



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FISCALÍA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN DE
DELITOS RELACIONADOS CON ACTOS DE
VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL PAÍS

PSICOLOGÍA Y GÉNERO EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA
NIVEL BÁSICO

MÓDULO III
“MARCO JURÍDICO NACIONAL EN LA ATENCIÓN DE DELITOS DE
VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES”

UNIDAD TEMÁTICA 1.
“Derecho Penal con Perspectiva de Género en México”

Autor: Prof. *h.c.* Dres. Enrique Díaz Aranda

Introducción de la perspectiva de género a cargo de: Dra. Alicia Elena Pérez
Duarte y Noroña y Mtra. Dilcya García Espinosa de los Monteros

MANUAL DE LA PERSONA PARTICIPANTE

	Página
PRESENTACIÓN	2
1. LOS FUNDAMENTOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	2
1.1. El cuerpo del delito.....	2
1.2. La probable responsabilidad.....	2
2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	3
2.1. Concepto de derecho penal.....	3
2.2. Conducta típica.....	3
2.3. Antijuricidad.....	7
2.4. Culpabilidad.....	7
3. DELITOS RELACIONADOS CON ACTOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y NIÑAS.....	8
3.1. Delitos contra la moral y las buenas costumbres de los menores de edad.....	8
3.2. Delitos contra la libertad sexual en que las mujeres y las niñas son sujetos pasivos.....	17
3.3. Delitos contra la integridad física y la vida de las mujeres y niñas.....	31
Bibliografía	40

PRESENTACIÓN

El presente documento constituye una introducción general tanto a los conceptos fundamentales de la averiguación previa, como de la teoría del delito, para un mejor análisis de los tipos penales que afectan a las mujeres y a la infancia. En este sentido, la visión aquí contenida constituye una introducción a la problemática que se analizará durante los módulos que impartirá de manera presencial el Dr. Enrique Díaz-Aranda durante la cual se profundizará mucho más en cada uno de los rubros aquí abordados.

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

El Ministerio Público es el representante social que tiene como labor fundamental investigar y obtener pruebas para determinar si el hecho en el que se lesionó un bien jurídico tutelado (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.), es constitutivo de delito, y quién es el responsable del mismo. Lo anterior se desarrollará por el Ministerio Público, fundamentalmente, durante la Averiguación Previa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la Averiguación Previa se sustenta en dos figuras básicas: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, de lo cual nos ocuparemos a continuación.

1.1. El cuerpo del delito

El cuerpo del delito está conformado por elementos objetivos y, en algunos casos, por elementos normativos. Es necesario señalar que la ley no establece qué se entiende por cada uno de estos conceptos y, mucho menos, cuál es su contenido. Lo único que sí está claramente establecido desde la reforma de 8 de marzo de 1999 es que el cuerpo del delito debe estar debidamente acreditado para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal o pueda solicitar, en su caso, la orden de aprehensión al juez.

1.2. La probable responsabilidad

La probable responsabilidad se conforma con: 1) la participación, 2) la forma de comisión dolosa o culposa, 3) la falta de alguna causa de licitud y, 4) la ausencia de excluyentes de la culpabilidad. A diferencia del cuerpo del delito, la probable responsabilidad se puede deducir por el Ministerio Público, es decir, durante la Averiguación Previa el Representante Social no está obligado a demostrar plenamente ninguno de los 4 elementos señalados y los puede inferir de las pesquisas que obtenga durante su investigación. Pese a lo anterior, es muy recomendable acreditar plenamente los 4 elementos de la probable responsabilidad para evitar que, durante el proceso penal, dicha falta de prueba plena posibilite la absolución de la persona señalada como presunta responsable.

Al igual que el cuerpo del delito, el Código adjetivo no aclara qué significan los cuatro elementos de la probable responsabilidad, lo cual nos obliga a buscar su significado y alcances en la teoría del delito. En este sentido, es muy importante conocer cuál ha sido la evolución de la teoría del delito para comprender cuál es la interpretación que se puede dar a los elementos que conforman el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y aplicarlos en la solución de los diferentes supuestos que la realidad ofrece para determinar si son o no constitutivos de algún delito. En este contexto, se propone impulsar una evolución de la teoría del delito en la que incida, de manera preponderante, una revisión transversal desde la visión de género para construir conceptos jurídico-penales realmente equitativos.

Lamentablemente en esta guía rápida no podríamos abarcar la evolución de la teoría del delito y las diferentes soluciones a que puede arribar en un mismo caso, porque nuestro objetivo es abordar específicamente los delitos referentes a la violencia de género contra las mujeres. Afortunadamente, sobre la evolución de la teoría del delito, los alcances de sus conceptos y su ejemplificación con diversos casos reales sucedidos en México, ya he publicado un libro intitulado “Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)”, al cual puede acudir la persona funcionaria interesada en un conocimiento más profundo.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

2.1. Concepto de derecho penal

Desde mi punto de vista, el derecho penal es *el sistema de normas emitidas por el Estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad, a imponer a quienes las realicen.*

2.2. Conducta típica

Los cuatro sistemas de análisis de la teoría del delito desarrollados en Alemania (clásico, neoclásico, finalista y funcionalista) han considerado que la conducta por sí misma es el presupuesto o uno de los elementos del delito. No obstante, desde mi punto de vista ello es un error ya que supondría que estaríamos analizando en todo tiempo la existencia de conductas y de resultados para después volver a analizarla para saber si está prohibida en la ley; es decir, si es una conducta-típica. Por el contrario, cuando intuimos que un hecho puede ser constitutivo de delito, lo primero que hacemos es acudir a las normas para saber si eso está o no prohibido en la ley penal. Ello significa que nuestro análisis no inicia con una conducta prejurídica sino con el indicio de un hecho descrito en la ley como prohibido y eso es la tipicidad entendida como juicio de adecuación de la conducta al tipo.

En conclusión, desde mi punto de vista el primer elemento de la teoría del delito es la conducta-típica, el segundo la antijuridicidad y, el tercero y último, la culpabilidad.

Por otra parte, los pensamientos del ser humano, por sí mismos, no pueden ser sancionados penalmente. De ahí que sólo las conductas humanas pueden ser sancionadas penalmente, sean de acción u omisión. No obstante lo anterior, las prácticas discriminatorias y los patrones socioculturales de maltrato también forman parte del pensamiento humano, y son precisamente los elementos que pretenden señalarse, censurarse y modificarse. La gran mayoría de acciones para lograr esto no son materia del derecho penal sino de otras ramas del derecho e incluso de otras ciencias, pero, siendo el derecho un instrumento que impulsa los cambios sociales y culturales, debe sancionar aquellas conductas típicas que, además de constituir delitos, deben tener una mayor connotación aflictiva por haberse realizado en determinado contexto (en la vía pública o dentro del hogar), con cierta calidad del sujeto activo o pasivo (entre personas vinculadas por lazos afectivos o de parentesco) o de cierto modo (delitos tumultuarios).

En este contexto, al ser la violencia de género en contra de las mujeres un fenómeno que tiene una connotación sistemática que infringe un grave daño, no sólo a quien la sufre, sino a la sociedad toda, por sus altos niveles de agresividad, su origen en concepciones discriminatorias y por la repetición de patrones adversos a la preservación de la dignidad humana, y al desarrollo y evolución armónicos de nuestra colectividad, podría constituir, precisamente, un elemento que eleve la connotación aflictiva de un delito.

La conducta se considera como prohibida por significar un resultado de lesión o de peligro para un bien jurídico tutelado.

Quien realiza la conducta prohibida es el sujeto activo, mientras que el sujeto pasivo es aquella persona o ente jurídico cuyo bien jurídico fundamental fue lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo.

De esta guisa, el sustento más importante de la averiguación previa es determinar si la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado se le puede imputar al sujeto activo. Para realizar dicha labor se debe proceder al juicio de tipicidad, en el cual se deben constatar los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos. Los dos primeros corresponden al cuerpo del delito a que ya hicimos referencia, mientras que los terceros corresponden a la probable responsabilidad.

2.2.1. Los elementos objetivos

Podemos definir a los elementos objetivos de la conducta-típica como aquéllos que se perciben a través de los sentidos y se demuestran científico-naturalmente.

2.2.2. Elementos normativos de la conducta típica

Algunos tipos penales requieren de una valoración cultural o jurídica para establecer si el hecho corresponde o no a la descripción en ellos prevista, los cuales pueden ser: culturales o jurídicos, de los cuales nos ocupamos a continuación.

Elementos normativos culturales

Existen tipos penales que requieren de elementos normativos para cuya integración se debe realizar un juicio valorativo cultural determinado por la ideología y las costumbres de la sociedad en un momento y lugar determinado. Éstos son los denominados elementos normativos culturales.

Resulta importante destacar que las culturas no son estáticas, sino dinámicas, y en función de esta realidad es importante impulsar cambios en los contextos culturales para que los juicios valorativos realizados respecto de un tipo penal tomen en cuenta la dignidad humana y la equidad de género. Desafortunadamente en una gran cantidad de ocasiones los elementos culturales influyen en el legislador o en el funcionario jurisdiccional para que se produzcan normas o prácticas que discriminan y victimizan a las mujeres violentando sus derechos.

Elementos normativos jurídicos

Desde mi punto de vista, los elementos normativos jurídicos se pueden dividir en expresos e implícitos.

Elementos normativos jurídicos expresos

Fue Max Ernst Mayer quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma; es decir, se deben analizar en el tipo. Así, por ejemplo, el elemento “ajeneidad” del tipo de robo es imperceptible a través de los sentidos, se requiere de una valoración jurídica de su *ratio essendi*, la cual, posteriormente, será analizada en “todo su contexto” para fundamentar su antijuridicidad o *ratio cognoscendi*.

Elementos normativos jurídicos implícitos: teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta

Tradicionalmente se ha considerado que los tipos penales no siempre requieren de elementos normativos. De ahí que el legislador mexicano sólo se refiera a dichos elementos para integrar el cuerpo del delito cuando la conducta-típica lo requiera, es decir, cuando hayan quedado plasmados en el tipo de manera expresa. No obstante, desde nuestro punto de vista los elementos normativos también sirven para delimitar el alcance de la descripción plasmada por el

legislador en los elementos objetivos, de ahí que la interrelación entre ambos elementos requiere de un análisis conjunto.

En efecto, existen tipos penales que establecen expresamente elementos normativos, pero para determinar cuál es el radio de prohibición de la norma y establecer si un hecho puede o no subsumirse en el tipo (juicio de tipicidad), se requiere de una serie de valoraciones normativas indispensables para realizar esa tarea pues existen casos que están claramente descritos en el tipo y no por ello necesariamente se pueden considerar como hechos ilícitos (por ejemplo quien lesiona a otro para evitar su muerte) y conductas que no están descritas específicamente en los artículos de las leyes penales y, sin embargo, deben ser considerados como ilícitos (por ejemplo, la conducta de Sergio Mayer de ordenar al grupo de motociclistas entrar al periférico a filmar en la madrugada una película, dando lugar al accidente donde murió Edgar Ponce, o bien, la conducta de un tercero que incita constantemente a un hombre en estado etílico a golpear a su esposa por no obedecer sus indicaciones). Por ello, considero que los elementos normativos pueden ser expresos e implícitos, estos últimos están conformados por una serie de criterios sustentados en el Derecho positivo y que se agrupan bajo el nombre de Teoría de la Imputación Normativa del Resultado a la Conducta de la cual ofrezco una amplia exposición en mi libro “Teoría del delito (doctrina jurisprudencia y casos prácticos)”

El fundamento legal para la aplicación de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta lo encontramos en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala que para la integración del cuerpo del delito se deberá atender a los elementos normativos cuando el tipo así lo requiera. Con esta expresión no sólo se debe atender a los elementos normativos expresos en el tipo, pues el legislador mexicano utilizó el término “requerir”, y eso es lo que ocurre en varios supuestos en los que no tenemos certeza si el resultado se le puede atribuir a la conducta del sujeto, y por ello es necesario atender a criterios normativos que nos ayuden a delimitar los alcances del tipo.

2.2.3. Elementos subjetivos de la conducta-típica

Los elementos subjetivos de la conducta típica son el dolo y la culpa. Sin embargo, determinados tipos penales requieren de elementos subjetivos específicos.

Dolo

El dolo es el conocimiento de todas las circunstancias del hecho y la intención de realizar la conducta conforme a dicha percepción. Existen tres clases de dolo: directo, indirecto y eventual.

Aunque el Código adjetivo establece que el Ministerio Público está facultado para deducir el dolo del sujeto activo, es muy recomendable dejar sentado durante la averiguación previa cuál era el dolo del indiciado, pues la omisión de ello puede generar diversos problemas en la consignación y en la posible absolución del procesado que en la realidad cometió un delito.

Culpa

La provocación de un delito por culpa, entraña la infracción de un deber de cuidado ordenado en una ley vigente y establecido específicamente para evitarlo. En este sentido, es importantísimo señalar en el pliego de consignación cuáles fueron los preceptos infringidos.

Elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo

Determinados tipos penales requieren de especiales ánimos, fines o intenciones para su configuración. En estos supuestos, también, es importante dejarlos plenamente acreditados desde la Averiguación Previa.

2.3. Antijuricidad

Un hecho prohibido o ilícito se puede justificar por concurrir alguna causa de justificación, a saber: 1) Legítima defensa, 2) Estado de necesidad justificante, 3) Ejercicio de un Derecho, 4) Cumplimiento de un deber, 5) Obediencia jerárquica y, 6) Consentimiento del sujeto pasivo.

Sólo pueden proceder las causas de justificación que están expresamente previstas en la legislación y para aplicarlas se deben reunir todos los requisitos previstos por el legislador en la concreta causa de justificación.

Es importante destacar que el Estatuto de Roma no exime de responsabilidad a quien comete uno de los delitos que contempla en sus disposiciones aún si éste se cometió por obediencia jerárquica.

2.4. Culpabilidad

La culpabilidad se sustenta en un juicio de reproche que se puede realizar al autor de un hecho que pudiéndose comportar conforme a Derecho decidió contravenirlo.

Para sustentar la culpabilidad debe constatarse: 1) La imputabilidad, 2) La consciencia de la antijuricidad y, 3) La exigibilidad de otra conducta. Si alguno de estos elementos falta, estaremos ante una excluyente de la culpabilidad que anula la probable responsabilidad.

De acuerdo a los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y al artículo 18 constitucional reformado el 12 de diciembre del 2005, las y los adolescentes en conflicto con la ley penal son inimputables en el sentido de que no pueden ser procesados bajo la legislación ni la competencia de órganos jurisdiccionales para adultos, no obstante lo anterior, son responsables de los delitos que cometen debiendo recibir consecuencias jurídicas por ello en los términos de la legislación de justicia juvenil que conforme a derecho

corresponda, y bajo la competencia de las instituciones jurisdiccionales creadas para tales efectos.

3. DELITOS RELACIONADOS CON ACTOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y NIÑAS

Desde mi punto de vista, el análisis del Derecho penal desde una perspectiva de género se ocupa de aquellos supuestos en los que con gran frecuencia mujeres y niñas reciben amenazas o lesiones en sus bienes jurídicos tutelados.

Es importante destacar que el análisis del Derecho Penal con perspectiva de género no sólo observa los tipos penales vigentes que sancionan las conductas referidas, sino que genera un estudio crítico desde la teoría de género sobre la construcción de dichos delitos, buscando reformarlos para erradicar de los mismos aquellos rasgos culturales patriarcales que desde la letra de la ley discriminan, violentan o bien no protegen adecuadamente los derechos de las mujeres.

Desde esta perspectiva, hemos agrupado los delitos que pueden abarcar dicha problemática.

3.1. Delitos contra la moral y las buenas costumbres de los menores de edad

A continuación cito los tipos previstos en el Código Penal Federal, seguido de los comentarios pertinentes.

3.1.1. Corrupción de menores

TÍTULO OCTAVO

Delitos Contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres

CAPÍTULO II

Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil y prostitución sexual de menores.

Artículo 201.- Comete el delito de corrupción de menores, el que induzca, procure, facilite u obligue a un menor de dieciocho años de edad o a quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, consumo de narcóticos, prácticas sexuales o a cometer hechos delictuosos. Al autor de este delito se le aplicarán de cinco a diez años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.

Al que obligue o induzca a la práctica de la mendicidad, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

No se entenderá por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente.

Cuando de la práctica reiterada de los actos de corrupción el menor o incapaz adquiera los hábitos del alcoholismo, farmacodependencia, se dedique a la prostitución o a formar parte de una asociación delictuosa, la pena será de siete a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

Si además de los delitos previstos en este capítulo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de la acumulación.

El sujeto pasivo de este ilícito puede ser una niña, niño o adolescente o una persona con alguna discapacidad intelectual.

El sujeto activo no tiene calidad específica y puede ser cualquier imputable que realice los hechos descritos.

Las conductas penalmente relevantes no abarcan, por ejemplo, al que tiene la relación sexual o lascivo sino al que induce, procure, facilite u obligue. En este sentido la inducción implica una influencia a través de las palabras, mediante la cual el inductor hace nacer en el menor la resolución de realizar los hechos descritos en el tipo como actos de exhibicionismo, lascivos o sexuales, etc. Por su parte, quien procure o facilita puede ser la persona que pone al alcance de la persona menor de edad los medios o instrumentos para la realización de los hechos antes mencionados, así como quien tiene el local en donde la o el infante los realiza.

El legislador ha tenido especial cuidado para excluir del radio de prohibición de su norma aquellos supuestos de enseñanza o programas públicos referentes a la educación sexual con la única condición de que estén previamente aprobados por la autoridad competente.

La penas previstas en este tipo penal se pueden agravar si se confirma la “corrupción” de la persona menor de edad por haber incorporado a su forma de vida los actos que el legislador describe en el tipo y, por otra parte, se acumularán las penas por otros delitos realizados.

Si vemos con una mirada crítica a este tipo penal, tenemos que resulta discriminatorio referirse a las personas que aún no han cumplido dieciocho años como *menores*, en virtud de que esta acepción es un adjetivo y no un sustantivo, lo cual es improcedente desde la perspectiva de los derechos humanos. La Convención sobre los Derechos de la Niñez omitió dicha acepción, dado que etimológicamente, el término se refiere a aquél que es o que tiene menos que otro agente de la misma naturaleza, lo que da lugar a su utilización como peyorativo para referirse a la infancia. Es por ello que ha sido sustituido por “niño, niña o

adolescente”. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, está buscando erradicar el uso de este término. Tal es así, que en las últimas reformas constitucionales en materia de derechos de la niñez (artículo 4° y artículo 18) no se ha utilizado. Tampoco en la Ley para la Protección de Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes. En la construcción y reforma de estos preceptos UNICEF participó activamente.

Asimismo, definir que el bien jurídicamente protegido es la “moral y las buenas costumbres” resulta violatorio de la Convención Sobre los Derechos de la Niñez, puesto que, en aras del interés superior de la niñez, el bien jurídico que por supremacía se debe proteger es el derecho al pleno desarrollo de las personas.

En este mismo orden de ideas, es necesario separar los supuestos de niñas, niños y adolescentes de aquellos que se refieren a personas con alguna discapacidad intelectual, lo anterior en virtud de que se parte de dos fundamentos esencialmente distintos: la protección de los derechos de personas con discapacidad intelectual obedece a que, dada una patología mental determinada, la persona con discapacidad intelectual no tiene la conciencia del delito del cual está siendo víctima, mientras que la protección de los derechos del infante obedece a la preservación del bienestar de una persona que se encuentra en una etapa inconclusa de su desarrollo para garantizar el buen término del mismo.

En aras del interés superior de la infancia, las instituciones y las familias se encuentran obligadas a proteger a niñas y niños contra la posibilidad de que sean víctimas de algún delito. Dicha inconclusión en el desarrollo de la niñez en manera alguna representa una incapacidad mental o de otro tipo.

Por último, el legislador debe tener un especial cuidado en no crear tipos penales que criminalicen a la pobreza. En un país en donde existen más de cincuenta millones de pobres, y donde el 60% de las mujeres viven en la pobreza extrema¹, resulta muy cuestionable establecer como conducta típica la mendicidad en cualquiera de sus modalidades. En la gran mayoría de las ocasiones las familias pobres no pretenden explotar a sus hijas e hijos cuando éstos trabajan en el sector informal o practican la mendicidad. Estas situaciones son, evidentemente, violatorias de los derechos de la niñez, pero no son materia de derecho penal, sino de políticas sociales encaminadas a reducir la inequidad de oportunidades.

Artículo 201 bis.- Al que procure o facilite por cualquier medio el que uno o más menores de dieciocho años, con o sin su consentimiento, lo o los obligue o induzca a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, con el objeto y fin de videograbarlos, fotografiarlos o exhibirlos mediante anuncios impresos o electrónicos, con o sin el fin de obtener un lucro, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y de mil a dos mil días multa.

Al que fije, grabe, imprima actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales en que participen uno o más menores de dieciocho años, se le impondrá la pena de diez a catorce años de prisión y de quinientos a

¹ www.inmujeres.gob.mx

tres mil días multa. La misma pena se impondrá a quien con fines de lucro o sin él, elabore, reproduzca, venda, arriende, exponga, publicite o transmita el material a que se refieren las acciones anteriores.

Se impondrá prisión de ocho a dieciséis años y de tres mil a diez mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, a quien por sí o a través de terceros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa con el propósito de que se realicen las conductas previstas en los dos párrafos anteriores con menores de dieciocho años.

Para los efectos de este artículo se entiende por pornografía infantil, la representación sexualmente explícita de imágenes de menores de dieciocho años.

El desarrollo psicológico apropiado del niño o niña no sólo se ve afectado por la realización de actos sexuales, sino también por la forma de mostrarlos a terceros, de ahí que se haya incluido la pornografía infantil a través de filmaciones o fotografías que serán difundidas en diferentes medios. Los sujetos activos no sólo pueden ser aquéllos que realizan la grabación y sacan las fotos sino también quienes organizan, dirigen y los que participan en la comercialización del material. Es decir, la punibilidad del hecho se extiende tanto a autores como a partícipes en la comisión del ilícito.

No se requiere de un ánimo de lucro por parte del sujeto activo, por lo cual no es necesario para la ilicitud de la conducta la existencia de elementos subjetivos específicos, pero conviene dejarlo sentado desde la averiguación previa para que el juez tenga más elementos para graduar la pena al momento de dictar la sentencia.

Artículo 201 Bis 1.- Si el delito de corrupción de menores o de quien no tenga capacidad para comprender el resultado del hecho o el de pornografía infantil es cometido por quien se valiese de una función pública que tuviese, se le impondrá hasta una tercera parte más de las penas a que se refieren los artículos 201 y 201 bis y destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación para desempeñarlo, hasta por un tiempo igual al de la pena impuesta para ejercer otro.

La calidad de servidor público del sujeto activo agrava la penalidad y al efecto se debe acudir al artículo 212 para determinar si el agente está comprendido dentro de su listado.

Artículo 201 Bis 2.- Si el delito es cometido con un menor de dieciséis años de edad, las penas aumentarán hasta una tercera parte más de las sanciones a que se refieren los artículos 201 y 201 bis. Si el delito se comete con menor de doce años de edad, las penas aumentarán hasta una mitad de las sanciones a que se refieren los artículos 201 y 201 bis de esta Ley.

Debido a que el legislador ha concebido que la persona menor de edad es aquélla que tiene menos de dieciocho años y que no se afecta por igual a un joven de 17 años que a uno de 15, que a otro de 10, ha incrementado la pena dependiendo de

la edad del sujeto pasivo que fue afectado por este delito. Sin embargo este criterio es erróneo, puesto que harían suponer que es más valioso el bien jurídicamente protegido –es decir, el derecho al pleno desarrollo de la persona– en una edad de la niñez que en otra, lo cual no es correcto. En cada etapa de desarrollo de la infancia, y en cada ser humano, existen elementos particulares que diferencian los grados de afectación de un delito sobre una persona, sin poder determinar en estos supuestos cuál caso sería peor, y lo que sí puede ocurrir es que por juicios elaborados desde una educación patriarcal se determine que las niñas o niños más grandes “quisieron o se buscaron” estar en situaciones de explotación.

Artículo 201 Bis 3.- Al que promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a persona o personas a que viaje al interior o exterior del territorio nacional y que tenga como propósito, tener relaciones sexuales con menores de dieciocho años de edad, se le impondrá una pena de cinco a catorce años de prisión y de cien a dos mil días multa.

Las mismas penas se impondrán a quien realice las acciones a que se refiere el párrafo anterior, con el fin de que persona o personas obtengan relaciones sexuales con menores de dieciocho años.

El incremento del llamado turismo sexual ha propiciado la inclusión de este artículo, que desde el punto de vista sistemático ya estaba abarcado por otras descripciones anteriores, pero para evitar dudas quedan claramente señaladas como prohibidas.

Es un error del legislador no establecer como conducta típica el ser usuario de estos materiales o servicios ilícitos, puesto que, al existir demanda de los mismos se va generando una oferta cada vez mayor de éstos. Existen valiosas iniciativas de reformas para sancionar y erradicar la explotación sexual comercial infantil, tanto en Cámara de Diputados como en el Senado de la República.

Artículo 202.- Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y, además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

Para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento, o gratuitamente, preste sus servicios en tal lugar.

Debido a que la corrupción no sólo puede tener su origen en la práctica sexual anticipada sino también con el mal ejemplo que se puede tener en lugares destinados al consumo de alcohol, el legislador prohíbe y sanciona penalmente a quienes emplean a niñas, niños o adolescentes en dichos lugares. Al efecto, no

importa si la persona menor de edad recibe por su trabajo dinero o cualquier otro tipo de prestación, lo trascendente para el legislador es impedir el contacto de la niñez con esa mal llamada forma de corrupción, que es en realidad un riesgo para su pleno desarrollo.

Artículo 203.- Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio con la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, así como por el tutor o curador; asimismo perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que le correspondieran por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta.

Cuando el delito sea cometido por un miembro o miembros de la delincuencia organizada se aplicará, la pena de diez a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa.

La calidad de garante que tienen los padres y la organización estructurada para procurar la contratación de personas menores edad en centros de vicio, dan lugar a un incremento muy considerable de la pena. Por tanto, en el primer supuesto estamos ante un elemento normativo jurídico tradicional del tipo que hay que acreditar para que quede constancia de que el sujeto activo tenía una relación de parentesco con el sujeto pasivo.

Artículo 204.- Los delincuentes de que se trata en este capítulo quedarán inhabilitados para ser tutores y curadores.

En función de lo señalado en el comentario al artículo anterior, los sujetos activos que hayan realizado la conducta típica habrán demostrado su idoneidad para ser tutores o curadores por lo cual deben quedar inhabilitados para serlo.

3.1.2. Criterios jurisprudenciales sobre corrupción de menores de edad

CORRUPCIÓN DE MENORES, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.

El delito de corrupción de menores se configura cuando se demuestre que se causó un daño psíquico a un impúber, sin que sea necesario que esto tenga repercusión en su integridad física y que, con tal conducta ilícita, se inicie al menor en la vida sexual o en otro tipo de degeneración, ya que el legislador pretendió, no proteger la vida sexual de los menores, sino conservar en ellos la integridad psíquica y los valores morales.

Amparo directo 5608/74. Roberto Ramírez Pineda. 12 de mayo de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Secretario: Rodolfo Moreno Ballinas.

VIOLACIÓN Y CORRUPCIÓN DE MENORES, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE.

Son perfectamente compatibles los delitos de violación y de

corrupción de menores, pues el primero consiste fundamentalmente en imponer por medio de la fuerza física o moral la cópula, en tanto que el segundo radica en procurar la depravación sexual del menor, para lo cual sale sobrando el consentimiento del pasivo, lo que patentemente ocurre si se le impulsa a conductas eróticas anormales y excesivas dada su edad y condición social.

Amparo directo 7663/80. Eugenio Prado Ursúa. 31 de agosto de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Francisco Nieto González.

CORRUPCIÓN DE MENORES Y VIOLACIÓN, NO SE SUBSUMEN LOS DELITOS DE.

Los delitos de violación y corrupción de menores, como entidades autónomas dentro del ámbito penal, se dan en actos distintos, ya que tratándose del primer ilícito el acto se ejecuta para satisfacer un deseo erótico-sexual y el segundo de ellos consiste en las maniobras inmorales tendientes a la corrupción del menor.

Amparo directo 5593/71. Lázaro Gerardo Márquez Hernández. 3 de mayo de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

CORRUPCIÓN DE MENORES.

En lo que se refiere al delito de corrupción de menores, debe decirse que está dentro del título de Delitos contra la Moral Pública, y tutela la honestidad y moralidad de los menores e impone una sanción a quien por cualquier medio distorsiona o altera dichas situaciones; lo que se procura mediante la amenaza de la pena es evitar las conductas corruptoras; debiendo decirse que si el bien jurídico honestidad y moralidad del menor ha sido ya lesionado, una conducta posterior que pudiera ser calificada en sí misma de corruptora, resultaría jurídicamente irrelevante, puesto que la honestidad y moralidad habían dejado de existir; tal es el criterio doctrinal aceptado expresamente en algunos códigos como el italiano en vigor, el que, en el apartado último del artículo 543, expresamente consigna que no se aplicará pena "cuando el menor sea persona ya corrompida moralmente".

Amparo directo 4868/64. Héctor Manuel Mata Luján. 21 de abril de 1966. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sexta Época, Segunda Parte: Volumen XCIX, página 24. Amparo directo 4258/65. Guillermo Hernández Rubio y coagraviados. 22 de septiembre de 1965. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

CORRUPCIÓN DE MENORES

En el delito de corrupción, la lesión es puramente moral y puede darse aún cuando no se ejecuten actos que materialmente la revelen, pero que no constituyen por sí mismos la perversión sino que son su efecto; es decir, la perversión es un puro proceso interno que se reduce a la distorsión del sentido moral de un menor.

Amparo directo 5844/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de marzo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

CORRUPCIÓN DE MENORES

En el delito de corrupción, la lesión es puramente moral y puede darse aun cuando no se ejecuten actos que materialmente la revelen, pero que no constituyen por sí mismos la perversión sino que son su efecto; es decir la perversión es un puro proceso interno que se reduce a la distorsión del sentido moral de un menor.

Amparo directo 5844/51.-Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente.-2 de marzo de 1956.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Luis Chico Goerne. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVII, página 761, Primera Sala.

CORRUPCIÓN DE MENORES

Aún cuando la ebriedad, siendo habitual, no es propia y jurídicamente hablando un delito, tratándose de menores, sí constituye un acto ilegal, aunque respecto a ellos no sea punible y es un factor de perversión moral, por la degeneración física, intelectual y de voluntad que implica la adquisición del vicio en temprana edad, en que en la conciencia del sujeto aún no ha quedado ni ligeramente formado o iniciado, un concepto de responsabilidad con relación a su conducta personal y social, por lo cual los actos ejecutados por quien provocó la embriaguez, constituyen, considerándolos en la forma más benigna, una actitud que facilita la perversión de las costumbres morales.

Amparo penal directo 3352/44.-Hernández Patricia Antonio.-4 de marzo de 1948.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: José Rebolledo.-La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XCV, página 1615, Primera Sala.

CORRUPCIÓN DE MENORES

El delito de corrupción de menores puede cometerse en las más diversas formas, una de las cuales, la más simple y más frecuente en nuestro medio, es la inducción a la mendicidad, quedando comprendidas en la fórmula "al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años", otras formas más graves. El artículo 202 del Código Penal, sanciona la de emplear a menores en cantinas, tabernas y centros de vicio, por lo que siendo más grave enseñar a delinquir debe punirse con especial energía. La duplicación de las sanciones, la privación de derechos de patria potestad y a los bienes del ofendido a que se refiere el artículo 203 del mismo código, para los ascendientes, padrastro y madrastra, tiene por objeto evitar que contaminen con sus malas costumbres a quienes dependen, material y moralmente, directamente de ellos.

Amparo directo 2092/59. Luis Martínez Vázquez. 10 de septiembre de 1959. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante

CORRUPCIÓN DE MENORES.

Aun cuando la ebriedad, aun siendo habitual, no es propia y jurídicamente hablando, un delito, tratándose, de menores, sí constituye un acto ilegal, aunque respecto a ellos no sea punible y es un factor de perversión moral, por la degeneración física, intelectual y de voluntad que implica la adquisición del vicio en temprana edad, en

que en la conciencia del sujeto aún no ha quedado ni ligeramente formado o iniciado, un concepto de responsabilidad con relación a su conducta personal y social, por lo cual los actos ejecutados por quien provocó la embriaguez, constituyen, considerándolos en la forma más benigna, una actitud que facilita la perversión de las costumbres morales.

Amparo penal directo 3352/44. Hernández Patricia Antonio. 4 de marzo de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

CORRUPCIÓN DE MENORES.

Según el artículo 201 del Código Penal para el Distrito Federal, dos son los elementos que constituyen el delito de corrupción de menores: a). Que se trate de un menor de 18 años y b). Procurar o facilitar la corrupción. Por tanto, si aparece de autos que el acusado de este delito, invitó a algunas menores para que concurrieran a una casa de lenocinio y con ellas verificó actos lúbricos, y no solamente se limitó a los naturales, sino que buscaba menores de edad y se aprovechaba de su inexperiencia para ejecutar actos vergonzosos, es indudable que se reúnen los elementos constitutivos del delito de corrupción de menores, sin que sea obstáculo para considerarlos así, el que algunas de las menores ya estuvieran deshonradas cuando concurrían a la casa de citas, así como que estuvieran prostituidas, ya que para que exista el delito, no es necesario que se trate de una persona que no haya tenido la más ligera idea de lo que significa la corrupción, sino que puede existir esa figura delictiva a pesar de que el sujeto pasivo ya esté corrompido, siempre que se ejecuten actos que tiendan a aumentar su corrupción.

Amparo penal directo 886/34. Barbosa Díaz Carlos. 2 de agosto de 1935. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Hermilo López Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente.

CORRUPCIÓN DE MENORES.

El delito de corrupción de menores consiste en procurar o facilitar la corrupción de un menor de dieciocho años, o lo induzca a la mendicidad; y el de violación, tener cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, por medio de la violencia física o moral; y esos delitos pueden ser concurrentes por cuanto el primero facilita la corrupción, excitando a las víctimas a la perversión sexual, persistiendo en llevar a cabo el agente activo la satisfacción de sus degeneraciones sexuales, y, en cuanto al segundo, porque en tratándose de menores, aun cuando aparentemente presten su voluntad acerca de proposiciones deshonestas, sin embargo, su situación de impúberes les impide resistir psíquicamente a pretensiones lúbricas, por desconocer sus consecuencias y alcances.

Amparo directo 5303/50/1a. Mosqueda Alfonso. 8 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Secretario: Guerra Salinas.

CORRUPCIÓN DE MENORES

Basta que el inculpado haya inducido a una menor a modos deshonestos de vida o bien para que altere sus normas de conducta con las consecuencias de que se produzcan su perversión, su depravación o

el relajamiento de su voluntad, para que se integre el tipo legal denominado por la ley corrupción de menores, sin que sea necesario que el depravador obtenga un lucro y que los actos de perversión se reiteren.

Amparo directo 6253/63.-Manuel Maldonado Escoboza.-12 de mayo de 1965.-Cinco votos.-Ponente: Mario G. Rebolledo F. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XCV, Segunda Parte, página 10, Primera Sala.

3.2. Delitos contra la libertad sexual en que las mujeres y las niñas son sujetos pasivos

3.2.1. Trata de personas

Aunque este rubro debería iniciar con la trata de personas y el lenocinio, realmente el contenido del artículo 205 conlleva a su análisis previo.

Artículo 205.- Al que promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del territorio nacional, se le impondrá prisión de cinco a doce años y de cien a mil días de multa.

Si se emplease violencia o el agente se valiese de la función pública que tuviere, la pena se aumentará hasta una mitad.

La llamada trata de personas es una actividad que se incrementa con una rapidez alarmante, de ahí que quienes legislan no sólo han querido sancionar al proxeneta sino también a quienes participan previamente a la realización de dicha práctica. Es importante señalar que en este tipo penal el sujeto pasivo no es una persona menor de edad y por ello lo hemos ubicado en este apartado. También resulta pertinente conocer que el 75% de las personas víctimas de trata son mujeres, que en el mundo existen más de 5 millones de niñas explotadas² y que la mayoría de las mujeres adultas que son explotadas sexualmente lo fueron desde su infancia.

3.2.2. Lenocinio

CAPÍTULO III

TRATA DE PERSONAS Y LENOCINIO

Artículo 206.- El lenocinio se sancionará con prisión de dos a nueve años y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 207.- Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II.- Al que induzca o solicite a una persona para que con otra,

² www.oit.org.mx/

comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;

III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

En nuestra legislación no se sanciona penalmente la práctica de la prostitución y en este sentido quien participa en su realización, como lo es el cliente, tampoco puede sancionarse penalmente. En este sentido surge la duda sobre el motivo por el cual sí se sanciona al proxeneta, a la persona que induce o a la que es dueña del prostíbulo y la razón radica en la violación de la libertad sexual de la sexo servidora ya que se convierte en un instrumento a través del cual otros obtienen recursos y llegan a constreñirla en tal forma que se convierte en el detonante de delitos muy graves relativos a la violencia contra las mujeres que deben ser prevenidos.

No debe perderse de vista, como se ha dicho anteriormente, que los y las sexo servidoras son generalmente explotadas, en el mayor de los casos desde la niñez, y que por esta razón sería aberrante que se les sancionara, y que resulta una violación a las garantías individuales que la ley no cuente con un sistema de restitución de derechos adecuado y de mayores opciones para estas personas.

Artículo 208.- Al que promueva, encubra, concierte o permita el comercio carnal de un menor de dieciocho años se le aplicará pena de ocho a doce años de prisión y de cien a mil días multa.

Así como el artículo 205 del Código Penal Federal debió estar incorporado en este rubro, consideramos que este artículo bien pudo incluirse en el anterior referente a la corrupción de personas menores de edad. De cualquier forma se puede apreciar el incremento de la pena en aquellos supuestos en que el sujeto activo es un niño, niña o adolescente.

3.2.3. Hostigamiento sexual

TÍTULO DECIMOQUINTO

Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual

CAPÍTULO I

Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

Artículo 259 Bis.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

El tipo penal de hostigamiento sexual contiene elementos objetivos, a saber:

- A. La reiteración, por lo cual no basta que haya sido una sola vez sino que requiere de dos o más veces.
- B. Persona de cualquier sexo, pues no basta que sea de hombre a mujer o de mujer a hombre, pueden ser de personas del mismo sexo.

Por otro lado existe un elemento normativo cultural que es el asedio, en este sentido debe tratarse de actos inequívocos que se interpreten en el contexto socio-cultural como tales, sin perder de vista que, justamente por hablar de dicho entorno colectivo, las mujeres podrían no saber que están sufriendo de hostigamiento, que es su derecho no soportarlo, o bien que no son ellas quienes tienen que sufrir una consecuencia laboral, económica o de ningún otro tipo por denunciarlo (lo cual también se encuentra inserto en muchas culturas. Asimismo, es muy importante rescatar la percepción de las mujeres respecto de los actos de asedio, que para ellas pueden resultar inequívocos aunque para otras personas no lo sean.

La posición jerárquica constituye un elemento normativo jurídico tradicional, que puede llegar a constituirse en agravante si el sujeto activo tiene, además, la calidad de servidor público conforme a lo dispuesto en el artículo 212 del CPF.

En este tipo penal se tiene un elemento subjetivo específico que es el ánimo lascivo, el cual, según el Diccionario de la Lengua Española se refiere a la lascivia que constituye una “propensión a los deleites de la carne”. Por ello es muy importante dejar demostrado desde la Averiguación Previa que el propósito del sujeto activo era el de llegar a tener relaciones sexuales con el sujeto pasivo.

3.2.4. Abuso sexual

La libertad sexual se transgrede cuando se obliga a otro a realizar un acto sexual, de ahí que el legislador prevea el tipo de abuso sexual, en los términos siguientes:

Artículo 260.- Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

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

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

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo

de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Es muy importante determinar la finalidad última del sujeto activo, pues desde el punto de vista material no hay diferencia entre el abuso sexual y la tentativa de violación, de ahí que lo único que nos podrá identificar cuál es el tipo aplicable es la finalidad del sujeto activo.

Tanto la edad del sujeto activo determinará la gravedad de la pena, pues si es menor de doce años se aplicará el artículo 261, al igual que si el pasivo está privado de sus facultades mentales. Bajo los mismos criterios que ya se manifestaron en referencia al interés superior de la niñez, consideramos que sería más adecuado elevar la franja etárea del artículo 261 a los 17 años y separar a los sujetos pasivos del delito de tal suerte que no se confundan los bienes jurídicamente protegidos.

Cabe señalar que la falta de consentimiento de la persona considerada como sujeto pasivo no necesariamente implica violencia física o moral, por ejemplo, cuando la persona considerada como sujeto pasivo está bajo el efecto de droga o alcohol, motivo por el cual se debe diferenciar entre la existencia o inexistencia de dicha violencia para determinar en cuál de las hipótesis se puede ubicar el hecho.

3.2.5. Estupro

Las concepciones jurídicas tutelaristas señalan que la formación de la capacidad de comprender la trascendencia de los hechos realizados se alcanza con la madurez; en este sentido, el legislador consideró conveniente sancionar a quien realiza cópula con persona menor de dieciocho años pero mayor de doce mediando el consentimiento de la víctima, tal y como lo establece en el tipo de estupro.

Artículo 262.- Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

Artículo 263.- En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes.

Actualmente este concepto se encuentra rebasado por la teoría de género y por la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Niñez, en principio porque desde la ratificación de la CDN no es posible concebir que la diferencia entre infantes y adultos se centre en alguna incapacidad, sino en la diversidad de edad y desarrollo, lo cual no genera inferioridad en alguno de los dos sectores respecto del otro. Es este el criterio que debemos impulsar para crear e interpretar normas.

Por otro lado, mirando este tipo penal desde la perspectiva de género, lo que se podría sugerir al legislador es derogarlo y agregar este supuesto al artículo 266, puesto que atenta contra los derechos de las mujeres y de la niñez. Es un precepto establecido claramente desde la cultura patriarcal, en el cual no se toma en cuenta que las relaciones sexuales que un o una adolescente sostenga con una persona

adulta se tenderán a encontrar viciadas en el consentimiento por una proporción inequitativa de poder donde el adulto tendrá una posición ventajosa. El hecho de que la conducta se sancione con menor rigor que otras de la misma naturaleza y que se persiga a petición de parte tiene una connotación cultural, en la cual las adolescentes tienen menor credibilidad o valía que personas que sufren el mismo tipo de delito.

Antes se requería la calidad de la castidad y honestidad del sujeto pasivo. No obstante, hoy en día el tipo sólo requiere que el consentimiento obtenido sea a través del engaño. El engaño se constituye como un elemento normativo cultural que se interpreta como la falsa promesa de matrimonio.

3.2.6. Violación

Uno de los delitos con mayor impacto en las mujeres afectadas por la violencia y en la sociedad es el de violación, cuya regulación es la siguiente:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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.

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

El tipo en comento supone la imposición de la cópula a persona mayor de edad sin discapacidad intelectual que no le permita comprender el significado del hecho; en este sentido el sujeto pasivo puede ser cualquier persona. La violencia ejercida por el sujeto activo no sólo puede ser física sino también moral, pero en este último sentido se requiere que la amenaza deba ser tan grave como para eliminar la resistencia del pasivo al grado tal que prefiera ver lesionada su libertad sexual que ver cumplida la amenaza. Esto último es, desde luego, enormemente subjetivo, y en todo caso sólo el sujeto pasivo puede medir la magnitud de la amenaza de la cual está siendo objeto.

Por otra parte, el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer. Antiguamente sólo se contemplaba la violación propia (introducción del miembro viril en la vagina), por lo cual sólo podía ser sujeto activo el hombre y pasivo la mujer. Sin embargo, hoy no está restringida la calidad de víctima y victimario, de ahí que se hable de una violación equiparada cuya descripción es suficientemente ejemplificada en el tipo en estudio. Amén de lo anterior, la violación equiparada también se puede verificar en los siguientes supuestos:

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:
I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

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

III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

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

En efecto, tratándose de niñas y niños menores de doce años hay evidente existencia de un consentimiento viciado y por ello esa relación sexual se considera una violación equiparada. Cabe destacar que dicho acto se puede realizar de forma propia (introducción del miembro viril) o impropia (utilizando instrumentos).

Existen causas agravantes tanto en los supuestos de abuso sexual como en los de violación, que contempla el legislador en los términos siguientes:

Artículo 266 Bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

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

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

Los supuestos aquí previstos conciernen a la violación tumultuaria, donde la brutalidad por la participación de dos o más sujetos activos dan lugar al incremento de la punibilidad. Asimismo, la vulneración de la confianza depositada en los familiares o en personas dedicadas al servicio público conlleva a la agravación de la sanción cuando el sujeto activo tiene alguna de dichas características.

Por último, es importante hacer referencia a las circunstancias de modo, tiempo y

lugar que en la Averiguación Previa se deben acreditar para la integración del delito de violación. Es justamente por la violencia extrema que las mujeres afectadas por este delito han sufrido y por el contexto socio-cultural al que se hace mención de manera sistemática en este documento, que no resulta posible manejar la integración del tipo de este modo.

Es muy posible que las mujeres que han sufrido una violación bloqueen, como un mecanismo de defensa emocional, detalles importantes para determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Asimismo, sintiendo la suciedad derivada del delito del cual han sido objeto, la mayoría de las mujeres se asean de manera profunda y lo más inmediatamente posible. Incluso queman o tiran la ropa que portaban en el momento en el que se cometió el delito, lo que desde luego, dificulta la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como los resultados de las pruebas periciales médicas.

La solución a ello, no es por supuesto, generar reglas que coarten el derecho de las mujeres a denunciar estos delitos por haber reaccionado de esta manera, que culturalmente es ampliamente explicable, sino crear procedimientos y preceptos con perspectiva de género que eviten la impunidad de estas conductas típicas sin que se tengan que acreditar categóricamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

3.2.7. Violación entre cónyuges

La violación entre cónyuges fue por mucho tiempo un tema polémico en el medio jurídico, dado el contexto patriarcal de nuestro país. Por una parte, existía en el medio jurídico una marcada creencia del derecho al débito carnal de la esposa, ello en función de una vieja idea sustentada en que el fin del matrimonio era la procreación de la especie.

Llama la atención que el débito carnal no era un derecho que la costumbre reconociera a favor de las mujeres, quienes, aún desde las perspectivas más conservadoras, también se encontraban en un rol en el cual era de su pleno interés la concepción de descendencia. No obstante, el contrato de matrimonio no limita en forma alguna la libertad sexual de la mujer, los medios de procreación ya no se limitan a las relaciones sexuales y las y los juristas están de acuerdo en que la legislación vigente no establece en ningún precepto el débito conyugal, de ahí que el legislador haya querido dejar bien clara la punibilidad de la conducta del cónyuge que impone la cópula por la fuerza, en los términos siguientes:

Artículo 265 bis.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.
Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

Es importante tomar en cuenta que este delito se persigue por querrela de parte, por lo cual procederá el perdón de la mujer hasta antes de formular las conclusiones acusatorias. Atendiendo al círculo de la violencia que muchas mujeres viven y a la ruta emocional que tienen que seguir para lograr romper con aquél, consideramos que es correcto que este delito se persiga a petición de parte. Sólo la mujer en cuestión sabe cuándo tendrá la fuerza para ir a denunciar este

delito y cuándo no se siente segura para continuar con el procedimiento, por lo que no resultaría conveniente que otras personas tuvieran capacidad procesal activa para denunciar este delito, aun con la mejor intención. Asimismo, por la naturaleza de la violencia de género y sus procesos, es muy posible que el número de denuncias por esta conducta fuera aún menor de lo que es, si las mujeres supieran que una vez iniciada la averiguación previa no hay marcha atrás.

Debido que en ciertos supuestos el entorno cultural del esposo le puede hacer creer erróneamente que tiene derecho a copular con su esposa sin su consentimiento, pudiera concurrir un error sobre la justificación previsto en el artículo 15 fracción VIII inciso b) última hipótesis del Código Penal Federal, lo cual sería muy recomendable determinar desde las primeras diligencias en la averiguación previa, debiendo ser debidamente probado por el probable responsable.

2.2.7. Criterios jurisprudenciales sobre la violación

VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE.

Para los efectos de dar por integrado el tipo de violación, basta que se acredite que hubo penetración sexual independientemente de que sea o no total e incluso no es indispensable el orgasmo del activo. Una interpretación sistemático-teleológica del tipo de la violación lleva a sostener que por tratarse de una figura que tutela la libertad sexual, cualquier penetración entraña la ejecución delictiva. No es una cuestión de medir si la penetración llegó hasta tales o cuales dimensiones. En el atentado al pudor no hay voluntad alguna de penetración sexual; en la tentativa de violación no hay penetración pero existe el ejercicio de la violencia como medio para lograrla. Si hay violencia como medio para la penetración y se produce ésta, total o parcial, habrá la integración del tipo, pues lo que tutela es precisamente la libertad sexual en cuanto que ella comprende lo que por antonomasia es la relación de tal naturaleza: la penetración.

Amparo directo 5484/72. Roberto Cárdenas Pérez. 21 de febrero de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

VIOLACIÓN, BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE.

El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la libertad sexual y no por la honestidad o castidad.

Amparo directo 2957/73. Otilio Moreno Puga. 28 de enero de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE.

El bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación no es la castidad o la honestidad, sino que lo constituye la libertad sexual; por lo que el desfloramiento no resulta un presupuesto indispensable para la configuración del ilícito, siendo suficiente para ello el ayuntamiento carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo o con éste, en los casos en que el mismo se encuentre viciado.

Amparo directo 3310/73. José Atilano Rodríguez Estrada. 22 de noviembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto

Aguilar Alvarez.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Volumen 49, página 44. Amparo directo 4138/72. Pedro Mier Vera. 15 de septiembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez
Volumen 56, página 67. Amparo directo 1698/73. Salvador González Cornejo. 20 de agosto de 1973. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen LXXV, página 39. Amparo 8670/62. Alberto Beltrán Pérez. 30 de octubre de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela.

Volumen LXIV, página 30. Amparo directo 1576/62. Antonio Rodríguez Rosas. 22 de octubre de 1962. Cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Volumen LXI, página 50. Amparo directo 5614/57. Celso Castro Martínez. 11 de julio de 1962. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan José González Bustamante y Alberto R. Vela. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Volumen XIV, página 227. Amparo directo 1889/58. José Mercado Mora. 15 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Volumen XII, página 180. Amparo directo 3505/57. Joel Pérez Pérez. 7 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

VIOLACIÓN, VIOLENCIA MORAL Y EXISTENCIA DEL DELITO DE.

La actitud violenta del activo, o de los activos para obtener la prestación sexual en el delito de violación, no significa que en todos los casos se produzcan traumatismos externos que se presenten en huellas sobre el cuerpo de la víctima, sino que basta el amago y la violencia psicológica para nulificar la resistencia de ésta, no siendo tampoco exigible por irrelevante que haya una plenitud de realización fisiológica en el acto sexual mismo.

Amparo directo 3109/72. Juan González Cruz. 1o. de diciembre de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala :

Tesis 301, página, 587, de rubro "VIOLACIÓN. VIOLENCIA MORAL."

Tesis 300, página 585, de rubro "VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE."

VIOLACIÓN, CÓPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.

Tratándose del delito de violación, el elemento cópula debe ser tomada en su más amplia acepción, o sea, cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal normal o anormal, con eyaculación

o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente.

Amparo directo 2454/70. Valentín Martínez Franco. 6 de noviembre de 1970. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Sexta Época, Segunda Parte: Volumen XVIII, página 120. Amparo directo 269/58. Raúl Mejía González. 8 de diciembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Volumen XXI, página 218. Amparo directo 132/58. Pioquinto Caballero Hernández. 16 de marzo de 1959. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis Chico Goerne y Juan José González Bustamante. Ponente: Carlos Franco Sodi.

VIOLACIÓN, ELEMENTOS DEL DELITO DE.

Son elementos del delito de violación: la realización de la cópula con una persona cualquiera que fuere su sexo sin la voluntad de ésta, y el empleo de la violencia física o moral para lograr el ayuntamiento.

Amparo directo 10228/66. Camilo Caballero Queretano. 24 de julio de 1967. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Sexta Época, Segunda Parte: Volumen CXIII, página 37. Amparo directo 2845/66. Ladislao García Chávez. 30 de noviembre 1966. Cinco votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Volumen XLIII, página 95. Amparo directo 5973/60. Baldemar Méndez de los Santos. 26 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Volumen XLIII, página 95. Amparo directo 7095/60. Guillermo Prince Meza. 19 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Volumen XXI, página 218. Amparo directo 132/58. Pioquinto Caballero Hernández. 16 de marzo de 1959. Mayoría de tres votos. Disidente: Luis Chico Goerne y Juan José González Bustamante. Ponente: Carlos Franco Sodi.

VIOLACIÓN, ELEMENTOS DEL DELITO DE.

El delito de violación tiene como elementos esenciales: a) La consumación de la cópula; b) El empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacción moral, siendo necesario hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral en virtud de la intimidación que producen en la víctima; y c) Que la cópula realizada con violencia se verifique con ausencia de la voluntad del sujeto pasivo.

Amparo directo 2845/66. Ladislao García Chávez. 30 de noviembre de 1966. Cinco votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Sexta Época, Segunda Parte:

Volumen XLIII, página 95. Amparo directo 7095/60. Guillermo Prince Meza. 19 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Volumen XXI, página 218. Amparo directo 132/58. Pioquinto Caballero Hernández. 16 de marzo de 1959. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis Chico Goerne y Juan José González Bustamante. Ponente: Carlos Franco Sodi.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETO JUDICIALMENTE SU SEPARACIÓN PROVISIONAL, DELITO DE.

Si durante el trámite del juicio de divorcio, el juez decretó la separación provisional de los cónyuges, a que se refiere el artículo 275 del Código Civil del Distrito Federal, es lógico que cesó la obligación de cohabitar entre ambos; por ende, si el marido forzara a la mujer a efectuar el acto carnal en ese lapso, incurriría en el delito de violación, por tratarse de una cópula ilícita, pues al estar suspendido el derecho al débito carnal con base en una disposición civil, éste ya no se puede ejercitar.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 5/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

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

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma.

Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 6/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado. Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 377, Pág. 208.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

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

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 8/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

El artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal, establece las hipótesis del delito de violación equiparada, previéndose en una de ellas, que se incurre en ésta, cuando se impone la cópula a persona que por cualquier causa no pueda resistirlo; por lo que si se tratara de una mujer imposibilitada para sostener relaciones sexuales, como sería el caso de quien sufra parálisis, a la que se someta con ese fin en contra de su voluntad, indudablemente se integraría el tipo precisado, no obstante que fuera su propio cónyuge el sujeto activo, en virtud de que la disposición penal citada protege ampliamente a los que se encuentran en las hipótesis señaladas.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 7/94. Aprobada por la Primera Sala de este

alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

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

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 9/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.

El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitir que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de

Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.

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

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 12/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE.

A virtud de que uno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, el artículo 267 en relación al 277 del Código Civil para el Distrito Federal, permite a su pareja que no desee divorciarse, el solicitar se suspenda judicialmente su obligación de cohabitar; por lo que si estando decretada, el cónyuge enfermo le impusiese violentamente la cópula aunque fuera normal, se integraría el delito de violación, porque ya no tiene derecho al débito carnal, además de poner en peligro la salud del cónyuge inocente y de la descendencia que pudiera procrearse en esas circunstancias.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma.

Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 11/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

3.3. Delitos contra la integridad física y la vida de las mujeres y niñas

3.3.1. Lesiones causadas por familiares

En general, las lesiones son una alteración en la integridad física. Aquí nos importan las lesiones causadas por miembros de la familia o por una relación laboral. Pero, antes de entrar en dicha problemática conviene recordar que las lesiones se clasifican por su gravedad, en los términos siguientes:

TÍTULO DECIMONOVENO
Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal
CAPÍTULO I
Lesiones

Artículo 288.- Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Artículo 289.- Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.

En estos casos, el delito se perseguirá por querrela, salvo en el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.

Artículo 290.- Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.

Artículo 291.- Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

Artículo 292.- Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un

ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pié, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.

Artículo 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.

Tal como apuntamos al inicio de este análisis, las lesiones que más nos interesan desde una perspectiva de género son las provocadas por familiares o por el cónyuge, como son aquéllas que infiere el padre o el tutor, lo cual se encuentra regulado en los términos siguientes:

Artículo 295.- Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

El mayor problema que encierra esta problemática radica en el llamado derecho de corrección de los padres frente a los hijos, lo cual tiene, por supuesto, límites, ya que no facultan al padre o tutor al uso de la violencia física o moral; empero, de acuerdo con el contexto socio-cultural del sujeto activo conviene determinar si se encuentran o no bajo el supuesto de un error sobre la justificación.

Es importante saber que el derecho de corrección ha sido derogado de casi todos los códigos civiles locales, y que a partir de la Doctrina de la protección Integral de los Derechos de la Niñez la patria potestad se define desde las obligaciones que las y los progenitores tienen con las niñas y niños, y no desde los derechos que les confieren.

Los medios y formas de provocar las lesiones pueden dar lugar a su agravación en los términos siguientes:

Artículo 298.- Al responsable de una lesión calificada se le aumentará la sanción hasta el doble de la que corresponda por la lesión simple causada.

En el mismo sentido, las relaciones familiares entre sujeto activo y pasivo pueden agravar la sanción, tal y como lo prevé el siguiente artículo:

Artículo 300.- Si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar.

Ante la pregunta sobre la concurrencia de agravantes en las lesiones (artículos 315 a 319 del CPF) y la relación familiar entre víctima y victimario, se debe aplicar el tipo relacionado a las lesiones por familiares prevista en el artículo 300 en relación con el 343 bis y 343 ter; ello, dado a que éstos se convierten en tipo especial respecto de uno más general que es el contenido en el artículo 298; en este sentido rige el principio: la ley especial deroga a la general.

3.3.2. Homicidio en razón de parentesco

Aunque privar de la vida a otro se sanciona con pena de doce a veinticuatro años de prisión (artículo 307 CPF), la privación de la vida a un pariente da lugar al incremento de la pena de diez a cuarenta años de prisión, pero es necesario que el sujeto activo reúna las calidades previstas en el siguiente precepto:

CAPÍTULO IV

Homicidio en razón del parentesco o relación

Artículo 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

Antiguamente, el tipo transcrito se refería sólo al parricidio que dejaba fuera al cónyuge, concubina o concubinario, pero al incluirlos se tuvo que cambiar el rubro por el más propio que es el de homicidio en razón de parentesco.

La persona que legisla ha querido dejar de manifiesto que el sujeto activo debe conocer el vínculo de parentesco que lo une con la víctima. Tal aclaración era innecesaria porque técnicamente el desconocimiento de ese vínculo daría lugar a un error de tipo. Pero para evitar problemas y discusiones dogmáticas el legislador ha aclarado que en el caso de desconocimiento del vínculo se aplicará la pena del homicidio simple. De ahí la importancia de dejar asentada en la Averiguación Previa que el sujeto sabía de dicha relación para evitar posibles reclasificaciones durante el proceso penal.

La redacción del artículo 323 se refiere a su comisión dolosa, mientras que el homicidio en razón de parentesco culposo puede quedar exento de sanción en el supuesto siguiente:

Artículo 321 Bis.- No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

Este supuesto, por el cual queda excluida la pena, se incorporó al Código penal en función de una decisión político-criminal del legislador que consideró

suficiente el dolor que sufre el sujeto activo que ha provocado la muerte de su pariente como para incrementarlo con la imposición de una sanción penal, de ahí que excluya la imposición de la pena siempre y cuando no haya estado bajo el influjo de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos o no haya auxiliado a la víctima, pues en este último supuesto se estaría violando de manera contundente el principio de confianza y solidaridad que debe existir entre parientes.

3.3.3. Aborto

Uno de los temas más polémicos en la sociedad mexicana es el relativo al aborto. El centro de la discusión se encuentra en determinar si la vida del *nasciturus* ya es una vida humana independiente o si es una posibilidad de vida dependiente de la madre como si fuera parte de su cuerpo. Quienes sostienen la primera hipótesis, pueden sustentar la sanción penal del aborto, pero quienes sostienen la segunda pueden afirmar que la madre puede abortar sin ser sancionada penalmente. El tema es muy debatido y lo cierto es que ningún legislador penal federal o estatal en nuestro país ha querido eliminar la sanción de la mujer que aborta y sólo ha establecido ciertos supuestos en los cuales excluye de la incriminación dicha conducta.

La CDN habla en su preámbulo de proteger los derechos del niño *tanto antes como después del nacimiento*. No obstante lo anterior, el articulado de este instrumento no hace referencia alguna al *nasciturus*, sino por el contrario, el artículo 1 señala que niño es toda persona de menos de dieciocho años de edad. Asimismo, la CEDAW reconoce el derecho de las mujeres *a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos*;

Se debe advertir que existen tipos penales que sólo describen la conducta de la mujer que aborta y en otras descripciones se captan las conductas de quienes provocan el aborto en calidad de coautores.

Antes de adentrarnos más en el análisis conviene tener claro el concepto de aborto.

CAPÍTULO VI

Aborto

Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Tal como advertimos, una de las conductas penalmente relevante en el aborto es la del sujeto que provoca el aborto, es decir, la del ejecutor, cuya pena se determinará dependiendo de la mediación del consentimiento de la madre, según lo dispone el artículo siguiente:

Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga 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 al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Conforme a lo anterior, la calidad específica del sujeto activo que provoca el aborto dará lugar a la inhabilitación de su profesión en los supuestos siguientes:

Artículo 331.- Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón 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.

En determinados supuestos el aborto consentido por una mujer con determinadas características socio-culturales dará lugar a la atenuación de la pena, tal como se establece a continuación.

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

I.- Que no tenga mala fama;

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y

III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

Desde la perspectiva del legislador, hay elementos normativos culturales como la mala fama que deberán quedar debidamente acreditados en autos en caso de ubicar la conducta en dicha descripción típica. Desde un criterio dogmático, en caso de no reunirse las tres circunstancias (y deben ser las tres) se procederá a la ubicación general del aborto previsto en la segunda hipótesis del artículo 332.

Este criterio se fundamenta desde la dogmática penal más conservadora y carece de perspectiva de género. Incluso, de las atenuantes manejadas en el artículo en comento se puede observar con meridiana claridad que la preservación de la vida del nonato no es el bien jurídicamente protegido, sino los prejuicios sociales. La *mala fama*, al igual que ser mujer *casta y honesta*, lejos de ser conceptos jurídicos, son juicios de valor que se construyeron para estigmatizar a las mujeres que no cumplen con los roles sexuales que las sociedad les confiere y que ejercen sus derechos sexuales como sólo el medio socio-cultural lo ha permitido a los varones.

Lo mismo podría decirse del ocultamiento del embarazo y de lo que se denomina como “relación ilegítima”, que más que atender a la protección del *nasciturus*, atiende a conservar un doble discurso y una doble moral, que demuestra que desde el conservadurismo todo puede hacerse mientras no se sepa.

Habría que hacer un análisis muy detallado de porqué las mujeres se ven obligadas a ocultar su embarazo, por qué la sociedad las señala, qué es una relación ilegítima, por qué una mujer no puede decidir embarazarse si no está casada o si no vive en concubinato, por qué una mujer no puede decidir no continuar con un embarazo si no lo desea, y todas estas cuestiones que más que tener que ver con el Derecho penal, tienen que ver con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

El Código Penal para el Distrito Federal establece una serie de excluyentes de responsabilidad del aborto, que si bien no son uniformes es todo el país, si demuestran las dificultades y polémicas que este tema levanta a lo largo y ancho del territorio nacional:

ARTÍCULO 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;

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

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

IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.”

En efecto, se excluye de la tipicidad y no se puede acreditar el cuerpo del delito de aborto cuando el embarazo haya sido producto de una violación; al efecto, no se requiere forzosamente la existencia de una denuncia previa, pues basta con la existencia de elementos de convicción que conlleven al Ministerio Público a considerar probable existencia de dicho ilícito. En este punto, no debemos olvidar que lo traumático de la experiencia de la mujer violada conlleva a que en muchas ocasiones no lo denuncia. El Código Penal Federal estipula lo anterior en los siguientes términos:

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

El aborto terapéutico tampoco es punible, pues en dichos casos la doctrina considera que la vida de la madre vale más que la del niño y por tanto procede la justificación de la conducta por un estado de necesidad justificante. Empero, nuestro legislador no ha querido dejar la solución a la interpretación de los dogmáticos y ha dejado claro desde la descripción típica que estos supuestos están excluidos y por tanto, desde el punto de vista procesal, no se puede integrar

el cuerpo del delito de aborto siempre y cuando el peligro para la vida de la madre esté constatado por dos facultativos (el que la asiste y otro más) si el tiempo lo permite; de no ser así, bastará con el dictamen del primero, quien deberá presentar las pruebas que lo llevaron a esa conclusión, porque de lo contrario, tanto la madre como él mismo podrán ser sancionados conforme a lo dispuesto en los artículos 330 a 332.

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

3.3.4. Abandono de personas

Dentro de las conductas prohibidas que pueden afectar a niñas se encuentra el abandono de niños y personas con discapacidad. El desvalor de la acción radica en la imposibilidad de cuidarse a sí mismos de los sujetos pasivos, situación por la cual se encuentran en un grave riesgo al quedar desprotegidos. Por supuesto que la relación familiar de ascendiente o tutor entre el sujeto activo con el pasivo dará lugar a la pérdida de la patria potestad del primero.

CAPÍTULO VII

Abandono de personas

Artículo 335.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

El incumplimiento de los deberes de familia por parte de uno de los cónyuges al no proporcionar los recursos para las necesidades del otro cónyuge o del hijo, dará lugar a la aplicación de una pena privativa de libertad aunada a la multa y la reparación del daño, según los términos siguientes:

Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Sobre el precepto anterior cabe advertir que no se incluye el abandono del concubino, sólo del cónyuge, lo cual nos señala una reforma que se debe trabajar en el Código Penal.

No obstante los deberes contraídos al tener una familia, sea cual sea el tipo de ésta, existen casos en los cuales la persona obligada al sostenimiento económico se coloca de manera dolosa, es decir, a sabiendas y queriendo, en situación de insolvencia, lo cual debe quedar debidamente acreditado en autos para acreditar el cuerpo del delito, no bastando al efecto con las declaraciones del indiciado sino con otras pruebas que ratifiquen dicha situación. En muchos casos es

imposible que el acto se acredite con pruebas documentales, y esta imposibilidad se presenta, precisamente en situaciones en las cuales las mujeres tienen menos recursos. Por ello es importante revisar el valor probatorio las testimoniales y de la prueba presuncional legal y humana en la acreditación de este tipo de hechos; es cierto que esta última prueba e ha sido un tanto cuanto desusada por los operadores de la norma, sin embargo. Representa un gran auxiliar para llegar a la verdad material en casos de violencia familiar y abandono.

Artículo 336 Bis.- Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. El juez resolverá la aplicación del producto de trabajo que realice el agente a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste.

El abandono de hijos facultará al Ministerio Público para su persecución de oficio y la promoción de un tutor especial ante el juez competente. Es en este punto en el que se puede constatar la enorme función del Ministerio Público como representante social, pues su intervención rápida y oportuna podrá evitar mayores menoscabos en el desarrollo y salud de los hijos.

Artículo 337.- El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos.

Como requisito para que proceda el perdón del cónyuge abandonado se deben pagar todas las cantidades que dejó de suministrar y otorgar una caución que garantice su futuro cumplimiento, tal como lo dispone el artículo siguiente:

Artículo 338.- Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza a otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponda.

Procede el concurso de delitos, es decir, si el incumplimiento dio lugar a enfermedad o muerte, el deber de garante del padre o tutor y la elevación del riesgo al abandonarlo hacen posible la imputación normativa del resultado a su conducta omisiva.

Artículo 339.- Si del abandono a que se refieren los artículos anteriores resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan.

La solidaridad social da lugar a la sanción de aquellas personas que omiten auxiliar a una persona en riesgo evidente de lesionarse o morir. Se trata de una omisión simple en la que el omitente sólo viola un deber general, por lo que no reúne la posición de garante y, en este sentido, la sanción procede contra cualquiera que haya estado en posibilidad de llamar a la autoridad competente y omitiera el auxilio, sin que ello representara un riesgo personal, tal y como lo dispone el artículo siguiente:

Artículo 340.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

A la sanción prevista en el artículo anterior se le agregarán determinadas jornadas de trabajo si el omitente hubiese atropellado a la víctima. Dicha suma de sanciones se debe, en este último supuesto, a la calidad de garante que asume el omitente por su hacer precedente, cuya regulación queda en los siguientes términos.

Artículo 341.- Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.

El abandono de una persona menor de edad se puede realizar en casas de beneficencia, orfanatos o cualquiera otra que encuadre en el término casa de expósitos, las cuales, debido a su actividad, disminuyen el riesgo para la vida o la salud de la niña o niño, por lo que la conducta del que abandona no reviste la misma gravedad de quien simplemente abandona al infante en la vía pública, de ahí que la sanción prevista sea menor. Lo cierto es que en aquellos supuestos en que quien abandona reúne las calidades de ascendientes o tutores darán lugar a la pérdida de la patria potestad. Independientemente del espacio en el cual se abandone a la niña o niño, es importante destacar que se le está privando de derechos fundamentales, tales como el derecho a vivir en familia, el derecho a la identidad, el derecho a la protección y al desarrollo.

Artículo 342.- Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se le confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y una multa de cinco a veinte pesos.

Artículo 343.- Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho Penal*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2000, 503 pp.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, segunda edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991, 327 pp.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)* México D.F. Ed. Straf- 2006. 375 págs. ISBN 970-94922-0-9.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Derecho penal parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*. México D.F. Coedición de la editorial Porrúa y la UNAM. 2003. 421 págs. ISBN 970-07-4517
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*. 3ª ed. México, D.F., Edit. Porrúa. 2001. 270 págs. ISBN 970-07-1751-8.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, segunda edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, 733 pp.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, sexta edición, México, Porrúa, 2001, 1047 pp.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano. Tomo III. La tutela penal del honor y de la libertad*, quinta edición, México, Porrúa, 1984, 372 pp.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano. Tomo V. La tutela penal de la familia, sociedad, nación, Administración Pública, Derecho Internacional y humanidad*, tercera edición, México, Porrúa, 1985, 521 pp.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, quinta edición, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, 1111 pp.