

## **VOTO PARTICULAR**

Morelia, Michoacán, a 24 veinticuatro de Marzo del año 2017 dos mil diecisiete.

Voto particular que formula el Dr. en D. Cristóbal Luviano Tena, Juez Presidente del Tribunal de Enjuiciamiento, en términos de lo dispuesto por los preceptos 67 y 404 del Código Nacional de Procedimientos Penales, dentro de la causa penal número 459/2016, seguida en contra de “//////////”, por el delito de violación, en agravio de la adolescente de iniciales “//////////”.

### **I. Fallo.**

El Tribunal de Enjuiciamiento, después de deliberar, en audiencia de juicio oral de fecha 10 de marzo del año en curso, por mayoría de votos emitió fallo condenatorio, en contra del acusado “//////////”, al considerar que con la prueba producida en juicio se encuentran plenamente acreditados los elementos del tipo penal de violación agravada, en perjuicio de la adolescente de iniciales “//////////”, previsto y sancionado por los preceptos 164 párrafos primero y segundo y 168 fracción II del Código Penal del Estado; así como la forma en que el sujeto activo intervino para la realización del tipo, en cuanto autor material del mismo.

### **II. Conclusiones que sustentan el voto disidente.**

Opuesto a lo sostenido por la mayoría del Tribunal de Enjuiciamiento, la prueba producida en juicio, misma que se tiene por reproducida en este apartado en atención al principio de economía procesal, permite concluir que se actualiza una causa de atipicidad, en términos de lo dispuesto por el precepto 405 fracción I, del Código Nacional de Procedimientos Penales, precisamente la falta de uno de los elementos del tipo penal derivado y agravado de violación, atribuido al acusado “//////////”, en perjuicio de la adolescente de iniciales “//////////”.

En el caso concreto, el empleo de la violencia física, que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien, la violencia psicológica, que no es otra cosa más que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento.

Dentro de dicha violencia psicológica debe además analizarse en cada caso si la víctima se encontraba en un posible estado de miedo, derivado de una relación de dependencia, de autoridad o de sometimiento precedente con su agresor, esto es, que previo al evento delictuoso o concomitante al mismo, la víctima se encontraba en un estado permanente de sometimiento por amenazas, o bien, en un vínculo de relación deteriorada –en su condición de mujer violentada física, verbal y moralmente-; y, que de esto se haya valido el sujeto activo para someterla y obligarla a la realización de actos contrarios a su voluntad.

Al respecto es aplicable la tesis aislada número II.2o.P.37 P (10a.), emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 31, Junio de 2016, Tomo IV, Materias: Constitucional y Penal, Página: 3037, Décima Época, que dice:

***VIOLACIÓN. EL ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA MORAL COMO ELEMENTO DE ESTE DELITO, DEBE ABARCAR EL CONTEXTO INTEGRAL DE LOS HECHOS DENUNCIADOS POR LA VÍCTIMA, INCLUYENDO SU POSIBLE ESTADO DE MIEDO, DERIVADO DE UNA RELACIÓN DE SOMETIMIENTO PRECEDENTE CON SU AGRESOR.*** *Tratándose del delito de violación, el análisis de la violencia moral como elemento de este ilícito, debe abarcar el contexto integral de los hechos denunciados por la víctima, incluyendo su posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor, ya que la perspectiva incompleta de la autoridad de los hechos denunciados y los datos aportados, la conduce a centrar,*

*erróneamente, toda su atención en una violencia física o moral solamente relacionada con la materialización de los actos sexuales ocurridos el día del evento delictuoso, dejando de lado el estado permanente de sometimiento por las amenazas que no sólo se basan, por ejemplo, en la presencia de una arma de fuego (que por cierto es un indicio que corrobora los motivos de miedo constante derivado de la propia relación precedente), sino en un vínculo de relación deteriorada entre la víctima -en su condición de mujer violentada física, verbal y moralmente-, y un sujeto a quien señala como su agresor y respecto del cual se encuentra en situación de desventaja y miedo por el riesgo de que de no acceder a entrevistarse con él y aceptar su trato, le cause algún mal a ella o a su familia, o "enseñe" los videos de sus relaciones sexuales, que ella califica de denigrantes. Todo ese análisis exige el juzgamiento con perspectiva de género, apreciando el potencial estado de vulnerabilidad de la víctima frente a su agresor que, valiéndose de una relación de pareja irregular y posiblemente enfermiza, somete y obliga a la pasivo mediante la imposición de género a la realización de actos contrarios a su voluntad, como la propia entrevista, la permanencia con el activo y la práctica de conductas erótico-sexuales exigidas por el activo y aparentemente consentidas pero, en realidad, sólo toleradas obligadamente por la víctima, en virtud de su condición de sometimiento en el contexto integral de los hechos.*

Elementos necesarios para la configuración de la figura delictiva que nos ocupa, que se advierten del contenido de las dos partes que conforman el primer párrafo del artículo 164 del Código Penal del Estado, siendo el segundo supuesto el que contiene un tipo penal complementado cualificado, que necesita para su existencia tales elementos del tipo básico de violación contemplados en la primera parte y agrega una circunstancia –cuando el sujeto pasivo es menor de dieciocho años-.

En la acusación que fue objeto del juicio contenida en el auto de apertura a juicio oral, en particular, en las circunstancias de ejecución del hecho de fecha 8 de febrero del año 2016 dos mil dieciséis, la Fiscalía señaló: *"...Que la última que abusó sexualmente de la menor lo fue el día 08 de febrero del año*

*en curso, por la noche la menor estaba dormida en su cuarto cuando "//////////", se metió al cuarto de la menor, se acostó en su cama, puso a la menor de lado viendo hacia la pared acostad, él se puso detrás de ella, la comenzó a tocar de sus partes íntimas, que es su vagina, con sus dos manos, enseguida metió el pene en la vagina de la menor, metiéndolo lento y sacándolo lento, después lo metió en el ano de la menor y le hizo lo mismo, lo sacó y lo metió, la menor ya no decía nada, sólo lloraba y se tapó la cara con la almohada y después se salió del cuarto, la menor no decía nada porque una vez le comentó a su mamá y no le creyó hasta que le comentó a una vecina y a su abuelo, fue que acudieron a denunciar los hechos...".*

Hecho materia de la acusación que el Tribunal de Enjuiciamiento, no puede sobrepasar, por disposición expresa del precepto 407 del Código Nacional de Procedimientos Penales; lo que guarda armonía con los preceptos 19 párrafo quinto de la Constitución Federal, 68, 315 último párrafo, 318 y 335 penúltimo párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su orden establecen que el proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso; que si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada; que las sentencias deberán ser congruentes con la acusación formulada; y, que la acusación sólo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso, aunque se efectúe una distinta clasificación, la cual deberá hacer del conocimiento de las partes.

Preceptos de los que se desprende una obligación inherente a la función jurisdiccional y que implica que deberá existir congruencia entre los hechos que fueron objeto de la acusación y los hechos que se tengan por probados, ello del resultado de la prueba desahogada en la audiencia de juicio, sin que pueda exceder los hechos por los que se acusa; por lo que el Organo Jurisdiccional, debe procurar que en todo momento se respeten conforme a lo establecido por los artículos 14 de la Constitución Federal y 107 del citado código nacional adjetivo; más aún, en estricto cumplimiento con el principio del interés superior

de la niñez establecido en el artículo 4º párrafo octavo, de la Constitución Federal, para garantizar de manera plena sus derechos; sin que esto implique que el juzgador penal solo oriente su función decisoria atendiendo dicho interés, que deje de cumplir los objetivos del enjuiciamiento penal y deje de respetar los derechos del acusado; de estimar lo contrario, se tendrían por acreditados hechos no contenidos en la acusación, se estaría condenando al acusado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba.

Sentado lo anterior, debe precisarse que en los alegatos de clausura, la Fiscalía sostuvo que en el caso en estudio se demostró la violencia psicológica, empleada sobre la víctima, que exige para su configuración el tipo de violación derivado que nos ocupa; sin embargo, con la prueba producida en la audiencia de juicio oral, no se demostró plenamente tal elemento, conforme a lo dispuesto por los preceptos 356 y 406 párrafo sexto del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues con los testimonios de la víctima directa “//////////”, “//////////” (madre de la víctima directa), “//////////” (abuelo materno de la víctima directa) y la menor “//////////” (hermana de la víctima directa), así como con las periciales de “//////////” (perito en medicina legal), “//////////” (perito en psicología) y “//////////” (perito en criminología), no se demostró que con fecha 8 de febrero del año 2016, por la noche, en el cuarto del domicilio de la afectada, el sujeto activo empleara violencia psicológica sobre la adolescente para imponerle la cópula, esto es, no quedó demostrado que mediante el empleo amagos o de amenazas de males graves, le haya producido una intimidación tal que le impidiese resistir la cópula; menos aún, que previo al hecho, la víctima haya experimentado tal intimidación proveniente de una relación de autoridad con el acusado por vivir éste en unión libre con su madre; y, que por tal circunstancia haya sometido a la víctima y que ésta haya tolerado el accionar del agente.

Al respecto, “//////////”, únicamente señaló que al preguntarle a la adolescente afectada porque no lo había comentado, le dijo que tenía mucho miedo, que estaba amenazada; sin embargo, tal ateste no aclaró en que

consistió la amenaza, ni el tiempo y lugar en que desplegó tan conducta el acusado; además, tal amenaza no fue dada a conocer por la víctima directa al rendir su testimonio, menos aún, que se la haya dado a conocer al citado ateste, por lo que tal imputación del ateste constituye un indicio aislado e ineficaz para demostrar la violencia psicológica sobre la adolescente afectada, quien es la fuente de prueba directa y sólo merece credibilidad en proporción al apoyo que demuestren otras pruebas, de lo contrario no adquiere validez preponderante; en tanto que, la ateste "//////////", indicó que la niña no le decía nada, tenía miedo, sin explicar por qué razón tenía miedo la adolescente afectada.

Por su parte, la Fiscalía en sus alegatos de clausura sostuvo acreditada la violencia psicológica, por la calidad de padrastro que indica tenía el sujeto activo cuando cometió la conducta antijurídica y que exige además para su configuración la agravante establecida en el precepto 168 fracción II del Código Penal del Estado; calidad que constituye una circunstancia agravante del delito de violación y que consideró únicamente surge del matrimonio civil, esto es, por el parentesco por afinidad que se contrae entre el cónyuge varón y los hijos de su esposa (quien los procreó con otra persona); calidad que no tenía el acusado en el tiempo de hecho que se le imputa, pues de lo declarado por "//////////", se constató que únicamente mantenía una relación de pareja con el acusado y cohabitaban en el mismo domicilio con las hijas de la citada ateste desde hace aproximadamente doce años, que incluso lo corrió de la casa por otros motivos (le agarraba dinero seguido, se perdían cosas en la casa, no trabajaba), no sabía lo de su hija todavía, que en abril o mayo se enteró.

Sirve de apoyo por analogía, la tesis aislada número VII.3o.P.T.7 P, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, de la Novena Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Mayo de 2010, en Materia Penal, Página 2141, que refiere: **VIOLACIÓN AGRAVADA. PARA ACREDITAR LA CALIDAD DE PADRASTRO QUE REQUIERE EL ARTÍCULO 184, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, ES NECESARIO QUE ESTÉ PROBADO EN AUTOS QUE EL SUJETO ACTIVO ESTÁ UNIDO EN**

**MATRIMONIO CIVIL CON LA MADRE DE LA VÍCTIMA AL MOMENTO DE LA COMISIÓN DE DICHO DELITO.** *El artículo 184, fracción II, del Código Penal para el Estado de Veracruz establece que la violación se considera agravada cuando el responsable tiene la calidad de padrastro. A su vez, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el vocablo "padrastro": como "Marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella." y el término "marido" como: "Hombre casado, con respecto a su mujer.". Por su parte, el Código Civil para dicha entidad, en el libro primero, título séptimo, este último intitulado: "De la paternidad y filiación", utiliza la palabra marido para identificar al hombre casado civilmente con una mujer. Asimismo reconoce tres clases de parentesco: 1) Parentesco por consanguinidad. Es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un mismo progenitor, por ejemplo: padre, madre, hijo, abuelo, nieto, etcétera (artículo 224). 2) Parentesco por afinidad. Es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón; son los llamados comúnmente "parientes políticos", verbigracia: suegros, hijastros, etcétera (artículo 225). 3) Parentesco por adopción civil. Es el vínculo jurídico que se establece entre el adoptante y el adoptado (artículo 226). De lo anterior se colige que la calidad de padrastro únicamente surge del matrimonio civil, esto es, por el parentesco por afinidad que se contrae entre el cónyuge varón y los hijos de su esposa (quien los procreó con otra persona). Lo que significa que para acreditar la calidad de padrastro en el delito de violación que requiere la agravante prevista en el referido artículo 184, fracción II, es necesario que esté probado en autos que el sujeto activo está unido en matrimonio civil con la madre de la víctima cuando cometió la conducta antijurídica.*

Y la tesis aislada número V.1o.20 P, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, de la Novena Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, Enero de 1997, Materia Penal, Página 572, que señala: **VIOLACION. AGRAVANTE NO DEMOSTRADA AL ENCONTRARSE EL INculpADO EN CONCUBINATO CON LA MADRE DE LA OFENDIDA.** *La circunstancia de que el inculpado se encuentre en concubinato*

*con la madre de la ofendida, impide estimar demostrada la agravante prevista en la fracción II del artículo 213 del Código Penal del Estado de Sonora, cuenta habida de que es el vínculo matrimonial el que crea el parentesco entre el marido y los descendientes de la esposa, atento que de conformidad con los artículos 457, 458 y 459 del Código Civil del Estado de Sonora, la ley no reconoce más parentesco que el de consanguinidad que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, el de afinidad que es el que se contrae por virtud del matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre ésta y los parientes de aquél y, por último, el parentesco civil existente entre el adoptante y el adoptado. Por lo que, jurídicamente, no puede estimarse demostrado el carácter de padrastro de la ofendida, en mérito de que el mismo solamente puede surgir de conformidad con las disposiciones legales citadas del matrimonio entre éste y la progenitora de aquélla, de tal manera que si lo que está demostrado es que vivía en unión libre, de tal vínculo no podía existir tal parentesco.*

Con independencia de lo anterior, aún y cuando quedó demostrado con la prueba producida en juicio que el acusado vivió en unión libre con la madre de la víctima en el mismo domicilio, que el acusado se quedaba al cuidado de la adolescente víctima cuando su madre salía a trabajar, la copula vía vaginal y anal en el tiempo y lugar del hecho y que incluso la adolescente tiene daño psicológico; lo cierto es que, éstas solas circunstancias son para quien preside insuficientes para demostrar la violencia psicológica, empleada por el acusado previo o concomitante a la comisión del hecho delictivo; máxime, que la víctima directa, al momento de rendir su testimonio no señaló los detalles plasmados por la Fiscalía, relativos al hecho de fecha 8 de febrero del año 2016, motivo de su acusación; menos aún, se advirtió de su testimonio, actos de intimidación idóneos desplegados por el acusado, previos o concomitantes al citado hecho delictivo que se le atribuye; todo lo cual, tampoco fue debidamente obtenido de los testigos de referencia y periciales que fueron incorporadas en juicio, ya que de tales pruebas indirectas no se obtuvo la existencia de la intimidación que sintió la víctima como producto del vínculo preexistente con el acusado, ni las circunstancias de las que abusivamente se valió éste para obtener sus fines; por lo que, tales pruebas resultaron ineficaces para obtener algún hecho secundario



a partir del cual pueda inferirse la existencia del multicitado elemento del delito (violencia psicológica).

Presupuesto ineludible para la configuración del delito, ya que de acuerdo con el hecho demostrado, por la edad de la víctima en el momento del hecho (14 años), no estamos en presencia de un tipo penal de violación equiparada, en el que para su configuración resulta irrelevante la existencia o no de la violencia psicológica.

No pasa inadvertido, que la adolescente víctima al rendir su testimonio en audiencia de juicio oral sostuvo que el acusado en las noches se metía a su habitación, que ella estaba en su cama cuando empezaba a tocar sus partes íntimas y se asustaba mucho, sin embargo, esta circunstancia, por sí sola, para quien preside no permite demostrar que en el hecho de fecha 8 ocho de febrero del 2016, la adolescente se encontró en un posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor, esto es, que previo al evento delictuoso, la adolescente víctima se encontrara en un estado permanente de sometimiento por amenazas, o bien, en un vínculo de autoridad deteriorada; y, que de esto se haya valido el sujeto activo para someterla y obligarla a la realización de actos contrarios a su voluntad, como lo pretendió establecer la Fiscalía en sus alegatos; por el contrario, la Fiscalía no lo estableció claramente en su acusación y la prueba producida en juicio no lo demuestra plenamente – como ya se dijo-; de estimar lo contrario, se estaría sobrepasando el hecho materia de la acusación; máxime, que el Tribunal de Enjuiciamiento por votación mayoritaria, única y exclusivamente tuvo por acreditado el hecho de fecha 8 ocho de febrero del 2016, no así, los diversos hechos que fueron materia de la acusación; de ahí, que el acusado se encuentre favorecido por la citada causa de atipicidad.

Dr. en Der. Cristóbal Luviano Tena

Juez Presidente del Tribunal de Enjuiciamiento