

879309

17



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 879309

**"OPOSICION DEL SUJETO ACTIVO DE LA
VIOLACIÓN A QUE LA OFENDIDA ABORTE
CUANDO ESTA ES SU ESPOSA. "**

TESIS

Que para obtener el título en:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

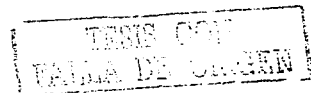
MARIBEL COLORADO CERVANTES.

ASESOR:

LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ.

CELAYA, GTO. OCTUBRE DE 2003

A





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

**PAGINACIÓN
DISCONTINUA**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

A Mis padres: ESTHER CERVANTES Y ALFONSO COLORADO, por su incondicional apoyo a lo largo de mi vida, les dedico esta tesis como fruto de los muchos esfuerzos que juntos compartimos.

A mis Hermanos: ISABEL, ROBERTO, JUAN ANTONIO, CRISTÓBAL Y ALFONSO, Como reconocimiento a los muchos apoyos que de ustedes he recibido.

A mis Abuelos maternos: FELISA Y COSME. Abuelos paternos; que Dios los bendiga.

A mis Tíos: SARA, CECILIA, AURORA, ADRIANA, SAMUEL, ERNESTO, y sus respectivos esposos.

A mi querido primo EMMANUEL CERVANTES.

Por ser amigos mas que conocidos, a mis compañeros de la Universidad; en especial a MÓNICA MEXICANO, FABIOLA ARREOLA , MARIA HERNÁNDEZ, JUAN MANUEL GONZÁLES BREÑA GRACIAS POR TODO PROFE, VÍCTOR MARTÍNEZ, JUAN IGNACIO ESCOBEDO, IVÁN . y EVA GONZALEZ, AURORA CANO, JOSE MANUEL GARCIA GOMEZ, MIRIAM SOTO, DIONICIO CORTEZ, GUSTAVO ÁLVAREZ, ERNESTO SÁNCHEZ. Gracias por todo.

A la familia MENDIOLA SANTANDER gracias por su apoyo.

A los Licenciados: RODOLFO GUTIÉRREZ BARRIOS, JOSÉ MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ, JUAN JOSE GONZALEZ QUESADA, FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE.



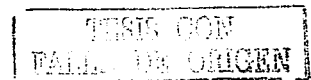
ÍNDICE.

No. De página

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO

1. TEORÍA DEL DELITO	1
1.1 Concepto De Delito.	3
1.1.1 Definición Dogmática Del Delito.	3
1.2 Evolución	4
1.3 Clasificación De Los Delitos.	7
1.4 Elementos Del Delito Y Sus Factores Negativos.	9
1.4.1 Conducta Y Ausencia De Conducta.	10
1.4.2 La Tipicidad Y Su Ausencia.	17
1.4.2.1 Evolución.	17
1.4.2.2 Elementos Del Tipo.	18
1.4.2.3 Clasificación Del Tipo Penal	20
1.4.3 Antijuridicidad Y Causas De Justificación.	21
1.4.3.1 Ausencia De Antijuridicidad.	24
1.4.3.2 Causas De Justificación	24
1.4.4 Imputabilidad Y Causas De Inimputabilidad.	28
1.4.4.1 Inimputabilidad.	29
1.4.5 Culpabilidad.	32



1.4.5.1	Culpa , Sus Clases Y Elementos.	34
1.4.5.2	Formas De Culpabilidad.	35
1.4.5.3	Inculpabilidad	36
1.4.6	Punibilidad, Excusas Absolutorias.	37
1.4.6.1	Fundamentos De La Pena.	38
1.4.6.2	Ausencia De Punibilidad.	39

CAPITULO SEGUNDO.

2.	VIOLACION.	43
2.1	Concepto	43
2.2	Elementos Del Tipo Penal De Violación:	46
2.2.1	El Bien Jurídico Tutelado	47
2.2.2	Sujetos	49
2.3.	Medios Comisivos:	49
2.3.1	Violencia Física	49
2.3.2	Violencia Moral.	51
2.4.	Violación Entre Cónyuges.	53

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

NOMBRE: Marisol Cordero Cervantes
 FECHA: 1 FEB - 2003
 FIRMA: [Firma]

CAPITULO TERCERO

3.	ABORTO.	61
----	---------	----

3.1	Concepto.	61
3.2	Elementos Del Delito	64
3.3	Discusión Sobre El Bien Jurídico Protegido.	66
3.4	Tipos De Aborto.	68
3.4.1	Aborto Procurado.	68
3.4.2	Aborto Consentido.	69
3.4.3	Aborto Sufrido	69
3.4.4	Aborto Con Intervención De Medico Partero O Enfermero	70
3.4.5	Excusas Absolutorias	71
3.5	Aborto Cuando El Embarazo Es Resultado De Una Violación.	71

CAPITULO CUARTO.

4.	EL MATRIMONIO.	74
4.1	Evolución Histórica	74
4.2	Concepto.	75
4.3	Naturaleza Jurídica Del Matrimonio.	77
4.4	Efectos Del Matrimonio	80
4.4.1	Efectos En Relación A Los Cónyuges.	80
4.4.1.1	Cohabitación.	81
4.4.1.2	Debito Carnal.	81

4.4.1.3	Ayuda Mutua.	82
4.4.1.4	Fidelidad.	83
4.4.2	Efectos Con Relación A Los Hijos.	84
4.4.2.1	Para Tribuirles La Calidad De Hijos Legítimos.	84
4.4.2.2	Para Legitimar A Los Hijos Naturales Mediante El Subsecuente Matrimonio De Los Padres.	85
4.4.2.3	Para Originar La Certeza En Cuanto Al Ejercicio De Los Derechos Y Obligaciones Que Impone La Patria Potestad.	85
4.4.3	Efectos Con Relación a los Bienes.	87

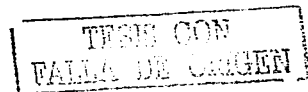
CAPITULO QUINTO.

5.	LA FAMILIA	91
5.1	Concepto	91
5.2	Los Sujetos Del Derecho De Familia.	92
5.3	Objeto Del Derecho De Familia.	93
5.4	Derechos Subjetivos Familiares.	94
5.5	Deberes Subjetivos Familiares.	97
5.6	Actos Jurídicos Familiares.	98

5.6.1	Clasificación De Los Actos Jurídicos Familiares	98
5.7	La Vida, Bien Jurídico Tutelado.	99

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.



INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo es realizado con la finalidad de obtener el grado de licenciado en Derecho, lo que conlleva el estudio metódico de los problemas y controversias que se presentan en la ciencia jurídica. El problema que se plantea en el presente trabajo es debido a la controversia que surge de la ley subjetiva penal y la civil, es decir los derechos y obligaciones que surgen a partir de la relación jurídica familiar. Colocando a la familia en un lugar privilegiado en cuanto a la protección del derecho. Y muy en especial de protección a la vida.

Es importante la buena convivencia de la familia para que los hijos que se generen dentro del matrimonio sean plenos y felices, pues a partir de la formación de una familia, se dará una mejor vida social en el interactuar humano.

En el primer capítulo versa acerca de los conceptos fundamentales de la teoría del delito, considerada como la columna vertebral del derecho penal. Posteriormente continuaré con el análisis de la estructura del delito de violación y aborto de acuerdo con el problema de tesis con la finalidad de ir conformando los elementos del delito y de esta manera determinar si los actos violentos tendientes al acceso carnal de un cónyuge con su mujer debe ser considerado como delito. Así mismo el análisis del delito de aborto.

En los últimos dos capítulos tomare el tema de el matrimonio y los conceptos fundamentales y en el ultimo la familia y el derecho familiar puesto que se debe tomar en cuenta los efectos de contraer matrimonio, y como debe de protegerse la familia ante la comisión de un delito entre sus miembros. Y en el mismo haré alusión a la importancia de la vida y en especial la vida en formación.

Mi propósito con este trabajo es dejar en los lectores una reflexión a cerca de la importancia de la vida y su protección y más aún la protección que debe brindar la familia a sus miembros con una paternidad cuidadosa y conciente.

viii

TESIS CON
FALLA DE ORDEN

CAPITULO PRIMERO

1. TEORIA DEL DELITO

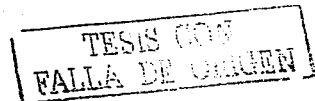
1.1 CONCEPTO DE DELITO.

El hombre en su interactuar social desarrolla una serie de conductas buscando allegarse los recursos necesarios para su subsistencia. Al vivir en sociedad, acepta de manera tácita ciertas normas: morales, sociales, jurídicas, y hasta religiosas que harán que la convivencia de la que es parte transcurra en paz.

Las normas jurídicas al ser coercitivas, imponen una total obligación de cumplimiento a los particulares puesto que su no acatamiento originará para el que incumpla una sanción; que se traduce en la potestad del Estado para hacer cumplir las normas a que sus miembros están sujetos. La transgresión a las normas Jurídicas implica el ejercicio de una conducta jurídicamente estimada como desvalor de acuerdo a la expresión legal de lo que es el Delito: "considerado como la infracción de la ley del Estado, promulgada para mantener la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹

1.1.1 DEFINICION DOGMATICA DEL DELITO.

¹ MUÑOZ ,Conde Francisco."Teoría del Delito". 2ª ed. Ed. Porrúa. México. 1999. p 128.



La dogmática o ciencia específica del derecho tiende a constituirse mediando aquellos elementos que ofrece el propio ordenamiento legal en la creación y despliegue de los institutos jurídicos que son precisamente consecuencia inmediata de aquél único instrumento teórico que brinda el derecho positivo.

Proveniente del verbo latino *Delinquere*; el Delito se definió como la acción de apartarse o abandonar el buen camino, de lo establecido en la ley, en tanto que el código Penal para El distrito Federal en materia Común y aplicable para toda la República en materia Federal lo define en su artículo 7 como el acto u omisión que sancionan las leyes penales relacionando esta definición con el principio *nullum crimen sine lege*; puesto que no existe delito sin ley que lo fundamente. Sin embargo este concepto nada nos dice sobre los elementos que debe contener la conducta para que sea considerada como delito. Por otro lado, nuestro código penal sustantivo anterior a la última reforma en el Estado definía en el "artículo 11,- Delito es la conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible."² Definición que muestra una clara tendencia positivista y que con las aportaciones de renombrados juristas fue evolucionando hasta tomar la forma que aparecía en nuestro código penal y que adoptaremos como dogmática del delito.

1.2 EVOLUCION:

² Guanajuato, Código Penal Para el Estado de Guanajuato. Art. 11.

+

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

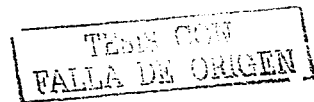
La realización de cualquier conducta humana requiere de determinados elementos para ser considerada como delictuosa y dar lugar por parte del Estado a la imposición de la pena meritable por la conducta disocial efectuada.

"Franz Von Liszt, realizando estudios en su código penal, encontró que lo que ahí se establecía eran acciones contrarias a derecho, a las cuales llamo antijurídicas; estas acciones eran atribuibles a titulo de dolo o culpa a los individuos y a este elemento llamo culpabilidad; estableciendo con los anteriores su interpretación del delito como: acción antijurídica y culpable"³.

Con un corte parecido a Liszt; "Ernesto Beling añade a la noción del tipo legal, su noción depurada del delito. Expuso que la acción punible (delito) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable; que no esta cubierta por una causa objetiva de exclusión de punibilidad, es decir por una causa de justificación"⁴. Consideraba cierta independencia entre los elementos, pero formando en todo al delito, y sin relacionar la tipicidad con la antijuridicidad, ni la culpabilidad.

³ Gutiérrez Negrete, Francisco. Cátedra de Derecho Penal. ULSAB

⁴ Idem



En valiosa aportación Max Ernesto Mayer dice "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal contrario a la norma de cultura reconocida por el Estado"⁵.

A su vez Edmundo Mezguer define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable tomando a la tipicidad ya no como elemento autónomo, sino aceptando una franca relación con la antijuridicidad y la culpabilidad, estableciendo con este elemento la ratio esendi es decir; tomaba la tipicidad como fundamento esencial de la antijuridicidad, puesto que el que actúa típicamente, viola consideraciones de derecho ejecutando acciones u omisiones que resultan antijurídicas.

Es apreciable que el código Penal Vigente en nuestro Estado ha adoptado los elementos culminantes para la dogmática Alemana y que ninguno de los autores mencionados toman en cuenta la Imputabilidad; esto, en razón de que Liszt en la Escuela Clásica, constituía a la Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y en la escuela Neoclásica era considerada como un elemento.

En la escuela Neoclásica Reinhard von Frank realiza estudios relativos a la culpabilidad e introduce un nuevo elemento constitutivo de esta, al que llamo motivaciones; posteriormente Feurbach lo denomino exigibilidad siendo este, la diferencia entre la escuela clásica de la neoclásica. En la escuela finalista se siguió definiendo en el sentido de que el delito es la acción típica antijurídica y culpable.

⁵ Ibidem

En las anteriores escuelas se consideraba la imposición de una sanción, como pena para todas las acciones típicamente antijurídicas, imputables y culpables; con lo que explicamos el elemento punitivo del delito que constituye el resultado de la realización de una conducta delictuosa, pero que nuestro derecho positivo mexicano lo considera como uno más de los elementos del delito.

En las anteriores escuelas se consideraba la imposición de una sanción, como pena para todas las acciones típicamente antijurídicas, imputables y culpables, elemento que complementa nuestra definición del delito resultando entonces que el **"delito es la acción típicamente antijurídica, imputable, Culpable y Punible"**

1.3 CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

Aún y cuando el delito implica la existencia de una conducta típica que va contraria a derecho, imputable a una persona, tolera la aplicación de una pena por ser generadora de culpabilidad; existen circunstancias especiales que llevan a diferenciar un delito de otro.

Fernando Castellanos, en su obra lineamientos Elementales de Derecho Penal propone la siguiente clasificación del delito:

- a) En función de su gravedad, pudiendo ser considerados como crímenes, delitos o faltas, según la gravedad del ilícito.
- b) Según la forma de conducta del agente, los que pueden ser cometidos por acción u omisión, relativos al comportamiento



humano voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

- c) Por el resultado, se subclasifican a su vez en Formales y Materiales; los primeros suelen agotar el tipo penal con el movimiento corporal, sin que exista cambio en el mundo exterior, en los segundos, es necesaria la destrucción o alteración del mundo exterior, la estructura u objeto material.
- d) Por la lesión que causan, se entiende esta clasificación en función al efecto que sufren las víctimas en razón del bien jurídico tutelado, estos también se subdividen en de daño y de peligro.
- e) Por su duración, se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes, según tarde en manifestarse, el delito y sus consecuencias.
- f) Por el elemento interno o culpabilidad, según se causen; dolosamente, culposamente o preterintencionalmente.
- g) En función de su estructura, se clasifican en simples y complejos, en los primeros la lesión jurídica es única, y en los segundos la figura jurídica consta de dos infracciones.
- h) Por el numero de actos que integran la acción típica, se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes sea que necesiten solo de un acto para considerarse como delito o bien de un conjunto de ellos.
- i) Por el numero de sujetos que intervienen en el delito , pudiendo ser realizados por uno varios sujetos según el numero que exija el tipo penal respectivo.
- j) Por la forma de persecución, sea que el delito deba perseguirse de oficio o por la presentación de una denuncia o querella.

TRONCO
FALLA DE ORIGEN

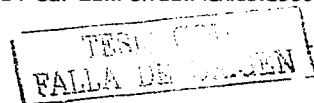
k) En función de la materia. Según la competencia de los tribunales a los que les toque juzgar. Pudiendo ser de fuero Común, Federal, y Oficial.

1.4 ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS FACTORES NEGATIVOS.

"El Delito es un ente monolítico imposible de escindir en elementos, es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia."⁶

Es evidente que el delito solo puede ser configurado al concurrir todos los elementos: acción, la cual desemboca en una conducta única y exclusivamente humana. Tipicidad, pues dicha acción debe ser contraria a Derecho, y estar prevista como tal por la Ley Penal. Antijuricidad, en razón de estar en oposición a la norma Jurídica, que debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido. Debe ser un acto culpable e imputable, que se atribuye a título de Dolo o Culpa al individuo que será el ejecutante de la acción. De estos elementos podemos considerar la causa; y el efecto recaerá en la sanción que como pena impone el Estado para la acción u omisión tipificada como Delito. A falta de cualquiera de estos elementos no existirá el delito.

⁶ PAVÓN, Vasconcelos Francisco. "Derecho Penal Mexicano", 14 ed. Ed..Porrúa.México.1999. p.189



ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS FACTORES NEGATIVOS.

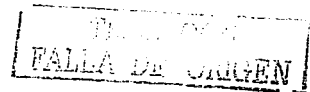
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Causas de Inimputabilidad
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias.

1.4.1 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como primer elemento del Delito, La acción constituye un acto en relación con la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

Franz Von Liszt denominaba a este elemento como acción y se traducía como un movimiento o exteriorización dinámica que cambia en todo caso el mundo real con su desplazamiento y consecuencia.

El hombre en sus movimientos imprime la directiva de la conciencia; capaz de impulsar, encauzar o detener procesos exteriores de conducta, lo que desemboca en el actuar.



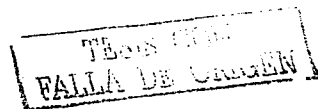
Fernando Castellanos define: "La Conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."⁷

Es apreciable que en las anteriores anotaciones de los dogmáticos del derecho, la conducta o acción tiene un factor rector que es la voluntad, es decir, se ha condicionado esta a un movimiento voluntario corporal del sujeto activo. El delito es un acto humano, es una acción u omisión así que cualquier conducta realizada por graves que pudieran ser sus consecuencias, no puede ser reputada como delito si no tiene su origen en una conducta humana. La acción o la omisión han de ser voluntarias y ejecutadas libremente por determinación propia del agente quien tiene conocimiento de lo que esta realizando; pues este movimiento corporal es efectuado con el animo de causar un efecto en el mundo exterior, aún y cuando este no pueda llegar a producirse. En tal situación es aplicable el principio "*Nullum crimen sine conducta.*"

El delito será siempre una conducta Humana, reprobada o rechazada (sancionada) mediante la amenaza de una pena, que se anuncia como consecuencia de la conducta delictuosa.

La acción y la omisión son dos formas de manifestación de la conducta humana y ambas pueden dar lugar a la comisión de un Delito: la acción estricto Sensu es un hacer efectivo y la omisión es un no Hacer activo; el hacer que es esperado y se tiene el deber de no omitirlo.

⁷ CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos Elementales del Derecho Penal." 13 ed. Ed. Porrúa. México. 1996: P. 149.



En la comisión se realiza una conducta que se encuentra prohibida por la norma, violando con ello la norma penal prohibitiva, en tanto que en la Omisión no se realiza la conducta que prevé la norma como obligatoria para los particulares, por lo que son violatorias de Normas dispositivas.

López gallo sostiene: " la conducta es una actividad voluntaria o no voluntaria en los delitos culposos de olvido que produce un resultado con violación:

- a) de una norma prohibitiva, en los delitos de **comisión**
- b) de una preceptiva en los **omisivos**,
- c) de ambas, en los delitos de **comisión por omisión** o de **omisión impropia.**"⁸

Elementos de la acción:

- Actividad o movimiento corporal
- Voluntad o querer del agente:
 1. Concepción
 2. Deliberación
 3. Decisión
 4. Ejecución
- Resultado típico.

Elementos de la Omisión:

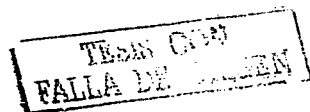
⁸Lopez Gallo citado por PAVON Vasconcelos, Francisco. " Ob. Cit supra (1) p. 209

- Voluntad
- Conducta inactiva o inactividad
- Deber jurídico de obrar
- Resultado típico.

La omisión sancionada por la ley penal se fundamenta en el deber jurídico de obrar por el incumplimiento a los mandatos de hacer.

Tanto la Comisión como la Omisión deben ser el resultado del ejercicio de la voluntad, debe existir un vinculo o relación para poder afirmar un nexo entre la voluntad y la acción o la omisión, según corresponda, además de este vinculo se necesita de un nexo causal que una la voluntad con el resultado y que necesariamente debe darse para entonces decir que la conducta existe.

Para la teoría Finalista, la acción atraviesa por dos fases: una Interna y otra Externa:



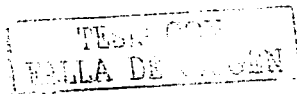
FASE INTERNA	FASE EXTERNA
A) objeto que se pretende alcanzar o finalidades.	A) Es la puesta en marcha, y ejecución de los medios para el cumplimiento de las finalidades.
B) Medios que se emplearan para su Realización.	B) El resultado previsto y la responsabilidad concomitante
c) Las posibles consecuencias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes.	C) El Nexo Causal, que une el querer con el resultado.

Quando el agente o Sujeto Activo ha propuesto el fin, y ha seleccionado los medios idóneos para su realización, procederá a la paralización del mundo externo; poniendo en marcha su plan determinado por la finalidad de la cual procurara alcanzar la meta que se ha propuesto.

"Tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada."⁹

La acción constituye el dominio del cuerpo a través de la voluntad.

⁹ IBIDEM, pág. 210



AUSENCIA DE CONDUCTA:

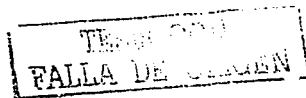
Como se ha expresado; la Conducta consiste en un acto u omisión que tiene como factor rector y determinante el elemento volitivo. El sujeto sabe la acción que va a realizar y acepta su resultado. Es entonces la voluntad el elemento psíquico determinante de la conducta humana. Es decir, tiene que haber voluntad de parte del agente; pues una inactividad o actividad **involuntaria** no se considera una conducta penada por el derecho.

Hay ausencia de conducta y por lo tanto imposibilidad para la integración del delito, cuando el movimiento corporal o inactividad no pueden atribuirse al sujeto; o no son suyos por faltar a ellos la voluntad.

El artículo 9 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en su primer párrafo a la letra dice: " Ninguna persona podrá ser sancionada por un delito si la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta. "¹⁰

Están contempladas en la ley penal circunstancias en las cuales existe un resultado material delictuoso y sin embargo no puede decirse que el sujeto que contribuyo a la realización del ilícito penal sea necesariamente culpable o que su conducta haya sido la causa directa de delito cometido, puesto que su conducta estuvo dirigida por factores externos, superiores a su voluntad, de entre las principales causas, cito las siguientes:

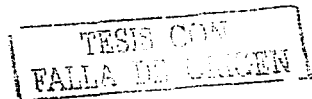
¹⁰ Guanajuato, Ob. Cit supra (2). Art. 9



CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA:

- I. **VIS ABSOLUTA;** de igual manera llamada: violencia, constreñimiento físico, o fuerza física irresistible; el sujeto activo se convierte en un instrumento de una voluntad externa, superior; que le imprime movimiento, a través de la fuerza física de otros hombres a la cual no puede oponerse.
- II. **VIS MAYOR:** carente de voluntad el cuerpo del hombre se mueve de la misma manera por una fuerza externa, superior a él proveniente de la naturaleza de energía no humana.
- III. **IMPEDIMENTO FISICO:** Existe Imposibilidad física para evitar la comisión del delito.
- IV. **CAUSAS QUE NULIFICAN LA VOLUNTAD:** podemos citar entre otras: sueño, sonambulismo, hipnotismo, sugestión, hipnosis, narcosis, inconsciencia y actos reflejos. En tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la conducta sin voluntad, en un estado de inconsciencia, o bajo el influjo anímico de estímulos químicos, fisiológicos o de cualquier índole que provocan la desaparición de las fuerzas inhibitorias, el sujeto actúa, faltando el coeficiente psíquico necesario para que tal actuación sea relevante y considerada como delito.

En las anteriores circunstancias existirá; un resultado material, modificante del mundo exterior, un nexo causal que une el resultado con la conducta realizada; sin embargo no podrá configurarse la figura del delito por no existir voluntad de parte del agente.



1.4.2 LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Considerada como un elemento esencial; la tipicidad se deriva del artículo 14 constitucional que prohíbe imponer por simple analogía pena alguna que no este decretada por una ley especialmente aplicable al delito del que se trate; esto es, no puede existir delito sin tipicidad.

Para entender la tipicidad se hace necesario previamente el análisis del tipo, precisar su concepto y su contenido. El Tipo Penal; es la descripción en abstracto que hace el legislador de las conductas consideradas como delictuosas y sus sanciones, el catalogo de conductas prohibidas; es la suma de los elementos objetivos descritos en la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente.

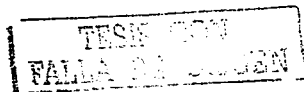
La Tipicidad será entonces la adecuación de la conducta realizada por el sujeto en el mundo real con la descripción de la ley y que es merecedora de una pena.

"la Tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento, con descrito por el legislador"¹¹.

1.4.2.1 EVOLUCION.

El tipo fue Considerado en Alemania como un conjunto de caracteres integrantes del Delito, caracteres objetivos y subjetivos, es

¹¹ Castellanos Ob. Cit supra 7 . P.168.



decir incluyendo dolo y culpa. En 1906 se Consideraba al tipo como una mera descripción.

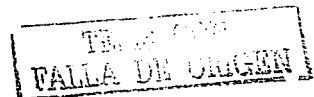
Max Ernesto Mayer en su tratado de derecho Penal aseguro que la tipicidad no era meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad; concluyendo que no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad.

Mezger modifica el concepto, afirmando que el tipo no es simplemente la descripción de una conducta antijurídica, sino la razón esencial de la antijuridicidad que es su fundamento. Aplica entonces su formula: " toda conducta típica es antijurídica en tanto no exista una causa de justificación", ante la presencia de una causa de exclusión del injusto, la acción no será antijurídica a pesar de ser típica.

Toda conducta típica es antijurídica puesto que el legislador en sus funciones tiene el deber de emitir leyes, en las cuales establecerá la obligatoriedad de unas conductas o la prohibición de otras, de las cuales su no acatamiento puede ser tentativo del bien común, de la paz social, que el Estado esta obligado a tutelar.

1.4.2.2 ELEMENTOS DEL TIPO.

Es necesario hacer mención de la teoría Finalista que apoya la Composición del tipo en elementos objetivos y subjetivos.



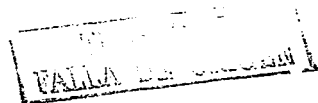
ELEMENTOS OBJETIVOS: se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva esenciales, que dan lugar al tipo autónomo y presentan los elementos accidentales que califican o agravan al tipo autónomo. Entre otros, los siguientes:

1. Calidad en el sujeto activo.
2. Calidad en el sujeto pasivo.
3. Modalidades de lugar tiempo y modo.
4. Bien jurídico que se tutela.
5. Especiales formas de ejecución.
6. Conducta.
7. Circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

ELEMENTOS SUBJETIVOS: se refieren al motivo y fin de la conducta descrita en el tipo, es decir, al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. Jiménez de Asúa los denomina, Elementos subjetivos del injusto.

" Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; estos constituyen referencias típicas de la voluntad del agente al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos intencionalmente, a sabiendas, con el propósito, etc. su ausencia hará operar la Atipicidad".¹²

¹² CASTELLANOS. Ob. Cit. SUPRA (7) P. 176.



Además de los anteriores elementos existen los llamados ELEMENTOS NORMATIVOS; que son juicios de valor, que se dejan a la interpretación subjetiva del juez, tomando en consideración, lo que por ellos entiende la sociedad, y así tenemos la honestidad, la castidad, el honor, la deshonra... etc.

1.4.2.3 CLASIFICACION DEL TIPO PENAL

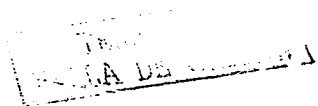
Existen varias clasificaciones del tipo Penal pero solo me referiré a la propuesta por Fernando Castellanos:

"Por su composición:

- A) NORMALES: Se limitan a hacer una descripción objetiva, solo contienen elementos objetivos.
- B) ANORMALES: contienen situaciones subjetivas que norman la conducta del sujeto.

Por su Ordenación Metodológica:

- A) FUNDAMENTALES O BASICOS: esta clasificación se realiza tomando en cuenta el bien jurídico que se pretende tutelar, pero es básico cuando tiene plena independencia.
- B) ESPECIALES: se forman por el fundamental, pero su existencia excluye la aplicación del Básico y subsume los hechos bajo el tipo penal especial.
- C) COMPLEMENTADOS: se integran con el fundamental y una circunstancia de peculiaridad distinta se diferencian de los especiales en que estos presuponen la existencia del



básico, a la cual se agrega, la norma donde contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los ESPECIALES y COMPLEMENTADOS pueden ser AGRAVADOS o PRIVILEGIADOS, según resulte o no un delito de mayor entidad.

En Función a su Autonomía:

- A) AUTONOMOS O INDEPENDIENTES: tienen vida por si mismos.
- B) SUBORDINADOS: dependen de otro tipo.

Por su Formulación:

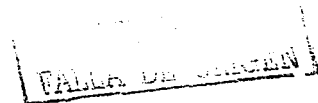
- A) CASUISTICOS: prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas, otra con la conjunción de todas.
- B) AMPLIOS: Describen una hipótesis única que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el Daño que Causan:

- A) DE DAÑO: Protegen contra la disminución o destrucción del bien.
- B) DE PELIGRO: Tutelan los Bienes contra la posibilidad de ser dañados."¹³

1. 4. 3 ANTIJURIDICIDAD y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

¹³ Castellanos Ob . cit supra (7) pag. .170



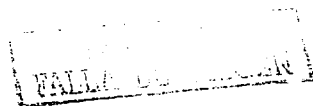
Etimológicamente Antijuridicidad se define como lo contrario a derecho, esta es; la contradicción objetiva de los valores jurídicos que son protegidos por el Estado. En el núcleo de la Antijuridicidad; existe el poder punitivo del Estado, valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente.

Doctrinariamente se ha definido como la relación de contradicción, entre la conducta típica y el orden jurídico. Considerando a la voluntad como el factor rector de la conducta, esta como generadora de acción u omisión, pero sin tomar en cuenta lo que el sujeto quiere o pretende.

La Antijuridicidad es un elemento objetivo del delito; ello en virtud de la relación de contradicción con las normas jurídicas.

La Antijuridicidad es un juicio de valor efectuado por el juzgador para determinar si la conducta que se realiza es típica y además, si esta se encuentra en contradicción con el orden normativo. Para ello el Juzgador realizara un estudio; una valoración que desembocara en la una determinación relativa a si la conducta se encuentra o no amparada por alguna causal que nulifique la conducta típica, declarándola como una conducta justificable por las propias normas del derecho, Considerándola lícita.

El delito es una conducta Humana, pero no toda conducta humana es constitutiva de Delito, es necesario que la acción sea típica, es decir que la conducta que se realiza este tipificada por la ley. Actuará antijurídicamente quien contradice un mandato de los



valores establecidos por el Estado. La Antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo respectivo, es decir cuando la conducta contradice a la norma jurídica, se violan los intereses de la colectividad los cuales están protegidos por el Estado.

"Carrara habla de la Antijuridicidad como una *Disonancia Armónica*, la que expresa la doble necesidad de adecuación ; primero : del hecho a la figura que lo describe y segundo: de oposición al principio que lo valora."¹⁴

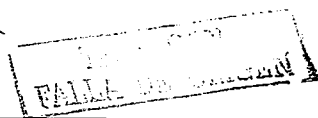
Franz Von Liszt en su Teoría Dualista de la Antijuridicidad hace la distinción entre dos tipos de Antijuridicidad:

Formal : la que se refiere a la transgresión de una norma emanada por el Estado, esto es la adecuación de la conducta que se realiza con la descrita por la norma Jurídica como Delito y ;

Material : se refiere a la contradicción que se da entre la conducta y la norma, siempre y cuando esta afecte a los intereses de la colectividad.

De lo anteriormente expuesto podemos deducir una relación existente entre la tipicidad y la Antijuridicidad ; Ernesto Von Mayer relaciona la tipicidad con la Antijuridicidad al deducir que la tipicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado un indicio de la Antijuridicidad, esto es, toda Conducta Típica es Antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación, Mezger a su vez dice que la Tipicidad es la Razón esencial de la

¹⁴ Idem



Antijuridicidad, pues una conducta que se realiza en contravención las normas del derecho es antijurídica siempre y cuando no existe una causa de Justificación que la redima.

1.4.3.1 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

Estamos en ausencia de antijuridicidad cuando la conducta típica, y por lo tanto en oposición al derecho se encuentre justificado por alguna causa que la Ley, considera como justificable y por lo tanto no la sanciona. La conducta puede ser típica por ajustarse a los presupuestos descritos por la norma, y sin embargo no puede ser antijurídica si se encuentra contemplada entre las causas de justificación que menciona la ley.

1.4.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION :

Son las condiciones que tiene el poder del estado para excluir la antijuridicidad de una conducta típica, estas constituyen el aspecto negativo del delito, en tales condiciones la acción realizada, a pesar de ser típica resulta conforme a Derecho, Las causas de justificación en que por falta o ausencia de la nota de ilegalidad o antijuridicidad, un hecho de tipicidad delictuosa, no es delito son las siguientes :

- a) Ordenamiento jurídico ;
- b) Cumplimiento de un deber ;
- c) Ejercicio de un derecho, oficio o cargo ;
- d) Consentimiento del perjudicado .

Las Causas de Justificación son impeditivas para la configuración del delito, podemos llamarlas causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, causas de exclusión del delito ; éstas son



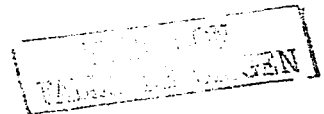
objetivas, relativas al hecho e impersonales, recaen sobre la acción realizada, atañen una realización externa.

El código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 consigna las siguientes causas de Justificación:

"El hecho se justifica:

- I. Cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo , siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares. Sin embargo para que pueda tener lugar la excluyente de responsabilidad es necesario que concurren lo siguientes requisitos :
 - a) que el bien jurídico se encuentre entre los que puede disponer el hombre.
 - b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.
 - c) que el consentimiento sea expreso o tácito; sin mediar vicio alguno.

- II. Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente , siempre que existe necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla;
la Defensa Legítima es una de las causas de justificación de mayor trascendencia, mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos, se asegura que el daño que se pretende causar a los bienes jurídicos propios sea menor .



cuando el derecho que se ejerce no sea con el claro propósito de dañar a otro.

Estaremos frente a un Estado de necesidad cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.

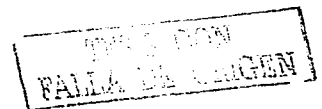
A diferencia de la legítima defensa existe un interés legítimo y un ilegítimo, hay una acción, una agresión y ambos intereses son legítimos, se trata de evitar un peligro originado por un tercero o por causas no imputables al hombre, y la conducta debe recaer sobre bienes, personas, animales siempre con la intención de conservar intereses legítimos.

La Suprema corte de Justicia de la Nación establece que "el estado de necesidad es una causa de Justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de Necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente"

IV. Cuando se obrare en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho."¹⁵

Nos encontraremos dentro de esta causa de Justificación cuando exista una necesidad racional del medio empleado para cumplir con el

¹⁵ Guanajuato, Ob Cit supra (2) Art 33.



deber, o ejercer el derecho que corresponda siempre y cuando este no se realice con el solo animo de perjudicar a otra persona.

Dentro del ámbito de algunas profesiones se tienen para su realización reglamentos internos a los cuales se tienen que sujetar las personas que se encuentran laborando en esas dependencias.

Por ejemplo de las actividades deportivas, mas claro ejemplo el Box profesional, los actores de dicho deporte se tiran golpes que de hecho podemos decir se infieren lesiones. Pero por otro lado su contrato de trabajo los obliga a estar expuestos a recibirlos y también a no presentar denuncia alguna si las lesiones que se causaren en el ejercicio de la obligación que cumplen fueren de tal magnitud que dieran lugar a ello, e incluso hasta la propia muerte.

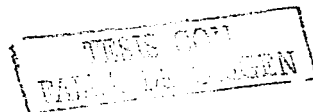
1.4.4 IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Considerada como elemento subjetivo del delito la Imputabilidad es la capacidad de querer y entender del agente dentro del campo del derecho penal. De la anterior definición podemos inferir que la Imputabilidad se encuentra integrada por dos elementos :

El Elemento Intelectual: Se traduce en el conocer y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

El elemento Volitivo : Es la capacidad para autodeterminarse, de querer y comportarse en función de lo que conoce.

La Imputabilidad implica capacidad morfológica e intelectual del agente al cometer el ilícito.



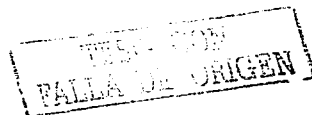
Ernesto Von Mayer dice que la Imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental del actor al obrar, según el conocimiento que se tenga del deber existente. Este elemento constituye la capacidad consciente de obrar y generar consecuencias dentro del derecho penal; entender la conducta y querer esas consecuencias de determinarse libremente dentro del campo del derecho .

De lo anterior podemos decir que una persona imputable es la que en el momento de su acción tiene la capacidad psicológica de entender el carácter ilícito de su conducta y determinarla en función de esa comprensión.

De la Imputabilidad consideraremos dos consecuencias lógicas que además son considerados por algunos autores como propios elementos del delito: la Culpabilidad y la Responsabilidad .

1.4.4.1 INIMPUTABILIDAD.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato establece : "No es imputable quien, en el momento del hecho y por causa de enfermedad mental, que perturbe gravemente su conciencia , de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no



tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión.”¹⁶

De lo anterior podemos deducir que la Inimputabilidad se dá con base en una patología sufrida por el sujeto activo del delito, el sujeto al efectuar una conducta ilícita, no cuenta con la capacidad mental , ni el desarrollo psíquico para entender el carácter ilícito del hecho.

De lo anterior también se infieren algunas causas de Inimputabilidad. Mezger habla de tres métodos: el Biológico, esto es ; se satisface en la exclusión de la Imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor ; el método psicológico se caracteriza porque en la exclusión de la Imputabilidad no destacan los estados anormales del sujeto ; y el bio-psicológico o mixto cuya característica es querer remediar lo unilateral de los anteriores se apoya en las llamadas bases biológicas y las consecuencias de ellas.

Del código penal Vigente en el Estado podemos deducir las siguientes :

- a) Enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia ;
- b) Perturbación grave de la conciencia con base patológica.

A los enfermos mentales siempre se les ha considerado como inimputables , diferentes códigos definen dentro de esta categoría a los imbéciles, locos, dementes, lunáticos, etc.

¹⁶ Idem.



podemos considerar que los sujetos que se encuentran en este supuesto no se hayan en posibilidad de captar los valores sociales y personales y mucho menos los jurídicos a los que deberían someter sus conductas , no hacen una debida diferenciación del bien y el mal, por lo tanto la responsabilidad es ausente pues los actos del inimputable son ejercidos sin dolo , ni culpa alguna.

c) Desarrollo psíquico incompleto o retardado ;

El sujeto al realizar el hecho típico no se encuentra en capacidad de reconocer los alcances de su conducta, ni de prever un posible resultado antijurídico.

d) Perturbación grave de la conciencia sin base patológica;

A este rubro podemos adecuar a los sujetos que por alguna causa sufren alguna alteración morbosa, una alteración pasajera y de corta duración , esta causa de Inimputabilidad se dará cuando el agente no haya buscado una causa eximente para delinquir , por tanto, el que con animo de cometer un delito se coloca en aquella situación , y hallándose en ella perpetra dicho acto , no puede ser declarado exento de dicha responsabilidad.

e) Ser menor de 16 años.

Los sujetos que se encuentran en esta condición son inimputables y materia de otras sanciones que establece la propia ley penal, los cuales se encuentran sujetos a una acción tutelar por parte del estado, no es la intención penar o castigar por el delito cometido , sino mas bien otorgar una corrección educativa y reincorporar al individuo a la sociedad.



En este caso nos estaremos refiriendo a los sujetos que aún no son considerados como imputables en relación con su edad, Nuestro código Penal establece una edad limite de 16 años , algunos otros códigos hacen referencia desde 10 años hasta los 18 como es el caso del Código Penal Federal.

La Inimputabilidad, Constituye el aspecto negativo de la Imputabilidad y es la ausencia de capacidad de querer (elemento volitivo) y entender (elemento Psicológico) en el ámbito del Derecho Penal ; de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión. Son las circunstancias capaces de anular o neutralizar la conducta típica ya sea por desarrollo mental retardado o salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la conducta delictuosa.

1.4.5 CULPABILIDAD.

Una conducta será delictuosa no solamente cuando sea antijurídica, sino además culpable, cuando a causa de las relaciones psíquicas entre su autor y la conducta ; esta le sea reprochable.

Petit define a Culpabilidad como el Nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

Existen diversas doctrinas que estudian a la culpabilidad ; de entre las cuales podemos distinguir tres :

LA TEORIA PSICOLOGISTA : donde la culpabilidad radica en un hecho de carácter puramente psicológico, es decir en el proceso

intelectual volitivo que desarrolla el sujeto al realizar su conducta delictuosa,

De esta teoría podemos deducir dos elementos :

El elemento Volitivo : el cual indica la suma de dos querer, el realizar la conducta y el del resultado.

El elemento Intelectual : en el cual radica el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

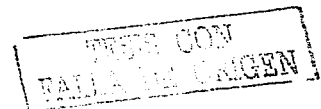
Según esta teoría, el agente realiza la conducta antijurídica que desea, conoce de la antijuridicidad de la misma, pero además quiere el resultado.

TEORIA NORMATIVISTA :

Para esta doctrina el ser de la culpabilidad, se encuentra constituido por el juicio de reproche ;que se finca a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa , se le puede exigir el orden normativo de una conducta diversa a la realizada. El normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados conforme al deber ser. Esta teoría liga al agente a comportarse de acuerdo a las propias normativas que para tales efectos dicta el Estado, le impone un determinado comportamiento, al cual debe de ceñirse, en caso de que el sujeto realice una conducta en contravención de dichas normas, le fincara el juicio de reproche si la conducta que violo tales preceptos fue realizada con toda la intención de provocar una disfunción entre la conducta y la norma.

Concepto de CULPABILIDAD :

3-4



El concepto de la culpabilidad variará de acuerdo a la teoría que lo defina por ejemplo, para la teoría psicologista la culpabilidad consistirá en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material ; para la Teoría Normativista será el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable. La culpabilidad es por lo tanto responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas manteniendo el dolo y la culpa en la culpabilidad.

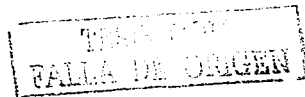
1.4.5.1 CULPA , SUS CLASES Y ELEMENTOS.

Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe, de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de presentárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.¹⁷ Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra: por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario positivo o negativo; en segundo termino que esta conducta voluntaria se realice sin la cautela o precaución exigida por el estado a sus particulares; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y estar inscritos en el código de conducta, es decir tipificarse penalmente; por ultimo; precisa una relación de causalidad.

Son dos las especies de Culpa:

Consciente, con previsión o con representación y; esta, existe cuando el sujeto prevé como posible el resultado típico, pero no lo desea y se conduce en la esperanza de que no se realizara. Existe voluntad en la

¹⁷ Castellanos. ObCit. Supra (7) Pag 239.



conducta y representación en la posibilidad del resultado; este no se quiere, se tiene la esperanza de que no se realizara, existe en la mente del agente, la previsión o representación de la posible realización de un resultado tipificado penalmente como delito, y a pesar de ello, confiado en la no realización del resultado desarrolla la conducta.

Inconsciente; sin previsión o sin representación: se llega a este tipo de culpa cuando no se prevé un resultado típico. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

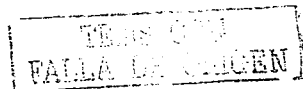
1.4.5.2 FORMAS DE CULPABILIDAD.

EL DOLO, SUS CLASES Y ELEMENTOS.

Podemos decir que obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito en la norma jurídica, así como de quien acepta el resultado previéndolo al menos como posible. En el dolo el resultado siempre es querido. Los elementos del Dolo son Dos : uno ético ; que consistirá en saber que se infringe la norma , esta constituido por la conciencia de que se quebranta la ley. Y el volitivo que es la voluntad de realizar la conducta catalogada como delito por la ley, es el querer el resultado. La doctrina determina que el dolo puede ser : Directo, e Indirecto, indeterminado y eventual.

DOLO DIRECTO : El resultado siempre coincidirá con el propósito del agente.

DOLO INDIRECTO : El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.



DOLO INDETERMINADO : Existe la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

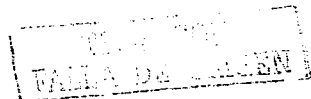
DOLO EVENTUAL : Es cuando el agente desea el resultado delictivo, existiendo la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente

1.4.5.3 INCULPABILIDAD.

Es el elemento negativo de la culpabilidad éstas vienen a constituir el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad y en presencia de ella se nulificara el delito. Para que un sujeto sea culpable es necesario que que en su conducta exista la intervención del conocimiento y de la voluntad.

Las causas que originan la culpabilidad son el error y la coacción. **ERROR.** El error es un falso conocimiento de la realidad. Tradicionalmente la doctrina ha estimado como especies o clases de error las siguientes:

ERROR DE HECHO: puede ser esencial o accidental. El primero produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito de carácter esencial o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad. Este error de hecho esencial invencible es el único que genera inculpabilidad porque nulifica el dolo y la culpa; el error de hecho esencial vencible es en el que el sujeto pudo y debió prever el error. Excluye el dolo pero no la culpa. Careciendo por ello de naturaleza inculpable , salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad. El error de hecho accidental no es causa de inculpabilidad por recaer en simples



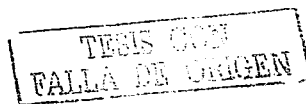
circunstancias objetivas, comprendiendo los llamados casos de aberración los cuales se dividen doctrinariamente en *Aberractus ictus*, *aberractus person*, *aberractus delicti*.

Actualmente nuestro código penal considera causas de exclusión del delito: Art. 33 fracción VIII. se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal; (que es el llamado error de tipo).
- b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque sea justificada su conducta (error de prohibición).

LA COACCIÓN: cuando se presenta deficiencia en la fase volitiva de la culpabilidad, es cuando aparece la coacción, o dicho de otra manera la coacción es una causa determinante de inculpabilidad por incidir la fase volitiva que integra la culpabilidad. La nota característica de la coacción radica en que es un constreñimiento de la voluntad. La voluntad no debe verse anulada porque si así fuere estaríamos frente a un caso de *vis absoluta* que excluiría la inculpación debido a la ausencia de conducta, se debe tratar pues de un constreñimiento para estar en presencia de una causa de inculpabilidad. Es así, como la coacción es otra manera de inculpabilidad .

1.4.6 PUNIBILIDAD, EXCUSAS ABSOLUTORIAS.



Este elemento consiste en el merecimiento de la pena que se establece de un mínimo a un máximo. De este elemento podemos definir además términos que en algunas ocasiones se pueden llegar a confundir incluso con sinónimos, por lo que es necesario hacer una distinción.

PUNIBILIDAD: Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma jurídico penal.

PUNICIÓN: Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

PENA: Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el agente y una protección para la sociedad.

1.4.6.1 FUNDAMENTOS DE LA PENA.

Son diversas las doctrinas que hablan a cerca de la justificación del estado al imponer una pena entre las cuales distinguiremos las ABSOLUTAS, RELATIVAS Y MIXTAS.

TEORÍAS ABSOLUTAS: la pena carece de una finalidad practica, se aplica como una exigencia de la justicia absoluta, la pena constituye una justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, sea a titulo de reparación o de retribución por el hecho ejecutado. A su vez estas teorías se subdividen en: Reparatorias y Retribucionistas.

TEORÍAS RELATIVAS: toman a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, es decir asignan a la pena la finalidad de asegurar la paz social.

TEORÍAS MIXTAS: Estas teorías mencionan que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y de prevención del delito, no puede prescindir de la idea de justicia, cuya base es la retribución, y aun cuando la pena tiende a la prevención debe tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales arraigados en la conciencia colectiva, las cuales exigen que el delito sea castigado y reprimido.

En conclusión la Punibilidad es:

- a) merecimiento de pena.
- b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales.
- c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Algunos autores tienen aun la discusión encaminada a demostrar si la Punibilidad es elemento del delito o es solamente el efecto de la causa. El maestro Porte Petit dice que para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, indiscutiblemente la Punibilidad constituye un elemento del delito porque en su definición exige explícitamente la pena legal. Ignacio Villalobos dice que la pena es la reacción de la sociedad o el medio en que esta se vale para tratar de reprimir el delito. Y Carrancá y Trujillo dice que la Punibilidad no es un elemento esencial del delito, pues en presencia de un excusa absolutoria la Punibilidad ni siquiera se manifestaría. La pena no es

elemento esencial del Delito, La pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

1.4.6.2 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

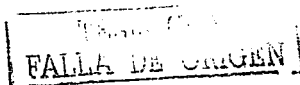
Estaremos en presencia de ella cuando existan excusas absolutorias. Estas constituyen el aspecto negativo de la Punibilidad, las excusas absolutorias se consideran como aquellas causas que dejando subsistente la ilicitud del acto ejecutado, impiden la configuración total del delito, evitando la imposición de la pena. "Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las causas que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública." ¹⁸ son aquellas circunstancias exclusivamente señaladas en la ley por las cuales no se sanciona al agente.

Carrancá y Trujillo divide a las Excusas absolutorias desde el punto de vista subjetivo o de la escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

a) *Excusas en razón de los móviles afectivos revelados*; en este tipo de excusas la acción que desarrolla el sujeto acredita en él, nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble, por ejemplo:

En el delito de evasión de detenidos, inculpados o condenados; pues el código penal para el estado de Guanajuato en su artículo 269 impone una pena a quien ponga en libertad o favoreciere la evasión

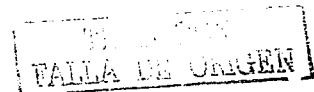
¹⁸ LOPEZ Betancourt Eduardo. TEORIA DEL DELITO, 5 ed. Ed. Porrúa, México. pag. 28.



de un detenido, inculpado o condenado y en el mismo capítulo en el artículo 270 manifiesta una excusa absolutoria para el autor de este delito cuando se refiera a los ascendientes del evadido, sus descendientes, cónyuge concubinario o concubina y hermanos. A menos de que favorecieran la fuga por medio de la violencia o fueran los encargados de conducir o custodiar al evadido.

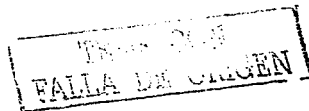
De la misma manera en el delito de encubrimiento en el artículo 277 del código penal no se sanciona esta conducta a los parientes en línea recta ascendente o descendente, consanguínea, afín o por adopción; el cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo. Y a quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

- b) *Excusas en razón de la patria potestad o la tutela*; actualmente nuestro código penal ya no establece una excusa absolutoria en razón del ejercicio de la patria potestad o la tutela, mas bien ha dejado que estos delitos se persigan por querrela necesaria; pero estaban sustentados en el derecho de corrección que tienen los padres para con sus hijos.
- c) *Excusas en razón de la maternidad consciente*; este tipo de excusas se refiere básicamente al artículo 163 que establece: **NO ES PUNIBLE EL ABORTO CUANDO SEA CAUSADO POR CULPA DE LA MUJER EMBARAZADA NI EL PROCURADO O CONSENTIDO POR ELLA CUANDO EL EMBARAZO SEA EL RESULTADO DE UNA VIOLACION.**



d) *Excusas en razón del interés social preponderante;* como ejemplo tenemos el artículo 190 del Código Penal Para el estado de Gto. que excluye la pena que se impone a la persona acusada de difamación o calumnia si probare la verdad de sus imputaciones en los siguientes casos; defender o garantizar un Interés Público, Si la persona inculpada actuó con carácter publico y la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones; Si el hecho imputado ha sido declarado cierto por sentencia firme y la persona actuó por un interés legitimo; si se manifiesta un parecer científico, técnico o artístico.

e) *Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.*, podemos decir de las excusas relativas al delito de robo que en el artículo 196 del código penal dice: cuando la cuantía de lo robado no exceda de 20 días de salario mínimo general vigente en el estado en la fecha de los hechos y el activo repara voluntaria e íntegramente el daño, el tribunal no aplicara pena alguna.



CAPITULO SEGUNDO.

2. VIOLACION.

Desde todos los tiempos y en todas las legislaciones se ha castigado la violación, puesto que implica un acto de barbarie, que atenta en contra de la honra y dignidad del sujeto que se ve afectado con la imposición forzosa de tal conducta, además vulnerando la libertad sexual y la integridad física y moral.

En épocas bíblicas al violador se le cegaba y castraba; en Roma se castigó con la muerte. El derecho Canónico lo sancionaba con azotes de ser el violador hombre libre, muerto en la hoguera de ser siervo. En las siete partidas se aplicó la pena capital y además la confiscación de bienes a favor de la mujer ofendida. Las primeras leyes inglesas castigaban con la castración y extracción de los globos oculares; finalmente en América Jefferson propuso el castigo de castración y en 1915 la castración se impuso como castigo para este delito en 13 estados de los estados Unidos.

2.1 CONCEPTO: "Delito sexual que consiste en el acceso carnal que se obtiene contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. Se produce mediante la fuerza o intimidación, aprovechándose de que la víctima se encuentra física o psíquicamente imposibilitada para expresar su discurso o resistirse."¹⁹

¹⁹ DIAZ De León , Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. 3 ed. Ed. Porrúa. México 1989. Pag. 2220.

La Violación, es un delito contra la libertad sexual cuya acción consiste en el acceso carnal llevado a cabo en circunstancias tipificadas por la ley. Por ejemplo, cuando se usare fuerza o intimidación, cuando la persona violada se hallare privada de sentido, cuando se abusare de su enajenación o bien al tratarse de un menor.

Para Maggiore, "el delito de violación es el de obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas. Es la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad."²⁰

Carrara dice de la violación;" Es el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta."²¹ De esta definición podemos observar la esencia del delito, que descansa en la falta de consentimiento de la víctima, sometida a la violencia sexual y por lo tanto la falta de consentimiento será la condición esencial para que pueda configurarse el delito.

Es necesario dejar claros ciertos conceptos que integran la definición del delito tales como:

CÓPULA : es el ayuntamiento o conjunción sexual con eyaculación o sin ella. Introducción del pene en la vagina - ayuntamiento normal - o, en el ano - Ayuntamiento anormal - . la

²⁰ PORTE Petit Celestino. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. 5ª ED Ed Porrúa. Mexico 1988. Pag 11.

²¹ CARRARA citado por DIAZ De León , Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. 4 ed. Ed Porrúa México 1987 Pag. 2224.



cópula en la violación se entiende en sentido amplio es decir no se limita únicamente a la cópula natural entre el varón y la mujer , sino a cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el órgano donde se produzca la introducción.

VIOLENCIA : Fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, como golpes, heridas, ataduras o cualquier medio que obligue al pasivo en contra de su voluntad a dejar copularse, o bien Violencia moral ; es decir ; empleo de amagos, amenazas de males graves que, por intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento. La falta de consentimiento del pasivo aunada a la violencia es lo que da tono diferencial al delito de violación.

El código penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 180 y dentro del capítulo relativo a los delitos contra la libertad sexual define a la violación como :

" A quien por medio de la violencia imponga cópula a otra persona, se le impondrá de ocho a quince años de prisión y de cien a doscientos cincuenta días multa. Si la persona ofendida fuere impúber, se aplicara prisión de diez a diecisiete años y de cincuenta a trescientos días multa." ²²

El artículo 182 menciona; " se aplicaran las mismas penas, según que la persona ofendida sea púber o impúber, **a quien por medio de la violencia introduzca por vía anal o vaginal cualquier**

²² Guanajuato. Ob. Cit supra (2). Art 180

23. Idem. Art 182

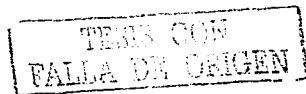
hacerse justicia por sí mismo, ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 17 constitucional."³³

VIOLACION ENTRE CONYUGES, 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 violación³⁴.

En materia penal, la ley se aplica conforme a la letra de la misma, rigiendo el principio general de derecho de que donde la ley no distingue, no es dable que lo haga el juzgador; y en ningún caso, la ley faculta a persona alguna a hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

³³ *Octava Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 6/94 . Página: 16*

³⁴ *Octava Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 6/94 . Página: 16*



Uno de los derechos y obligaciones recíprocos que se adquieren al contraer matrimonio, es el de contribuir a los fines de éste, encontrándose entre ellos el de perpetuar la especie, lo cual sólo se logra a través de la cópula, sin embargo el derecho de uno de los consortes de exigir al otro la obligación de cumplirlo, no lo autoriza a hacerlo por medio de la violencia, ya que significaría hacerse justicia por sí mismo, lo cual resultaría violatorio de lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, y transgrede las reglas del buen trato que deben observarse aun dentro del matrimonio. Por tanto, el desconocimiento de ese derecho por cualquiera de los consortes, únicamente facultaría al afectado a recurrir a los tribunales a demandar la disolución del vínculo matrimonial, haciendo valer como causal de divorcio la negativa del otro consorte a cumplir con su obligación de perpetuar la especie, por constituir una injuria grave.

Garraud, expresa textualmente: "Es necesario, indudablemente que el comercio con una mujer, buscado por la violencia sea ilícito: así el marido que posee a su mujer a la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación aún en el caso de separación de cuerpos, salvo la represión de las heridas que pudiera haberle causado; pero el marido que empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el crimen de atentados al pudor. En este caso, en efecto, el comercio que ha buscado es ilícito y la protección general de la ley defiende a la mujer contra tales actos"³⁵

En sentido diverso es la opinión de Cuello Calón: 'El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito así el coito efectuado por el



marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en el caso la resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. El acceso carnal violento dentro del matrimonio será lícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etcétera); cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas)"³⁶.

Es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza para obtener el acceso carnal respecto de su mujer no cometería el crimen de violación.

Se considera como causa de divorcio, el que un cónyuge cometa contra la persona o bienes del otro un hecho que sería punible de cometerlo una persona extraña si tal hecho tiene señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión. Es decir, de lo anterior se desprende que el legislador previó la existencia de casos de excepción, en los cuales la conducta de una persona que por regla general sería punible si la cometiera contra cualquier otra persona no lo es, si la

³⁶ CUELLO, Calón. DERECHO PENAL. Tomo I. 16ª ed. Ed. Porrúa. Editorial BOSCH. Barcelona. Pág. 135.

1900
FALLA DE ORIGEN

comete en contra de su cónyuge; en tales casos ante la imposibilidad legal de que el cónyuge infractor sea castigado penalmente, se estableció como sanción la procedencia de una causa de divorcio.

Existe una contradicción consistente entre los que opinan que sí puede darse la violación entre cónyuges, porque el ejercicio del derecho a copular no puede obtenerse mediante violencia, mientras otros doctrinarios opinan que aun presentándose los medios típicos no se integra el delito de violación, sino uno diverso.

Es de considerarse que no puede resolverse generalizando la resolución para todos los casos que se puedan presentar, sino que la solución aplicable dependerá de las circunstancias existentes en cada uno en particular. La doctrina ofrece tres soluciones para esta cuestión; en una corriente de opinión, se afirma que sí puede existir el delito de violación entre cónyuges, pero también está la de los que piensan lo contrario, al considerar que se trata del ejercicio de un derecho; y por último, los que estiman que no se comete delito de violación, aunque admiten la posibilidad de que se integre alguno distinto.

Para resolver sobre el particular, en primer término debe atenderse a los fines que tiene la institución del matrimonio, entre los cuales se cuenta el de la procreación de la especie; por lo que es lógico deducir que los cónyuges deban prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiendo por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el

órgano sexual femenino; pues solamente tienen derecho a una relación sexual de esta naturaleza.

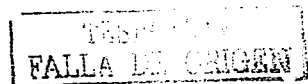
Ahora bien si el cónyuge impone la cópula normal de manera violenta, a criterio de algunos autores como Cuello Calón no se integra el delito de violación, a pesar del empleo de los medios típicos, porque ejercita indebidamente su derecho, adecuándose su conducta a lo previsto en el artículo 33 del Código Penal para el estado de Guanajuato, que prevé:

"Se obre en el cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho"

En consecuencia, no hay violación entre cónyuges, sino ejercicio indebido del propio derecho, sólo podría sancionarse por el delito que pudiera configurarse al ejecutarse la violencia física o moral para la obtención de la cópula.

Por otra parte, sí se puede cometer el delito de violación entre cónyuges, en casos de excepción, pues efectivamente existe el derecho a la prestación carnal, pero tal comportamiento ha de llevarse a cabo en condiciones que no afecten la moral, la salud o alguna disposición legal expresa.

Una de las hipótesis en que puede actualizarse la figura a estudio, sería la imposición de la cópula anormal de manera violenta; en cuyo caso es innegable que el cónyuge es afectado en su libertad sexual, bien jurídico que se tutela en el ilícito que se analiza, pues si



bien ha consentido a prestarse a la relación carnal con su pareja, esto se limita, como ya se dijo, a la práctica de la cópula normal; por lo que la realización de actos sexuales contra natura a través de violencia, sí lesionan el bien jurídico que se protege en el delito de violación y se integra el mismo, pues a tales ayuntamientos carnales no se comprometió la pareja al contraer matrimonio, ni se encuentran estos actos comprendidos dentro de los permisibles para la obtención de los fines propuestos por esta institución.

38-10-10
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO TERCERO

3. ABORTO.

3.1 CONCEPTO.

Del latín abortus, ab privar, y ortus nacimiento, es la acción de abortar, es decir, parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir.³⁷

Para el derecho penal aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

"El aborto es la muerte de un niño o niña en el vientre de su madre producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento"³⁸.

ABORTO:

Definido como la acción o efecto de abortar, contempla un aspecto que nos lleva a considerarlo como **ABORTO DELICTIVO**, que es la acción dirigida intencionalmente a ocasionar la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez con o sin el consentimiento de la embarazada y cualquiera que sea el medio empleado salvo que se trate de una medida aconsejada o ser el

³⁷ Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

³⁸ Idem.

embarazo consecuencia de una violación, casos en los cuales el aborto no se considera delictivo. El aborto constituye **la muerte** del feto mediante la destrucción en el seno de la madre o por su expulsión prematura, provocada por cualquier medio, es decir se sanciona no propiamente la conducta sino más bien el resultado.

La conducta realizada al efectuar un aborto la encontramos dentro del principio de legalidad esto es, existe un tipo penal que prevé una conducta que considera delito y que por consiguiente impone una sanción. La conducta constituye el elemento nuclear del tipo y la realización de la misma implica la existencia del sujeto que la realiza y la pasividad del ente o sujeto que se ve afectado por la ejecución.

Debemos analizar mismo los elementos componentes del tipo penal del aborto que a su vez constituyen delimitantes de la conducta.

El sujeto activo es común en tanto que puede ser la madre, un medico, o cualquier persona extraña a la madre el sujeto pasivo recae en el feto de acuerdo a las características especificadas por la ley.

La conducta es realizada a través del verbo típico provocar la muerte o Matar, el primero de los elementos a analizar es un acto precedente que ha de dar origen a la comisión del ilícito, el hecho de que el sujeto activo se coloca en la calidad que requiere el tipo penal, en este caso particular hablaríamos de un embarazo.

En el caso de circunstancias de lugar el tipo penal no exige que se realice en algún lugar determinado, esto es puede ser indistinto.



Cuando hablamos del tiempo en que debe realizarse la conducta, el tipo nos exige que esta deba realizarse en cualquier momento de la preñez.

En cuanto a los medios comisivos, el tipo penal básico no determina ninguno, no así los subordinados, como ejemplo podemos citar el artículo 224 que la persona que realice al aborto debe hacerlo con consentimiento de la mujer a la que ha de practicarse el aborto, el 225 que se realiza sin el consentimiento de la mujer a la que ha de practicársele el aborto.

Como mencionamos anteriormente la finalidad o el propósito de la conducta sin duda alguna irá encaminado a provocar la muerte del producto de la preñez, en el caso del aborto Honoris Causa; la finalidad es ocultar la deshonra. El resultado de esta serie de circunstancias que están ligadas a la conducta llevarán a lo previsto por el código penal la Muerte del Producto de la concepción en cualquier momento de la Preñez.

El objeto sería de dos tipos, el MATERIAL, y se refiere al producto de la concepción considerado como sujeto pasivo, y el JURÍDICO, que es proteger la expectativa de vida.

El resultado típico recaerá en la muerte del producto de la concepción.

Existen Diferentes clases de abortos pero a considerar del Derecho Penal. Distinguiré dos: Se habla de " **aborto espontáneo** cuando la muerte es producto de alguna anomalía o disfunción no

prevista ni deseada por la madre; y de **aborto provocado** (que es lo que suele entenderse cuando se habla simplemente de **aborto**) cuando la muerte del bebé es procurada de cualquier manera: doméstica, química o quirúrgica".³⁹

3.2 ELEMENTOS DEL DELITO.

" Sujeto activo: indistinto pero por lo general recae en la madre

Sujeto pasivo: único: el producto de la concepción

Conducta: provocar la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Finalidad: evitar en nacimiento"⁴⁰

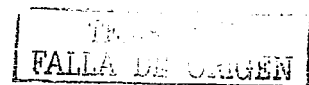
"El concepto del delito de aborto fue transformado en el año de 1931 cuando se referían al aborto como la consecuencia final y no así a toda la maniobra o actos realizados para alcanzar el propósito principal que era la muerte del feto. Aborto es la muerte de la concepción en cualquier momento de la preñez".⁴¹

La acción antijurídica puede reconocer como posibles sujetos pasivos, a parte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no ha prestado su consentimiento, al padre y a la sociedad; el atentado consiste en la supresión a la maternidad en gestación, esto es, en la muerte del producto de la concepción antes de su nacimiento.

³⁹ Idem.

⁴⁰ GUIZA Alday Francisco Javier. Código penal comentado para el estado de Guanajuato. 6ª. Ed. Ed. Orlando cardenas editores. Guanajuato. México 2002.Pag. 52

⁴¹ Idem.



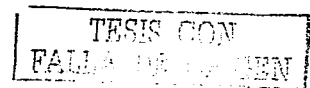
Objeto: Para la configuración del delito no se requiere que las maniobras abortivas sean determinadas, sino cualquier medio que cause la muerte del ser gestante será típica. La muerte es el fenómeno realmente importante.

De entre los definidos por nuestra legislación actual se encuentran:

- 1) Material: muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.
- 2) Moral o Interno: es la culpabilidad intencional o imprudente del sujeto activo.

"Si no existe el producto o no tiene vida al momento de la realización de la conducta del activo no puede existir el aborto por falta de objeto material y jurídico"⁴². El elemento material del delito es la muerte del producto durante la preñez, el fenómeno biológico de la preñez o gestación se inicia en el instante mismo de la concepción, por la fecundación que hace el nacimiento regular del producto o su expulsión prematura. En la practica no es posible determinar con exactitud la iniciación de la preñez hasta en tanto pueda establecerse un verdadero diagnostico clínico de observación, auscultamiento y palpitación de la mujer. La primera manifestación clínica importante es la cesación de la menstruación pero este dato se presta a equivocaciones. En la integración de esta constitutiva poco importa la edad cronológica del producto de la concepción; huevo, embrión o

⁴² CARDONA Arizmendi Enrique y otro. CÓDIGO PENAL COMENTADO. 3ª. Ed. Ed Orlando Cardenas, México 1996. Pag. 591



feto; tampoco interesan las circunstancias de su formación regular o irregular o su falta de aptitud para la vida externa. Es decir que basta con probar médica y legalmente que el producto fue concebido, vivió y fue muerto; para que quede integrado el elemento material del delito pero si la muerte del producto es la única constitutiva material del delito ella implica lógicamente los siguientes presupuestos necesarios:

- a) Embarazo o preñez de la mujer.
- b) Actos encaminados a causar la muerte del producto de la concepción.

El elemento moral del delito es la intencionalidad o imprudencia criminales, es decir si el delito es planeado con toda la intención de causar un resultado que será el de causar la muerte al producto de la concepción, cuando se cause con dolo.

3.3 DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Mucho se ha discutido de la razón de que el aborto constituya una acción antijurídica, sin embargo esta conducta se encuentra regulada por el Estado y considerada como delictiva pues trata de proteger intereses Jurídicos esenciales para el cumplimiento de su finalidad, que es el del bien de la población. El objetivo sin duda alguna doloso en el aborto, es atentar en contra de la vida en gestación para evitar la maternidad; los bienes jurídicos que tutela este tipo penal son:

La vida del ser en formación;

El derecho a la libre decisión de la madre;

El derecho del padre a la descendencia y

El interés demográfico de la sociedad.

Al tipificar esta conducta el estado estará protegiendo bienes jurídicos tutelados y sin duda desde mi particular punto de vista el más importante será el de la vida en formación; la iglesia Católica expresa su protección al producto de la concepción desde el mismo momento de ser concebido. " Quien se elimina es un ser humano que comienza a vivir, es decir, lo más inocente que se pueda en absoluto que se pueda imaginar; jamás podrá ser considerado un agresor, y menor aún un agresor injusto, es débil, inerme, hasta el punto de estar privado incluso de aquella mínima forma de defensa que constituye la fuerza implorante de los gemidos y del llanto del recién nacido. Se haya totalmente confiado a la protección y al cuidado de la mujer que lo lleva en su seno (evangelium vitae, 58). Esta importante resolución reconoce expresamente la vida humana del niño desde el momento de su concepción, nos deja una tarea muy importante: implementar esos derechos que sean reconocido al nasciturus, como por ejemplo garantizarles al él y a su madre atención medica dignas para su nacimiento y sano desarrollo".⁴³ También importante tenemos; el derecho de la mujer embarazada a disponer libremente de sí misma. El maestro Cuello Calón dice al respecto. "Es Cierto que el hombre tiene derechos sobre sí mismo, pero estos no son ilimitados, no son absolutos, sino que se hayan mas o menos circunscritos por los derechos de los demás hombres y por los de la colectividad; el derecho de disponer de sí misma que puede tener una mujer, no es absoluto y sin limitación alguna; se haya circunscrito por el respeto debido al fruto

⁴³ México. La Familia Cristiana. Año 50 No. 4 . Abril de 2002.



de la concepción, por ser éste una esperanza de vida, un ser un hombre futuro.⁴⁴

Por otro lado se encuentra también el interés demográfico de la comunidad, sin embargo esta teoría es casi obsoleta en nuestros días dado el uso indiscriminado de métodos anticonceptivos, que también se consideran atacan el interés demográfico, sin embargo la alta sobre población no esta como para penalizar una actividad de esta naturaleza y lejos de hacerlo la promueve por la incapacidad de facilitar a sus miembros una forma honesta y digna de vida.

3.4 TIPOS DE ABORTO

3.4.1 ABORTO PROCURADO. "A la mujer que provocare o consienta su aborto, se le impondrá de tres meses a un año de prisión y de diez a treinta días multa"⁴⁵. Se ha definido por el maestro Porte Petit el aborto procurado o propio como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, llevada a cabo por la mujer en ella misma"⁴⁶ Este tipo penal exige que la madre sea quien realice todos los actos encaminados a causar la muerte del producto de la concepción, la madre es la única persona que puede ser el sujeto activo y material del delito, la figura de este tipo es de comisión

⁴⁴GONZALEZ de la Vega Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO.31 ed. Ed Porrúa. Pag. 126.

⁴⁵ GUANAJUATO. Código Penal Para el Estado de Guanajuato. Art. 159.

⁴⁶ PORTE, Petit. DOGMÁTICA DE LOS TIPOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD. 3ª ed. Ed Porrúa 2ª parte, México 1995. pag 44.



dolosa, ya que el tipo penal exige que la madre provoque su aborto, entranando con ello el querer el resultado.

3.4.2 ABORTO CONSENTIDO: "A quien cause el aborto con el consentimiento de la mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión y de uno a treinta días multa"⁴⁷. En este tipo de aborto tendremos pluralidad de sujetos activos, pues en primer lugar debe prestar su consentimiento la madre y además realizar maniobras de cooperación y actos de auxilio para la ejecución del delito. Y en segundo debe haber una tercera persona que ejecute los actos encaminados a causar la muerte del producto de la concepción.

El consentimiento de la mujer debe ser prestado sin mediar vicios en la voluntad; esto es; la mujer debe expresar claramente su consentimiento para que otro sujeto ponga en practica las actividades tendientes a obtener el aborto y además el consentimiento debe ser valido, es decir la mujer debe contar con el discernimiento y entender la trascendencia del acto que se va a ejecutar.

3.4.3 ABORTO SUFRIDO: " A quien provoque el aborto sin el consentimiento de la mujer, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y de veinte a sesenta días multa"⁴⁸. Este Tipo penal podemos considerarlo agravado, puesto que hay pluralidad de bienes jurídicos que se tutelan, en primer lugar la vida del ser en gestación y en segundo lugar la libertad de la mujer de ser madre, cuando sin su

⁴⁷ Guanajuato, Op.Cit supra (44). Art. 160

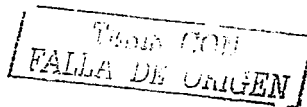
⁴⁸ IBIDEM Art. 161.

consentimiento o por medio de violencia física o moral se atenta en contra de su propia vida para causar la muerte del producto de la concepción.

También podemos encuadrar en este supuesto, la conducta causal que se realiza sin que la madre haya tenido la posibilidad de repelerla o bien se realiza de manera culposa, como en el caso de un acometimiento inesperado, sin perjuicio de que la conducta se encuadre en cualquier forma de culpabilidad, culposa o dolosa.

3.4.4 ABORTO CON INTERVENCION DE MEDICO PARTERO O ENFERMERO: "si en el aborto participare un médico, partero o enfermero, se le suspenderá además en el ejercicio de su profesión por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta"⁴⁹. En este tipo penal se establece una pena adicional en virtud de que en esta practica el sujeto activo adquiere una calidad determinada, que es la de ser médico, partero o enfermero, pues estas personas violan deberes que la ética profesional les imponen a quienes teniendo la obligación de velar por la vida contribuyen con su destrucción. Basta que la conducta del sujeto este encaminada de alguna manera a cooperar con la causación del aborto para que esta sea considerada como una conducta típica.

⁴⁹ IBIDEM. Art. 162



3.4.5 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

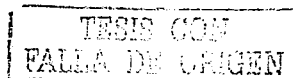
"No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación"⁵⁰.

La ley estima que la conducta causada por la mujer de manera culposa, sin la previsión y el cuidado que merecía su estado de gravidez, no es una conducta antijurídica, y además que la mujer ya ha pagado su falta de cuidado al ver su maternidad frustrada.

En el segundo de los casos, se refiere a que e embarazo es producto de una violación, habida cuenta de que a pesar de que existe un hecho típico y antijurídico, la madre no es culpable por la motivación de su conducta que es superior al deber de no delinquir.

3.5 ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN. El aborto por violación es también llamado aborto por maternidad consciente, y es el caso de una mujer violada, a la que además de no habersele respetado su libertad sexual, se le coloca en una situación de extrema angustia moral y física. No se puede justificar que se imponga a la mujer una maternidad odiosa que le recuerde eternamente el episodio de una violación sufrida. En este supuesto encontramos de nueva cuenta un conflicto de valores, por un lado la vida de un ser en gestación, por el otro, la libertad de la mujer violada.

⁵⁰ IBIDEM . Art. 163



" Manzini, expone su punto de vista al decirnos que se trata de una causa de justificación porque la mujer que ha sido violada y se encuentra en cinta, tiene las condiciones presupuestas por la circunstancia justificante del " estado de necesidad", porque las circunstancias dañosas de la violación constituye la permanencia de la causa creadora del peligro del daño grave a la persona. Y en tanto permanecen dichas circunstancias la mujer esta autorizada a remover la causa dañina o amenazadora mediante el aborto. El estado peligroso o dañoso puede describirse en las circunstancias morales, familiares del parto."

La Excusa absolutoria del aborto por violación previa supone la demostración evidente de atentado sexual; pero esto debe establecerse, para los efectos de la no Punibilidad del aborto, por el juez que conoce de la causa, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación.

El código de procedimientos Penales, Federal establece en el artículo 131 Bis. " el Ministerio Público autorizará en un termino de 24 horas, la interrupción del embarazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 334, Fracción I del Código Penal cuando concurren las siguientes requisitos:

- I. Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida;
- II. Que la víctima declare la existencia del embarazo;
- III. Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud;

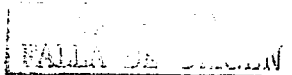
- IV. Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación; y
- V. Que exista solicitud de la mujer embarazada.

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

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

De igual manera, en el periodo posterior ofrecerán orientación y apoyos necesarios para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes."⁵¹ de acuerdo a esta disposición legal es necesario la denuncia de la mujer que ha sido violada para llevar a cabo una conducta que se considera delictuosa y que resulte justificada por la propia ley, es necesario, que el sujeto pasivo exista, es decir que haya estado de gravidez en el sujeto activo, que se compruebe que el embarazo haya sido producto de una violación, que el estado se determine por institución pública, etc.

⁵¹MEXICO. CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 3ª ed Ed Mc Graw Hill México. 1997 Art. 131.



CAPITULO CUARTO.

4. MATRIMONIO

EVOLUCION HISTORICA.

Desde épocas remotas el hombre se agrupa para buscar los medios para sus subsistencia, indiscutiblemente el concepto de matrimonio se ha tomado de maneras muy diferentes según la civilización de que se trate. Puedo mencionar como ejemplo la exogamia, donde los hombres de un clan o una tribu, tomaban como esposas a las mujeres de una tribu diferente a la suya. En Roma el matrimonio se hallaba fundamentado sobre una base estrictamente religiosa, el estado limitaba su actuar a consentir que el matrimonio se celebrara y tuviera los efectos que la iglesia determinara, además protegiendo e inclusive sancionando a los esposos que faltaran a los preceptos establecidos por la iglesia. Finalmente la institución del matrimonio adquiere el carácter jurídico en el Jus civile, donde se regulo las incapacidades para contraer matrimonio, los efectos producidos por las nupcias, la relación que debían llevar los contrayentes y los efectos sobre los hijos. A finales del siglo X el poder secular se debilito fuertemente y la iglesia tomo para si la competencia de celebrar los matrimonios, establecer sus efectos y sancionar a los cónyuges que incurrieran en faltas al mismo, ejerció incluso su jurisdicción sobre cualquier acto del estado civil durante el lapso de 6 siglos.

En el siglo XVI el estado recobro su jurisdicción sobre estos asuntos familiares , primero en las relacionadas con el aspecto económico y posteriormente en las de nulidad de matrimonio, Incluso privando de



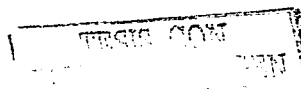
efectos civiles a matrimonios celebrados por la iglesia en contravención de los principios establecidos por el estado. En México a partir de la conquista española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges , se regularon por el derecho canónico, pero a partir de las leyes de reforma con la ley relativa a los actos relativos al estado civil y su registro Promulgada por el entonces presidente de la república Don Benito Juárez. Ley en la cual se atribuye al matrimonio la naturaleza de contrato civil reglamentando por el estado los requisitos para su celebración, sus elementos de existencia y validez. En esta misma ley se le dió al matrimonio el carácter de indisoluble y en 1914 el Presidente Carranza promulgó en Veracruz una ley de Divorcio, la cual dejaba disuelto el vinculo matrimonial y dejaba a los esposos divorciados en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

4.2 CONCEPTO :

Existen infinidad de conceptos que definen al matrimonio, pero empezare diciendo que el matrimonio es la principal fuente de la familia.

El matrimonio es de los temas mas explorados por el derecho civil por considerarse de gran trascendencia , no solamente en el orden jurídico, sino en el religioso, el moral y hasta en el social, puesto que el matrimonio llega a consolidar una familia y la familia constituye la célula básica de la sociedad.

El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista civil, como ya se analizo en los



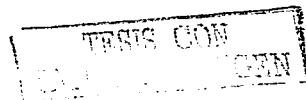
antecedentes, desde el punto de vista de la Iglesia Católica , es considerado como un sacramento, " es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un ministro autorizado por la iglesia, la imagen de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la iglesia, y como ésta indisoluble. El vinculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial ; pero su consagración ante la iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la Unión, ésta es indisoluble."⁵² De acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de diferente sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes."⁵³

Edgard Baqueiro y Rojas en su libro Derecho de familia y sucesiones menciona que es necesario considerar que el matrimonio debe verse desde dos acepciones :

" 1.- Como acto Jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el estado designa para realizarlo.

⁵²ROJINA, Villegas Rafael COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. 6 ed. Ed Porrúa México 1983 Pág. 288

⁵³ BAQUEIRO, y Rojas Edgard, DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. 1 ed. Ed Harla. México 1996. Pág 37



2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial genero de vida." ⁵⁴

De la celebración del matrimonio (ACTO), se produce un efecto primordial : el nacimiento de un conjunto de RELACIONES JURIDICAS entre los cónyuges (ESTADO).

El estado civil del matrimonio , se compone de un conjunto deberes y facultades, derechos y obligaciones para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda entre los cónyuges.

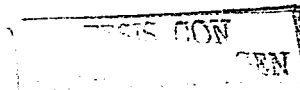
El matrimonio es, pues un acto jurídico complejo estatal que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

4.3 NATURALEZA JURIDICA.

Existen diversas teorías que ubican al matrimonio en situaciones diferentes de entre las mas sobresalientes distinguiré las siguientes:

EL MATRIMONIO ES UN SACRAMENTO: El derecho canónico, considera al matrimonio como un sacramento, en el cual los esposos son los ministros del acto. En el, interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurar la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, y a efecto de registrar el acto mismo.

⁵⁴ Idem. Pág. 39



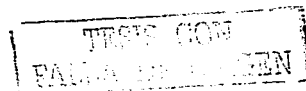
EL MATRIMONIO ES UN CONTRATO : Esto en relación de que la celebración del mismo implica la libre expresión de la voluntad y al celebrarse con las solemnidades requeridas para ello, surgen para ambos contrayentes derechos y obligaciones recíprocas.

Algunos autores critican esta teoría pues manifiestan que el matrimonio no puede ser un contrato en virtud de carecer de objeto jurídico, pues la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato ya que los contrayentes como personas se encuentran fuera del comercio.

EL MATRIMONIO ES UN ACTO JURIDICO CONDICIÓN : La teoría sostenida por León Duguit, manifiesta que se trata de un acto jurídico por la manifestación de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos y es condicional en relación a que es necesaria su celebración para desencadenar la serie de derechos y obligaciones y el nacimiento de un nuevo estado jurídico.

EL MATRIMONIO ES UN ACTO COMPLEJO DE PODER ESTATAL: Antonio Cicu manifiesta al respecto; "el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley"⁵⁵ de esta manera los defensores de esta teoría consideran que el matrimonio es un acto complejo de poder

⁵⁵ GALINDO Garfias, Ignacio. PRIMER CURSO DE DERECHO CIVIL. 13 ed. Ed porrúa México.1994
Pág. 213



estatal que requiere además de la voluntad de los contrayentes ; la del Estado.

EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCIÓN JURIDICA :

Esta teoría esta apoyada por Hauriou y Bonnacase, quienes sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la cual se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración. "De acuerdo con Bonnacase el matrimonio no puede ser otra cosa que una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo, a la familia, una organización social y moral , que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también las directrices que en todos los dominios proporciona la noción del derecho."⁵⁶

"De las teorías mencionadas, se distinguen del matrimonio estas características :

- Es un acto solemne
- Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere la concurrencia de la voluntad de las partes y la del Estado.

⁵⁶ DE PINA Vara, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, 17 ed. Ed Porrúa. México. 1992 Pág. 322.

- Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del Juez del Registro Civil.
- En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que solo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- Sus efectos se extienden mas allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y futuros descendientes.
- su resolución requiere de sentencia judicial o administrativa ; no basta con la sola voluntad de los interesados."⁵⁷

4.4 EFECTOS DEL MATRIMONIO.

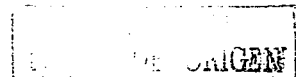
Los efectos del matrimonio podemos determinarlos desde tres puntos de vista

- De los efectos entre Cónyuges .
- De los efectos en relación con los hijos.
- De los efectos en relación con los bienes.

4.4.1 EFECTOS ENTRE LOS CONYUGES

Respecto de los cónyuges tales derechos subjetivos; como efectos del matrimonio son recíprocos, pues cada uno de los cónyuges esta obligado a contribuir por su parte a los fines del matrimonio y a

⁵⁷ Ob. Cit. supra 53. Pág. 41



socorrerse mutuamente ; entre las principales contamos : 1.- de cohabitación ; 2.- débito carnal ; 3.- ayuda mutua ; 4.- Fidelidad.

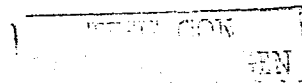
4.4.1.1 Cohabitación :

se trata del derecho de vivir bajo un mismo techo, de una vida en común, y solo a través del ejercicio de este se podrá dar cumplimiento a los derechos enumerados tendientes a cumplir con la finalidad del matrimonio. Existen limitantes para el ejercicio de este derecho y es en razón de que los tribunales con conocimiento de causa, eximen de esta obligación al consorte que traslade su domicilio a país extranjero, o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso. El Código Civil para el estado de Guanajuato establece al respecto : " artículo 160. Los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo. En todo cambio de domicilio será necesario el consentimiento de ambos ; si no existiere acuerdo, el juez de lo civil correspondiente procurara avenirlos y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere mas conveniente."⁵⁸

4.4.1.2. Débito Carnal :

Es el principal y mas importante de los efectos del matrimonio, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, considerada por el propio código civil como de los primordiales fines del matrimonio. Los Romanos definían al matrimonio como la unión de un hombre llamado VIR, con una mujer llamada UXOR, con la finalidad primordial de la perpetuación de la especie. como es sabido nuestro derecho es de ascendencia romana y por lo tanto en nuestra ley

⁵⁸ GUANAJUATO. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. Art. 160



sustantiva vigente se contempla esta obligación o facultad en el artículo 144 " cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta." ⁵⁹

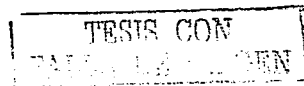
El débito carnal es la obligación recíproca entre los cónyuges de realizar el acto o ayuntamiento carnal , para la propagación de la especie. Moralmente y religiosamente, el negar un esposo al otro la cópula carnal, es un pecado grave, porque es faltar gravemente al esencial deber del matrimonio, negando al cónyuge un incuestionable derecho. Al respecto san Pablo expresó :“la mujer no tiene potestad sobre su cuerpo, sino el varón ; del mismo modo el varón no tiene potestad sobre su cuerpo, sino la mujer, y es exponiendo al cónyuge que lo demanda a la incontinencia, al adulterio”

Se trata de un derecho legítimo por parte del que lo pide , y del cumplimiento de un riguroso deber por parte del que lo otorga, , en el modo , forma , tiempo y ejecución del coito , pero es perfectamente lícito mediando el libre consentimiento de abstención para evitar la concepción, cuando la familia es ya numerosa.

Desde el punto de vista jurídico, la negativa al ayuntamiento carnal entre los esposos tiene como consecuencia indirecta el divorcio.

4.4.1.3. Ayuda mutua:

⁵⁹ IDEM. Art. 144.



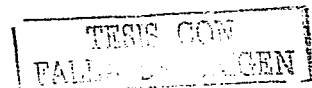
"Art. 159. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."⁶⁰

Esta obligación descansa en la solidaridad familiar y tienen por objeto realizar los fines del matrimonio, que es contar con una pareja que se apoye mutuamente, un ejemplo claro de esta obligación es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes determinando que ambos están obligados a darse alimentos al auxilio espiritual a la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, de tal modo que la ayuda mutua refiere en el aspecto económico o patrimonial los alimentos obligatorios que deben darse los cónyuges y en el aspecto moral, en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que nuestro derecho reconoce expresamente.

4.4.1.4. Fidelidad:

Este deber de los cónyuges al ser violado por alguno de los dos, da lugar a la disolución del matrimonio, la propia ley manifiesta entre las causales del Divorcio, el adulterio debidamente comprobado por parte de alguno de los consortes, esta obligación implica una conducta decorosa. Es importante que al establecer el vínculo matrimonial sean respetados la dignidad de la pareja, tanto que al casarse expresan palabras solemnes donde juran fidelidad para con su contrayente, y ante una conducta diversa el estado castiga con la sanción penal del divorcio. Para el estado es importante que la familia se mantenga unida por estar considerada como la célula básica de la sociedad, por lo tanto protege ampliamente tal institución, de hecho la protege

⁶⁰ IDEM. Art. 159.



que cuando un cónyuge rompe la fidelidad que le debe al otro en materia penal y en materia civil, impone sanciones que pueden dar lugar incluso al divorcio.

4.4.2 DE LOS EFECTOS EN RELACION CON LOS HIJOS:

Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista :

" a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos

b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres.

c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad." ⁶¹

4.4.2.1 PARA ATRIBUIRLES LA CALIDAD DE HIJOS LEGÍTIMOS.

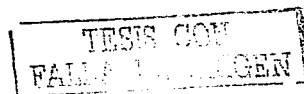
La celebración del matrimonio tiene como una de sus principales finalidades la perpetuación de la especie humana, por lo que los hijos que se conciben durante el mismo se presuponen como hijos nacidos durante el matrimonio. "Art. 381. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y

II. los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad, de muerte del marido , o de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."⁶². Esta disposición

⁶¹ROJINA Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. 1 ed. México.1991. Pág. 337.

⁶² Ob. Cit. Supra 58. art. 381.



protege ampliamente a los hijos nacidos dentro del matrimonio, pues no se tiene que hacer el reconocimiento expreso, sino solo es necesario presentar ante el oficial del registro civil el acta de matrimonio para que el hijo sea tomado como hijo legítimo del matrimonio que lo presente.

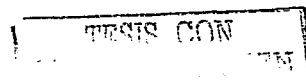
4.4.2.2. PARA LEGITIMAR A LOS HIJOS NATURALES MEDIANTE EL SUBSECUENTE MATRIMONIO DE SUS PADRES.

Cuando un hijo es concebido fuera del matrimonio, es necesario que el padre lo reconozca expresamente ya que la filiación de los hijos respecto de la madre resulta del solo hecho del alumbramiento. La legitimación de los hijos naturales resultara por el matrimonio subsecuente de sus padres e incluso puede hacerse en la propia partida de matrimonio el reconocimiento. " Art. 410. El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración"⁶³, " Art. 411. para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él , haciendo los padres el reconocimiento junta o separadamente."⁶⁴

La legitimación es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de los que lo engendraron, la legitimación coloca a los que la reciben en una situación de hijos legítimos.

⁶³ IDEM. Art. 410

⁶⁴ IDEM . Art. 468.

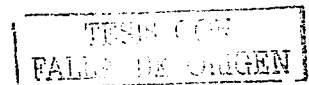


Adquieren un nombre, una posición en la sociedad, y los elementos seguros de una fácil y mejor educación, y los padres logran, por su parte establecer una serie de obligaciones y derecho para con sus hijos.

El beneficio de la legitimación no corresponde solamente a los hijos que estén vivos al celebrarse el matrimonio, sino que se extiende, igualmente que a estos, a los que hayan fallecido antes de ese momento , si dejaron descendientes, y a los no nacidos , si el padre, al casarse , declara que reconoce al hijo de quien la mujer esta encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta . los hijos legitimados adquieren todos sus derechos como tales desde el día en que se celebrou el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior, lo cual significa que la legitimación tiene efecto retroactivo,

4.4.2.3 PARA ORIGINAR LA CERTEZA EN CUANTO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD.

En nuestro derecho el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad , pues éstos existen independientemente a favor de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales , el código civil no toma en cuenta la condición de hijo natural o legítimo para establecer obligaciones y derechos en cuanto a los hijos. El matrimonio viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad , respecto de los hijos legítimos. " Art. 468. la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:



Por el padre y la madre.

Por el abuelo y la abuela paternos.

Por el abuelo y la abuela maternos."⁶⁵

Es conveniente dejar claro qué implica el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos. por lo cual iniciare definiendo lo que es la Patria potestad.

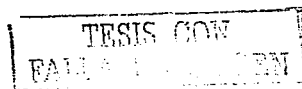
PATRIA POTESTAD:

La patria potestad se presenta como un derecho subjetivo; es decir frente a todo poder exterior de la familia , el titular de la patria potestad, tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho personalísimo la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto encontramos nuevamente una condición o semejanza con los derechos subjetivos públicos.

"Es también el conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y sus bienes. "⁶⁶

⁶⁵ DE PINA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. 26 ed. Ed Porrúa. México. 1999 Pág. 400.

⁶⁶ Ob. Cit. Supra 55.



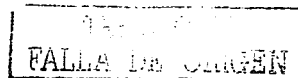
La patria potestad es una institución protectora de la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados para procurarles la formación intelectual y moral que estos requieren y para administrar el patrimonio de estos. Los derechos que se atribuyen a la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo.

En general la patria potestad se entendía como un dominio directo sobre los hijos y sobre sus bienes de tal manera que el padre desde el nacimiento del hijo tenía la obligación de suministrarle alimentos y una vez que el hijo era una persona productiva, y generaba bienes, estos correspondían al padre, tal es el caso de la familia romana; donde hasta la esposa del Hijo Alieni Juris, era sometida a la patria potestad del pater familias, único Sui Juris en la familia, y a la muerte de este el hijo mayor tomaría su lugar, convirtiéndose en el pater familia y quien detentaría la patria potestad sobre los hermanos menores.

CAUSAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

El código Civil para el estado de Guanajuato en su "artículo 497 establece que la patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito grave;
- II.- En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 337;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la



salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

IV.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por mas de tres meses;

V. Derogado.⁶⁷

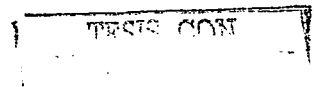
4.4.3 EFECTOS EN RELACION CON LOS BIENES.

La naturaleza del matrimonio es establecer un género de vida en común por lo que esto necesariamente se verá reflejado en los bienes de los esposos, por lo tanto es necesario regular esta situación.

El matrimonio necesita también de una base económica, es decir un patrimonio y las aportaciones que ambos cónyuges aporten están regulados en la ley mexicana por el capítulo correspondiente al régimen patrimonial del matrimonio en Nuestro código civil.

Los efectos del patrimonio se determinan en cuanto al régimen que los contrayentes someterán su unión, la cual puede ser en separación de bienes, donde cada uno de los cónyuges va a conservar sus propios bienes con que llega al matrimonio y además serán se su exclusiva propiedad los que adquiera durante en estado de matrimonio. Y el régimen de sociedad conyugal, el cual refiere a que los bienes que se adquieran durante el matrimonio serán, propiedad de ambos, así si llega a darse la disolución del matrimonio, antes tendrá que disolverse la sociedad conyugal de la cual son miembros.

⁶⁷ GUANAJUATO. Código civil para el Estado de Guanajuato. Art. 497.



CAPITULO QUINTO.

5. LA FAMILIA.

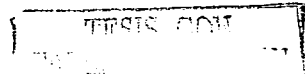
La familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades más avanzadas. En otras este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudedad o divorcio.

Con la llegada del cristianismo, el matrimonio y la maternidad se convirtieron en preocupaciones básicas de la enseñanza religiosa. Después de la Reforma protestante en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares fue sustituido en parte por el carácter civil. La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil.

5.1 CONCEPTO.

El matrimonio da origen a una serie de efectos, de entre los cuales el más importante es el de formar una familia, la cual puede entenderse desde diversos contextos como son el económico, social, político, jurídico, etc.



" La familia se ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como un núcleo inicial de toda organización social; como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. "67

Se le considera también como una unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de las diversas etapas de desarrollo; primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

Desde el punto de vista jurídico debemos atender a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocida como parentesco, a los derechos y deberes entre sus miembros.

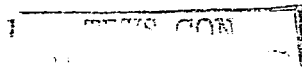
" La familia es el conjunto de personas, (parientes) en un sentido amplio que proceden de un progenitor o tronco común: sus fuentes son el matrimonio , la filiación (legítima o natural)" 68

5.2. LOS SUJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas y excepcionalmente tenemos la injerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela, pues estos

⁶⁸ Ob. Cit. Supra 56.

⁶⁹ Ob. Cit. Supra 53. Pág. 318



actos constituyen actos familiares que deben realizarse ante una autoridad familiar que constituya la formalidad necesaria.

Podemos distinguir:

Parientes; el parentesco es el vínculo jurídico entre personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco por consanguinidad) entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido , entre el adoptante y el adoptado.

Cónyuges; es el nexo que une a los sujetos que contraen matrimonio, la relación existente entre cónyuges.

personas que ejerzan la patria potestad, es un conjunto de facultades conferidas a los padres, abuelos, adoptantes, según el caso y esta destinada a la protección de los menores no emancipados. menores sujetos a la misma,

tutores e incapaces; tutor es quien ejerce la tutela y el incapaz el individuo sujeto a ella.

Concubinos; es la relación existente entre quienes mantienen una relación voluntaria sin formalización legal .

5.3. OBJETO DEL DERECHO FAMILIAR:

El objeto del derecho familiar es regular la conducta ínter subjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones.

Los sujetos pueden caer en una serie de conductas que el derecho de familia prevé y por lo tanto el derecho familiar establece una normativa , de tal suerte que se encuentran regulados por ejemplo, el matrimonio, la adopción, la legitimación , el parentesco derivado de estos actos anteriores. El objeto del derecho de familia es

otorgar derechos subjetivos familiares correlativos a las relaciones conyugales, parentales, paterno-filiales, y tutelares, así como puede afectarse no solo la conducta del sujeto pasivo sino también su persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

5.4 DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES :

Los derechos subjetivos son derechos considerados como la facultad de un individuo o de varios individuos , que les es otorgada directamente de la norma , y que por lo tanto entraña una obligación para los que deben respetar tal facultad. Todo derecho subjetivo precisa de una relación jurídica, la cual debe darse entre un sujeto atribuido con el poder que le confiere el derecho, y los demás que están obligados a respetarle.

El derecho subjetivo es el poder atribuido a una persona con la exclusiva finalidad de proteger intereses del individuo que al Estado le interesa tutelar. "El derecho subjetivo es una esfera de poder de actuación , que el derecho concede al hombre para que éste , con su actividad venga a colaborar en el cumplimiento de los fines sociales, de aquí que el reconocimiento de los derechos subjetivos sea, por modo indirecto pero bien evidente , una forma también de protección de los intereses sociales, ya que la atribución de un derecho subjetivo a una persona determinada presupone siempre como premisa indispensable la existencia de una colectividad cuyo ordenamiento jurídico concede a los miembros de la misma una serie de derechos

individualizados, de derechos atribuidos en atención a la propia personalidad, de derechos subjetivos"⁶⁹

Los miembros de la familia como ente jurídico también gozan de derechos subjetivos. Los derechos subjetivos familiares constituyen las diversas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales, un sujeto está autorizado para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

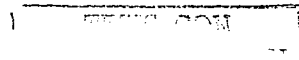
Los derechos subjetivos familiares se clasifican en derechos subjetivos Patrimoniales y derechos subjetivos no patrimoniales.

En términos generales decimos que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, cuando implica los valores que los cónyuges aportan para el estado de matrimonio, por ejemplo el derecho de alimentos, o bien, el derecho de ser participe en una sucesión. Los no patrimoniales no son susceptibles de dicha valoración, mas bien se refiere a valores que no son susceptibles de apropiación

Otro punto de vista los clasifica en derechos absolutos y relativos.

Absolutos serán los oponibles a todo el mundo, se fundan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la

⁷⁰ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. 1a e d. E d Labor. España. 1956. Pág. 1113.

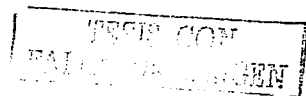


naturaleza del mismo , por ejemplo el estado civil el cual es oponible a los demás pues una persona no puede ser soltera para unas y casado para otras. Los relativos serian en relación a que son oponibles únicamente a determinados sujetos pasivos, como en el caso de divorcio que solo puede ejercitarse ante el cónyuge.

Los derechos subjetivos familiares pueden ser públicos o privados: esta clasificación existe atendiendo al interés publico o privado que existe en su constitución y ejercicio. Son públicos en cuanto al estado le interesa resguardar tales derechos y por lo tanto los regula, y además se trata de actos no valorables en dinero. Privados serian entonces aquellos que únicamente a los cónyuges les compete decisión, por ejemplo la determinación de los hijos que habrá de concebir el matrimonio.

Como derechos transmisibles e intransmisibles, todos los derechos subjetivos familiares que tienen el carácter patrimonial son susceptibles de transmisión como el derecho a heredar. En los derechos conyugales no existe transmisión alguna, son intransmisibles también la patria potestad, la tutela, el parentesco, además por el carácter de interés publico.

Derechos subjetivos personales y vitalicios. Los derechos inherentes a la patria potestad, se toman como temporales ya que es un derecho que termina con la mayoría de edad del menor sujeto a la misma, o con el estado de emancipación. los derechos familiares que

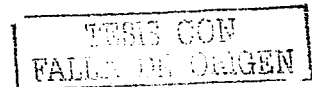


tienen en carácter de vitalicios son: por ejemplo el matrimonio mientras no exista una sentencia que ponga fin, o el parentesco.

Los derechos subjetivos familiares pueden ser también renunciables e irrenunciables. Los derechos subjetivos matrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para no ejercer la patria potestad respecto de los hijos, la tutela o la curatela, en cuanto el obligado a ejercerla caiga en alguno de los supuestos señalados en la ley. Los irrenunciables serían por ejemplo las derivadas del matrimonio entre los cónyuges pues cualquier estipulación en contrario dará lugar a la terminación de tal estado jurídico o a la nulidad.

Cicu determina en primer lugar la diferente estructura de las relaciones familiares y de las relaciones privadas, en su tesis hace una diferenciación entre las relaciones familiares y las de derecho público, considerando que las distintas funciones que el ordenamiento jurídico reconoce son para lograr la solidaridad familiar, excluyendo toda idea LIBERTAD INDIVIDUAL, acepta que el centro de gravedad de las relaciones radica principalmente en los deberes jurídicos y no en los derechos subjetivos, pues para entender bien la estructura jurídica de la familia, deben tomarse en cuenta las funciones que sus distintos miembros deben realizar.

5.5 DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES.



Son los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente los sujetos del derecho de familia, como es bien sabido a todo derecho recae una obligación ; en el derecho de familia no es la excepción, se tiene por ejemplo la facultad o el derecho de ejercer la patria potestad sobre los hijos y a la vez la obligación de proveerlos de alimentos, en tanto que los hijos tendrán la obligación de respetar y honrar a sus padres.

El estado de sujeción jurídica , es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que guarda un sujeto llamado obligado frente a su pretensor. En la relación familiar este estado guarda una situación de características permanentes, pues se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente. Los deberes subjetivos familiares se clasifican de la misma forma que los derechos subjetivos familiares en patrimoniales y no patrimoniales ; absolutos y relativos ; de interés público y de interés privado ; renunciables e irrenunciables ; transmisibles e intransmisibles ; temporales y vitalicios ; transigibles e intransigibles ; transmisibles por herencia o extinguidos por la muerte de su titular , pues guardan características similares.

5.6 ACTOS JURIDICOS FAMILIARES :

los actos jurídicos familiares son manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear

situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.

5.6.1 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURIDICOS FAMILIARES :

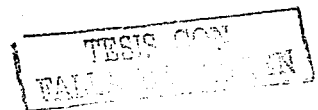
Podemos clasificarlos en actos jurídicos familiares privados, públicos y mixtos.

Los privados son los que se realizan por la simple intervención de los particulares, y no requieren que para su constitución intervenga un funcionario público, por ejemplo el ejercicio de los deberes de los cónyuges.

Son actos jurídicos públicos los que se realizan con la única intervención de un órgano de Estado, sin que para su celebración concurren las manifestaciones de voluntad de la parte o partes afectadas por el acto. por ejemplo la sentencia que nulifica un matrimonio o la que decide sobre la paternidad de un hijo.

Los actos jurídicos mixtos serán entonces los que para su constitución requieren de la intervención de los particulares y de la de un funcionario del estado, como elemento esencial o solemne para que el acto pueda subsistir jurídicamente. Como ejemplo tenemos el matrimonio, celebrado ante el oficial del registro civil, la adopción , el registro de nacimiento, el divorcio voluntario, etc.

5.7 LA VIDA, BIEN JURÍDICO TUTELADO.

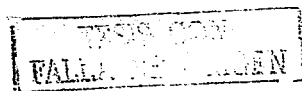


Es conveniente tomar en cuenta desde que momento el feto o producto de la concepción es considerado y protegido por la ley, sin embargo determinar el comienzo de la vida humana es un tema polémico. Para algunos la vida comienza cuando el niño recién concebido se implanta en el útero de su madre. Otros creen que es cuando comienza a latir el corazón. Otros opinan que es cuando se corta el cordón umbilical. Y todavía otros creen que es cuando hay un sistema nervioso maduro y existe pleno uso de la razón. Pero la ciencia ha demostrado que la vida humana comienza mucho antes de las teorías apenas mencionadas.

"El ser humano tiene una reproducción sexuada. Depende de dos células: el espermatozoide (del hombre) y el ovocito (de la mujer), cuando estas dos células se unen en la concepción, llevando cada una su mensaje genético dentro de 23 cromosomas, entonces comienza la vida de un nuevo ser humano con sus 46 cromosomas. Desde ese instante ese nuevo ser humano ya tiene su sexo, también en ese momento de la concepción está determinado el color de los ojos y de la piel, así como otras características físicas, incluso hasta la posibilidad de algunas de las enfermedades que este nuevo ser humano pueda sufrir en el futuro."⁷⁰

Una vez que el ovocito es fecundado y comienza la vida del cigoto, ha comenzado una nueva vida humana y todo lo que atente contra ella, termina con la vida de una persona en formación y constituye un aborto.

⁷¹ www.aborto.vida en formacion. educacion.com.mx.



Es protegida la vida en formación por La convención de los derechos del niño que en su Art.6 manifiesta " . Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."⁷¹

En este precepto la convención determina que un niño que ha sido concebido tiene derecho por ese solo hecho a nacer.

El código civil sustantivo de nuestro estado también lo protege en su artículo 20 al enunciar "son personas físicas los individuos de la especie humana desde que nacen hasta que mueren." ⁷² Y para los mismos efectos confirma en su artículo 21 " desde que un niño es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los mismos efectos. Y tan es así que le da el derecho a heredar aún y cuando no se tiene la certeza de que sea viable."

⁷² Internacional. convención de los derechos del niño. Art. 6

⁷³ Guanajuato. Código civil para el estado de Guanajuato. Art 20.



CONCLUSIONES.

En este trabajo planteo una temática, en que por su naturaleza controversial, poco ha sido tocada por la rama jurídica, aunque no es un problema estrictamente jurídico; corresponde al Derecho la reglamentación del mismo a causa de sus importantes consecuencias. No debemos ver únicamente esta causa motivadora, sino al propio tiempo principios éticos, morales, vínculos personales y familiares profundos, a los cuales esta ligado frecuentemente, coexistiendo, además condiciones económicas y sociales, que al actuar poderosamente llevan a una mujer a hacer desaparecer el fruto de la concepción.

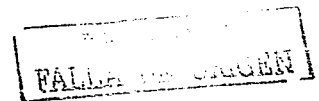
La violación entre cónyuges ha despertado amplias críticas entre diversos sectores, destacando las que consideran que si existe violación en el ayuntamiento violento a que es sometida una mujer por su marido al considerar en nuestro código penal un tipo penal complementario del básico de Violación. Que como requisito de procedibilidad establece la querrela de parte agraviada. Pues un proceso iniciado de oficio en tal situación colocaría a la familia o al matrimonio en plano de segundo nivel o de poca importancia para el derecho; criterio muy lejano de ser realidad.

El tipo penal de aborto establece una causa excluyente del delito en el caso de que la ofendida haya sido violada. La ley por artículo expreso manifiesta "No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación". En el presente

artículo justifica su actuar humano. Pero, hasta que grado existe la capacidad o el derecho de una mujer a disponer de una vida en formación, es cierto que esa vida está ocupando su cuerpo para gestarse, que ella no manifestó su libre voluntad para concebir vida en su cuerpo, al disponerse a abortar; está ella disponiendo de su cuerpo se atribuye el ejercicio de derechos que están muy por fuera de su alcance. No resulta de ninguna manera lógico que se solucione la comisión de un delito con otro más, estimando que se ejecutará en contra de un ser que ningún delito ha cometido y se le juzga y se le condena a la muerte sin ser considerado como un ser humano. Importante resultará entonces hacer una crítica respecto del bien jurídico tutelado de la vida y establecer desde cuando entra bajo la protección de la ley.

Al tipificar una conducta, el estado estará protegiendo bienes jurídicos tutelados y sin duda el más importante será el de la vida, y en este supuesto la vida en formación.

Como se comentó en el capítulo anterior Para algunos la vida comienza cuando el niño recién concebido se implanta en el útero de su madre. Otros creen que es cuando comienza a latir el corazón. La opinión de otros es que cuando se corta el cordón umbilical. Y aun otros creen que es cuando hay un sistema nervioso maduro y existe pleno uso de la razón. La ciencia ha demostrado que la vida humana comienza mucho antes en el momento en que el ovulo y el espermatozoide se conjugan comienza a gestarse una nueva vida, un ser humano con sus 46 cromosomas. Ese nuevo ser humano ya tiene sexo, se ha determinado el color de los ojos y de la piel.



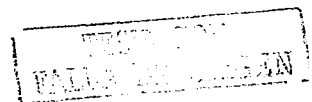
Desde éste momento todo lo que atente contra ella, termina con la vida de una persona en formación y constituye un aborto.

Es protegida la vida en formación por La convención de los derechos del niño que en su Art.6 manifiesta " . Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Y además establece la obligación de que se haga todo lo necesario para que estos derechos que protegen la vida y la integridad de un niño sean respetados, desde el momento mismo de ser concebidos

De la misma manera nuestro código civil sustantivo determina el momento desde el cual un ser es considerado como persona física." son personas físicas los individuos de la especie humana desde que nacen hasta que mueren." Y para los mismos efectos confirma que " desde que un niño es concebido entra bajo las protección de la ley y se le tiene por nacido para los mismos efectos.

El aborto entraña una conducta por si misma dolosa, en cuanto a que se realizan todos los actos tendientes a la obtención de la muerte del producto de la concepción.

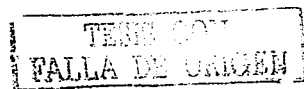
Este supuesto en la realidad poco se pone a la luz publica. Sin embargo el creciente índice de matrimonios y la falta de compromiso de los cónyuges para permanecer en este estado, hace que la situación que propongo no escape de ser real y palpable. Hay que decir que la ley es bien clara respecto de las obligaciones que impone



a una pareja al contraer matrimonio, y esto lo hace en virtud de establecer reglas que llevan como finalidad la protección de los valores principales del matrimonio como son el respeto, la ayuda mutua y sobre todo, a partir del cambio de estado civil, la creación de una familia, que se complementará además de los cónyuges, con los hijos que ambos procrearan de común acuerdo. Implica esta tarea el ejercicio de un derecho, el de débito carnal, la mujer y el hombre, mantendrán relaciones conyugales, pues el comprometerse con el matrimonio implica el reconocer que una de las finalidades propias es la perpetuación de la especie. Siempre respetando la voluntad de los cónyuges para ejercitar ese derecho cuando así ellos lo estimen conveniente.

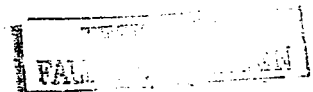
El código penal para el estado de Guanajuato establece como delito la Violación. En un tipo penal básico expresamente determina : "a quien por medio de la violencia imponga copula a otra persona"... el tipo penal nos habla de un tipo general, no requiere determinada calidad en cuanto a los sujetos, es indistinto. Sin embargo en otro de los artículos complementarios establece determinadamente la violación entre consortes, estableciendo como requisito de procedibilidad la denuncia y/o querrela.

La conducta tendiente a obtener la imposición carnal sobre la mujer cuando esta no lo desea e incluso la resiste, encuadra perfectamente en el delito de violación ; sin embargo, la ignorancia en algunas mujeres sobre todo de extracción humilde en nuestro estado de la existencia de este tipo y en general, trae como consecuencia



que las mujeres que son sometidas por medio de la violencia física o moral a tener relaciones sexuales con su cónyuge no denuncien este acto aun y cuando el sometimiento pueda traer además como consecuencia otro tipo de lesiones sean físicas o psicológicas, pero en el supuesto de que la mujer fuere capaz de interponer su denuncia en contra de su esposo por la agresión sufrida, la comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, serían realmente difíciles de colmar, en cuanto a que de hecho contamos en que no existirían probanzas suficientes de la ejecución del delito. Por ejemplo, si la mujer no presenta golpes, moretones, arañes, etc., difícilmente se podrá comprobar la violencia física, mas difícil aun será comprobar la violencia moral, pues es bien conocido por todos el débito carnal que se deben los cónyuges, aunque realmente en la mayoría de los matrimonios al menos algunas ocasiones se ejerce este tipo de violencia para ejercitar este derecho que la ley penal sin distinción, establece como delito. Puedo citar como ejemplo la negativa del hombre a proporcionar elementos económicos para el sostenimiento del hogar, si la mujer no accede a tener relaciones sexuales. Se estaría ejercitando una presión sobre la cónyuge, un constreñimiento psicológico y aun en contra de su voluntad manifestaría un consentimiento tácito al permitir ser tocada por su marido. Y permitir el ayuntamiento carnal, sin poder resistirlo ante la amenaza de causarle un mal mayor al actual.

Ahora bien por lo que se refiere al aborto el código penal establece una causa excluyente de responsabilidad, a la mujer que

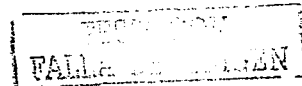


procure o consienta su aborto ; cuando este sea resultado de una violación, el tipo penal es general , no requiere ninguna calidad en los sujetos para encuadrar en el supuesto. Esto es, la mujer que resulta beneficiada con esta excluyente de responsabilidad, podrá ser madre, hija, adulta, adolescente o esposa.

En todo caso, para ejercitar este derecho el código Penal Federal establece cierto procedimiento para que el Agente del Ministerio publico autorice la suspensión del embarazo, para lo cual deben concurrir los siguientes requisitos:

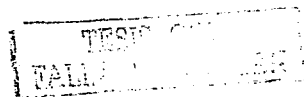
- Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida ;
- Que la víctima declare la existencia del embarazo;
- Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud;
- Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de la violación; y
- Que exista solicitud de la mujer embarazada.

En el caso de violación entre cónyuges además la mujer deberá probar que la concepción fue producto del ayuntamiento violento a que fue sometida por su marido, pues si el hijo fue concebido cuando los esposos tienen relaciones sexuales con consentimiento mutuo sea expreso o tácito, la mujer estaría incurriendo en un delito al solicitar al agente la interrupción de su embarazo.



El código Penal para el estado de Guanajuato al considerar una excusa absolutoria para abortar, debe de considerar adoptar el procedimiento federal ya que nuestra ley adjetiva penal, nada prevé al respecto.

La mujer que ha sido violada dentro del matrimonio que presenta una denuncia, y logra que se compruebe el delito de violación y sabedora ésta de la excusa absolutoria, decide hacer uso de esta facultad que el derecho le concede de abortar, sin responsabilidad alguna. Puede el marido como sujeto activo oponerse al aborto de su mujer pues el marido y la mujer tienen calidad igual establecida por la ley como sujetos individuales y en el matrimonio gozan de igual consideración, mantienen los mismos derechos y obligaciones recíprocamente, ambos tienen que respetar y cumplir con los efectos que nacen del matrimonio. Sin embargo, la ley Sustantiva penal los pone como posibles sujetos en el delito violación al establecer un tipo penal de violación entre cónyuges, en este caso en particular, la mujer violada y embarazada de ese acto por su cónyuge, por ley expresa, podría solicitar la autorización del ministerio publico para abortar. Si bien es cierto que el sujeto activo pierde algunos derechos civiles y políticos al ser sujeto a un proceso penal, no pierde los derechos y obligaciones que surgen en relación con el matrimonio y por lo tanto el marido validamente puede oponerse a la ejecución de este aborto, pues los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, limitan el actuar de los cónyuges en ambos casos, es decir, los esposos tendrán un margen

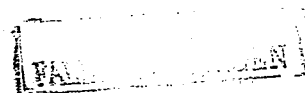


de actuación y es el de procurar el cumplimiento de los fines del matrimonio y que la familia se mantenga unida, sin roces, ni conflictos, el de procurar la ayuda mutua y el cuidado de los hijos, y al enfrascarse en un proceso de tal magnitud se estaría sometiendo a la familia y sobre todo al ser gestante, en una constante violencia moral y psicológica, incurriendo incluso en otro delito que es el de Violencia Intrafamiliar, que prevé el código Sustantivo penal de nuestro estado.

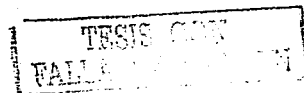
El marido puede validamente oponerse al aborto de su mujer aun y cuando el embarazo sea resultado de una violación, donde él sea considerado sujeto activo. Sin embargo de poder comprobarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y una vez llevado el juicio el sujeto que ha sido considerado como culpable por salud mental de la madre y del propio hijo, no debería de ejercer la patria potestad sobre su hijo, pero no así dejar de cumplir con las obligaciones que esta le impone como son la de proporcionar alimentos y con ello una educación que lo prepare para la vida. Es bien claro el código civil al manifestar en una de las causas de pérdida de la patria potestad en su artículo 497 la patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho , o cuando es condenado por delito grave;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.



Por lo tanto el hombre puede oponerse validamente a que la ofendida aborte en razón de que se le tomaría en cuenta en todo momento como el padre biológico y de la misma manera se le impondrían las obligaciones que esta situación jurídica entraña como es el deber alimentario que se debe a los hijos, pero en base a la naturaleza antijurídica de su conducta se le impediría el ejercicio de la patria potestad para con su hijo biológico, pudiendo ser en parte una manera de reparación del daño que debería ser también considerada por la ley penal en nuestro Estado.



BIBLIOGRAFÍA.

ACERO, Julio. PROCEDIMIENTO PENAL. 7ª ed. Ed Cajica. México. 1976.pp. 497.

AMUCHA Legul Requena, Irma G. DERECHO PENAL. 1ª. ed. Ed. Harla. México.1989.pp.490.

BAQUEIRO Rojas, Edgard y otra. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. 5ª ed. Ed. Harla. México. 1996.pp 493

BURGOA Ignacio. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. 1ª ed. Ed Porrúa. México.1969. Pp 412

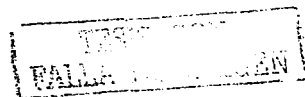
CARRANCA Trujillo, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. 12 ed. Ed Porrúa. México. 1977. pp. 904

CASTELLANOS Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 36 ed. Ed Porrúa. México.1966. pp.363

CUELLO Calón, Eugenio. DERECHO PENAL. 16 ed. Ed bosch. Barcelona 1971 pp. 463

CHAVEZ Asencio, Manuel CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES 4ª ed. Ed Porrúa. México 1999. pp. 231

CHAVEZ Asencio, Manuel LA FAMILIA EN EL DERECHO. 3ª ed. Ed Porrúa. México 1997. pp. 451



DE PINA Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. 17 ED. ED Porrúa México. 1992. pp 404

GALINDO Garfias Ignacio. DERECHO CIVIL , PARTE GENERAL, PERSONAS FAMILIA 13 ed. Ed Porrúa . méxico. 1994. pp 790

GONZALEZ De la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. 31 ed. Ed. Porrúa. México . 1999. pp 478

GONZALEZ Bustamante Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. 8ª ed. Ed. Porrúa. México 1984. pp 424

GRAF Zudonna, Alexander. ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO. 1ª ed. Ed abeledo perrol. Alemania. 1983. pp 112

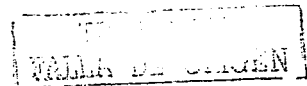
JIMÉNEZ Huerta, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. 4ª ed. Ed. Porrúa. México 1983. pp 501

PENICHE, Edgardo. INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL. 2 ed. Ed. Porrúa. México. 2000. pp 322

PEREZ DUARTE y Noroña, Alicia. EL ABORTO UNA LECTURA DE DERECHO COMPARADO. 1ª ed. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 1993. pp 152

PLANIOL, Marcel y otro. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Tomo I. 2ª ed. Ed. Cárdenas. México 1991. pp. 481

PORTE Petit. DOGMÁTICA DE LOS TIPOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD. 3ª ed. Ed Porrúa 2ª parte, México pp 321



RIVERA Silva, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 27 ed. Ed Porrúa. México. 1998. pp 393

ROJINA Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I PERSONAS Y FAMILIA. Tomo I 6ª ed. Ed Porrúa. México. 1991. pp 529

ROJINA Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. DERECHO DE FAMILIA. Tomo II 6ª ed. Ed Porrúa. México. 1983. pp 803

ZANNONI, Eduardo. DERECHO CIVIL DERECHO DE FAMILIA. Ed Astrea de Alfredo De palma Ricardo. Buenos Aires Argentina 1989. pp 715

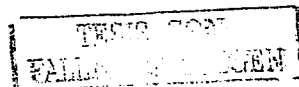
LEGISLACIÓN.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Guanajuato. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. 1ª ed. Ed Anaya. México 2000.

Guanajuato. CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. 9ª ed. Ed. Porrúa. México. 2002.

México. CODIGO PENAL PARA EL DF EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 3ª ed. Ed mc Graw Hill.



JURISPRUDENCIA: *Octava Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 6/94 . Página: 16*

OTRAS FUENTES:

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Bibliográfica. Buenos Aires Argentina. 1968

DE PINA, Rafael y otro. DICCIONARIO DE DERECHO. 27 ed. Ed Porrúa. México. 1999. pp 525.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. 1a e d. E d Labor. España. 1956. Pág. 1113

DICCIONARIO JURÍDICO 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000

Madrid. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEA AMERICANA. Tomo XXXIII. Ed. Espasa Calpe Madrid 1917. pp 111.

México. LA FAMILIA CRISTIANA. Año 50 No. 4 . Abril de 2002.

www. Aborto.vida en formación.com

