos referido en lo general no se logra con estas sustancias el aborto, pero sí trastornos, lesiones o la muerte de la mujer sujeta a estas prácticas.

Las sustancias abortivas las podemos dividir en :

1. **Substancias vegetales:** En donde las más empleadas para producir un aborto son; el cornezuelo de centeno, la ruda, el perejil, apiolina, cantárida, la sabina, la artemisa, el zopacle (zoapaxtle etcétera.
2. **Substancias minerales:** Como el plomo, fósforo blanco, el arsénico, mercurio, etcétera.
3. **Substancias hormonales:** Como los estrógenos.

¹³² Rojas, Nerio. "MEDICINA LEGAL, 12ª., Edición. Editorial: Librería "ATENCO". Pág. 302.

3.8 MANIOBRAS ABORTIVAS.

La maniobra abortiva es un presupuesto lógico del delito de aborto, es el modo de ejecución de propósito de aniquilar al vida en gestación. Las maniobras abortivas, si resultan en ocasiones más eficaces y determinan complicaciones que originan intervenciones judiciales y por lo tanto merecen la consideración médico legal.

Los procedimientos realmente eficaces son los de acción directa sobre el útero. Cualquier excitación, dilatación o estimulación por cuerpo extraño sobre el cuerpo uterino, o bien la ruptura de la membrana ovular, puede producir abortos. Se emplea entonces la introducción de tales cuerpos extraños en el cuello, o dentro de útero, como sondas de hule, tallos de lámina, aspas con filo, y succionadores.

El legrado uterino ha sido la técnica más eficaz para provocar el aborto y es realizado aquí, sí, por médicos quienes clandestinamente prestan este tipo de servicios, sin embargo este se ha visto superado técnicamente por otro procedimiento cuyo empleo se ha generalizado entre los países más avanzados, es el legrado romo con aspiración, llamado VACCUM en Yugoslavia y los antiguos países comunistas, y llamado KARMAN en los países de occidente; el aborto por

el método de aspiración dura sólo diez minutos y actualmente también se practica clandestinamente en nuestro país.

La región genital es desinfectada con una solución antiséptica luego se aplica anestesia local en la Cérvis ("parte posterior del cuello del hombre y de los animales")¹³³, las inyecciones que se utilizan son a base de derivados de novocaína y también contienen medicamentos para prevenir hemorragias, se dilata un poco el cuello del útero lo suficiente para insertar un pequeño tubo de cristal, metal o plástico se une a una botella cuya presión se reduce por medio de una bomba de succión que aspira delicadamente el contenido del mismo, por último con una cucharilla de legra se raspa alrededor del útero para que no quede ningún residuo. Este proceso en los EE. UU., tiene un costo entre cien y doscientos dólares y se practica en todos los hospitales.

"Con esta técnica se necesita menos anestesia que lo normal, y en algunos casos se puede hacer sin anestesia. Los fetos más pequeños pueden ser arrancados y aspirados más fácilmente. En ocasiones la cánula se obtura, sobre todo por la presencia del cordón umbilical en un feto grande, y hay que retirarla y

¹³³ Ob., Cit., Diccionario, Enciclopédico, EL PEQUEÑO LAROUSSE EN COLOR, Segunda Edición, Primera Impresión.

limpiarla, pero por lo regular incluso el esqueleto fetal pasa a través del tubo que es transparente para vigilar la perfección¹³⁴.

Como lo hemos indicado con anterioridad en México su práctica es clandestina, exclusiva de ciertos profesionistas, y su costo es sumamente elevado, bajo pretexto de ser técnica más segura y avanzada. Y esto es cierto, ya que el procedimiento no ofrece ningún peligro, las posibilidades de infección son mínimas y perfectamente controlables, además no existe necesidad de cortar ningún tejido y sobre todo, su práctica no requiere hospitalización. Este sistema de aspiración, sólo puede practicarse dentro de los tres primeros meses de embarazo, ya que el tejido de la matriz no tiene mucha consistencia, pasado este tiempo, se practica el los EE. UU. . la técnica del aborto salino que consiste en llenar el útero con una solución salina que desprende el feto, y la mujer pasa luego por algo similar a un parto para evacuar el útero:

"A últimas fechas en Londres, dos científicos ingleses acaban de conseguir, por medio de los efectos en el sistema reproductor de la mujer, una hormona denominada "PORS TAGLANDIN", lo que se llama la técnica del auto - aborto, este método permite conseguir el aborto en el noventa por ciento de los casos, de manera rápida y sin efectos secundarios para la paciente_ comenta una

¹³⁴ Ob., Cit., Serrano, Limón, Luis "ABORTO LEGAL ¿CRISIS O SOLUCIÓN? S/e, Editorial: Promesa, S. A., México, Pág., 106.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de los científicos _ , esta hormona admite cualquier preparación química, ya sea en gotas, comprimidos o cápsulas, produciendo siempre los mismos efectos provocadores el aborto de una manera natural¹³⁵.

Este descubrimiento constituye, un notable avance científico de la medicina moderna, pero su aplicación práctica aún no es autorizada, y es que se tendrán que hacer nuevos estudios hasta quedar comprobada su utilidad, por otra parte, esta técnica de auto aborto, pensamos que va a encontrar varias trabas a fin de poder llevar a cabo su aplicación, en virtud de que va a producir polémica, aún en los países que legislan la práctica del aborto, pues dada su naturaleza, esta técnica elimina el control y la responsabilidad médica, al proporcionar a la mujer una técnica segura para abortar por sí solas.

Otro método más frecuente consiste en la dilatación del cuello del útero y el raspado de las paredes interiores utilizando un instrumento llamado CURETTE, esta intervención no es únicamente práctica abortiva. Se utiliza para extirpar tejidos anormales o malignos. Se puede usar anestesia general o local. Si el cuello del útero no se dilata fácilmente, se emplea una especie de tapón de gasa que produce la dilatación en un día o dos.

¹³⁵ Neri, Beltrán, Raúl, "ABORTO, CAUSAS Y TRATAMIENTO", Universidad Veracruzana, Facultad de Medicina, Veracruz, 1972, Pág. 31.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La micro cesárea y la histerectomía, han sido otros de los procedimientos abortivos empleados.

"Para provocarse un aborto la mayoría suele recurrir en orden de importancia a:

1. Médicos en un 34%;
2. Comadronas en un 19.6%;
3. A ellas mismas en un 18.8%;
4. A parteras en un 8.41%;
5. A enfermeras en un 4.9%; y
6. A estudiantes de medicina en un 0.41%¹³⁶.

"Entre los métodos más usuales para provocar según su porcentaje destacan:

1. Los legrados o raspados en un 24.6%;
2. La introducción intrauterina de cuerpos extraños, especialmente sondas en un 22.8%;

¹³⁶ Acosta, Mauriclaro, Et Al, "EL ABORTO EN MÉXICO", Editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, Pág. 19.

3. La ingestión de infusiones de diversas hiervas con reputación abortiva, en un 14.4 %;
4. Las inyecciones de soluciones salinas, jabonosas o avinagradas en un 13,9%;
5. Los medicamentos orales en un 6,6%; y
6. Los ejercicios brusco o golpes en un 2.91%¹³⁷.

Estos métodos, con excepción de un legrado bien hecho, suelen ser muy peligrosos, más aún si se recuerda que generalmente son aplicados por manos inexpertas y en condiciones antihigiénicas.

Las consecuencias más frecuentes en estos abortos, son las infecciones y las hemorragias. Se calcula que, de las mujeres que recurren al aborto en México, una tercera parte requiere de hospitalización por complicaciones que más adelante trataremos.

3.9 COMPLICACIONES Y RIESGOS DEL ABORTO.

“Los factores que influyen en que un aborto sea peligroso tanto en el aborto legal como en el ilegal son fundamentales, por lo que se tiene que tener en cuenta lo siguiente:

¹³⁷ Ibidem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 1) La duración o el tiempo de embarazo;
- 2) La preparación del personal que lleva a cabo la intervención;
- 3) Las condiciones sanitarias en que se realizan; y
- 4) El método o la técnica empleada¹³⁸.

Si la interrupción del embarazo se practica durante las primeras semanas de gestación, por personas preparadas y en las condiciones adecuadas supone menos riesgo que el embarazo y el parto. Obviamente la mejor garantía de que el aborto se haga en esas condiciones es que el aborto sea legal. Por el contrario el aborto clandestino es uno de los peligros más graves para la salud y la vida de las mujeres en todo el mundo.

3.10 COMPLICACIONES DEL ABORTO LEGAL.

El aborto en el primer trimestre del embarazo cuando hay suficientes garantías jurídicas y sanitarias es considerada como una de las intervenciones quirúrgicas más sencillas y seguras.

"Entre los países donde el aborto es legal como por ejemplo: Canadá, Reino Unido y Estados Unidos, las muertes por abortos ilegales en la actualidad

¹³⁸ LA CUESTIÓN DEL ABORTO. Publicación Femenina Mensual, (FEM), Año, 14, No. 89, director (a): Esperanza, Brito, de Martí. Editada por Difusión Cultural Feminista, México, Mayo, 1990, Pág. 16.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

prácticamente inexistentes, situándose en menos de fallecimientos por cada mil mujeres en edades comprendidas entre los quince y cuarenta y cuatro años¹³⁹.

Las técnicas utilizadas en el aborto legal constituyen junto con la edad de gestación un factor que se debe tener en cuenta en el momento de valorar el riesgo.

Las complicaciones derivadas de un aborto estarán en relación con las diferentes fases de la intervención tales como: desinfección de la parte a tratar, dilatación, aspiración, legrado, etc), y con el método empleado que puede ser por medio de: solución salina, Pros - taglandinas, etc.

"El seguimiento a largo plazo de 1, 000 mujeres en Suecia mostró una bajísima incidencia apenas del (1.6%), de alteraciones en los órganos genitales (útero y trompas), lo que es muy importante para la futura fertilidad. De hecho en este estudio sólo una mujer tuvo problemas después para tener hijos.

Investigaciones realizadas en Japón demuestran que los embarazos ectópicos (que crecen fuera de la cavidad del útero), no se dan en las mujeres que han abortado¹⁴⁰.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ob., Cit., Rojas, Nerio, MÉDICA LEGAL, Pág., 55.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los problemas más frecuentes que en general no requieren tratamiento médico son:

1. Leves desgarres o heridas en el cuello uterino;
2. Hemorragia más o menos fuerte; y
3. Dolores abdominales después de la intervención.

Las complicaciones más graves pero poco frecuentes son:

- a) Infecciones genitales;
- b) Vaciamiento incompleto de los restos abortivos que pueden quedar retenidos;
- c) Perforación del útero; y
- d) Otros problemas, raros que se producen con técnicas como las prostaglandinas o la solución salina.

No hablas de los posibles problemas derivados del uso de anestesia general por que son los mismos que pueden ocurrir en cualquier otra intervención menor y por que la práctica de abortos tempranos (en el primer trimestre del embarazo), no es estrictamente necesario el uso de anestesia general.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.11 COMPLICACIONES DEL ABORTO ILEGAL (CLANDESTINO).

Todo tipo de aborto, sea accidental, terapéutico, o sentimental está expuesto al riesgo de las complicaciones, pero el aborto que se realiza de manera clandestina por no estar legalizado en nuestro país, este se halla más expuesto; en efecto cuando son provocados estos con maniobras o sustancias abortivas, por la forma inexperta en que a menudo se practican.

"Un cálculo, basado en datos de la Federación Internacional de Planificación Familiar (I. P. P. F.), nos dice que en 65 países asiáticos, del medio oriente y de América Latina, mueren alrededor de 84,000 mujeres cada año debido a complicaciones de aborto clandestino"¹⁴¹.

Por lo regular la mujer encubre la causa del aborto o acude al médico cuando existen ya complicaciones, las formas anatomoclínicas de las complicaciones son:

- a) Locales;
- b) Regionales; y
- c) Difusas.

¹⁴¹ Ibidem. Pág. 58.

Las locales sólo conciernen al útero, cuello, vagina, trompas uterinas; estas complicaciones se presentan por la retención de restos placentarios, traumatismos locales generalmente ocasionados por cuerpos extraños provocadores del aborto, como pueden ser: sondas, agujas de tejer, alambres, quemaduras e irritaciones por líquidos corrosivos inyectados intrauterinamente (agua de jabón), pueden ser también causas las maniobras quirúrgicas (raspado uterino), que no se efectuaron con la debida asepsia. Posteriormente la complicación más frecuente es la hemorragia pues de acuerdo con la intensidad puede darnos una anemia aguda o un shock de tipo hipobolémico.

Una de las complicaciones más frecuentes y peligrosas es la infección que puede ser localizada en el útero y anexos, esta puede ser regional o difusa, así como también puede presentarse una: piometría, absceso uterino, infección periuterina, pelvicielulitis aguda, peritonitis, septicemia que puede difundir la infección a otros órganos, ocasionando embolia pulmonar, absceso hepático, absceso pulmonar insuficiencia renal aguda, piohemia, etc.

Debe hacerse mención también a una de las complicaciones aún frecuentes en nuestro medio y este es el tétanos pues se han presentado casos en que a pesar de los cuidados y tratamientos se da.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Además, de las infecciones, se encuentran las complicaciones por traumatismos producidas por perforaciones uterinas por instrumentos introducidos en el útero, por ejemplo: sondas duras, alambres etc., y que van a producir un cuadro de vientre agudo; además puede haber perforación uterina, durante los legrados uterinos, bien por cucharillas o dilatadores.

Se han presentado casos de gangrena uterina, muerte súbita por embolia gaseosa por inyección intrauterina de agua jabonosa, o de yodo.

Por otro lado, los riesgos inherentes al uso de hierbas, como la ruda, el azafrán, el perejil, apiolina, cantárida, la sabina, comezuelo de centeno, pueden originar graves intoxicaciones que lleven a la muerte, el zoapaxtle que podría considerarse un recurso natural, produce una contracción tetánica de útero que despega al huevo y provoca hemorragias, pero el aborto sólo se produce cuando cesa la acción del zoapaxtle.

Una complicación tardía que puede resultar del legrado como del uso de cánulas de aspiración, es la esterilidad futura de la paciente, debida a endometritis, endosalpinguitis, o pelviperitonitis que resultan por la introducción de tubos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Otra complicación tardía es la repercusión psicológica de la mujer, aunque no es tan tardía, por que muchas veces entra ya a la sala de operaciones en condiciones de culpa, de angustia y de miedo.

Pueden quedar secuelas en el aborto, como dolores persistentes, dismenorreas, esterilidad, trastornos en los próximos embarazos, y por último como hemos dicho secuelas psíquicas, tales como: sentimientos de culpabilidad.

Inclusive en los hospitales mejor equipados y en condiciones optimas de asepsia, la operación siempre reviste ciertos grados de peligro para la embarazada, y éste naturalmente es mayor cuando nos enfrentamos al aborto ilegal, dado que las complicaciones son más frecuentes que en los abortos espontáneos.

*Las complicaciones más frecuentes son las siguientes:

- a. Hemorragias uterinas, que frecuentemente producen anemia aguda y llevan a la muerte;
- b. Lesiones en la vagina, cuello uterino o cuello de la matriz, en este caso perforaciones;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- c. Muerte súbita por inhibición a consecuencia de la dilatación del cuello del útero (en el momento de la maniobra).
- d. Embolia gaseosa por entrada de aire en la inserción placentaria;
- e. Quemaduras por cáusticos o líquidos calientes; y
- f. Infecciones uterinas, peritonitis, septicemia o aún más gangrena¹⁴².

3.12 REPERCUSIONES PSICOLÓGICAS.

La mayoría de las mujeres que se ven afectadas por un problema de aborto, pertenecen al grupo de personas con limitación de recursos, y es difícil por ello que posteriormente a su aborto, acudan con un especialista en la materia y si lo hacen es por motivos diferentes, de modo que expondremos en forma general, observaciones que con respecto al aborto y sus consecuencias psicológicas, se han vertido:

¹⁴² Fernández Pérez Ramón, ELEMENTOS BÁSICOS DE MEDICINA FORENSE, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Serie de Manuales de Enseñanza/12, Secretaría de Gobernación, México, 1975., Pág. 83.

"En los casos de aborto voluntario en los que llega a presentarse efectos psicológicos adversos tales como: Psicosis, neurosis, depresión, intentos de suicidio etc., estos parecen haber sido provocados por más por el conjunto de circunstancias familiares, sociales contrarias al aborto, que por el mismo aborto"¹⁴³.

Si duda alguna en este caso es en el sentido de que, no es en sí el hecho de abortar el motivo por el cual sucedan problemas psicológicos, como lo prueba la decisión de suspender el embarazo; sino a todos los factores que se interrelacionan y que presionan fuertemente en contra de esa decisión de abortar.

Este problema tiene solución, ya que como lo hemos planteado, cada uno de estos factores, el moral, el social, el jurídico etc., son factibles de cambio con una modificación a la aceptación práctica del aborto, como algo natural, y sobre todo que favorezca ala disminución de su práctica clandestina ya de por si problemática a un nivel superior.

"En fecha reciente, y por un grupo de Científicos de la Organización Mundial de la Salud, se ha reconocido que la interrupción del embarazo puede precipitar reacciones psiconeuroticas, o incluso psicoticas en una mujer predispuesta y que

¹⁴³ Sánchez, Cordero, David, Jorge, A., et. Al., EL ABORTO. Un enfoque Multidisciplinario, U. N. A. M., México, 1980, Pág. 43.

la tensión emocional que el aborto provocado despierta en la mujer se puede vincular íntimamente con factores ajenos a la propia interrupción del embarazo: momento de la gestación, gestiones necesarias para la obtención de la preceptiva autorización, tipo de intervención a que es sometida, actitud de las personas que estudian las indicaciones del aborto y de la sociedad en general¹⁴⁴.

Las respuestas emocionales que con más frecuencia se observan en la mujer después del aborto inducido voluntario, no son sólo positivas o negativas, ya que ambas suelen presentarse a menudo simultáneamente en cada persona. Con el tiempo parecen aumentar las positivas y disminuir las negativas.

Se tiene información que el patrón psicológico de las pacientes que solicitan el aborto es:

- 1) Profunda depresión;
- 2) dificultad de obediencia de reglamentaciones y control de impulsos;
- 3) Dificultades sociales; y
- 4) Ansiedad, miedos irracionales y otros.

¹⁴⁴ Ob.. Cit., Landrove Díaz, Gerardo, POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos, y Extranjeros, Volumen LXV, La Habana, 1942. Pág. 113.

Para muchos especialistas reconocidos, toda voluntaria interrupción del embarazo supone una experiencia difícil, con graves riesgos para la salud mental de la mujer. La mayor parte de las mujeres que han sufrido abortos siguen viviendo una vida prácticamente normal y que la reacción psicológica negativa entre la interrupción de su embarazo, es generalmente menos grave que la reacción ante un hijo no deseado.

Es aquí donde una vez más, se reafirma la necesidad de que exista dentro del artículo 251 fracción II y IV, del Código Penal para el Estado de México, la calidad del funcionario Público que deberá otorgar el permiso para poder realizar dicho aborto, esto con el fin de velar por la salud de la mujer, destruyendo la clandestinidad, y así mismo, la prepotencia de algunos funcionarios (Ministerio Público), que en realidad no tienen la preparación necesaria para poder otorgar ese consentimiento, considerando que este papel lo debe desempeñar un juez de primera instancia, el cual cuenta con conocimientos profundos y una mayor preparación dentro del ámbito legal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO CUARTO.

LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA FACULTAD DE PODER OTORGAR LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRACTICA DEL ABORTO, AL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, EN EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1 VÍCTIMA.

La palabra víctima, como vocablo deviene de dos variedades del Latin, "VINCIERE", que se refiere a los animales que se sacrificaban a los dioses y deidades ; o bien VINCERE, que representaba al sujeto vencido; de los anteriores vocablos se derivan los términos en diferentes idiomas. No obstante, la similitud de origen etimológico es clara, pues si en Latin es Vinciere o Vincere, pasa casi idéntico al Español, para convertirse en víctima en Portugués. En Italiano es vittim, en Francés victime y en Ingles victim.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2 DEFINICIÓN DE VÍCTIMA.

En el presente capítulo se dará una noción general de lo que se entiende por víctima del delito; existen infinidad de acepciones de víctimas, enseguida enunciamos algunas de ellas:

Mendelsohn Benjamin, aduce "víctima es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que esta afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso físico, psíquico, económico, político o social así como el ambiente natural o técnico"¹⁴⁵.

Separovic, dice que: "cualquier persona física o moral, que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente, puede considerarse víctima"¹⁴⁶.

Al igual que Mendelshon, Separovic, concuerda en que puede ser víctima una o varias personas y que las consecuencias pueden ser diversas.

Para otros autores el sentido es más restringido; Stancio, nos señala que la víctima "es un ser que sufre de una manera injusta, los dos rasgos característicos

¹⁴⁵ Rodríguez, Manzanero, Luis, VICTIMOLOGÍA, S/e, Editorial: Porrúa, S. A., México, 1988, Pág. 57.

¹⁴⁶ Ibidem. Pág. 58.

de la víctima son por lo tanto el sufrimiento y la injusticia, aclarando que lo injusto no es necesariamente lo ilegal¹⁴⁷.

La Organización de las Naciones Unidas se preocupó por el problema del concepto de víctimas, y tanto en el VI congreso (Caracas, 1980), como en las reuniones preparatorias del VII congreso (Milán, 1985), se planteó que el término "víctima", puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta¹⁴⁸.

La escuela clásica se ocupó del delincuente, pero no se concentró en él, puesto que tras el hecho criminoso se perfila el actor y tras éste su capacidad de obrar. En todo acto jurídico hay seres humanos que realizan o dejan de realizar, pero obviamente una cosa es el delincuente desde el punto de vista del plano técnico - jurídico como sujeto activo del delito y, otra muy diferente su composición humana que piensa, siente y es posible que tenga motivaciones racionales e irracionales, afecciones y defecciones y el todo inmerso en sus creencias y su marco social y cultural que casi siempre lo determina. La ciencia y la técnica, además de lo jurídico, no escapa a ello ve menos al hombre que a su acto.

¹⁴⁷ Soler, Sebastián, EL DERECHO PENAL ARGENTINO, Tomo II, S/e, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1978, Pág. 377.

¹⁴⁸ Ob., Cit., Rodríguez, Manzanero, Luis, Pág. 58.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cesar Lombroso y sus seguidores Enrico Ferri y Garófalo, de la Escuela Positivista Italiana precisaron que el delincuente y el ser humano objeto de investigación, forman un plano indisoluble del campo penal. Manifestaron que en la naturaleza del delito esta la naturaleza del delincuente y la descripción del marco social de pertenencia. Esta escuela no se lo propuso directamente, pero conceptualizó al crimen como una expresión de psicopatía social. De ahí surgió la criminología, la cual se preocuparía de prevenir y combatir con elementos idóneos la anomalía del hombre en sí como el contexto social, pero sin ocuparse de la víctima, la cual también lleva un rol en ese estudio.

Es importante señalar que el enfoque de la víctima desde el punto de vista de la técnica - jurídica forma parte de una disciplina independiente: LA VICTIMOLOGÍA.

La victimología según la definición del primer Simposio sobre victimología, celebrado en Jerusalén, Israel en 1973, es el estudio científico de las víctimas del delito.

Nosotros consideramos que la víctima es el ser humano, producto de un hecho criminal, considerando al hecho como una unidad bio - psicosocial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es necesario hacer notar que no es lo mismo hablar de víctima de un delito que de ofendido de un delito, pues el ofendido es la persona a la que se le reconoce un poder jurídico sobre el bien que constituye la materia del delito y que recibe un perjuicio económico o moral, lo que fundamenta su derecho a la reparación del daño, en cambio, víctima del delito, es el sujeto en el cual recae la acción típica.

4.3 DEFINICIÓN JURÍDICA DE VÍCTIMA.

Las definiciones de corte jurídico, en que se toma en cuenta que el bien afectado esté jurídicamente tutelado, o bien que el comportamiento del victimizador esté tipificado por la ley penal, nos llevan a una Victimología sumamente limitada.

En este tipo de enfoque jurídico, la contribución de la víctima no parece tener relevancia, y lo que distingue a una víctima de una no víctima es la tipificación de la conducta agresora por la ley penal.

Es lógico que no podamos tomar como punto de partida la definición jurídica de la víctima, es decir, no parece válido confundir el concepto de víctima con el de sujeto pasivo del delito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se pueden sufrir serios daños, por conductas no previstas en la ley como delitos, y sin embargo, existir victimización, en este punto nos parece acertada la observación de Stanciu, en el sentido de que lo injusto no es por fuerza lo ilegal.

Von Henting, agrega un elemento al referirse a "personas que han sido lesionados objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos, y que experimentan subjetivamente el daño con malestar y dolor"¹⁴⁹.

"En resumen, desde el punto de vista puramente jurídico una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos"¹⁵⁰.

4.4 VICTIMIZACIÓN FEMENINA.

Una de las formas más comunes de victimización que pueden encontrarse en la sociedad es la de la mujer, que data desde tiempos muy antiguos, formando parte estructural en la mayoría de las culturas, la víctima pueden ser:

¹⁴⁹ Neuman, Elias, VICTIMOLOGÍA, EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONVENCIONALES Y NO CONVENCIONALES. México, Editorial: Cárdenas, 1983., Pág. 42

¹⁵⁰ *ibidem.*, Pág. 44

4.4.1 DIRECTA.

Víctima directa es la persona sobre la quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción.

4.4.2 INDIRECTA.

Se considera víctima de un delito no sólo al que lo sufre directamente, sino que incluye además a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

4.5 ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS.

En relación a los diferentes órganos a los que las víctimas de violación o bien de violencia intrafamiliar pueden acudir, con el fin de obtener orientación para poder resolver el problema por el cual están pasando.

Encontramos en el Estado de México, un órgano gubernamental llamado CAMIS, (CENTRO DE ATENCIÓN AL MALTRATO INTRAFAMILIAR Y SEXUAL),

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

esta dependencia emana del poder ejecutivo, se encuentra ubicado por lo general en las oficinas del DIF (DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA), en donde existe un departamento jurídico que se encuentra previsto de un Ministerio Público, así mismo existe un departamento de psicología atendido por personal competente.

Este órgano Gubernamental, en el Estado de México, trabaja en combinación con la procuraduría General de Justicia del Estado de México, por lo que en cada DIF, como ya lo dije antes existe un departamento jurídico. Esta combinación ha dado como resultado, que en materia de violencia intrafamiliar y sexual, las víctimas puedan ser atendidas con el tacto esencial que el caso amerita, aún más cuando hablamos de delitos sexuales.

Dentro de las funciones en materia de atención que proporciona CAMIS, se encuentran:

- a) Asesoría legal e integración de la averiguación previa por delitos de violencia y otros que afectan la estructura familiar;
- b) Intervenciones en crisis;
- c) Atención psicoterapéutica especializada a víctimas directas y sus familiares;
- d) Atención social canalización a diversas instancias;

- e) Asistencia psicológica durante el proceso legal;
- f) Atención psicoterapéutica a generadores de violencia.

En materia de prevención de estos delitos el CAMIS, ofrece:

- a) Conferencias especializadas en la materia;
- b) Talleres para la prevención del abuso sexual infantil;
- c) Talleres para la prevención de la violencia intrafamiliar y sexual;
- d) Talleres de sensibilización para profesionales del área de salud y educativa;
- e) Curso de formación de monitores para la prevención del abuso sexual infantil.

Como ejemplo del trabajo que se realiza en esta dependencia, transcribiremos lo estipulado entro de un tríptico utilizado en el taller de prevención y abuso sexual infantil.

"El abuso sexual infantil es cuando.

- ❖ Alguien me espía cuando voy al baño , me visto o me baño;
- ❖ Alguien me obliga a tocar el cuerpo de otra persona;

- ❖ Alguien quiere tocar mis partes íntimas (pené, testículos, ano, vulva, pezones, senos nalgas);
- ❖ Alguien me pide que vea películas o revistas con personas sin ropa;
- ❖ Un(a) niño(a) mayor a un adulto me pide que juguemos a tocarnos, mirarnos y besarnos nuestros cuerpos;
- ❖ Alguien me pide que me desvista para que me tome fotografías o película;
- ❖ Otras personas mayores o menores que yo me piden que observe mientras se tocan su cuerpo;

Si cualquiera de estas experiencias me ocurre:

Me puedo sentir triste, inseguro, desconfiado, temeroso, culpable, distraído y ya no tengo interés por realizar mis juegos preferidos o hablar con mis amigos.

Debo saber:

Que no soy responsable de lo ocurrido, pues las otras personas son quienes se aprovechan de que somos niñas y niños y no sabemos cómo actuar.

Es importante que se lo contemos a alguien a quien e tengamos confianza.

Si alguien o nos cree debemos buscar ayuda en otro lugar y con otras personas:

Tu puedes protegerte:

- ✓ Nunca hables con extraños;
- ✓ Cuando vayas a cualquier lugar siempre avisa a tus padres donde y con quien vas a estar;
- ✓ No tomes atajos para ir a tu casa o a la escuela;
- ✓ Cuando estés en un lugar público y necesites ir al baño pide a tus padres, hermanos o adultos que están contigo que te acompañen;
- ✓ Si alguien te quiere no tiene que demostrarte su afecto a escondidas, ni pedirte que guardes el secreto; y
- ✓ No aceptes regalos a cambio e hacer algo que e haga sentir mal y debes guardar el secreto¹⁵¹.

Una vez citado el ejemplo anterior podemos comprender y afirmar la calidad de atención que se da en nuestro estado mexiquense a las víctimas de delitos sexuales, pero preguntando a la médico, que se encuentra a cargo del departamento de psicología en el municipio de Chimalhuacán de nombre María

¹⁵¹ CAMIS. Centro de Atención al Maltrato Intrafamiliar y Sexual, Chimalhuacán, Av. José Ma. Morelos No. 15 Col. Barrio San Pedro. C. P. 54749 Gobierno del Estado de México, Procuraduría General de Justicia del estado de México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Enriqueta Dávalos Duarte, a cerca de la forma n la que se atiende a las víctimas del delito de violación esta nos dijo que:

Existen tres opciones que se pueden seguir en caso de que la mujer violada quedara embarazada y estos son:

- a) Quedar con el producto del acto ilícito si la mujer así lo desea;
- b) Dar al recién nacido en adopción cuando ya no es posible poder llevar a cabo el aborto. En este caso los futuros padres del niño o niña según sea el caso, son investigados minuciosamente a fin de determinar si cumplen con las características necesarias a las que deben de obligarse según la legislación civil, dando prioridad en la adopción a parejas que no pueden procrear por situaciones naturales y a mexicanos.
- c) El aborto legal cuando este es viable, situación que se determina en tiempo a razón de doce semanas aproximadamente, esto con el fin de no poner en peligro la vida de la mujer. Esta situación es valorada ampliamente por médicos, y hospitales que se comprometen a llevar a feliz término el aborto, sin embargo estos profesionistas y la prestación de servicios que de ellos es requerida no se encuentra reglada en ninguna parte; por lo que cuando nos encontramos ante tal situación procuramos subsanar el problema de la mejor manera posible.

También nos indicaron, que no se nos podían dar datos o referencias de los hospitales o de los médicos que prestan este tipo de servicios en virtud de ser información muy confidencial, la cual si sale a la luz traería como consecuencia que el aborto se generalizara, tomando como pretexto que se esta anunciando en algún lugar por algún motivo, en sí la situación sería, que las mujeres con problemas de embarazo y que no devienen de una violación tuvieran la confianza de practicarlo por que es un lugar seguro, con personal técnico especializado para poder realizar a intervención convirtiendo la situación en ilícita. Por lo que de manera muy general sólo refirió que se trataban de hospitales del sector público o privado.

4.6 EL ABORTO CONSECUTIVO AL DELITO DE VIOLACIÓN, INCLUYE EL DERECHO DE ABORTAR EN EL SUPUESTO DE LA MATERNIDAD NO QUERIDA.

Como se ha manifestado en temas anteriores el artículo 251 del Código Penal Para el Estado de México que a la letra dice:

"Artículo 251.- No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- II. Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación;
- III. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; y
- IV. Cuando a juicio de dos médicos exista prueba suficiente para diagnosticar que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de la madre¹⁵².

Como podemos apreciar este derecho se encuentra plenamente reglamentado en casos especiales en los cuales el legislador manifiesta que el delito de aborto no es punible por ende se dan excluyentes de responsabilidad y estos son aún mas notorios en las fracciones II, III y IV del mencionado artículo.

4.6.1 ANÁLISIS CRÍTICO.

Por lo general, cuando pensamos en violencia, tendemos a pensar en imágenes, terribles de guerra, asaltos, motines políticos, y cosas así. Muy poca

¹⁵² Ob., Cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL, (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO).

gente al ser cuestionada sobre la violencia piensa en aquella tan cotidiana que las mujeres padecen día a día.

En nuestro país la mujer es violada en la calle, en el trabajo, en la escuela, en una institución médica y hasta en su casa. No existen espacios físicos donde las mujeres no corran ningún riesgo.

"Las mujeres violadas son de todas las edades, no hay distinción de clase social, nivel escolar, profesión, no importa si son bonitas o no. Pueden ser violadas de día o de noche, casadas o solteras, ricas y pobres, profesionistas o desempleadas. Los violadores cometen la conducta delictiva solos o en grupos"¹⁵³.

No es punible el aborto causado por imprudencia de mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. Así dice a la letra el artículo 251 del Código Penal para el Estado de México en sus fracciones I y II, respectivamente. Referente al delito de violación este ordenamiento penal lo castiga en el artículo 273 del mismo Código Penal en comentario para quedar como sigue:

¹⁵³ Ob. Cit., Neuman, Elias, VICTIMOLOGÍA, EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONVENCIONALES Y NO CONVENCIONALES, Pág., 69

"Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días de multa"¹⁵⁴.

Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.

¹⁵⁴ Ob. Cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL, (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El citar ambos artículos nos invita a la investigación y análisis crítico donde se revela que, ambos preceptos son una arma de dos filos pues: "se requiere de una sentencia condenatoria donde se acredite la violación (la cual implica la tramitación previa de un proceso legal que conforme al artículo 20 constitucional fracción VIII, tendría que ser resuelto, teóricamente, antes de un año), tiempo suficiente para que la mujer que ha sido violada, de a luz".

Actualmente una mujer que resulta embarazada a consecuencia de una violación no obtiene la autorización a pesar de la premisa del artículo 273 del Código Penal, para recurrir al aborto, en virtud de que no existe disposición alguna sobre la autoridad competente para expedir dicha autorización.

En la práctica no existe una instancia decisoria, que otorgue la autorización, en el momento en que la mujer lo requiere, tampoco se manifiesta la institución donde deba de practicarse.

En virtud de lo anterior al no especificar la ley, los procesos requeridos para obtener la autorización indicada, hacen que en la práctica esta autorización no se materialice en hechos concretos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lo que significa condenar a la mujer al llevar a cabo el aborto clandestino o bien asumir una maternidad no deseada, impuesta por la violencia del agresor y sus cómplices.

Lamentablemente una violación es generalmente traumática, dado que se ha sufrido la invasión de la privacidad más íntima. La víctima ha tenido contacto sexual con alguien que la ha tratado inhumanamente y tardará mucho tiempo o quizás toda la vida para poder reintegrarse a la sociedad.

Generalmente la reacción de la víctima posterior al ataque se puede dividir en dos fases: la temprana y la tardía.

En la fase temprana pueden darse dos tipos de respuestas: una en donde hay ansiedad, ideas paranoides, temor, donde la víctima llora y lamenta haber sufrido el ataque. El otro tipo de respuesta se caracteriza por una aparente calma y sangre fría.

En esta etapa, frecuentemente se presentan los siguientes síntomas: disfunción sexual, (funcionamiento irregular de los resultados del ataque sufrido), dificultad en el trato con hombres, rasgos fóbicos, depresión, sentimientos graves de baja autoestima, poca disponibilidad para recibir ayuda terapéutica, intento de suicidio, irritabilidad y alteraciones en apetito y sueño.

En la fase tardía habrá una confrontación emocional profunda con la experiencia sufrida, la persona cambia su estilo de vida, pueden padecerse disfunciones sexuales, frecuentemente se tienen pesadillas relacionadas con el ataque sexual hay temores que alteran el funcionamiento social y puede aparecer una depresión importante de larga evolución.

Por esta razón, es conveniente mencionar al respecto que, cuando se presenta el nacimiento de un hijo no deseado el problema resulta aún más grande. Pues la mujer lo rechaza, culpabiliza y maltrata, y cuando la autoridad competente tiene conocimiento de este tipo de actos, la sanciona sin detenerse a comprender que la misma norma no permitió por la falta de especificación, que se llevará a cabo el aborto, con el cual hubiese tenido menos problemas, y responsabilidades no deseadas.

Por último debemos recalcar que dentro del artículo 251 fracción II del Código Penal para el Estado de México, no se encuentra reglada a la autoridad competente, que en el momento oportuno deba otorgar el permiso a la mujer y a los médicos para que se pueda llevar a cabo el aborto dentro del plano jurídico y con toda la seguridad clínica necesaria, evitando así los abortos clandestinos y posibles consecuencias irreversibles e incluso la muerte por no ser realizado por personas plenamente facultadas para hacerlo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.6.2 PROYECTO DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 251 FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

El artículo 251 no es garantía real que asegure a toda mujer violada y como consecuencia embarazada, que podrá que podrá obtener un aborto dentro de un marco jurídico, y con asistencia médica profesional, como lo requiere el caso.

Es por ello que nosotros proponemos que esta autoridad debe ser un (Juez de Primera Instancia), la autoridad que otorgue la autorización a la mujer y a los médicos que practiquen la intervención quirúrgica, una vez que se haya consignado y radicado la denuncia, pues con esto estamos asegurando que dentro del estudio de la misma esta plenamente comprobado el cuerpo del delito; y no un Ministerio Público que es ante quien se formula la denuncia, y quien tiene límites impuestos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21° que a la letra dice:

"Artículo 21.-La investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público, el cual se auxiliara con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato"¹⁵⁵.

¹⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial: Ediciones Fiscales, Isef., Primera, Edición, Enero, 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si esta facultad quedará en manos del Ministerio Público se estaría violando no sólo este precepto constitucional sino también el 49° del mismo ordenamiento legal que a la letra dice:

"Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo,"¹⁵⁶.

Si se permitiera que el Agente del Ministerio Público determinara con relación al permiso para llevar a cabo el aborto en el caso de violación, estaríamos ante una invasión de competencias, es decir que estaríamos reuniendo dos poderes en una sola persona que sería el Poder judicial en el cual se encuadra al juez de primera instancia y al Agente del Ministerio Público el cual emana del Poder Ejecutivo por lo que vulneraría al artículo 49 Constitucional así como al artículo 21 del mismo ordenamiento legal, en virtud de que como señala este último en su primer párrafo que a la letra dice:

"Artículo 21.-La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial....."¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Ibidem.

Esto nos señala que un juez de primer instancia se encuentra plenamente facultado para poder determinar lo conducente en virtud de que la misma Constitución le delega la facultad de poder decidir además de ser un perito de peritos, es decir su grado de preparación es superior, y aunque al igual que el ministerio público, pueden aceptar recomendaciones de técnicos expertos en la materia (peritos), el Ministerio Público, sólo debe limitarse a consignar por indicios, pero jamás estará facultado para poder imponer una pena como lo puede hacer un juez, el cual recibe esta encomienda del propio Estado.

Por lo que hace a su fundamento, es pertinente aclarar que la naturaleza jurídica del derecho a abortar como norma Constitucional se ha establecido en el artículo 4°, párrafo tercero que a la letra dice:

"Artículo 4° .-Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos....."¹⁵⁸.

Este precepto Constitucional, que en su párrafo tercero, consagra una nueva garantía, la libertad de procrear, otorga un derecho subjetivo público. Pero cabe preguntarse ¿ Quien es sujeto titular de dicha garantía?, ¿ Qué significado tiene el vocablo persona, empleado por el precepto Constitucional?. Las

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Idem.

respuestas a estas preguntas obligan a recordar principios de Derecho Constitucional.

Por lo que respecta a nuestra Constitución los Derechos Subjetivos Públicos son, en términos del artículo 1°, de la misma ley marco, otorgados por ella, no cabe, en modo alguno, suponer la existencia de derechos extra, o supraconstitucionales.

Ahora bien, ¿Quién es la persona, titular de la garantía de decidir, de una manera libre, responsable e informada, sobre el número y esparcimiento de los hijos?. La libertad de procrear consagrada en el artículo 4°, párrafo tercero, de la Constitución Mexicana, garantiza al gobernado, más que la abstención del Estado de intervenir sobre su cuerpo, la libertad de acción. Pero esta libertad de procrear no puede accionarse de manera unilateral, sino que necesita forzosamente el concurso de otro, ya que su ejercicio unilateral contra la voluntad ajena constituiría el delito de violación.

El sujeto del Derecho Público Subjetivo, consagrado por la norma constitucional que venimos citando, no es, en consecuencia en individuo, sino la pareja. Dentro de la sistemática constitucional la toma de decisiones sobre la realización del acto apto para la procreación y sus consecuencias corresponde por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

igual al hombre y a la mujer, tesis que, refuerza con la igualdad sexual establecida por el propio artículo 4° en su párrafo segundo el cual a la letra dice:

"Artículo 4°.-El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia..."¹⁵⁹.

La reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1974, ha llevado a sostener que las normas sancionadas del aborto consentido por la mujer, pugnan por el derecho consagrado por el artículo 4°, actual de la Constitución y por lo tanto, son inconstitucionales. Los términos del problema resultan muy sencillos, si de acuerdo con el citado artículo 4°: "toda mujer tiene derecho a decidir sobre el número de hijos", el hacer uso de un medio para no tenerlos, no puede ser sancionada.

La coacción que supone la sanción, y que obviamente supone una prohibición, sería además, podría pensarse, un medio susceptible de constreñir el ánimo de la mujer para aceptar una maternidad no deseada.

La solución del problema demanda, sin embargo, distinguir la maternidad simplemente no deseada, de la impuesta, para llegar a la conclusión de que la garantía Constitucional protege únicamente la segunda, punto medular de nuestro

¹⁵⁹ Idem.

trabajo. No protege la primera por que el Derecho Público Subjetivo de decidir sobre el número de hijos, se agota en el momento de la decisión después de ejecutada.

La mujer al convenir el tener cópula con el hombre, es decir, al realizar un acto idóneo para embarazarse, ha realizado una acción que la obliga a aceptar tanto el embarazo como el resultado de este acto.

Otra cosa diferente es pues la situación de la mujer sujeto pasivo del delito que, obviamente, no ha querido la conducta, ni el resultado.

Ya que fuera del caso excepcional al que hace referencia el artículo 251 del Código Penal para el Estado de México, en la que declara impune el aborto cuando sea resultado de una violación, no podemos pensar en un aborto que pueda justificarse, por enderezarse a evitar una maternidad no deseada.

En efecto, la mujer, o en su caso la pareja, que realiza cópula se haya en una de las siguientes hipótesis:

- a) Desea la paternidad;
- b) No la desea tomando sus precauciones para evitarla;
- c) No deseándola, confía en que no se produzca.

En el primer supuesto, el embarazo es resultado representado y querido. La obligación de soportar sus consecuencias, se encuentra plenamente justificada por la propia decisión de ella o de la pareja. El conflicto que, excepcionalmente pudiera plantearse entre los intereses de la mujer y el interés del producto de la concepción, de manera que el salvamento de uno requiera del sacrificio del otro, podría resolverse de acuerdo con la norma reguladora del estado de necesidad.

En el segundo supuesto, es decir, cuando la mujer cópula sin desear la maternidad y adopta las medidas idóneas para evitar el embarazo, no justificaría el aborto. La cópula por sí misma, es medio apto para la procreación y el embarazo es simplemente un riesgo que corre la mujer al copular.

En el tercer supuesto, cuando la mujer no desea el embarazo, pero confía en que no se produzca, si el empleo de medios anticonceptivos que resultan ineficaces no autoriza el repudio del embarazo, menos puede autorizarlo el no emplear ninguno.

La decisión libremente adoptada de realizar el acto realmente idóneo para provocar el embarazo, sin el empleo de medios anticonceptivos o empleado medios que no produzcan el efecto requerido, implica, por tanto, la aceptación tácita o expresa, del embarazo. De aquí que el aborto que pudiera provocarse la mujer esté amparado por la garantía de libertad consagrada por el artículo 4°, de

la Constitución Política Mexicana. Su sanción no viola garantía alguna y es, por tanto Constitucional.

Sin duda alguna, la maternidad impuesta, entendiéndose por ésta la que deriva de un embarazo producido sin la intervención del consentimiento expreso o tácito de la mujer, legitimaría Constitucionalmente el aborto.

El aborto consecutivo a la violación, sí incluye el derecho a abortar, ya que el derecho a ser madre, como todos los derechos, se ejecuta con placer, voluntariamente. Los hijos son de la mujer y no del hombre, que sólo piensa en el placer que va a recibir en el acto de la copulación.

Por consiguiente la mujer violada, en caso de resultar embarazada, obviamente no ha decidido libremente y goza del Derecho Público Subjetivo de rechazar el producto del mismo.

Atento a lo anterior y una vez razonado jurídicamente, reitero la propuesta hecha por nosotros líneas arriba en relación a que se adicione al artículo 251 del Código Penal para el Estado de México la facultad única y exclusivamente a un juez de primera instancia, para determinar y ordenar se lleve a cabo el aborto en caso del delito de violación para quedar como sigue:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

***Artículo 251.- No es punible la muerte dada al producto de la concepción:**

- I. Cuando aquella sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada;
- II. Cuando el embarazo sea resultado de el delito de violación ;
- III. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio de un médico que la asista, oyendo éste dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; y
- IV. Cuando a juicio de dos médicos exista prueba suficiente para diagnosticar que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de la madre¹⁶⁰.

"El caso concreto al que se refiere la fracción II, de este ordenamiento, la autorización del aborto será determinada única y exclusivamente por el juez penal de primera instancia al que le sea consignada la averiguación previa, quien contará con cuarenta y ocho horas a partir del auto de radicación para conceder o negar a la ofendida el permiso

¹⁶⁰ Ob., Cit., LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO) Artículo 251.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

necesario para la practica del aborto; este permiso facultará a cualquier médico en ejercicio legal de la profesión para practicarlo. En estos casos el Agente del Ministerio Público, contara con cuarenta y ocho horas a partir de la denuncia para consignar con o sin detenido, la averiguación previa al juez de la causa".

Tomando en consideración esta adición la mujer producto del embarazo no deseado por haber sido víctima de una violación podrá, encontrar con facilidad la forma de poder llevar a cabo dicha intervención sin rebasar las normas penales, haciendo uso de una garantía de libertad consagrada en la Constitución en su favor y ser atendida médicamente por profesionistas expertos en este tipo de intervenciones quirúrgicas, quienes a su vez procuraran perfeccionar las técnicas para llevar a cabo la expulsión del producto con el mínimo de riesgos, y de costos económicos para evitar así al máximo, el desembolso en la mujer violentada.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Conforme a lo dispuesto por esta investigación, nos podemos dar cuenta como semana a semana crece el número de denuncias ante los órganos de investigación en el Estado de México, enfatizando la gravedad del problema que afronta nuestro Estado, de tal suerte que no existen espacios donde las mujeres no corran ningún riesgo de ser violadas. En virtud de lo anterior se pone de manifiesto que las víctimas son de todas las edades, no habiendo distinción de clases sociales, nivel escolar o profesión, no importa si son bonitas o no, si son casadas, solteras o si esta enferma o privada de sus facultades mentales, si ocurre en lugar público o privado, todo esto dando como resultado un incalculable aumento de abortos clandestinos que repercuten directamente en la sociedad debido a las fallas de nuestra legislación.

SEGUNDA.- En efecto aseguramos que el trauma psicológico que se origina en una mujer a raíz de una experiencia abortiva, dadas las circunstancias legales bajo las que se práctica actual y generalmente un aborto, se ponen de manifiesto de una forma u otra a lo largo de toda su vida, la experiencia en sí es traumatizante para la mujer, y que a excepción de ciertos casos que son bien

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

214

atendidos, ella deberá de soportar todo tipo de presiones contrarias a su decisión, pues tiene que llevar a cabo el proceso abortivo, contraviniendo a la ley.

TERCERA.- Esto significa condenar a la mujer al aborto clandestino o asumir la maternidad impuesta por la violencia del agresor. Esto pone de manifiesto la incongruencia de las disposiciones legales, al no determinarse dentro de las mismas la capacidad y facultades bien definidas, con relación al servidor público que deberá cumplir con la función requerida en relación a lo apremiante del caso.

CUARTA.- Por esta razón, propongo se reglamente, en virtud de que el transcurso del tiempo implica riesgos crecientes para la salud de la mujer deba ser un Juez de Primera Instancia (en el mismo auto de radicación), la autoridad que otorgue mediante su decreto el permiso para llevar a cabo el aborto, una vez que se consigne por parte del Agente del Ministerio Público (ante quien se formula la denuncia), y se compruebe el cuerpo del delito de violación.

El hecho de que nosotros propongamos que sea un (Juez de Primera Instancia), la autoridad que mediante auto otorgue a la mujer y a los médicos que practiquen la intervención quirúrgica, una vez que se haya consignado y radicado la denuncia, descansa como hemos dicho en nuestro último capítulo en que por un lado, se asegure que dentro del estudio de la consignación hecha por el Ministerio Público este plenamente comprobado el cuerpo del delito; y en consecuencia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

215

una sola persona que sería el Poder judicial en el cual se encuadra al Juez de Primera Instancia y al Agente del Ministerio Público el cual emana del Poder Ejecutivo, por lo que vulneraría al artículo 49 Constitucional así como al artículo 21 del mismo ordenamiento legal, en virtud de que como señala este último en su primer párrafo que a la letra dice:

Artículo 49.-La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Esto nos señala que un Juez de Primer Instancia se encuentra plenamente facultado para poder determinar lo conducente en virtud de que la misma Constitución le delega la facultad de poder decidir además de ser un perito de peritos, es decir su grado de preparación es superior, y aunque al igual que el Ministerio Público, pueden aceptar recomendaciones de técnicos expertos en la materia (peritos), el Ministerio Público, sólo debe limitarse a consignar por indicios, pero jamás estará facultado para poder imponer una pena como lo puede hacer un juez, el cual recibe esta encomienda del propio Estado.

QUINTA.- Ahora bien, ya que en realidad el artículo 251 fracción segunda, no es garantía real que asegure a la mujer violada y como consecuencia embarazada que podrá obtener un aborto legal. Atento a lo anterior, conviene advertir, que el aborto consecutivo a la violación, si se encuentra incluido en la normatividad en comento como un derecho por parte de la mujer a abortar en este

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

216

tendríamos una segunda opinión que emanaría del juez propuesto, por lo tanto el resultado no se sustentaría únicamente en la opinión de un Ministerio Público que es ante quien se formula la denuncia, y quien tiene límites impuestos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagrados en su artículo 21° que a la letra dice:

Artículo 21.-La investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público, el cual se auxiliara con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Si esta facultad quedará en manos del Ministerio Público se estaría violando no sólo este precepto constitucional sino también el 49° del mismo ordenamiento legal, el cual a la letra dice:

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo.

Si se permite que el Agente del Ministerio Público determine con relación al permiso para llevar a cabo el aborto en el caso de violación, estaríamos ante una invasión de competencias, es decir que estaríamos reuniendo dos poderes en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caso, y además de acuerdo con el artículo 4°. Constitucional, toda persona tiene derecho a decidir sobre el número de hijos, de tal suerte, que el hacer uso de un medio para no tenerlos, no puede ser sancionado. Siendo este último precepto legal, la garantía establecida en nuestra ley marco, la que en realidad garantiza el derecho que tiene la mujer, debido a que en caso de violación es titular individual de dicha garantía Constitucional.

SEXTA.- Por lo anteriormente expuesto, la coacción que supone la sanción, y que obviamente expresa una prohibición, es además, un medio susceptible de constreñir el ánimo de la mujer para aceptar una maternidad no deseada. La solución al problema, demanda, distinguir la maternidad simplemente no deseada, de la impuesta para llegar así a la conclusión de que la Garantía Constitucional protege únicamente a la maternidad forzada, punto medular de nuestro trabajo de tesis. No protege a la maternidad no deseada por que el Derecho Público Subjetivo de decidir sobre el número de hijos, se agota en el momento mismo de la decisión. La mujer al convenir en tener cópula con el hombre, realiza un acto consentido e idóneo para embarazarse, ha realizado una acción voluntaria que la obliga a aceptar tanto el embarazo, como el resultado de este acto.

SÉPTIMA.- Consecuencia diferente es cuando una mujer es el sujeto pasivo del delito que, obviamente, no ha querido la conducta y por ende no acepta el resultado. La maternidad impuesta, entendiéndose por esta, aquella que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

218

deriva del resultado de un embarazo producido por medio de la violencia física o moral, legitima Constitucionalmente el aborto.

OCTAVA.- Por lo tanto de lo anteriormente expuesto quisiera concluir diciendo: A pesar que, toda la interrupción del embarazo, supone un experiencia difícil, con graves riesgos para la salud de la mujer. La mayor parte sigue viviendo una vida prácticamente normal, y que la reacción psicológica negativa ante la interrupción de un embarazo, es menos grave, que la reacción ante un hijo no deseado.

NOVENA.- Por todo lo anteriormente referido pongo de manifiesto mi inquietud y mi lucha por lograr la autorización para reglamentar la practica del aborto, permitiendo de esta manera que se consolide la procuración de Justicia, defendiendo los derechos inherentes a la mujer víctima de violación, e integrándola dignamente a la sociedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA.

- Acosta Mauriclar. Et. Al. EL ABORTO EN MÉXICO. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1976.
- Agustín Martínez José. ABORTO ILÍCITO O DERECHO AL ABORTO. S/c Jesús Montero. Editor: La Habana.
- Amuchategui Requena Irma Griselda. DERECHO PENAL. Curso Primero y Segundo. Colección Textos Jurídicos Universitarios Editorial: HARLA. México 1998.
- Aristóteles. POLÍTICA NICOMAQUEA. 10ª. Edición Editorial: Porrúa. S. A. México. 1982.
- Bacigalupo Enrique. LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO. Editorial Hamurabi. S.R.L. Octubre 1999 Buenos Aires Argentina.
- Cabanelas Guillermo. EL ABORTO, SU PROBLEMA SOCIAL, MÉDICO Y JURÍDICO. S/e, Editorial: Atalaya. Buenos Aires.
- Candaudap Porte Petit Célestino. ENSAYO DEOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Tercera Edición. Editorial: Porrúa S.A. México 1980.
- Candaudap Porte Petit Celestino. DOGMÁTICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL. Editorial: Porrúa. S. A. México 2982.
- Carnelutti Francesco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Argos Cali. sd.
- Cuello Calón Eugenio. CUESTIONES PENALES RELATIVAS AL ABORTO. Barcelona 1931.
- Cuello Calón Eugenio. DERECHO PENAL. 14ª. Edición. Dos Volúmenes Barcelona 1964.
- Cuello Calón Eugenio. CUESTIONES PENALES RELATIVAS AL ABORTO (¿Punibilidad del aborto o libertad de abortar?). S/e Bosch Barcelona 1931.
- De P. Moreno Antonio. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte Especial Tomo II. México. Editorial: Porrúa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De Pando Muñoz Francisco Javier. ANÁLISIS JURÍDICO SOCIAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN. Editorial: Porrúa. S. A. México 1998.

García Marín José Ma. EL ABORTO CRIMINAL EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA DOCTRINA (Pasado y Precedente de una polémica). Editores de derecho Reunidas S. A. Madrid 1980.

García Ramírez Sergio y Adato Green Victoria. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa S. A. México 1999.

Giuseppe Maggiore. EL DERECHO PENAL. EL DELITO. Volumen I. 2ª. Edición Editorial: Temis. Bogotá 1979.

Gómez E. Felipe. EL ABORTO. Escuela Libre de Derecho México 1969.

Gómez Benítez José Manuel. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO DERECHO PENAL. Parte General. Editorial: CIVITAS. S. A. España 1984.

González de la Vega Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. 19ª. Edición. Editorial: Porrúa. S. A. México 1983.

González Blanco Alberto. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. 3ª. Edición. Editorial: Porrúa México 1974.

González de la Vega René. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. S/e. Editorial: Cárdenas.. Editor y Distribuidor. México 1975.

Jiménez de Asúa Luis. TRATADO DE ERECHO PENAL. Editorial: Losada Buenos Aires.

Landrove Díaz Gerardo. POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO. S/e. Bosch. Casa Editorial. S. A. Barcelona. 1976.

López Betancourt Eduardo. TEORÍA DEL DELITO. Tercera. Edición. Editorial: Porrúa S. A. México 1996.

Martínez José Agustín. ABORTO ILÍCITO Y DERECHO AL ABORTO. Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros Volumen LXV. S/e. Editorial: Jesús Montero La Habana. 1942.

Martínez Roaro Marcela. DELITOS SEXUALES. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. S. A. México 1985.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Mezger Edmundo. DERECHO PENAL. Parte General. Editorial: Cárdenas. Editor y Distribuidor. México 1985.

Mezger Edmundo. TRATADO DE DERECHO PENAL. Madrid. 1955 - 1957 Traducción por: José Arturo Rodríguez Muñoz. Tercera Edición Barcelona 1984.

Neri Beltrán Raúl. ABORTO CAUSAS Y TRATAMIENTO. Universidad Veracruzana Facultad de Medicina. Veracruz 1972.

Neuman Elías. VICTIMOLOGÍA. El Rol de la Víctima en los delitos Convencionales y no Convencionales.FALTA INFORMACIÓN.....PIE 149.

Núñez Ricardo C. DERECHO PENAL ARGENTINO. Editorial: Pacífico, Buenos Aires Argentina.

Pavón Vasconcelos Francisco. LECCIONES DE DERECHO PENAL. 3ª. Edición. Editorial: Porrúa. S. A. México 1976.

Pavón Vasconcelos Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. (Parte General). Editorial: Porrúa. S. A. 1995.

Ramos Eusebio. LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE ABORTO COMO DELITO SIN VÍCTIMA. Editorial: SISTA. S. A. de C. V.

Ranieri Silvio Diritto Milano. MANUAL DE DERECHO PENAL. Editorial: Témsis Bogotá. 1975 Versión Castellana Traducido por: Jorge Guerrero sobre Cuarta Edición.

Rodríguez Manzanero Luis. VICTIMOLOGÍA. S/e. Editorial: Porrúa. S. A. México 1988.

Rojas Nerio. MEDICINA LEGAL. 12ª. Edición Editorial: Librería ATENCO.

Romero Rosas Sergio. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL CORPUS DELICTI. Publicaciones U. N. A. M., E. N. E. P. - Aragón. Coordinación de Derecho 1986.

Sánchez Cordero David Jorge. EL ABORTO. Un enfoque Multidisciplinario, Publicaciones U. N. A. M. México. 1980.

Serrano Limón Luis Francisco. ABORTO LEGAL ¿ CRISIS O SOLUCIÓN ? Editorial: Promesa. S. A. de C. V. México.

Soler Sebastián. EL DERECHO PENAL ARGENTINO. Tomo II. S/e. Tipográfica Editora. Argentina. (TEA), Buenos Aires. 1978.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

222

Tenorio Tagle Fernando. 500 AÑOS DE RAZONES Y JUSTICIA. LAS MEMORIAS DE AJUSTICIAMIENTO.

Vannini Quid Iuris ? MUALE DI ESER CITAZIONI PROTICHE IN INDITO PENALE II Delitto di violenza carnale III, Milano. 1949. (Versión Castellana).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

223

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial: Porrúa S. A. México 1972.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Editorial: SISTA. S. A. de C. V. Marzo 1998.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ediciones Guillén 2000. México D. F.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial SISTA. S. A. de C. V. Edición 2000 México D. F. 1989.

Díaz de León Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Editorial Porrúa. S. A. México 2000 Cuarta Edición.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial: Ediciones Fiscales. Isef. Primera Edición. Enero 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

REVISTAS.

De pina Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial: Porrúa. S. A. México 1970.

Diccionario Enciclopédico. EL PEQUEÑO LAROUSSE EN COLOR. Segunda Edición, Primera Impresión.

Esriche Don Joaquín. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Editorial e Impresora Norbajacalifornia. México. 1974.

F. Lara CÓDIGO DE HAMMURABI. Madrid Editora Nacional 1982. Microsoft. Encarta. 2002 Microsoft. Corporation. Reservados todos los derechos.

Fernández Pérez Ramón. ELEMENTOS BÁSICOS DE MEDICINA FORENSE. Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Serie de Manuales de Enseñanza. Secretaría de Gobernación.

LA CUESTIÓN DEL ABORTO. Publicación Femenina Mensual. (FEM). Año 14 No. 89 Director (a): Esperanza Brito de Martí, Editada por: Difusión Cultural Feminista. México. Mayo 1990.

PROGRAMA DE CURSO DE DERECHO CRIMINAL. Editorial: Témsis. Bogotá. 1956.

9 "Esta forma de aborto ha sido puesta en actualidad, anota López Rey (EL DELITO DE ABOTO EN ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA BOLETÍN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE MÉXICO, año xvii, enero - abril, 1964 no. 49, Págs., 61 a 62), por la soldadera de Katanga, la que cometió violaciones incluso sobre monjas y mujeres de edad avanzada; también en la lucha por la independencia de Argelia".

CAMIS. Centro de Atención al Maltrato Intrafamiliar y Sexual, Chimalhuacán, Av. José Ma. Morelos No. 15 Col. Barrio San Pedro. C. P. 54749 Gobierno del Estado de México, Procuraduría General de Justicia del estado de México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

225