



220
Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL
DEL
DELITO DE VIOLACION

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

Manuel Albarrán Montaña



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

P R O L O G O.

El delito de violación es uno de los más repudiados por la sociedad, es un acto marginal que atenta contra toda la estructura social, se encuentra previsto en nuestro Código Penal en el Capítulo I del título decimoquinto denominado "Delitos Sexuales".

En este sencillo trabajo estudiamos el ilícito de violación, analizándolo en relación a cada uno de los elementos esenciales que constituyen el delito, considerando como tales a la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pugnamos por una mayor sanción a efecto de que el responsable del delito de violación propia, no obtenga su libertad bajo fianza y se garantice a la sociedad su seguridad, además de que una mayor sanción de algún modo desanima al posible infractor de este tipo penal, y de no ser así, aceptamos a la prisión como forma de defensa social que da al Estado la oportunidad de aplicarle al sujeto infractor sin demora programas de readaptación social acordes a lo establecido por nuestro artículo 18 Constitucional.

Analizamos la crisis de la prisión y la política penitenciaria actual, sin olvidar el aspecto criminológico y psicológico del delincuente.

En nuestro Derecho Penal la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y el Ministerio Público la solicita de oficio, en el delito de violación resulta - -

difícil para el juzgador establecerla cualitativa y cuantitativamente; consideramos el hecho de que el pasivo de una violación puede resultar con un trauma psicológico como consecuencia del ataque sexual de que es objeto, estimamos que la reparación del daño en dicha hipótesis debe de consistir en el pago de los gastos terapéuticos necesarios para el tratamiento y restablecimiento de la víctima.

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL

DEL

DELITO DE VIOLACION

CAPITULO I
DEL DELITO EN GENERAL.

- 1.- CONCEPTO.
- 2.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.
- 3.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.
- 4.- TEORIA TETRATOMICA.

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL.

1.- CONCEPTO.

En la evolución de la humanidad como sociedad organizada, cuya convivencia está protegida y ordenada por la ley, el delito se presenta como un hecho social que destruye la convivencia pacífica de los individuos que la forman.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquer, que significa alejarse del buen camino, infringir, quebrantar, violar lo dispuesto por la ley, es una acción u omisión sancionada por ésta bajo la amenaza de una pena; el delito, al atacar los vínculos de solidaridad, implica una violación a la propia ley. Es un concepto que varía a través del tiempo, y aunque se han hecho múltiples esfuerzos por definir el delito, los tratadistas no se han puesto de acuerdo para definirlo en forma universal, ya que está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, tomando en consideración que lo que para unos es delito, para otros no lo es, porque cada pueblo piensa y se conduce como mejor le conviene en las circunstancias en que vive y se desarrolla.

El delito está ligado a la realidad de cada grupo social, por lo que su estudio no debe de hacerse desde el punto de vista de ingredientes causales explicativos, sino como lo dice el maestro Fernando Castellanos Tena "desde el

punto de vista del Derecho " (1) ya que sólo así es posible definir el delito jurídicamente en su concepto formal y sustancial.

Del delito se han ocupado otras disciplinas del conocimiento humano, como son la Sociología, la Antropología, la Psicología, la Filosofía y otras más, pero no nos dan la suficiente luz para estructurar en toda su esencia jurídica una definición, por lo que debemos de tomar en cuenta los elementos estrictamente de Derecho para llegar a una definición que aunque no pueda ser aplicada universalmente, al menos se adapte a la sociedad en que vivimos, toda vez que en el transcurso de la Historia del Derecho Penal, se han venido elaborando un sinnúmero de definiciones del delito, las cuales en el devenir del tiempo han sido aceptadas y desechadas, ya que la concepción del delito ha cambiado según la época y el lugar de su aplicación.

Una vez esbozada la dificultad para llegar a una definición Universal del delito, mencionaré algunas de ellas.

Francisco Carrara nos define al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y po-

(1) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décimocuarta Edición. Página 128. México 1980.

líticamente dañoso". (2)

Siendo éste jurista el más destacado de la Escuela Clásica, de su definición obtenemos que se refiere a un ante jurídico y no a un hecho natural, ya que el Derecho no lo podemos someter a las leyes de la naturaleza que se dan por medios causales, toda vez que pertenece al mundo de la civilización.

Dentro de las ideas de la Escuela Positivista, el ilustre jurista Rafael Garófalo, nos define al delito natural como : "Una lesión de aquella parte del sentido moral — que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad ". (3)

En su definición Garófalo se refiere a los sentimientos altruistas de una sociedad, pero si aceptamos que es la violación de los sentimientos, caeríamos en un sentido — subjetivo que sería variable en cada sujeto por lo que no lo podemos aplicar a una sociedad; de haber una definición Sociológica del delito, ésta no sería inducida por la naturaleza, tendiente a considerar el delito como un hecho natural, — ya que no lo es, sino como un concepto básico anterior a los

(2) Carrara Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal Vol.I. Número 21 Página 43. Editorial Temis. Bogotá 1971

(3) Garófalo Rafael. Criminología. Página 8. Turin 1891.

códigos que el hombre ha adoptado para calificar las conductas de los individuos, y así formalizar los catálogos legales. Los delitos en particular se realizan en la naturaleza o sea en el espacio terrestre o mundo, pero no son naturaleza; la delictuosidad en sí misma, es un concepto que ha sido creado por la humanidad para agrupar y clasificar determinados actos.

Por otro lado Frank dice que el delito "es la violación de un derecho". (4)

Tarde dice que el delito "es la violación de un derecho o de un deber". (5)

José Maggiore nos dice que delito "es desde el ángulo histórico toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena en determinado momento histórico y desde el ángulo valorativo; todo acto que ofende — gravemente el orden ético y que exige una expresión consistente en la pena". (6)

Ernesto Beling define al delito como "la acción — típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". (7)

(4) (5) (6) Carrasco y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Página 221. Editorial Porrúa México. 1980.

(7) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Página 205. — Editorial Sudamericana, Buenos Aires lla. Edición 1980.

Es decir que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: Acción u omisión descrita objetivamente en la ley, contraria a derecho, dolosa o culposa, que tenga fijada una sanción.

Por otro lado Max Ernesto Mayer define al delito, como "un acontecimiento típico, antijurídico, imputable".(8)

Observamos claramente que Mayer emplea la palabra imputable en un amplio sentido refiriéndose a la culpabilidad por lo que no difiere esencialmente con el concepto del delito expuesto por Belling.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa en su Tratado — "La Ley y el Delito", centra el concepto del delito conforme a los siguientes elementos: "Acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (9)

Sin embargo al definir la infracción punible nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto se dice que el delito es un acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

(8) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Página 223. Ed. Porrúa. México 1980.

(9) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Páginas 206 y 207. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 11a. Edición. 1980.

A juicio del tratadista Luis Jiménez de Asúa, las características del delito son las siguientes: Actividad, — adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y en ciertos casos condiciones objetivas de — punibilidad, ahora bien, el acto tal como Jiménez de Asúa lo concibe, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito, la imputabilidad es la base Psicológica de la culpabilidad, y las condiciones objetivas son advertencias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico— jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: — que son Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, constituyendo la penalidad con el tipo la nota diferencial del delito.

En la presente época los penalistas nos han dado — las bases para una definición estrictamente jurídica del delito, siendo los Penalistas Alemanes de principios de este — siglo, los que recogen para tal fin los elementos del delito, constituyendo con esto definiciones dogmáticas jurídicas, — como la del célebre profesor de la Universidad de Munich — — Edmundo Mezger, que entiende al delito como "una acción típicamente antijurídica y culpable", (10) aunque después agregó en su definición el término "amenazado con una pena", y por ésta circunstancia ya no queda la definición como la dió a — conocer primeramente.

Para Edmundo Mezger el delito es una acción puni—

ble, vemos desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo a nuestro sistema positivo, que una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales, por otra parte nos damos cuenta que el propio ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece pero la pena no se aplica, por lo tanto la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no es un elemento esencial del mismo.

Con lo anterior no negamos el mérito de éste autor de habernos dado una definición del delito que si bien no es perfecta al menos abrió el camino para el estudio de la dogmática jurídica en relación al delito.

El concepto jurídico del delito debe emanar del derecho mismo, recogiendo los elementos uno a uno y analizando los concretamente y de éste modo tener un panorama más claro, desde un punto de vista meramente jurídico se han elaborado definiciones del delito con dos tendencias, una de tipo formal y la otra de carácter substancial.

Desde el punto de vista formal nuestro Código Penal Vigente, en su artículo Séptimo nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Algunos autores dicen que esta definición se caracteriza por la an-

(10) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. página 206 — Editorial Sudamericana, Onceava Edición. Buenos Aires — 1980.

nasa de sanción de ciertos actos y omisiones, otorgándoles - por este único hecho el carácter de delitos, y otros afirman que la pena es consecuencia del delito.

"Para varios autores, la verdadera noción formal - del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito". (11)

Respecto a esto el destacado penalista Raúl Carran- cá y Trujillo dice" que los caracteres constitutivos del delito, según el artículo 7o. del Código Penal son: tratarse - de un acto o una omisión, en una palabra de una acción, de - una conducta humana, y estar sancionados por las leyes penales. Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la - voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la - ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en - el mundo exterior. Al decirse que esta acción ha de estar - sancionada por la ley, se mantiene el principio de que la - ignorancia de ésta a nadie aprovecha. Así como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos

(11) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México 1980. Página 128. Ed. Ferrás S.A. 14ª. Edición.

de los delitos, los que para los efectos penales pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles". (12)

Por otro lado desde el punto de vista jurídico — substancial, nos encontramos que son dos las corrientes principales para analizarlos: una es el sistema unitario o totalizador y el otro el atomizador o analítico.

Los partidarios de la corriente unitaria o totalizadora ven al delito como un bloque monolítico, como un todo, una unidad que no se deja descuartizar en elementos diversos para su estudio. Es decir es un todo orgánico que de ninguna manera es fraccionable.

La corriente analítica o atomizadora, nos dice que se puede analizar, estudiar, desde un plano netamente fraccionable, pero sin olvidar jamás que sea un todo. En esta teoría se estudia el delito por medio de sus elementos constitutivos, ya que solamente así se puede llegar hasta su más profunda esencia; la mayoría de los tratadistas se apegan a esta corriente para estudiar en todo su contenido al delito. Quiero hacer notar que en la noción analítica al delito se le estudia en todas sus partes, pero no se pretende decir — con ésto que al delito no se le integra como una unidad.

En relación a la tendencia analítica o atomizadora hago mención de algunas definiciones al respecto:

(12) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Página 225. Editorial Porrúa. México 1980. 13a. Edición.

Edmundo Mezger.- "Delito es la acción típica - - - antijurídica y culpable". (13)

Francisco Pavón Vasconcelos.- "Delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible". (14)

Luis Jiménez de Asúa.- "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (15)

Franz Von Lisst.- "Delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena". (16)

En cuanto a la definición del Maestro Luis Jiménez de Asúa, nos adecuamos a la crítica que hace el penalista — Fernando Castellanos Tena cuando dice "nos adherimos, sin reserva, a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad". (17)

Observamos que en el gran número de definiciones — del delito que existen desde el punto de vista jurídico sustancial, éstas se componen desde dos hasta siete elementos, — no existiendo un criterio definido entre los tratadistas respecto del número de elementos que integran el delito.

-
- (13) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág.163 Traducción de la 2a. Edición Alemana 1933 por Jose Arturo Rodríguez. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (14) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ed. Porrúa. Segunda edición. México 1967. Página 141.
- (15) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires 1980. 11a. Edición. Página 207.

En lo personal me adhiero a quienes sólo conciben como elementos esenciales del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; considerando a la punibilidad, la imputabilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad como presupuestos y consecuencias del delito.

-
- (16) Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Página 254 Traducido de la 18a. Edición Alemana por Quintiliano - Saldaña. Tomo Primero. Madrid. Editorial Reus. 1926.
- (17) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Décimo cuarta edición Página 130.

2.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

En el punto a tratar se expone un plano general de lo más sobresaliente de las Escuelas Penales que han tratado de darnos un método adecuado para el estudio del delito; así tenemos principalmente a la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, la Tercera Escuela o Escuela Ecoléctica y la Escuela — Sociológica.

LA ESCUELA CLASICA.— Esta escuela tuvo una gran influencia sobre la elaboración del Derecho Penal, ella fué — quien lo organizó y sistematizó estructurando así una ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto y destacando la — aplicación del método Lógico Abstracto para su investigación, estableciendo además determinados principios para darle unidad al sistema; influyendo de un modo preponderante sobre la legislación, ya que nos damos cuenta que casi todos los Códigos Penales elaborados en el siglo pasado, se inspiraron — por completo en los lineamientos de la Escuela Clásica, y — aún a la fecha algunos códigos promulgados recientemente — permanecen fieles a ésta escuela.

En la Escuela Clásica, al delito no se le considera un hecho natural, no se acude a la naturaleza para explicarlo, es decir no admite el método causal explicativo, toda vez que éste es propio de las ciencias naturales, más bien — se basan en el método Lógico Abstracto o sea, lo hacen de — una forma especulativa y a través de deducciones lógicas, —

contemplando al delito desde un punto de vista jurídico y no natural, ya que pertenece al derecho y éste a su vez a las ciencias culturales.

En ésta escuela se proclama la igualdad del hombre en cuanto a derechos, es decir que todos tienen que ser iguales ante la ley para ser protegidos o castigados por la misma, protegiendo de éste modo la seguridad de los ciudadanos, se pugna por el libre albedrío, ya que si todos los hombres nacen libres y con igualdad de derechos, si hacen el mal, es porque quieren, porque emana de su espontánea y libre voluntad y no porque el destino lo empuje a hacer el mal, de éste modo nace para el individuo su imputabilidad, ya que ha tenido libertad para escoger entre el bien y el mal, ha sido consciente al violar el ordenamiento legal, y le será aplicada por lo tanto una sanción o pena la cual se le concibe como un mal, y es vista como tutela jurídica para hacer respetar los derechos de los demás, como algo por medio del cual se pueda restaurar lo que se infringió, nos presentan el delito como resultado de un acto externo del hombre, con independencia del aspecto interno del mismo.

El ilustre jurista, catedrático de la Universidad de Pisa Francisco Carrara, a nuestro modo de ver es el padre de la Escuela Clásica, uno de sus más grandes pilares, le dió una sistematización impecable, siempre tuvo un método muy estricto para su elaboración la cual fundó con argumentación

nes resistentes para aceptar sus conclusiones o para el disenso con ellas.

"Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dió a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir — sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes — humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre, y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflinge al culpable no debe exceder a — las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es — protección del Derecho sino violación del mismo. La imputabi-
lidad penal se funda en el principio del libre albedrío". —
(18).

Dentro de ésta escuela el delito es estudiado por medio del método deductivo, el cual es el idóneo para el estudio de las ciencias culturales; y dentro del ordenamiento jurídico, se dice en ésta escuela que el delito no puede concebirse fuera de las leyes establecidas, en este caso la de orden penal, a lo que Carrara se refiere en su propia definición al decir del delito "que es la infracción de la ley promulgada por el Estado", o sea que "sólo puede ser castigado

(18) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. Décimocuarta Edición. Ed. Porrúa México 1980.

aquél que realice una acción prevista por la ley y sancionada con una pena" (19); siendo el delito un ente jurídico que nace de la propia ley, no tomando el delito como un hecho natural sino que, para que éste exista debe precisar de un individuo moralmente imputable teniendo un valor moral que se derive del daño social causado, encontrándose éste daño tipificado por una ley positiva, no tomando en cuenta el método de las ciencias naturales, sino el de las ciencias culturales.

Carrara, concluye su definición Clásica del delito diciendo "Es la infracción de la ley del Estado promulgada - para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (20)

En seguida transcribo el cuadro resumen que condensa tendencias comunes dentro de la Escuela Clásica formulado por el maestro Fernando Castellanos Tena en su obra.

(19) Carrancá y Trujillo, Raúl, Las causas que excluyen la -
incriminación. México 1944. Página 20. Derecho Mexicano
y Extranjero.

(20) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de
Derecho Penal. Parte General, Décimocuarta Edición, Ed.
Porra México, 1980 página 58.

CUADRO RESUMEN:

- 1.- Igualdad en derechos.
- 2.- Libre albedrío (capacidad de elección).
- 3.- Entidad delito (con independencia del aspecto interno del hombre).
- 4.- Responsabilidad Moral (consecuencia del libre arbitrio).
- 5.- Pena proporcional al delito (retribución señalada en forma fija).
- 6.- Método deductivo, teleológico o especulativo (propio de las ciencias culturales).

Esta escuela fué grande, porque sistematizó los cimientos para el estudio del delito, a raíz del positivismo - se abandonaron los lineamientos clásicos para adentrarse en los métodos de las ciencias culturales, cayendo ésta escuela, más adelante al paso de los años, los grandes del derecho — han dejado atrás los sistemas positivistas para fijar su mirada en los lineamientos de la escuela clásica que fué y sigue siendo la luz en los caminos de la investigación jurídica penal, perdió una batalla pero al correr del tiempo ganó la guerra.

LA ESCUELA POSITIVA.— Nace en contraposición a la Escuela Clásica, negando en una forma rotunda algunas de las nociones utilizadas por los clásicos, alcanza su auge utilizando los métodos de las ciencias naturales, que consideran que el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación mediante el método inductivo, siendo éste su medio característico para realizar el estudio del delito, el nacimiento de ésta escuela es consecuencia del auge de las ciencias naturales en los estudios filosóficos que tuvo lugar en el siglo XIX.

Vemos como en ésta Escuela, se ataca al acto exterior del hombre que engendra al delito, para hacer hincapié en el físico y en un estado interno del hombre, aduciendo — que ésto es lo que engendra el delito, pretendiendo encontrar las causas que orillan al individuo a cometer la acción delictuosa en el medio en que se desenvuelve, siendo éstas causas de carácter sociológico, así como en su peligrosidad y personalidad como delincuente, señalando éstas causas como características de todo delincuente.

Según ésta escuela si no se utiliza el método inductivo, se obtendrán conclusiones en cuanto al estudio del delito que no podrán ser exactas, las ciencias deben de partir para su estudio de aquello que pueda captarse sensorialmente, consideran que el método adecuado para llevar a cabo la investigación científica o jurídica se debe llevar a cabo

desde el punto de vista de las ciencias naturales.

Sostiene que todo estudio del delito debe ser por medio de la observación y del método experimental para luego inducir a las reglas generales, de tal manera que éste método se emplea a través de las ciencias causales explicativas, y así obtener las bases de lo que para ésta escuela sería el delito, y fundamentalmente la forma de su estudio.

El ilustre jurista, Luis Jiménez de Asúa respecto a la Escuela Positiva, nos dice que: "Fue una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. Por eso, la Escuela Positiva fue al principio ardoroso ataque, como lo son todos los revolucionarios que tratan de destituir. Pero toda revolución, si no degenera en catarsis, tiene que llegar a la síntesis. Tal vez ésta pudiera haberse cumplido con Garófalo juez y barón, según hemos dicho, que, quírase o nó, representaba la contrarrevolución. Por eso, su sistema penal es duro, y su concepción del delito, del "delito natural", en vez de partir de los hechos, como tenía que haberlo practicado un buen positivista, se deduce del análisis de los sentimientos. Repetimos que Garófalo pudo haber logrado la síntesis con su concepción del delito natural y con la temibilidad que pudo y debió ser, como él dijo, un criterio positivo del Derecho Penal. A la postre, y al cabo de muchos años, Garófalo volvió, en la -

senectud, a las concepciones de que saliera y se hizo fascista y reaccionario.

La revolución, en la época en que esplendía, tuvo sus evangelistas: Lombroso, Ferri y Garófalo²¹. (21)

Tenemos entre los principales exponentes de esta escuela a César Lombroso, quien fué médico y no jurista, a quien se le reconoce como el iniciador de esta corriente sobre el estudio del delito y el delincuente, a través del método experimental, que le sirvió para crear su antropología criminal, o sea que hace el análisis del hombre delincuente para encontrar determinadas características que según sus estudios eran comunes a todos los delincuentes, determinando también los factores que lo inducen a cometer el delito, basándose en datos obtenidos en estudios sobre el cráneo, mandíbula, arcos cigomáticos, fosas oculares, medidas de la brasa y de la altura, y en fin estudiando todo su aspecto superficial, llegó a comparar al delincuente con el loco, por las características antropológicas que de los dos había sacado en forma general. Considerando al hombre delincuente como un ser atávico, con regresión a lo salvaje, como un loco, un epiléptico, con un tipo físico y psicológico especial.

Estuvo más seguro de sus teorías cuando en el año de 1870, haciendo la autopsia del bandido Villela encontró -

(21) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana. Buenos Aires lla. Edición. 1980. Página 50.

en su cráneo una "foseta occipital media" y que es muy difícil encontrar en el hombre, pero que si es muy frecuente encontrar esta característica en los animales inferiores.

Este ilustre médico, quiso encontrar en las ciencias naturales la explicación del delincuente, pero no lo pudo lograr como él quería, porque las ciencias causales explicativas sólo le darán al Derecho Penal una referencia sobre algo natural, pero nunca éste se identificará sobre los elementos de las ciencias naturales.

Enrique Ferri, que si era abogado, no está de acuerdo con César Lombroso, ya no se limitó a estudiar al delito desde un plano meramente antropológico referado por la biología, sino más bien desde un punto de vista sociológico, afirmando que en el delito concurren fenómenos sociológicos, y nos dice que "si la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente; en el delito concurren pues igualmente causas sociológicas". (22)

"Ferri, desde los comienzos de su actividad científica, explicó la etiología de la criminalidad por medio del influjo de los factores individuales, físicos y sociales, — negó la existencia del libre albedrío, base hasta entonces —

(22) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Décimo cuarta Edición, — México 1980 Página 64.

del Derecho Penal y siguiendo las enseñanzas de Lombroso sobre el delincuente proclamó que éste no es un hombre normal, sino un ser que por sus anormalidades físicas y psíquicas representa entre nosotros, en las sociedades modernas, a las razas primitivas ya desaparecidas o a los salvajes de los — tiempos presentes.

"Segundo el Libre Albedrío, y por tanto la responsabilidad penal basada en la imputabilidad moral, las bases de aquella sobre la "responsabilidad social" según la cual — el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir — en sociedad" (23)

Enrique Ferri en su obra máxime "Sociología Criminal" que se publicó en 1881, expone los principios básicos — en los que se apoya la Escuela Positiva, destacando el método a seguir en el estudio del delito; del delincuente y de las penas.

Otro de los principales pilares de ésta escuela es Rafael Garófalo, destacado jurista, quien tiene una orientación jurídica en cuanto al estudio del delito el cual ve desde un punto de vista natural y legal; "intentó dar una sistematización jurídica a las doctrinas criminológicas del positivismo, con el ánimo de colmar la laguna que veía en ellas, que hablando continuamente del delincuente habían olvidado —

(23) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Conforme al Código Penal. Texto refundido de 1944 (parte General) 9a. Edición. Editorial Nacional. Reimpresión México 1973. Páginas 48 y 49.

manifestar qué entendían por delito, formuló su teoría del "Delito Natural" (la violación de los sentimientos de piedad y prohibida en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad). El delincuente para Garófalo se caracteriza por la anomalía moral, por la ausencia o desviación del sentido moral, por sus anomalías somáticas". (24) - Al observar el delito, lo hace desde el punto de vista de los sentimientos sin omitir el aspecto jurídico.

Lo fundamental del delito para éste positivista, es la oposición de condiciones básicas indispensables para la vida gregaria.

Por más esfuerzos que hicieron los representantes de la Escuela Positivista no lograron llevarla a flote, su error al estudiar el delito, fué no haber hecho uso del método que aconsejan las disciplinas propias de la cultura, ya que la Antropología, la Sociología, la Criminología, son ciencias naturales cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, para fijar su mecanismo de producción y sus orígenes, y como ciencias naturales deben tener un método procedente de la inducción. El Derecho Penal en cambio, fija un cauce a esa conducta imponiéndole una forma y límites determinados, y aunque se refiere al mismo objeto, se distingue precisamente por su carácter eminentemente práctico.

(24) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Conforme al Código Penal Texto Refundido de 1944 (Parte General) 9a. Edición Editorial Nacional. Reimpresión México 1973. Página 49.

oo, su fin normativo y su método.

Esta Escuela Positiva no enfocó al delito desde un punto de vista jurídico sino más bien de uno social y natural considerando que el individuo no tiene libertad de elección y el delincuente es un ser normal por no admitir el libre albedrío. Cayendo esta Escuela por sí misma al negar los principios fundamentales del Derecho, ya que no se dedicaron a crear derecho, sino únicamente ciencias naturales causales explicativas, por lo que ésta escuela no tuvo auge en la — posteridad, como todavía lo tiene la Escuela Clásica.

Podemos señalar como principios básicos o caracteres que se atribuyen a ésta escuela los siguientes— que expone el Maestro Fernando Castellanos Tena en su Libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal:

NOTAS COMUNES DEL POSITIVISMO PENAL.

- 1.- El punto de mira de la justicia penal es al delincuente.— El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.
- 2.- Método experimental.— (Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo — que pueda inducirse de la experiencia y de la observación.)
- 3.- Negación del libre albedrío.— (El hombre carece de libertad de elección.) El delincuente es un anormal.

- 4.- Determinismo de la conducta humana.- Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.
- 5.- El delito como fenómeno natural y social.- Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
- 6.- Responsabilidad social.- Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
- 7.- Sanción proporcional al estado peligroso.- La sanción no debe responder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.
- 8.- Importa más la prevención que la represión de los delitos.- La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas

de seguridad que las mismas penas. (25)

LA TERCERA ESCUELA.- Denominada también Tercera Scuola es de una tendencia ecléctica, es decir toma lo conveniente para ella, tanto de la Escuela Clásica como de la Positiva, trata de conciliar los puntos opuestos entre éstas dos escuelas.

Los principales exponentes de ésta fueron Carnevale y Alimena, a esta escuela se le da este nombre para diferenciarla de la Clásica y de la Positiva "Esta Tercera Scuola, también denominada (escuela crítica), surgió en oposición a la doctrina de la Escuela Positiva, aún cuando acepta algunos de sus principios fundamentales. Es la de ésta Escuela una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica. De aquél admite la negación del libre arbitrio, la coacción del delito como un fenómeno individual y social y la orientación hacia el estudio científico del delincuente y de la criminalidad, más rechaza la doctrina de la naturaleza morbosa del delito, el criterio de la responsabilidad legal, así como la absorción del Derecho Penal en la Sociología Criminal. De la Escuela Clásica acepta el principio de la responsabilidad moral y la distinción entre imputables e imputables pero separándose de ella no considera el delito como el acto de un ser dotado de libertad. La inmutabilidad según

(25) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. Décimocuarta Edición. Ed. Porrúa, México 1980. Página 66.

la tesis de "límena surge de la voluntad y de los motivos — que la determinan y tiene una base en la dirigibilidad del — sujeto. De aquí que sólo son imputables los que son capaces de sentir la amenaza de la pena". (26)

En opinión del penalista Cuello Calón los principios básicos de la Terza Scuola son los siguientes:

- a) Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.
- b) La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica.
- c) La pena tiene como fin la defensa social".(27)

(26) Cuello Calón, Emerico. Derecho Penal. (Parte General) 9a. Edición. Editorial Porrúa. Reimpresión México 1973. — De la obra el autor publicó una edición revisada de 1944.

(27) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décimocuarta Edición Editorial Porrúa. — México 1980. Página 70.

ESCUELA SOCIOLOGICA.- Su principal expositor fué -
FRAZ VON LISZT, éste penalista sostiene que el delito no es
resultante de la libertad humana, sino de factores individua
les, físicos y sociales, así como de causas económicas; con-
sidera que es necesaria la pena para la seguridad en la vida
social ya que su finalidad es la conservación del orden jurí
dico.

Esta escuela se caracteriza por su marcado dualis-
mo que utiliza por un lado métodos jurídicos que conciben al
delito como actividad jurídica, y por el otro métodos experi-
mentales concibiendo al delito como fenómeno natural, acepta
la imputabilidad y el estado peligroso, considerando como -
consecuencia las penas y medidas de seguridad.

3.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Entre las teorías más importantes veremos la Unitaria o Totalizadora y la Atomizadora o Analítica.

LA UNITARIA O TOTALIZADORA.- Se caracteriza por su hermetismo, al estudiar el delito. El delito es un todo orgánico y no admite que se le fraccione para estudiar la esencia del mismo. Proclama la unidad del delito en su totalidad.

El delito según Bettiol²⁸ es un bloque monolítico, - el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable²⁸, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: Solo mirando el delito bajo éste perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y - orgánicamente homogénea²⁸ (28).

A la teoría Unitaria o Totalizadora no la podemos aceptar, porque pretende estudiar al delito como una unidad, en la que no se admite su fraccionamiento, para el estudio - del mismo.

(28) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la - Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, Quinta Edición. México, 1980 página 241.

LA ANALITICA O ATONIZADORA.- Esta teoría estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, desde un plano netamente fraccionado, pero sin olvidar jamás que sea un todo, considera sus elementos en conexión íntima en razón de la unidad del delito.

Esta teoría estudia el delito por medio de sus elementos constitutivos, ya que solamente así se puede llegar hasta su más profunda esencia. Se considera que el contenido del ilícito penal, está constituido para su estudio, con los siguientes elementos: Conducta o Hecho, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condicionalidad Objetiva y Punibilidad.

Hasta la fecha los tratadistas no se han puesto de acuerdo en cuanto al número de elementos esenciales que deben constituir al delito y, en consecuencia existen diversos y variados criterios, así tenemos: Teoría Bitómica que toma dos elementos el objetivo y el subjetivo (culpabilidad); la Tritómica que tiene la conducta o hecho, culpabilidad y punibilidad; la Tetratómica que contiene la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; la Pentatómica que integra al hecho o conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; la Exatómica que recoge al hecho o conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad; la Eptatómica que recoge al hecho o conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad,

punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad.

Una vez analizados los dos sistemas, me adhiero a la teoría Analítica o Atomizadora por ser la más conveniente para estudiar el contenido del delito por medio de sus elementos constitutivos, pero sin perder nunca de vista la estrecha relación existente entre ellos, sin negar su unidad, como dice Jiménez de Asúa, "estudiamos analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes sancionan". (29)

Por otro lado en cuanto al número de elementos fundamentales del delito, me adhiero a la Teoría Tetratómica, cuyos elementos agrupa el maestro Fernando Castellanos Tena al decir que el delito es la conducta, típica, antijurídica y culpable.

En lo personal los elementos mencionados son los esenciales, considerando a la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad; las condiciones objetivas de punibilidad tampoco pueden ser elemento esencial ya que solamente se exigen de manera circunstancial para la imposición de la pena, y por otro lado la punibilidad la consideramos como una consecuencia del delito.

(29) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. 11a. Edición Buenos Aires 1980. Página 208.

4.- TEORIA TETRATOMICA.

Surge a la vida jurídica, como consecuencia de la teoría Atomizadora o Analítica, y su esencia es que el delito debe estar integrado por cuatro elementos fundamentales - que son: La conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Por lo tanto, esta teoría se basa únicamente en - los cuatro elementos antes citados para conocer al delito, y no acepta como elementos fundamentales del mismo, a la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas.

En nuestro concepto la imputabilidad no puede ser elemento esencial del delito porque ésta es presupuesto psicológico de la culpabilidad; la punibilidad tampoco lo puede ser porque es una consecuencia del delito; las condiciones - objetivas de punibilidad igualmente como las otras dos posiciones, no podrá ser elemento esencial del delito, porque solamente se exige en forma circunstancial para la imposición de la pena.

Esta teoría se basa esencialmente en cuatro elementos que para ella son indispensables y sin los cuales el delito no podría ser, concepción a la cual me adhiero.

Entre los autores que se adhieren a esta teoría - encontramos a los ilustres juristas. Fernando Castellanos - Tena y Celestino Porte Petit.

C A P I T U L O I I

- 1.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO, LA CONDUCTA.
- 2.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO A ESTUDIO.
- 3.- CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A LA CONDUCTA.
- 4.- ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA.
- 5.- COMENTARIO.

C A P I T U L O I I

1.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO, LA CONDUCTA.

Los tratadistas del Derecho Penal, no se han puesto de acuerdo en cuanto a la denominación que deben dar a lo que consideran el elemento objetivo del delito, llamándolo - indistintamente; Conducta, Hecho, Acto y Acción. En nuestra Legislación Penal, la denominación más aceptada es la de Conducta o Hecho, el cual lo integran la conducta, un nexo causal y el resultado.

En relación a éste el Penalista Celestino Porte — Petit al referirse al delito como conducta o hecho humano — nos dice: "pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo — del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo integran una conducta o un hecho humanos. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito. — Por ello, Antolisei ha dicho que (el delito es ante todo acción humana); que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca puede constituir delito, y que sin la acción, el delito no es concebible). Primordialmente todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena.

No se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirse a la característica acción". (1)

Al respecto el tratadista Luis Jiménez de Asúa nos dice que: "El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

"Adviértase, además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo - acción y del negativo omisión.

" Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto-manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudansa ese mundo externo cuya modificación se aguarda.

"El acto es, pues, una conducta humana voluntaria - que produce un resultado. Mas al llegar a éste punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra usada por nosotros: la voluntariedad de la acción u omisión. No vamos a entrar aquí en el magno debate que consumió las fuerzas de penalistas y filósofos en la pasada centuria. Lejos de nuestro de-

(1) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Quinta Edición. Editorial Porrúa, México 1980. Página 287.

significo disputar sobre el libre albedrío o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión espontánea y motivada". (2)

Los autores que conciben al elemento objetivo del delito como acto, no nos dicen en que situación va a quedar la omisión, si habrá que incluirla o excluirla, por lo que no podemos aceptar el acto.

Antolisei, también nos aclara, que al aceptar el acto nos estamos olvidando de los delitos plurisubstantes, ya que estos requieren de varios actos para que el delito se de. Entonces para el acto se da en sentido reducido.

Mazzari, dice que el acto es demasiado amplio, ya que incluye los actos reflejos que no proceden de la voluntad del sujeto.

Otros tratadistas se refieren a la acción, pero han sido criticados, se dice que cuando se habla de acción, nos podemos referir a la fuerza que hace un cuerpo sobre otro, también acción en materia mercantil, en donde se usa el término para referirse a un título de crédito.

Algunos dicen que se divide en acción strictu sensu y omisión.

También se les critica, porque al hablar de acción hablamos sólo en sentido positivo, dejando a un lado a la

(2) Jiménez de Asía, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana Buenos Aires. 11a. Edición. 1980. Pág. 210.

omisión, no se habla en sentido negativo, es decir no se acepta como acción a la omisión, por eso el Maestro Castellanos Tena prefiere usar el término de conducta, ya que en él se incluye "tanto el hacer positivo como el negativo." (3)

A la conducta se le ha considerado como el elemento objetivo del delito por excelencia, ya que la conducta es un acto externo.

Pero como ya se mencionó, los tratadistas del Derecho Penal, no se han puesto de acuerdo en cuanto a la denominación que deben dar al elemento objetivo del delito; por lo que se han elaborado infinidad de posiciones respecto a su denominación.

Porte Petit se muestra partidario de usar tanto el término de conducta como el de hecho, para denominar al elemento objetivo del delito, "no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el Hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material." (4)

En resumen el Maestro Porte Petit nos indica, que cuando hablamos de "Conducta", sólo nos podemos referir a los delitos de mera actividad o inactividad y de "Hecho", sólo cuando el delito es de resultado material.

(3) Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Página 147.

(4) Celestino Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México 1960 Página 153.

En conclusión, debemos aceptar la conducta completada por el hecho humano, el obrar que produce una mutación en el mundo exterior, lo que nos importa es que la conducta o el hecho tengan sus raíces en el actuar voluntario y consciente del Hombre.

Es acertada la opinión de Porte Petit cuando afirma que los términos adecuados son conducta o hecho según la hipótesis que se presente; se habla de conducta cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto, y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además un resultado de carácter material que sea consecuencia de — aquella.

Al hecho lo integran los siguientes elementos.

- A) CONDUCTA.
- B) RESULTADO.
- C) NEXO DE CAUSALIDAD.

"Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilfeitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico." (4) bis.

Estimamos que la conducta como elemento del Hecho consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, que son las formas en que la conducta puede expresarse: Acción u omisión; la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal un hacer, o bien en una inag

(4) bis.- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Ed. Porrúa. Pág. 148.

tividad, una abstención, un no hacer; tanto 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.

El resultado, consiste en su más amplia acepción, en el obrar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo naturalístico.

"Es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de ésta tiene tal carácter, sino sólo aquel o aquellos relevantes para el Derecho por cuanto éste los recoge dentro del tipo penal". (5)

"El nexo causal en el Derecho Penal dice Ranieri, es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquella como a su causa"

"Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser inculpativo si existe un nexo causal o una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto". (6)

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco.- Manual de Derecho Penal - Mexicano Parte General. Cuarta Edición. Editorial Porrúa México 1978. Página 196.

(6) Pavón Vasconcelos, Francisco. Obra citada página 204.

2.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO A ESTUDIO.

Entrando al elemento objetivo en el delito a estudio, el tipo básico y la penalidad la encontramos en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Artículo 265.- (Penalidad y tipo básico del delito de violación)."Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, - se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y - multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida - fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos. "

En el estudio del delito de violación además del - tipo básico, encontramos variantes como son la violación - - ficta a que se refiere el artículo 266 del Código Penal; y la violación de pena agravada a que hace mención el artículo - 266 bis del Código Penal, cuyos textos transcribo a continua- oión:

" Artículo 266.- (violación ficta)."Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

"Artículo 266 bis.- (Violación de pena agravada).- "cuando la violación fuere cometida con intervención directa

e inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código.

"Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

"Cuando el delito de violación sea cometido por - - quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

Atendiendo al texto del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, que en sus primeras líneas nos dice "Al que por medio de violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo"; encontramos en esencia que el elemento objetivo en el delito de violación es la **COPULA CON VIOLENCIA**, ya que la violencia, es el medio operatorio señalado por la ley para la obtención del —

acceso carnal, hablar únicamente de cópula, no tiene importancia jurídica penal alguna, ya que debe de ir relacionada a los medios empleados, que la cópula con violencia se verifique en ausencia de la voluntad de la víctima, siendo ésta - falta de consentimiento condición esencial para que pueda configurarse el delito, (salvo hipótesis de la víctima menor de 12 años, artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal) ya que la característica de éste delito es el empleo de la violencia, se entiende que debe faltar la voluntad.

Al respecto el Maestro Mariano Jiménez Huerta nos dice "El art. 265 hace referencia a los medios que emplea el sujeto activo, y el 266 a las situaciones o circunstancias en que se encuentra el pasivo.

"Lo que, en realidad, constituye la esencia típica del delito en examen es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Unas veces el sujeto activo para doblegar la voluntad contraria de su víctima, ejerce sobre ella la violencia física o moral; otras, simplemente se aprovecha de la situación o circunstancias que concurren en el sujeto pasivo"(7).

Pero primeramente, debemos entender que "COPULA es la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste. (Vicenzo Mansini Trattato di Diritto Penale

(7) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo III La Tutela Penal del Honor y de la Libertad. 3a. Ed. Editorial Porrúa. México 1978. Páginas 258 y 259.

Italiano, Turín 1933-1939, T. LVII Pág. 257). El coito o cópula strictu sensu se realiza por la introducción del pene - en la vagina. Existe la cópula lato sensu cuando la introducción es en el ano o en la boca. No se requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta (V. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, T. III, Página 105). " (8)

En relación a la terminología del elemento objetivo del delito de violación, no existe uniformidad de criterios, frecuentemente los autores usan términos sinónimos para expresar dicho elemento, hablando así de cópula, coito, concubito, acceso carnal, ayuntamiento carnal, conjunción carnal, yacer carnalmente, entendiendo nosotros que las palabras cópula y coito significan junta o unión carnal del macho con la hembra o del hombre con la mujer, siendo sinónimos las demás expresiones que mencionamos, las cuales son usadas indistintamente por algunos autores. El verbo copular, proviene de "copulare" que en Latín significa juntar o unir una cosa con otra.

Pero como ya mencionamos la cópula en sí no tiene importancia jurídica alguna ya que la violación consiste en la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral; la

(8) Carrasco y Trujillo Raúl. Carrasco y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Página 511, 9a. Edición Editorial Porrúa México 1981. Página 511.

violencia, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, - constituye lo esencial del delito de violación.

"La violación, sea física -VIS ABSOLUTA-, sea moral -VIS COMPULSIVA-, es el medio operativo señalado por la ley para la obtención del acceso carnal. Ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se presente como la causa inmediata y directa de dicho acceso; la resistencia del pasivo, real y seria, efectiva y constante, - aunque no tenga que ser desesperada, debe ser superada por - aquellas fuerzas, si el pasivo resistiere al principio y finalmente consintiere, no habrá violación. Si se causaren lesiones ellas integrarán el elemento (fuerza física) no estándose en el caso del concurso ideal de delitos. El engaño no es constitutivo de la (fuerza moral).

La violación es a los delitos sexuales lo que el robo con violencia, a los delitos contra la propiedad". (9)

Concretando la doctrina nos señala como requisitos para que se integre la vis absoluta, que ésta debe vencer en el sujeto pasivo y debe ser una fuerza, suficiente para vencer la resistencia de éste, debe de ser realmente seria, no simulada, constante y continua, es decir que se mantenga viva hasta el último momento. Y para la vis compulsiva, que la amenaza que haga el agente a su víctima de causarle un mal - grave inminente, futuro, capaz de intimidarla y constreñirla

(9) Carranón y Trujillo, Raúl. Carranón y Rivas. Raúl, Código Penal anotado. Ed. Porrúa. México 1981. Página 516

a realizar la cópula, debe de ser seria, grave y de la cual derive realmente ese mal, que con ello se cause una fuerte conmoción sobre el ánimo de la ofendida, incluso aún cuando esa amenaza no sea directamente hacia su persona, puede ser por ejemplo la amenaza de matar a un ser querido.

De esto obtenemos que en todos los casos debe de haber ausencia de voluntad de la víctima.

"El elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 265 de nuestro Código Penal es "Tener Cópula", ahora bien, tener cópula es una conducta eminentemente activa, como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre" (10)

En consecuencia, como la mujer no dispone de un órgano con esas características, no podemos admitir que pueda desarrollar una conducta típica en los términos del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

La cópula fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril, ya sea normal o anormal, ya que existe una actividad sexual en los actos contra natu-

(10) González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1979. Página 162.

ra como en los normales.

Nuestro tipo legal al establecer que el sujeto pasivo es una persona sea cual fuere su sexo, está aceptando - que la cópula puede ser normal o anormal, y tomando en cuenta que ésta última puede realizarse con la introducción del miembro viril en el ano o en la boca como algunos lo han considerado, nuestros legisladores no establecen ninguna restricción al respecto.

En cuanto al momento en que se consuma la violación "La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente." (11)

De lo que obtenemos que para el acceso carnal normal, éste se consuma desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar, con o sin eyaculación, y en el acceso carnal anormal con la introducción en el vaso utilizado.

"El delito de violación se integra por tres distintos elementos; Uno, el primero material, la consumación de la cópula; un segundo, de la misma naturaleza, que consiste

(11) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Tercera Edición. Ed. Porrúa S.A. México 1980. Página 19.

en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea - por el uso de medios físicos o, por concepciones morales, siendo necesario hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que producen en la víctima; y hay, finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia se verifique con ausencia de la voluntad de la víctima". (12)

Para el Maestro Jiménez Huerta "Los elementos constitutivos de ésta figura típica son; a) la cópula; y b) la - violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir". (13)

Para reafirmar lo que explicamos en párrafos anteriores "Subraya la ley que la cópula ha de tener lugar -sin la voluntad del pasivo-; con lo que debe interpretarse que - aunque por el empleo de la violencia pudiera lograrse esa voluntad, por estar ésta viciada de nulidad, no debe tenerse - como tal voluntad. Para que el delito se integre debe existir la negativa de la voluntad del pasivo expresa o tácita, - pero efectiva y constante. El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera, sin distinción de sexo. Si es mujer puede

(12) Carrascó y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal*, Raúl. 26da. Edición. Editorial Porrúa. México 1981. Páginas 517 y 518. 9a. Edición. Editorial Porrúa. México 1981.

(13) Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo - III. Editorial Porrúa. México 1978. Página 352.

estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena fama pública o no, incluso puede ser una prostituta.

No es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio, sí cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura". (14)

(14) Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado Página 517. 9a. Edición. Editorial - Porrúa. México 1981.

3.- CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Antes de entrar a la clasificación en orden a la conducta, aclararemos primeramente, que se entiende por conducta, luego por sujeto activo, sujeto pasivo, objeto y obra.

"Concepto de conducta.- La conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (15)

Luego en cuanto al sujeto activo, diremos que es el que realiza la conducta. Y el sujeto pasivo, es la persona que recibe el daño.

El objeto es el fin, propósito o encausamiento de la conducta, dividiéndose a su vez en objeto material, que es la persona o cosa que recibe directamente el daño o peligro. Y el objeto jurídico, es el bien jurídico lesionado, como por ejemplo en la violación el bien que se lesiona es la libertad sexual del individuo.

Por último tenemos a la obra que es el resultado de la conducta realizada.

Asumiendo la posición de que las formas de la conducta son nada más la comisión y la omisión en sus dos clases, omisión simple y comisión por omisión, aunque el maestro - - Forte Petit nos da una extensa clasificación de formas de la conducta nosotros solo trataremos las antes mencionadas, por

(15) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980 Página 149. Editorial Porrúa.

ser las que más se tratan en nuestro medio jurídico.

La acción *Strictu Sensu* se manifiesta mediante hechos positivos o negativos, o sea por actos o abstenciones; se dice que la acción es todo hecho humano voluntario, o sea todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo externo o poner en peligro dicha modificación; así estaremos frente a un delito de acción cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales.

La omisión consiste en un abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, siendo ésta la forma negativa de la acción; la conducta en éste caso consiste en una mera inactividad, o sea en un no hacer.

Así tenemos que el delito que estudiamos puede ser clasificado como un delito de ACCIÓN, dada la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse la violación por un hacer, es netamente de acción, porque se realiza mediante un actuar positivo y tiene por característica la violación de una ley prohibitiva, no es posible que éste delito pueda clasificarse dentro de los delitos de omisión o de comisión por omisión, toda vez que éstos requieren determinados requisitos o elementos, y que éste delito no reúne ya que no se puede llevar a cabo la cópula, no haciendo.

Para abundar, en orden al resultado vemos que se trata de un delito de mera conducta o formal, instantáneo y de lesión, ya que existe una conducta, una consumación y -- agotamiento de la misma instantáneos y además se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

4.- ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA.

El aspecto negativo de la conducta está formado por causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta, y hay ausencia de esta e imposibilidad de que el delito se integre, cuando falte alguno de los elementos de la propia conducta, cuando la acción o la omisión son involuntarias; porque cuando al movimiento corporal que realiza el sujeto le falta la voluntad vemos que hay ausencia de conducta, y automáticamente está faltando uno de los elementos esenciales del delito y por lo tanto no se podrá integrar éste.

La ausencia de conducta se puede presentar en las siguientes formas:

a) La Vis Absoluta.- Fuerza física exterior e irresistible.

Esta fuerza física exterior e irresistible es una de las formas en que se puede presentar la ausencia de conducta, debe haber un sujeto que anule la voluntad del que va a realizar la conducta y por lo tanto no se la podemos atribuir a éste último.

Sus elementos son los siguientes:

- 1.- La existencia de una fuerza física,
- 2.- Exterior,
- 3.- Irresistible; y
- 4.- De procedencia humana.

Lo anterior lo encontramos en el artículo 15 frac-

ción I de nuestro Código Penal Vigente, cuando en su texto - dice: "I.- (fuerza física). Obrar el acusado impulsado por - una fuerza física exterior e irresistible".

Por lo tanto en este artículo se señala a la fuerza física como una excluyente de responsabilidad. Por ejemplo - una persona que tripula una bicicleta y al ir circulando, - otro individuo lo empuja fuertemente y lo hace perder el con- trol del vehículo y como consecuencia atropella a otra perso- na causándole lesiones; en éste ejemplo se ve claramente que opera la vis absoluta en virtud de que el conductor actuó in- voluntariamente impulsado por una fuerza exterior e irresis- tible, de carácter físico, proveniente de otro, por ésto tie- ne una excluyente de responsabilidad a su favor anulándose - la conducta, o sea hay ausencia de conducta.

Algunos autores critican que a la vis absoluta se le incluye como excluyente de responsabilidad: El maestro - Celestino Porte Petit nos dice: "El Código Penal Mexicano - innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física, en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error - técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, - cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula (nulus crimen sine - - actione)". (16)

(16) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Página 163.

El distinguido penalista Ignacio Villalobos nos sacó de dudas al respecto cuando expresa en su obra; "Si antes estudiemos la naturaleza del acto humano y convenimos en que solo hay tal cosa cuando se produce una manifestación de voluntad del sujeto, ahora debemos ser congruentes y reconocer que quien sufre un desmayo en el momento en que debía cumplirse una obligación, o quien se ve atacado por fascinerosos que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera cumplir, o quien rompe un objeto valioso en un ataque convulsivo involuntario, o como efecto de movimientos reflejos cuyo origen nada tiene que ver con la voluntad, no ejecuta un acto humano sino que es asiente de un hecho que ocurre fuera de su dominio y, a veces, contra su propia determinación y por ser vencidas sus propias fuerzas. Existe una excluyente de responsabilidad para ese sujeto, que no consiste en la falta de culpabilidad o de imputabilidad como se ha pretendido pues aún cuando tal ausencia de culpabilidad sea verdadera como lo es siempre que falta un elemento anterior al delito, ya que no se puede ser culpable de lo que no se hace o de lo que se hace jurídicamente, falta en el caso algo más hondo y primordial en la estructura del delito, y como es un acto ejecutado por el sujeto". (17)

(17) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano (de la dinámica del delito) Editorial Porrúa. México 1955. Pág. 29.

Para el Maestro Fernando Castellanos Tena, la vis absoluta si es excluyente de responsabilidad, ya que elimina un elemento esencial del delito como lo es la conducta humana, siendo la vis absoluta la que más se acepta como excluyente de responsabilidad.

Posición a la que me adhiero ya que al eliminar a la conducta humana que es un elemento indispensable para la formación del delito, sin el cual no se puede configurar, estamos ante una excluyente de responsabilidad.

b) La Vis Maior o Fuerza Mayor.

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la Vis Absoluta, a diferencia de que la fuerza mayor es de procedencia natural o subhumana en contra de quien realiza el acto con ausencia de voluntad, y sus elementos son:

- 1.- Fuerza física.
- 2.- Exterior.
- 3.- Irresistible.
- 4.- De procedencia natural o subhumana.

La vis absoluta y la vis maior se distinguen porque la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza.

c) Algunos autores nos hablan del sueño, hipnotismo y el sonambulismo, como aspectos negativos de la conducta, así como de los actos o movimientos reflejos, porque nos dicen que cuando se presentan tales casos, la voluntad se suprime y por tanto no se integra una conducta, por lo consi-

guiente no habrá delito.

El sueño es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, y éste puede originar movimientos involuntarios de la persona con resultados dañosos, y al ser involuntarios no podrá integrarse la conducta ya que no hay voluntad o coeficiente psíquico necesario, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito.

El sonambulismo es un estado similar al sueño, y la única distinción entre éstos es que el sujeto deambula — dormido, efectuando movimientos corporales que no son conscientes y por lo tanto involuntarios. Algunos autores consideran a éste como una afección nerviosa.

El Hipnotismo es un fenómeno real, cuya existencia ha sido verificada científicamente en forma indiscutible y — que consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial y cuyas manifestaciones pueden ir desde un estado de somnolencia, hasta uno de sonambulismo, este último se identifica por la ausencia de dolor y el olvido de lo sucedido durante el sueño hipnótico cuando se despierta de él.

Los actos reflejos.- "Estos son al decir de Mezger (Los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es en los que un estímulo subcorticalmente y sin —

intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento): En los actos reflejos hay como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más o menos voluntarios necesarios para integrar una conducta". (18)

En relación con nuestro delito a estudio no opera ninguna de estas excluyentes.

(18) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - Mexicano. Ed. Porrúa. México 1978. Página 252.

5.- C O M E N T A R I O.

Independientemente de que los diferentes tratadistas no se hayan puesto de acuerdo en cuanto a la denominación del elemento objetivo del delito, el término aceptado en nuestro medio es el de conducta o hecho. Lo importante es que la conducta o hecho tenga su origen en el actuar voluntario y consciente del hombre, encaminado a un propósito, es decir, el obrar que produce una mutación en el mundo exterior.

El elemento objetivo del delito a estudio, sin duda es la cópula impuesta al sujeto pasivo por medio de la violencia física o moral, como se establece en el artículo 265 del Código Penal Vigente estableciendo que se le aplicará una sanción; "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo".

Esta aseveración nos lleva a contemplar otro aspecto a discusión, ya que al referirse el texto legal a la cópula impuesta con violencia a una persona sea cual fuere su sexo - admite que la cópula se pueda efectuar por vía normal, así - como por la vía anormal, y respecto a ésta última algunos tratadistas consideran que puede realizarse utilizando como vaso la boca o el ano del pasivo, yo en lo particular únicamente - acepto como vaso idóneo para la cópula contra natura el anal, en atención a su configuración anatómica que tiene y por poseer glándulas de proyección erógena, la "fallatio in ore" - aún empleando violencia debe constituir delito diverso, toda

ves que su ubicación y conformación anatómica no se adecúa a los requerimientos de un vaso idóneo, ya que debemos entender por cópula, fisiológicamente en el sentido más amplio, el — acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo) sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

Y en el caso de la "Fellatio in ore" no estamos de acuerdo, en que la boca sea un vaso idóneo para una conjunción o ayuntamiento sexual, en este caso sería una desviación sexual, un abuso deshonesto, una humillación grave impuesta al pasivo.

Dada su naturaleza, la violación siempre tendrá — que ser un delito de acción, ya que no se puede realizar dejando de hacer, es necesaria la voluntad de efectuar la conducta y realizar ésta, además de utilizar la violencia para su ejecución, estaríamos frente al aspecto negativo de la conducta en el delito a estudio, si se pudiera realizar la cópula en contra de la voluntad del sujeto activo, lo que dada la naturaleza de este ilícito estimo que no es posible.

C A P I T U L O I I I**TIPICIDAD Y ATIPICIDAD DEL DELITO A ESTUDIO.**

- 1.- TIPO Y TIPICIDAD.**
- 2.- EL TIPO DEL DELITO A ESTUDIO.**
- 3.- EL BIEN JURIDICO SUTELADO.**
- 4.- CASOS DE ATIPICIDAD.**
- 5.- COMENTARIO.**

1.- TIPO Y TIPICIDAD.

TIPO.- El tipo es el símbolo representativo del delito, es la figura y modelo de lo que debe ser el ilícito penal, es la célula que genera la vida del delito porque sin el tipo, que es la descripción que estrictamente hace el legislador de una conducta ilícita, no existiría tal delito.

Múltiples han sido las definiciones dadas del tipo, por lo que mencionaremos algunas.

Para Masger.- "El tipo es el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal".

Jiménez de Asúa.- Lo define "Como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".

Por lo que sacamos en conclusión que el tipo es la parte esencial para que exista el delito; sin el tipo no habría una sanción penal, es decir si falta el tipo no podrá haber delito, porque la tipicidad no tendrá posibilidad de presentarse; en concreto, el tipo es la descripción de una conducta que el legislador hace en la ley penal.

TIPICIDAD.- La tipicidad es el amoldamiento de la conducta al tipo previsto por el legislador.

El ilustre penalista Fernando Castellanos Pena - -

define la tipicidad como "El encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". (1)

La tipicidad es uno de los elementos fundamentales para la configuración del delito, siendo ésta, la adecuación a la conducta descrita por el legislador en la ley penal, es básica para que el tipo penal se pueda aplicar, la tipicidad es lo dinámico y el tipo lo estático, si falta la tipicidad no puede haber delito.

El artículo 14 de nuestra Constitución Política — nos dice en su párrafo tercero:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, — pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente — aplicable al delito de que se trata".

Nuestro Código Penal en su artículo 7, define el — delito "como acto u omisión que sancionan las leyes penales", con esto nos damos cuenta que no puede existir el delito si no hay tipicidad, a esto encuadra la fórmula "nullum crimen sine tipo".

El penalista Fernando Castellanos Tena en su libro

(1) Castellanos Tena, Fernando.— Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Editorial Porrúa. Pág. 166.

"Lineamientos Elementales de Derecho Penal" elabore un cuadro esquemático de las clasificaciones más comunes en torno al tipo, en el cual nos basaremos.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

- | | | |
|---|---|--|
| Por su composición. | <ul style="list-style-type: none"> a) Normales. b) Anormales. | |
| Por su ordenación metodológica. | <ul style="list-style-type: none"> a) Fundamentales o básicos. b) Especiales. c) Complementados. | <ul style="list-style-type: none"> I) Agravados. II) Privilegiados. I) Agravados. II) Privilegiados. |
| En función de su autonomía o independencia. | <ul style="list-style-type: none"> a) Autónomos o independientes. b) Subordinados. | |
| Por su formulación. | <ul style="list-style-type: none"> a) Casuísticos. b) Precisos. | <ul style="list-style-type: none"> I) Alternativos. II) Acumulativos. |
| Por el resultado. | <ul style="list-style-type: none"> a) De daño b) De peligro. | |

Desglosando el cuadro primer me te vemos que en cuanto a su composición se clasifican en normales y anormales.

Los tipos normales vemos que se integran con elementos únicamente objetivos, es decir cuando el legislador se limita únicamente a hacer una descripción objetiva mientras que los tipos anormales incluyen además elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento lo tiene que valorar el que aplica la ley.

De lo que obtenemos que si existe una gran diferencia entre éstos dos tipos.

En cuanto a la ordenación metodológica se clasifican los tipos en fundamentales, especiales y complementados, y a su vez éstos últimos se subclasifican en agravados y privilegiados.

Los tipos básicos o fundamentales son los que constituyen por la integración de sus elementos, la esencia de otros tipos legales. Los tipos básicos forman la parte central del sistema de la parte especial del Código Penal. Por ejemplo dentro del capítulo de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito por el artículo 302 de dicho ordenamiento legal.

Son tipos especiales los que necesariamente se tienen que formar con los elementos del tipo básico, a los cuales se les adhieren ciertas características de tal modo que

són formándose por tipos básicos son independientes de éstos.

Los tipos complementados son los que quedan subordinados al tipo básico, pero se adhieren nuevos elementos a éstos tipos pero siempre girando alrededor de los básicos y asparándose en ellos.

Los tipos especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, atendiéndose siempre a su penalidad en relación a los tipos básicos.

En función de su autonomía o independencia se clasifican en autónomos o independientes y en subordinados.

Los tipos autónomos son los que no dependen de ningún otro tipo, se rigen por sí mismos porque tienen existencia propia; en cambio los subordinados están siempre unidos al tipo básico, porque adquieren su existencia por éste tipo básico al cual se tienen que subordinar siempre y por medio del cual se complementan.

Respecto a su formulación se clasifican en casuísticos y precisos, y a su vez los casuísticos se subclasifican en alternativos y acumulativos.

En los tipos de formulación casuística el legislador nos proporcionará varios modelos para precisar el delito, es decir que el legislador no nos da una conducta uniforme en relación con el tipo, nos proporciona casi totalmente las formas en que debe darse el delito. Éstos tipos a su vez se subdividen en alternativos y acumulativos.

Los alternativos prevén diversas modalidades de realización; diversos actos se realicen alternativamente de modo tal que su valor fungible hace indiferente la realización de cualquiera, ya que con uno u otro acto el delito se conforma.

En los acumulativos se necesitan de todas las hipótesis que planteo el tipo descrito.

En lo que concierne a los tipos de formulación precisa son los que describen una hipótesis única, en donde se centra todo el proceso de ejecución. O sea que en éstos tipos únicamente requerimos una hipótesis determinada para que puedan formarse.

Para concluir con esta clasificación comentaremos los tipos que se clasifican por el resultado que son los de daño o peligro.

Son de daño, cuando el tipo protege los bienes contra el daño, el cual puede ser de destrucción o de disminución.

En los de peligro, el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que puede estar acechándole.

2.- EL TIPO DEL DELITO A ESTUDIO.

El tipo básico del delito de violación así como su penalidad está previsto por el artículo 265 del Código Penal Vigente.

Por lo que se refiere a la primera parte de este artículo que dice "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos". Nos damos cuenta que se trata de un tipo fundamental o básico ya que no tiene alguna circunstancia que implique una agravación o atenuación de la pena.

En cambio por lo que respecta a la segunda parte de dicho artículo que establece que "si la persona ofendida fuere impber la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos", obtenemos que se trata de un tipo complementado agravado, ya que se establece una mayor sanción si la persona ofendida fuere impber.

Es un delito autónomo o independiente, ya que no entra en su integración otro tipo de delito, es decir que tiene existencia propia no depende de ningún otro tipo, se rige por sí mismo.

Por su formulación es un delito casuístico, ya que el legislador nos proporciona las formas en que debe darse el delito, se forma alternativamente en cuanto a los me-

dios de realización ya que puede ser por medio de la *vis absoluta* o *vis compulsiva*.

Por su composición es un tipo normal, puesto que se integra únicamente con elementos objetivos, y no contiene elementos normativos ni subjetivos.

Respecto al resultado nos damos cuenta de que estamos frente a un tipo de daño, porque existe una destrucción o disminución del bien jurídico tutelado por la ley.

Además la legislación mexicana describe como delito equiparable a la violación y sancionado con las mismas penas, a la conducta descrita por el artículo 266 del Código Penal que a la letra dice: "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

Debe la aclaración que el legislador mexicano no reglamenta el tipo mencionado como especie de la violación, limitándose a equiparar a la violación dicha conducta típica, ya que algunos tratadistas argumentan que no hay violación por faltar su elemento medular que es el de utilizar la violencia para imponer la cópula.

En el delito de violación se puede imponer una pena agravada cuando concurren las circunstancias previstas por el artículo 266 bis del Código Penal que dice: "Cuando -

la violación fuere cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco a doce mil pesos. A los demás — participes se les aplicarán las reglas comprendidas en el — artículo 13 de este Código.

"Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un — ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, — por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o — asesino de la madre del ofendido en contra del hijastro. En — los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofen — dido.

" Cuando el delito de violación sea cometido por — quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profes — sión utilizando los medios o circunstancias que ellos le pro — porcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo, o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

El artículo 266 bis de nuestro código Penal, nos — describe un tipo complementado agravado, ya que está subordi — nado al tipo básico del delito de violación, y únicamente se adhieren nuevos elementos amparándose en el tipo básico, y to — mando en cuenta esos elementos adicionales se agrava la pena

en razón de los mismos, como es el caso cuando el delito se cometa con la intervención directa e inmediata de dos o más personas, además establece una sanción adicional cuando el sujeto activo tenga la calidad especificada en el texto legal como por ejemplo cuando el delito lo comete un ascendiente - en contra de su descendiente o viceversa.

3.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado es parte del tipo en concreto y está latente en él, porque es parte de su integración, ya que no se puede concebir un tipo penal que no tutelara un bien jurídico.

En lo concerniente al delito de violación, la doctrina adopta criterios distintos.

Para algunos autores el bien jurídico tutelado es la honestidad, para otros la libertad individual o bien la dignidad de las personas, pero para la mayoría lo es la libertad sexual, posición a la que me adhiero toda vez que si bien es cierto que la intención del sujeto activo se encamina a la realización de la cópula, los medios violentos que emplea para la obtención de la misma, precisamente son los que impiden que la víctima determine libremente su conducta, lesionándose su libertad sexual.

"El bien jurídico, que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la libertad sexual y no por la castidad y la honestidad que son elementos constitutivos del estupro, pero no de la violación". (2)

"Los tribunales han establecido que "el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual; que el bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la liber-

(2) Jurispr. (S.C.- Tesis relacionada 6a. Epoca Tomo XIII. Pág. 170).

tad de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofen-
 dida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad -
 al sujeto activo de la infracción; que siendo la violación -
 un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexuales,
 la forma en que la víctima pueda oponer resistencia al yaci-
 miento impuesto requiere facultad de defenderse para frue-
 strar el ataque y es incuestionable que no habrá tal responsa-
 bilidad si, por alguna circunstancia, la parte ofendida no -
 puede resistir, por lo que si la ofendida no pudo oponer re-
 sistencia debido a la debilidad mental que presentaba, o sea
 que si biológicamente podría ser púber, mentalmente tenía -
 edad infantil, fue correcta la equiparación del acto consuma-
 do por el agente al delito de violación propia.

En fin que el bien jurídico objeto de la tutela pe-
 nal en el delito de violación concierne esencialmente a la -
 libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por -
 la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente
 activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material -
 en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien -
 por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amena-
 sas de males graves, por los que se le impide resistir, inde-
 pendiente del hecho de que el uso de esa violencia, no
 haya dejado huellas materiales en el cuerpo del ofendido." -
 (3).

(3) Porte Petit. Gandaudap, Celestino, Ensayo Dogmático sobre
 el Delito de Violación. Tercera Edición. México 1960. Ed.
 Porrúa. Páginas 37 y 38.

El Maestro Jiménez Huerta opina que "el bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado. Bajo el imperio de otras direcciones culturales se han mantenido otros puntos de vista, pues en tanto que por vía de ejemplo Carrara incluye el delito de violación entre los delitos que ofenden a la pudicia individual, Belling le coloca entre los delitos contra la honestidad de la mujer. Pero en la actualidad y cada día más unánimemente -Mesger, Manfredini, Antolisei, Ranieri, Pannain y Contari- se afirma el recto pensamiento de que el interés vital tutelado en el delito de violación es la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje". (4)

(4) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III 3a. Edición. Editorial Porrúa. México 1978. Página 251.

4.- CASOS DE ATÍPICIDAD.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, ésta impide que se integre el delito.

La atipicidad se presenta cuando la conducta o hecho no encuadra en lo descrito por el legislador en el tipo legal.

Veremos algunos casos de atipicidad, dados por el maestro Fernando Castellanos Tena.

"a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;

d) Al no realizarse el hecho por los medios consensivos específicamente señalados en la Ley;

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y,

f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial." (5)

Algunos autores nos dan otras causas en una forma más amplia y complicada, para nosotros esta clasificación es la más importante.

(5) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General) Decimocuarta edición) - - México 1980. Editorial Porrúa. Página 173).

Por lo que se refiere a la atipicidad en el delito de violación propia, puede presentarse por la falta de empleo de los medios violentos es decir que falten los medios exigidos por el tipo como son la vis absoluta o compulsiva, ya que al concurrir el consentimiento del pasivo se origina una atipicidad, ya que el tipo descrito en el artículo 265 del Código Penal requiere que la cópula se efectúe contra la voluntad del pasivo.

"El hecho consiste en violar a una persona o abusar de una persona, de modo que si existe un consentimiento válido, no hay hecho. En cambio, no puede darse ninguna atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo o pasivo, porque el tipo de violación descrito por la ley no exige a los sujetos mencionados calidad alguna. Ni por falta de referencias temporal o espacial, ya que dichas referencias no son exigidas, ni, por último, puede darse una atipicidad por falta de elementos normativo o subjetivo, en cuanto que — igualmente no son requeridos por el propio tipo de violación"

(6)

(6) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Tercera Edición. Editorial Porrúa México 1980. Páginas 46 y 47.

5.- COMENTARIO.

Al hacer el análisis de las definiciones que del tipo se dan, podemos apreciar como nota característica, la referencia a una determinada conducta, a la que la ley le ha dado el carácter de delito.

El tipo en nuestro ordenamiento penal, es el eje de la conducta delictuosa sobre el cual giran los demás elementos esenciales como son la conducta, antijuricidad y la culpabilidad, que en conjunto integran el delito, el cual no se podría configurar si falta la tipicidad, ya que ésta es la adecuación de la conducta al tipo descrito por la ley penal, en síntesis, el tipo es la descripción estricta de una conducta que el legislador hace en la ley penal.

Como apuntamos ya, el tipo básico del delito de violación lo encontramos en el artículo 265 del Código Penal Vigente, el cual describe claramente la conducta que el legislador establece como delictuosa, que en esencia consiste en imponer cópula a otra persona utilizando violencia física o moral no importando el sexo del pasivo, en el mismo artículo se contempla una mayor sanción cuando la persona violada fuera impúber.

Es importante hacer notar que al realizarse la cópula utilizando la violencia para lograrla, es implícita la falta de voluntad del sujeto pasivo, por esa razón se utiliza la violencia para efectuar el acto aun en contra de la vo

luntad del pasivo.

Por lo que respecta al número de personas que intervienen en el delito de violación, el artículo 266 bis nos establece una pena agravada cuando en la comisión de este delito intervengan dos o más personas en forma directa e inmediata; éste mismo artículo establece una sanción adicional - cuando el sujeto activo tenga determinada calidad en relación al pasivo, por ejemplo que sea su padre, en cuyo caso además de un incremento en la penalidad perderá la patria potestad de su hijo. También se establece que cuando se cometa la violación por quien desempeñe un cargo público o ejerza una profesión y aproveche los medios que dicho cargo o profesión le proporcionen para cometer el delito, además de la pena correspondiente al delito, se le sancionará con la destitución definitiva de dicho cargo o empleo o suspendido en el término de cinco años en el ejercicio de su profesión.

Al respecto podríamos mencionar por ejemplo al Médico que aprovechando la confianza que en él tiene su paciente, la introduce a su privado para auscultarla, y ya en ese lugar la toma por sorpresa someténdola violentamente y la viola; en éste caso se le aplicaría la pena por el delito de violación y la suspensión por cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

Siendo el elemento esencial de la violación la cópula imposita con violencia, y tomando en cuenta que la resis-

tencia del pasivo debe de ser serir y constante aunque no -
 tenga que ser desesperada, nos encontramos con otra hipótesis
 a que se refiere el artículo 266 del Código Penal, que es la
 cópula con persona menor de doce años o que por cualquier -
 causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente -
 en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delio-
 tuosa.

Al mencionar nosotros que en el tipo básico de viola-
 ción la cópula debe ser impuesta por medio de violencia, - -
 inmediatamente salta a la vista que en la descripción del Art.
 266, hay ausencia del elemento violencia, por lo que algunos
 tratadistas argumentan que no hay violación, pero la respues-
 ta nos la da el mismo texto legal al decir que "Se equipara
 a la violación y se sancionará con las mismas penas" al re-
 ferirse a dicha conducta, con lo cual no se desvirtúa la e-
 sencia del tipo básico de violación que es el de proteger la
 libertad sexual de las personas ya que hábilmente el legisla-
 dor equipara a la violación la cópula impuesta a persona me-
 nor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibi-
 lidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexua-
 les, ya que aunque no se utilicen medios violentos una perso-
 na podría estar imposibilitada para resistir dicha conducta,
 por ejemplo una persona privada de la razón o sin sentido, -
 en cuyo caso el sujeto activo no necesita utilizar medios -
 violentos, sin embargo al equiparar esta conducta a la viola-

ción está contemplado también en este caso la libertad sexual de éstas persona, que de otro modo estarían desprotegidas.

En el delito de violación propia, únicamente puede haber atipicidad cuando la cópula se realice sin utilizar los medios violentos requeridos por el tipo, o que aún utilizando tales medios, hay consentimiento del pasivo.

C A P I T U L O I V
ILICITUD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

- 1.- LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.
- 2.- LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO COMENTADO.
- 3.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL
- 4.- COMENTARIO.

1.- LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.

Estamos de acuerdo en que la antijuricidad es uno de los elementos indispensables para la integración del delito, si no existe éste no puede configurarse, la acción humana para ser delictiva debe estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución.

La antijuricidad es un elemento esencial del delito y en él se analiza el contenido de la conducta o hecho — que además de ser típico debe estar en desacuerdo con el derecho, si en un momento determinado, una conducta típica se valora y se pone en contraste con las normas penales, y vemos que va en contra de los valores que se protegen en dichas normas penales, es cuando podemos hablar de antijuricidad como elemento del delito.

Vemos que hay infinidad de teorías respecto a la antijuricidad, pero la mayoría de los autores se muestran — partidarios de que la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o un desacuerdo entre el hecho humano y — las normas jurídicas.

El desacuerdo que ha existido entre los autores — ha sido el doble contenido de la antijuricidad, es decir la antijuricidad formal y la antijuricidad material.

Para Carlos Binding "el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto

en la ley penal" decía Binding, "la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta la norma valoriza, la ley describe". (1)

Más Ernesto Mayer, en su Teoría de la Antijuricidad, afirma que ésta, es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado.

Esto no lo podemos aceptar, porque, el Estado no siempre reconoce normas de cultura.

Nos damos cuenta que tanto Carlos Binding como Ernesto Mayer presintieron la antijuricidad formal y la antijuricidad material, y por ello decían que el delito no es lo contrario a la ley, sino el acto a ella amoldable, pero nos dicen que - viola algo que está por detrás, debajo de la ley, que como sabemos es la norma.

El doble contenido de la antijuricidad debe ir siempre unido, debe ser una unidad para que se configure un hecho como delito.

Para Franz Von Liszt, es el método en cuanto al desarrollo de la estructura dualista de la antijuricidad estableciendo en ésta una diferencia esencial distinguiendo la llamada antijuricidad formal y la antijuricidad material; consiguiendo la primera en que el acto será formalmente antijurídico cuando implique una transgresión a una norma estatal, a un

(1) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires 11a. Edición 1980. Página 269.

mandato o a una prohibición del orden jurídico y materialmente antijurídica cuando la acción que encierra una conducta — resulta contraria a la sociedad o sea que hay contradicción a los intereses de la colectividad.

Para ilustrar dicha posición ponemos por ejemplo;— si el Estado prohíbe a la sociedad que se use sombrero, en este caso hay una antijuricidad formal, pero si vemos el punto de vista material nos percatamos que no la hay, ya que — este caso no tiene validez para la sociedad, por lo tanto es imprescindible que el acto formal y material vayan unidos para que se le pueda dar el justo valor a la antijuricidad, — hay que conjugarlo con un todo unitario.

Por lo que se refiere a determinar si la antijuricidad es de naturaleza objetiva o subjetiva, existen varios criterios, como los que se inclinan a considerar que la antijuricidad es de naturaleza objetiva, como lo son Cuello Calón, Mezger, Maggiore, Jiménez de Asúa, ya que ellos nos dicen que la antijuricidad recae sobre la conducta o hecho en relación al orden social, jurídico y con base en una escala general — ya que el Derecho se concibe como una ordenación objetiva de la vida y del injusto.

Respecto al criterio subjetivo de la antijuricidad, tenemos a Hold Von Ferneck como uno de sus principales exponentes, pretende encontrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho y la —

norma, lo cual equivaldría a unir en un sólo concepto los — elementos antijuricidad y culpabilidad.

Nosotros nos adherimos al criterio de que la antijuricidad es meramente objetiva y existe cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, atendiendo sólo al acto, a la conducta externa, sin requerirse el — elemento subjetivo, puesto que la antijuricidad es indepen— diente, autónoma de la culpabilidad. Para la existencia del delito es imprescindible la culpabilidad pero ésta no es necesaria para que exista la antijuricidad.

2.- LA ANTILJURICIDAD EN EL DELITO COMENTADO.

Si atendemos a la descripción del tipo legal que nos ocupa contenido en el artículo 265 de nuestro Código Penal, obtenemos que todo aquel que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, al realizar ésta conducta típica lo hará de una manera netamente antijurídica, porque está en contraposición de la ley y de los intereses del grupo social.

En el aspecto objetivo de lo antijurídico, el juez compara la acción con la norma.

El Estado al valorar la conducta externa en la escala de valores de éste, en primer lugar está viendo en el análisis que hace, que la conducta externa está infringiendo la ley, porque está en contraposición a ella.

En segundo lugar, que se está atentando contra los intereses de la sociedad, y que a él le toca proteger, porque esos valores están contenidos dentro de la norma penal.

Entonces aquí tomamos a la antijuricidad como un todo, tanto en su aspecto material como formal, para encontrar que estamos en presencia de la antijuricidad porque ésta es un juicio valorativo, que se hace de la conducta para cerciorarse primeramente si ésta conducta está infringiendo la ley penal y luego para ver que se está atentando contra los valores contenidos en las normas penales.

La violación es un delito de daño y no de peligro,-

puesto que se traduce en la injusta violación a la libertad sexual que constituye el bien jurídico protegido por la ley penal.

No dudamos que la conducta en la violación será antijurídica cuando siendo típica, no exista una causa de li citud.

"Sobre este particular, Pannain sostiene que, ex— cepto el ejercicio del derecho y el consentimiento, no parece que puedan presentarse causas de exclusión del delito". (2)

"Al respecto se acepta sin discusión en el delito de violación, que el consentimiento del sujeto pasivo exlu— ye la antijuricidad de ésta conducta, ya que la violencia — ejercida para obtener la cópula establece la falta de consen— timiento del pasivo, pero al existir el consentimiento de — éste, se vicia la esencia del delito de violación.

En relación al ejercicio de un derecho algunos tra— tadistas opinan que "no es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta, aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio de — un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio apa— rándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio, si cabe esta especie de violación cuando el mari— do pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura".

(3)

-
- (2) Porte Petit Jandaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. (Tercera Edición) Ed. Porrúa. — México 1980. Página 48.
- (3) Raúl Carrasco y Trujillo. Raúl Carrasco y Rivas. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México 1981. Página 517.

3.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.

Las causas de justificación, son el aspecto negativo de la antijuricidad de una conducta típica, si se presenta una causa de justificación desaparece la antijuricidad - desintegrándose el delito.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena "las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: La antijuricidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causas de licitud, etc. " (4)

Nuestro Código Penal al referirse a éste aspecto lo hace con la denominación de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad".

La antijuricidad dado su estado formal y material, solamente puede ser eliminada por declaración expresa del legislador en la ley.

Las causas de justificación tienen una característica muy especial, por ser apoyadas a derecho no traen ninguna responsabilidad civil o material.

(4) Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General: Decimocuarta Edición. Ed.- Porrúa. México 1980. Página 181.

El aspecto negativo de la antijuricidad se funda - en primer lugar, en la ausencia de interés y en segundo lugar en función del interés preponderante.

En el primer caso nos encontramos que no existe el interés que se trata de proteger, ya que con el consentimiento del ofendido y al otorgarse tal, está ausente el interés que se trata de proteger, de lo que resulta, que el interés social protege a un interés privado y en este caso, su titular puede hacer uso de él, ya que la ley se lo permite y al ejercitar su derecho el ofendido, su consentimiento excluye la antijuricidad.

En segundo lugar, tenemos la preponderancia de intereses, en éste caso existen dos intereses, pero el derecho, dado el caso en que no pueden existir los dos, se ve en la obligación de conservar el de mayor valía, o sea, el interés preponderante, es decir se prefiere el de mayor valor, por el de menor interés, y al mismo tiempo lo anterior sirve de fundamento a las causas de justificación.

Las causas de justificación aceptadas por nuestra legislación son las siguientes:

- a.- La legítima defensa.
- b.- El estado de necesidad.
- c.- El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.
- d.- La obediencia jerárquica.
- e.- El impedimento legítimo.

Analizaremos cada una de ellas en el orden mencionado.

A.- La Legítima Defensa.- En la sociedad que se organiza para vivir en los linderos del orden y de la seguridad de la paz, el fundamento de la legítima defensa descansa en la preponderancia de intereses de la colectividad que el Estado garantiza como valuartes del medio en que vivimos.

Los tratadistas han definido a la legítima defensa en los siguientes términos.

Francisco Pavón Vasconcelos.- " La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual se deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho. " (5).

Luis Jiménez de Asúa.- " La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, — por el atacado o tercera persona en contra del agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios." (6)

El Maestro Fernando Castellanos Tena, al referirse a la legítima defensa nos dice que "consiste en la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección". (7)

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal — Mexicano. México 1967. Página 287.

(6) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires.— 11a. Edición 1980. Página 289.

(7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Página 190.

Nuestro Código Penal Vigente, nos dice que Legítima defensa es "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente".

Los elementos de la legítima defensa son:

- a) La existencia de una agresión.
- b) Que sea actual e inminente.
- c) Que sea injusta y de la cual resultara un peligro inminente.
- d) Repulsa necesaria y proporcional.
- e) Ejecutada por el atacado o tercera persona.

De estos elementos obtenemos que cuando se pide la existencia de una agresión, se refiere a que haya una manifestación o acto tendiente a lesionar bienes protegidos por el derecho.

También se exige que sea actual, es decir que si se realiza antes o después, ya no estaríamos dentro de la legítima defensa, debe de ser inminente, o sea, lo próximo inmediato, actual y violenta.

Que sea injusta, ésto quiere decir que es sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente.

Repulsa necesaria, es decir que sea indispensable y además proporcional.

Por último que sea ejecutada por el atacado o ter-

otra persona que entre en su defensa.

En el artículo 15 del Código Penal Vigente en su fracción III, se establecen las reglas para hacer la legítima defensa inexistente, y son las siguientes.

1a.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2a.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por los medios legales;

3a.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

4a.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notablemente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa".

Al presentarse algunas de las circunstancias mencionadas se desvirtúa la esencia de la legítima defensa, anulándose ésta.

B.- EL ESTADO DE NECESIDAD.

Para Franz Von Liszt.- "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos". (8)

(8) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal. Dinámica del Delito México 1955 Página 67.

El estado de necesidad, encuentra su fundamento — en el interés preponderante. Ya que, el Estado opta por el de mayor valía.

El Código Penal Vigente en su artículo 15 fracción IV, define al estado de necesidad en los siguientes términos: "La necesidad de salvar la propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad — aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

Al respecto, el jurista Ignacio Villalobos nos comenta, que el peligro se debe afrontar dentro de los límites humanos.

Los elementos del estado de necesidad a que hace — referencia nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción IV, son los siguientes.

"a) Que se presente un estado de peligro, real, grave e inminente.

b) Que dicho estado sea para salvar su persona, sus cosas u otra persona o bienes.

c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial."

A esto podríamos agregar que tal estado de necesi—

dad no haya sido provocado, por el sujeto o los sujetos que se encuentren en ella. Y que el medio empleado sea proporcional al estado de peligro.

C.- EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.- Esta causa de justificación se encuentra contenida en el artículo 15 fracción V del Código Penal Vigente. "Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho con signado en la ley".

En relación a éste aspecto, el gran jurista Radl - Carrancá y Trujillo nos dice. "Cuando se trata de cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen los distintos casos, en orden a los sujetos: 1.- Los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto, v.g., el agente policial que oatea un domicilio obedeciendo la orden recibida; y 2.- Los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre los individuos: v.g., la aprehensión de un delincuente infraganti. En uno y otro caso las acciones son lícitas, carecen en absoluto de antijuricidad." (9)

En el ejercicio de un derecho es la actualización de una facultad otorgada por la ley.

El ejercicio de éste derecho, nos permite realizar tal conducta que en situaciones normales, sería antijurídica.

(9) Carrancá y Trujillo Radl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Editorial Porrúa. México 1980. Página 616.

D.- LA OBEDIENCIA JERARQUICA.- Solamente la podemos encontrar en las siguientes hipótesis. Cuando el Estado impone al subordinado el deber de cumplir las órdenes de su superior, y en ellas no se admite su criterio, porque no debe regular inspección respecto a la orden dada, entonces existe la causa de justificación como en el caso de los militares, por cumplir una obligación legal.

E.- EL IMPEDIMENTO LEGITIMO.- Al respecto el maestro Ignacio Villalobos nos dice: "Que el impedimento legítimo ocurre por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico, que ha facultado al sujeto para obrar en forma típica - aparentemente delictuosa (impedimento de derecho). Por ejemplo, si un testigo se niega a declarar por el derecho que le da la ley para ello, en virtud de ser pariente del acusado; o bien por la obligación que en tal sentido le imponga el secreto profesional. Ante ésta clase de impedimentos hay que convenir en que se trata de una excluyente de antijuricidad comprendida en aquellas que se estudiaron bajo el rubro genérico de (ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber)". -

(10)

(10) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal. (Dinámica del Delito). México 1955. Páginas 56.

4.- C O M E N T A R I O.

Hemos visto que la antijuricidad es uno de los elementos indispensables para la integración del delito, y al faltar ésta el delito no se integraría, ya que lo antijurídico es lo contrario a derecho.

De la descripción típica del delito de violación - a que se refiere el artículo 265 del Código Penal Vigente - obtenemos que en sí la cópula contemplada aisladamente no reviste ninguna importancia jurídica, pero al imponerse éste - al pasivo utilizando la violencia para vencer la resistencia de éste, establecemos que ésta conducta es contraria a derecho y a los intereses del grupo social por lo tanto es antijurídica.

Respecto a las causas de licitud en la violación, atendiendo a la esencia del delito que es la cópula impuesta con violencia al pasivo en la que es implícita la falta de voluntad de éste, por lo tanto al existir el consentimiento voluntario del pasivo, automáticamente desaparece la antijuricidad de la conducta típica.

Lo que es discutible, es concebir el ejercicio de un derecho como circunstancia excluyente de responsabilidad, al considerar el caso de que la cópula violenta impuesta por el marido a la esposa no constituye delito por reconocer la licitud de la cópula matrimonial y aceptarla como medio para realizar uno de los fines del matrimonio, que es la perpetua

ción de la especie y que por lo tanto se encuentra realizando el ejercicio de un derecho.

Aceptando el derecho que tiene el esposo a realizar la cópula con su cónyuge, y siendo éste derecho emanado de uno de los fines del matrimonio que es la reproducción de la especie, también debemos aceptar que el matrimonio es un contrato que se celebra entre las dos partes y por lo tanto están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales cuya finalidad sea procreativa, y al esposo ante la negativa de su cónyuge de realizar la cópula, definitivamente se le está negando un derecho, pero al obligar a su cónyuge por medio de la violencia a la cópula, está violando el principio a que se refiere el artículo 17 Constitucional al establecer que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Por lo tanto en sí mismo no existe el delito de violación entre cónyuges, ya que en la hipótesis que mencionamos, el esposo estaría ejercitando su derecho ilegalmente, toda vez que siendo el matrimonio un contrato, por consiguiente el cumplimiento de las obligaciones del mismo deben hacerse valer por los medios legales adecuados.

En nuestra legislación penal no se autoriza expresamente al esposo a utilizar la violencia para hacer valer un derecho ante su cónyuge, lo cual no es lícito ya que si se permitiera a los individuos ejercer sus derechos en general -

por medio de la violencia, no tendría caso el establecimiento de las normas jurídicas, regresaríamos a los tiempos de la — barbarie en que la violencia era la única manera de subsistir.

C A P I T U L O V**LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS QUE LA EXCLUYEN.**

- 1.- LA IMPUTABILIDAD.**
- 2.- LA INIMPUTABILIDAD.**
- 3.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.**
- 4.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO COMENTADO.**
- 5.- CAUSAS DE INculpABILIDAD.**
- 6.- COMENTARIO.**

1.- LA IMPUTABILIDAD.

Al referirse a la imputabilidad, hay diversidad de criterios entre los tratadistas, algunos autores la consideran como un presupuesto general del delito, otros la entienden como un elemento integral del mismo, o bien la consideran como un presupuesto psicológico de la culpabilidad.

Como hemos visto en el inicio de este sencillo trabajo, al tratar la Teoría Tetratómica, nos inclinamos a considerar a la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad, ya que para que ésta se de es necesario que el sujeto sea capaz de querer y entender.

Al respecto el ilustre penalista Fernando Castellanos Tena nos define la imputabilidad en los siguientes términos: "Como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (1)

El maestro Carranón y Trujillo, nos dice que "para que la acción sea inculpada, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable." Nos sigue diciendo que "será, pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para

(1) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 14a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., - México 1980. Página 218.

observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana." (2)

Si el Estado por medio de la coacción psicológica de la pena, intimida a los individuos para que se comporten en sociedad, lo hace atendiendo a que tales sujetos tengan - capacidad de entender y de querer, reuniendo las condiciones mínimas de desarrollo físico y salud mental requeridas por - la ley, ya que de no ser así no podrán ser sujetos imputables, no se les puede responsabilizar de la comisión de alguna conducta típica.

En cuanto a la responsabilidad se dice que ésta - existe entre el sujeto y el Estado, teniendo acepciones di- - versas, nosotros solamente la mencionaremos en lo relativo a la imputabilidad, entendiendo la responsabilidad desde este punto de vista como la obligación que tiene el sujeto de dar cuenta de sus actos y de sufrir las consecuencias, ya que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuen- cias del delito.

Una persona para poder responder de sus actos nece- sita ser imputable, que al cometer el hecho delictuoso, po- sea las condiciones mínimas exigidas por la ley, si un deter- minado sujeto no reúne tales condiciones, no podrá ser impu- table, y en consecuencia nunca responsable. Por lo tanto no

(2) Carranca y Trujillo, Raul. Derecho Penal Mexicano, Parte General. 13a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1980 Páginas 414 y 415.

se le puede exigir que responda de sus actos y sufrir las — consecuencias punitivas.

En cambio un hombre que reúne las condiciones mínimas exigidas por la ley, para ser imputable y cometa un hecho delictuoso, sí podrá responder de sus actos y sufrir las consecuencias toda vez que tiene capacidad de querer y entender.

En resumen, para que un sujeto sea imputable se necesita que al momento de cometer el hecho delictuoso, tenga la capacidad de entender y querer, reuniendo las condiciones mínimas de desarrollo físico y salud mental.

Las acciones -Liberes in causa- (libres en su causa), son aquellas en donde el sujeto está consciente de lo que va a hacer, procurándose él mismo un estado de inconsciencia, — para luego cometer la conducta delictuosa que se propuso — — aprovechando el estado de inimputabilidad en que se encuentra; por ejemplo el sujeto que se propone cometer un homicidio y — para darse valor bebe en exceso, ejecutando el delito en estado de ebriedad, en este caso sí es imputable ya que él mismo se provocó ese estado de inconsciencia para realizar la conducta delictuosa.

2.- LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad, es el aspecto negativo de la - imputabilidad. Se basa fundamentalmente en la falta de desarrollo físico exigido por la ley y en la ausencia de salud mental, o sea, son las condiciones que eliminan la capacidad del sujeto.

El maestro Castellanos Tena señala como causas de inimputabilidad de naturaleza legal las siguientes " a) estados de inconsciencia (permanentes y transitorios); b) el mudo grave; y, c) la sordomudez. " (3)

A) Estados de Inconsciencia: Se distinguen dos grupos: 1o.- La pérdida de conciencia o falta de conciencia - (trastornos mentales permanentes) a que se refiere nuestro Código Penal en el artículo 68 al establecer que; "Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado - hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por - todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con - autorización del facultativo, a un régimen de trabajo.

"En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquescan en los términos que determina el Código de Procedimientos Penales". y 2o.- Estados de -

(3) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. 1.ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1980. Página 223.

inconsciencia (trastornos mentales transitorios) que nuli-
fican en el individuo la capacidad de entender y de querer -
en forma transitoria. Al respecto el artículo 15 fracción II
de nuestro Código Penal establece : "Hallarse el acusado, al
cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus
actos, determinado por el empleo accidental e involuntario -
de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por
un estado tóxico agudo, o por un trastorno mental in-
voluntario y de carácter patológico y transitorio."

De la fracción descrita se desprenden tres diver-
sas situaciones:

Primera.- Inconsciencia por el empleo de substan-
cias tóxicas, embriagantes o enervantes: En esta situación -
el estado de inco ciencia se debe producir involuntariamente
en el sujeto; por ejemplo que la ingestión de sustancias -
tóxicas sea por accidente en el desarrollo de sus actividades
laborales, ya que si se procura la intoxicación delibera-
mente nos encontraríamos frente a una acción libre en su cau-
sa, en cuyo caso si sería imputable, lo mismo podemos decir
de la embriaguez y de los enervantes, ya que sólo habrá inim-
putabilidad cuando la ingestión o aplicación de estos produc-
tos se haga en forma accidental e involuntaria.

Segunda.- Inconsciencia motivada por toxicoinfeccio-
nes: En este caso la inconsciencia la provocan enfermedades -
como la rabia, el tifo, la tifoidea, etc.

Tercera.- Inconsciencia por trastornos mentales - de carácter patológico y transitorio; estos serían por ejemplo aquellos que resultan de la epilepsia, el desmayo, etc., no debiendo confundirlos con la enfermedad mental permanente.

B) El Miedo Grave: Lo encontramos fundamentado en el artículo 15 fracción IV del Código Penal Vigente que a la letra dice: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor." Y al respecto el maestro Castellanos Tena nos dice: "El miedo va de adentro para afuera y el temor de afuera para adentro. Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de imputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica". (4)

C) La Sordomudez: En relación a este punto, encontramos que el artículo 67 de nuestro Código Penal dice "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción".

(4) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 14a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1980. Páginas 227 y 228.

Consideramos que este precepto está fuera de lo — que verdaderamente debería de conterer ya que no hace refe— rencia a los sordomudos que han obtenido una instrucción ya que en la actualidad existen centros de rehabilitación para las personas afectadas del habla.

No podemos omitir mencionar la situación de inimputabilidad de que son objeto los menores, ya que nuestro Derecho Penal exige un mínimo de desarrollo físico para que un sujeto sea imputable, consistente en el límite de 18 años, — y los individuos cuya edad sea menor son inimputables, pero nuestras dudas las resuelve el maestro Castellanos Tena en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal, al comentar que: "Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo, desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona — de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades; en este caso, al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz. Ciertamente la ley penal vigente fija como límite los 18 años, por considerar a los — menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de co— rrección. Con base en la efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la —

ente, no siempre será inimputable el menor de dieciocho — años. Hay códigos, como el de Michoacán, en donde la edad límite es de dieciséis. Resultaría absurdo admitir que un mismo sujeto (por ejemplo de diecisiete años), fuera psicológicamente capaz al trasladarse a Michoacán, e incapaz al permanecer en la capital del país. Mas situados en el ángulo jurídico, debemos considerar la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho represivo. Desde este — punto de vista, evidentemente los menores (de dieciocho años según nuestra ley; en algunos Estados del país se fija otro límite), son inimputables'. (5).

(5) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 14a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. — México 1980. Páginas 228 y 229.

3.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.

La culpabilidad, es un elemento constitutivo del delito, si él no es posible concebir su existencia.

El penalista Ignacio Villalobos, nos define a la culpabilidad de la siguiente manera: "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por la franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa". (1)

Cuello Calón dice que la culpabilidad se manifiesta con las relaciones psíquicas, entre una conducta y su autor, siendo en consecuencia jurídicamente reprobada.

Al recordar el principio de Baling que dice "nulla poena sine culpa", vemos que es fundamental en nuestro Derecho Penal Vigente.

El maestro Fernando Castellanos Tena define a la culpabilidad "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (2)

La mayoría de los autores son congruentes al considerar dos formas fundamentales para que se de la culpabilidad, que son el dolo y la culpa, aunque hay juristas que sostienen

(1) Villalobos Ignacio. Derecho Penal. Noción Jurídica del Delito. México 1952. Página 118.

(2) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Editorial Porrúa. Pág. 232.

una tercera, consistente en la preterintencionalidad.

El dolo según Cuello Calón, es la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Al respecto el penalista Castellanos Tena nos dice que el dolo es: "El actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".

Apreciamos claramente que en el dolo está manifestada la intención del hombre, toda vez que cuando el individuo pretende hacer algo intencional lo hace, basándose en su intención, ya que de lo contrario no sería intencional, porque en la intención encontramos una manifestación de conciencia seguida de la voluntad para ejecutar el hecho delictuoso.

Siguiendo las definiciones del penalista Ignacio Villalobos podemos dividir al dolo en las siguientes clases:

Dolo directo, "aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico". Se quiere un resultado preciso".

Dolo simplemente indirecto, "cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo segundo acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta".

En este caso lo que se persigue es un fin primor—

dial que se quiere, pero al no haber otra alternativa se con-
suma, a pesar de saber que con su conducta se producirán o-
tros resultados, pero el agente los acepta, porque, es el úni-
co medio por el cual puede realizar el fin principal.

Dolo indeterminado, "cuando el agente del delito no
se propone causar un daño determinado, sino sólo causar algu-
no para fines ulteriores".

Aquí el agente no se propuso causar un daño deter-
minado, únicamente lleva la intención de delinquir, aceptan-
do el resultado que se obtenga.

Dolo eventual, "al que existe en el agente que se
propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la possibili-
dad de que se produzcan otros diversos o mayores y se carac-
teriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto
a la producción del resultado conocido y previsto".

De lo anterior obtenemos que el individuo se propo-
ne un resultado, pero admite que se puedan producir otros, --
en la incertidumbre que se producirá un daño pero no sabe --
cuál, o puede no producirse éste.

La segunda forma de la culpabilidad es la Culpa.

El maestro Fernando Castellanos Tena considera --
"Que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar
la voluntad a la prosecución de un resultado típico, pero --
éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no po-
nerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas

o precauciones legalmente exigidas". (3)

El maestro Ignacio Villalobos nos dice al referirse a la culpa que: "En términos Generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente, no consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo". (4)

Cuello Calón nos dice al definir a la culpa, que es el actuar sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado deloso, previsible y penado por la ley.

La culpa está sustentada en la previsibilidad y la evitabilidad, son dos situaciones que se conjugan.

La culpa a su vez la podemos dividir en culpa consciente con previsión o con representación y culpa inconsciente, sin previsión y sin representación.

Por lo que hace a la culpa consciente, con previsión o con representación, podemos decir que es aquella en la que el agente prevé el resultado, mas no lo quiere, en él está la esperanza de que no se produzca.

(3) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México 1980. Editorial Porrúa. Pág. 245.

(4) Villalobos Ignacio. Derecho Penal. México 1952. Pág. 151.

En la culpa inconsciente, sin previsión o sin representación existe ésta, cuando el sujeto no prevé el efecto de su conducta o sea el resultado, siendo a su vez previsible.

La culpa inconsciente a su vez se subdivide en culpa lata, la cual consiste en que cualquier sujeto se puede percatar del resultado, o se previó; la culpa leve, solamente alguien con cierto cuidado puede prevenir el resultado; y la visina, aquella en que solo se pueden percatar los individuos de mucho cuidado.

En cuanto a la tercera forma, que algunos autores tratan, que es la preterintencionalidad, consistente en la suma de dolo y de culpa, el primero con relación al resultado querido, y la segunda respecto al resultado producido.

Unos autores encuentran fundamentada a la preterintencionalidad en el artículo 90. fracción II del Código Penal Vigente que dice: "Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes".

Nosotros no nos podemos referir a una tercera especie de culpabilidad, que participe a la vez del dolo y de la culpa, puesto que ambas formas se excluyen, porque en un delito sólo puede haber dolo o culpa pero no se puede conjugar las dos formas.

4.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO COMENTADO.

La culpabilidad en el delito de violación, existe únicamente en su forma dolosa, esto lo vemos en razón de los medios de comisión, ya que para que exista la violación, la cópula debe efectuarse por medio de la violencia ya sea física o moral, en éste caso no podemos concebir la existencia - de dichos medios sin la concurrencia del DOLO DIRECTO.

En éste caso el dolo es la voluntad de emplear violencia física o moral sobre la víctima, con el fin de realizar la cópula con ella.

El dolo eventual no puede presentarse, en virtud de la exigencia de los medios violentos necesarios para la consumación de la cópula que implican la voluntad de querer desde el inicio.

El maestro Celestino Porte Petit nos dice: "Es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación, la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, no puede concebirse la realización de la cópula sino dolosamente y, por tanto, no es posible una violación culposa, que requeriría no querer la cópula, hipótesis antagónica a la esencia de la violación".(5)

(5) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa. México 1980.- Páginas 61 y 62.

5.- CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Las causas de inculpabilidad son aquellas que impiden que se integre la culpabilidad, la destruyen, implican - el aspecto negativo de la culpabilidad.

Generalmente se consideran como causas de inculpabilidad al error esencial del hecho insuperable y la no exigibilidad de otra conducta, por lo que hace a esta última se han elaborado dos posiciones, la primera que es una causa de inculpabilidad y la segunda que dice que sólo tiene el carácter de una excusa dando a entender con ésto que subsiste el delito y que lo único que hace es excluir la pena.

El maestro Castellanos Pena nos dice que "en estricto rigor las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta al elemento volitivo). (6).

Nuestro Código Penal, se refiere a varios casos al respecto de la no exigibilidad de otra conducta.

El temor fundado, a que se refiere el artículo 15 fracción IV. "Temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor".- Vemos que hay coacción en la voluntad del contraventor, que se ve en la necesidad de realización de otra conducta, y como no hay coacción en su voluntad, es cuando podemos establecer la inculpabilidad.

(6) Castellanos Pena, Fernando. Elementos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1960. Página 254.

El encubrimiento de parientes, a que hace referencia el artículo 15 fracción IX. "Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

- a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos - o afines.
- b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por -- amor, respeto, gratitud o estrecha amistad".

En este numeral apreciamos que más que desvirtuarse la culpabilidad, en realidad lo que se destruye es la pena.

El error y la ignorancia, podemos decir que el primero es un conocimiento equivocado, y el segundo se refiere a la ausencia de conocimiento. A éste se refiere la fracción VI del artículo 15 de nuestro Código Penal. "ejecutar un hecho - que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar".

Dividiremos al error, en error de DERECHO y error de HECHO, y este a su vez se subdivide en error ESENCIAL y - error ACCIDENTAL.

El error de derecho no es aceptado, ya que se dice

que la ignorancia de las leyes no beneficia al agente, ésto es la falta de comprensión de las normas.

El error accidental a su vez se subdivide en: Error en el golpe, error en la persona y en el delito, ésto no se acepta como causa de inculpabilidad, por que no lo destruye únicamente varía el tipo.

El error esencial de hecho, es el que aceptamos como una verdadera causa de inculpabilidad. Es el que se presenta cuando se desconocen algunos de los elementos de la realidad. A éste se refiere el Código Penal en el artículo 15 fracción VII., que menciona la obediencia jerárquica al decir: — "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, únicamente cuando su mandato constituya un delito si ésta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."

En éste caso la persona que obedece a su superior — bajo éstas circunstancias, entonces la causa de inculpabilidad destruye a la culpabilidad por medio del error esencial de hecho.

Las eximentes putativas las encontramos dentro del error esencial de hecho.

Dentro de las eximentes putativas encontramos a la legítima defensa putativa, estado necesario putativo, cumplimiento de un deber putativo, y el ejercicio de un derecho putativo.

Las eximentes putativas no están reglamentadas es-

pecíficamente en nuestro Código Penal, pero si las encontramos entremescladas en dicho Código.

En las eximentes putativas si cabe la inculpabilidad destruyendo a la culpabilidad, porque la persona actúa - bajo estas circunstancias de un error esencial de hecho.

El penalista Fernando Castellanos al referirse a - las eximentes putativas nos dice que "Por eximentes putativas se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un - error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al - realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida - lícita), sin serlo". (7)

(7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1980 Página 260.

6.- DOLORENTERIO

La especie de culpabilidad que se presenta en el delito de violación es el DOLLO y considero de éste como el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Si de requisito esencial para que exista la violación el hecho de que debe realizarse la cópula por medio de la violencia física o moral es indiscutible que se trata de un delito doloso y por ningún motivo podríamos aceptar la violación culposa, ya que éste aspecto requeriría el no querer realizar la cópula, lo que a todas luces es contrario a la esencia del delito de violación.

De la naturaleza del tipo legal en estudio, no es factible que se pueda producir alguna causa de inculpabilidad.

Por lo que se refiere a la inimputabilidad, esta sería la igual que en cualquier otro delito, por ejemplo el hecho de que en nuestro Derecho Penal, se exige un mínimo de desarrollo físico para que un sujeto sea imputable, que consiste en el límite de 18 años, en consecuencia los individuos cuya edad sea menor son inimputables; consideramos que este límite de edad es una aptitud legal para ser sujeto de la aplicación de una sanción, toda vez que lógicamente un individuo al que le falten unos meses para cumplir su mayoría de edad y que goce del mínimo de salud mental requerido por la ley teniendo conciencia de querer y entender, sin duda es plenamente capaz.

CAPITULO VI
LA PUNIBILIDAD.

- 1.- NOCION DE LA PUNIBILIDAD.
- 2.- LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.
- 3.- COMENTARIO.

1.- ACCIÓN DE PUNIBILIDAD.

Al referirnos a las teorías que estudian el delito, nos adherimos a la Teoría Tetraédrica, que considera en esencia como elementos fundamentales del delito a la conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, no aceptando como elementos fundamentales del delito a la imputabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad, consideramos a la imputabilidad como un presupuesto psicológico de la culpabilidad, así mismo las condiciones objetivas de punibilidad no son esenciales ya que solamente se exigen en forma circunstancial para la imposición de la pena.

Así es que para complementar nuestro estudio jurídico substancial, trataremos a la punibilidad como una consecuencia lógica del delito y no como elemento esencial, ya — que debe reconocerse, que el delito se integra independientemente de la amenaza de la pena.

La acción típica, antijurídica y culpable para ser incriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, y ésta debe de ser una consecuencia lógica, debe de ser legal y es necesaria.

Principio que encuentra su fundamento en el artículo 7. de nuestro Código Penal Vigente al referirse al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El penalista Francisco Pavón Vasconcelos se refiere a la Punibilidad como "La amenaza de la pena que el Estado

asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (1)

Castellanos Tena nos dice que "la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas; igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delinquentes, a posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa" (2)

En concreto obtenemos que la punibilidad la inte

(1) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. México 1978. Pág. 411.

(2) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 267.

gran el merecimiento de penas, la omisión del Estado de imponer sanciones si se integran los presupuestos legales, y la aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen: las excusas absolutorias, las cuales originan la inexistencia del delito; como ocurren en ciertos casos en que la ley considera por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables.

Las excusas absolutorias, son aquellas causas que aún subsistiendo el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. Los elementos esenciales del delito no se alteran, eliminándose únicamente la posibilidad de imponer la pena.

2.- LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ESTUDIO.

En el delito de violación no se dan las condiciones objetivas de punibilidad ni las excusas absolutorias, por lo tanto no se puede presentar su aspecto negativo.

El artículo 265 del Código Penal Vigente establece una pena de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos al que cometa el delito de violación propia, señalando que si la persona ofendida fuere imber la pena será de cuatro a diez años de prisión y multa de cuatro mil a ocho mil pesos, obteniendo en su última parte un tipo complementado o subordinado agravado.

El artículo 266 del Código Penal Vigente establece que "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

Al respecto algunos tratadistas establecen que ésta conducta no es violación ya que falta el elemento violencia física o moral para lograr la cópula; para discernir esta situación la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Jurisprudencia de la 6a. Época 2a. Parte número 298 establece "Independientemente de la edad de la ofendida, en el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático-

-funcional, aormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican; ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual o carencia de volición consciente para copular".

En el artículo 266 bis del Código Penal en vigor se establece una pena agravada para el delito de violación cuando ésta se cometa con intervención directa e inmediata de dos o más personas, en éste caso la pena será de ocho a veinte años de prisión y multa de cinco a doce mil pesos.

Además en el párrafo segundo de dicho numeral se contempla una sanción de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasijo de la madre del ofendido en contra del hijastro, y en los casos que el culpable ejerciera la patria potestad o la tutela, la perderá así como el derecho de heredar al ofendido.

De lo que obtenemos que cuando el sujeto activo de la violación tenga la calidad a que hace referencia dicho párrafo se le aplicara dicha sanción en forma adicional a la que corresponda por el delito de violación cometido.

El párrafo tercero establece una sanción adicional también "cuando el delito de violación sea cometido por quien — desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo — o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

Nuestro Código Penal no contempla ninguna excusa — absolutoria en relación a la violación.

El maestro Celestino Porte Petit nos hace unas comparaciones respecto a la sanción que aplican los códigos de diferentes Estados en relación a la violación.

"Los códigos de Campeche (art. 234), Coahuila (Art. 242), Colima (Art. 230) y Sinaloa (Art. 230), señalan las mismas sanciones que el artículo 265 del Código Penal de 1931. — Los restantes ordenamientos penales de los Estados, señalan — sanciones distintas: El Código de Aguascalientes (Art. 237) — una sanción de dos a ocho años de prisión; Chiapas (Art. 266) de tres a ocho años de prisión, y si la ofendida fuere menor de doce años la sanción será de cuatro a diez años de prisión; Chihuahua (Art. 239) de dos a ocho años de reclusión, y si la ofendida fuere menor de catorce años la medida será de cinco a quince años; Durango (Art. 244) prescribe las mismas penas del Código de 31, pero agrega que "si la persona — ofendida fuere menor de catorce años, se considera que hubo violación, —

aun cuando aparezca que prestó su voluntad para la cópula y -
 la pena será de dos a ocho años de prisión; Guanajuato (Art.
 205) de dos a seis años y, si fuere impúber, de cuatro a ocho
 años; Guerrero (Art. 229) de tres a ocho años y, si fuere im-
 púber, de seis a diez años; Hidalgo (Art. 251) de tres a ocho
 años y multa de cincuenta a mil pesos y, si fuere impúber, de
 cuatro a diez años, más la multa mencionada, presumiéndose —
 que se hizo uso de la violencia salvo prueba en contrario; —
 Morelos (Art. 238) de cinco a treinta años y multa de vein-
 te mil a cien mil pesos; Nayarit (Art. 220) de tres a diez a
 ños y multa de cincuenta a quinientos pesos y, si fuere impi-
 ber, de seis a doce años, más la multa mencionada; Michoacán
 (Art. 243) de tres a siete años y multa de doscientos a cinco
 mil pesos; Nuevo León (Art. 251) de cinco a ocho años si la -
 persona ofendida pasare de catorce años. Si fuere menor de e-
 dad, de seis a diez años; Oaxaca (Art. 246) de uno a seis -
 años y multa de quinientos a mil pesos y, si fuere impúber,
 de tres a ocho años, más la multa mencionada; Puebla (Art. -
 254) de uno a seis años y multa de cincuenta a mil pesos y -
 si fuere impúber o mujer doncella, de tres a ocho años, más
 la multa mencionada; San Luis Potosí (Art. 286) de tres a -
 ocho años y, si la persona ofendida fuere impúber, la pena
 será de cuatro a nueve años de prisión y multa de cincuenta
 a mil pesos en ambos casos; Sonora (Art. 213) de uno a seis
 años y multa de quinientos a tres mil pesos y, si es impúber,

de los - diez años; Tlaxcala (Art. 237) de uno a seis años y multa de cien a mil pesos y, si fuere impúber, de tres a — ocho años; Tamaulipas (Art. 213) de cuatro a ocho años y, si fuere impúber, de seis a diez años; Veracruz (Art. 197) de — uno a seis años y multa de quinientos a tres mil pesos y, si la persona ofendida fuere impúber, la prisión será de dos a nueve años; Yucatán (Art. 251) de uno a seis años y multa de cincuenta a mil pesos y, si fuere impúber, de tres a ocho — años, más la multa mencionada; Zacatecas (Art. 239) de uno a seis años y, si fuere impúber, de dos a ocho años, y si fuere menor de cuatro años, la pena podrá ser hasta de veinte años de prisión." (3).

Nuestro Código Penal no contempla ninguna excusa — absolutoria en relación a la violación.

(3) Porto Petit Vendeup, Celestina. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación. Editorial Porrúa, México 1980.- Páginas 63 y 64.

3.- C O M E N T A R I O.

Nos llama la atención sobre manera el hecho que en nuestro Código Penal se sancione al delito de violación en su tipo básico con una penalidad tal que le permite al sujeto activo obtener su libertad bajo fianza; en mi concepto — siendo la violación uno de los delitos más repudiados por la colectividad, debería incrementarse la sanción a efecto de que el responsable de la comisión de este ilícito no obtenga su libertad bajo fianza, ya que siendo éste delito únicamente doloso, no se justifica de modo alguno su comisión. Su penalidad en el tipo básico debería ser por lo menos de cuatro a ocho años de prisión, asegurando con ésto que el responsable de este ilícito penal no obtenga su libertad y se garantice a la sociedad su seguridad, además de que la amenaza de una sanción mayor, de algún modo puede desanimar al sujeto a realizar dicha conducta típica, y de no ser así, la reclusión del responsable da al Estado la oportunidad de aplicarle sin demora programas de readaptación social, que en el último de los casos será lo que importaría más a la colectividad para evitar la reincidencia del sujeto y prevenir en lo posible nuevos delitos del autor, ya que en general la Política Criminológica en la actualidad está encaminada a la prevención del delito y eficientes terapias resocializadoras, pero mientras esto no se estructure eficientemente, tenemos que aceptar a la prisión como forma de defensa social.

Hablando de la pena que se le debe imponer al sujeto activo de la violación, surge la pregunta de que si a esta pena se le debe agregar la que corresponda a los ilícitos de lesiones o amenazas cuando concurren.

A mi juicio es acertada la apreciación que hacen los diferentes tratadistas, en el sentido de que al imponer la cópula al pasivo venciendo su resistencia por medio de amenazas, ésta intimidación que se hace a la víctima para someterla integra el elemento de "violencia moral" requerido para la violación, al igual que las lesiones inferidas al pasivo, integrarán el elemento "violencia física", siempre y cuando dichas lesiones sean causadas con motivo de las maniobras necesarias para someter a la víctima, venciendo su resistencia para imponerle la cópula no deseada; algunas de éstas lesiones son rastros característicos de este delito, como la rotura del himen, pequeñas equimosis, escoriaciones inguinales y de los muslos, en tal caso éstas huellas de lesiones demuestran que la víctima fué objeto de violencia ya que son consecuencia de la cópula furtiva.

Cabe agregar también que si una persona ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación, y por causas ajenas a su voluntad se le impide la consumación de su propósito. Definitivamente estoy de acuerdo en que el sujeto activo está cometiendo el delito de violación en grado de tentativa, - -

toda vez que de otra forma si no se hubiera frustrado su propósito por causas ajenas a su voluntad, lo culminaría integrándose entonces la conducta típica del delito de violación.

C A P I T U L O V I I

L A P E N A .

- 1.- NOCION DE PENA.
- 2.- SENTIDO DE LA PENA.
- 3.- CLASIFICACION DE LAS PENAS.
- 4.- LA PENA DE PRISION Y SU CRISIS ACTUAL.
- 5.- EPOQUE CRIMINOLOGICO Y PSICOLOGICO.
- 6.- POLITICA PENITENCIARIA.

1.- NOCIÓN DE PENA.

Nuestro estudio estaría incompleto si no analizáramos la pena, es importante distinguirla de la Punibilidad, - ya que estos conceptos suelen confundirse, hay una gran variedad de opiniones entre los diferentes autores, pero en general se considera a la punibilidad como la que comprende del mínimo al máximo de pena que se establece en la norma penal, dentro de esos límites el juzgador debe individualizar la sanción, la punibilidad la determina el legislador, a diferencia de ésta, la pena es la cantidad precisa de sanción que le corresponde a una persona imputable como consecuencia de que le ocasionó o puso en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal; la pena se determina en la sentencia, es impuesta por el juez quien la establece dentro de los límites de la punibilidad.

2.- SENTIDO DE LA PENA.

La razón de ser de la pena la pretenden explicar — los tratadistas con las más variadas opiniones, así tenemos — que " para el correccionalismo de Roeder, la pena busca la — corrección del pecado, y para el positivismo oriminal la pena, o mejor sanción, es medio de seguridad e instrumento de defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en consecuencia, la — noción de la pena está en esencia divorciada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral (Florian). La pena — debe adaptarse, no a la gravedad del delito (Escuela Clásica), no al deber violado (Rossi), no a la spinta criminosa (Romagnosi), sino a la temibilidad del delincuente (Garófalo). En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el — Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no — ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.

En el Derecho Legislativo moderno es tod-vía la pena un mal infligido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expre—

ser la reprobación social con respecto al acto y al actor — (Liszt). Mas ya no atiende a la moralidad del acto, sino a la peligrosidad del sujeto, y en vista de ella a la defensa social". (1)

Historicamente la pena ha surgido del arraigado impulso de venganza humana, pero en nuestro medio la pauta a seguir nos la da el artículo 18 Constitucional, al establecer que "Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, — sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y — la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto".

"Con criterio pragmático atento a nuestra realidad positiva, el legislador penal de 1931 admitió que el medio fundamental con que hasta hoy contamos en la lucha contra el delito es la pena, tal como se vive en nuestras instituciones de reclusión (cárceles, penitenciarías) y tal como la entienden los tribunales jurisdiccionales: como ejemplaridad y como expiación; esto muy a pesar de lo que la doctrina aconseja, pues la sustitución de la pena por la medida de seguridad es obra, no legislativa, sino de transformación social;—

(1) Cerrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, 13a. Edición México 1980. Pág. 685 y 686.

y reformas que corresponder a campos diversos del penal serán las que trigar como consecuencia la disminución de la delincuencia y la atenuación de sus efectos, por lo menos (Ceniceros y Garrido). (2)

En efecto, la realidad social exige terminantemente que la comunidad esté protegida de agresiones del delincuente, pero también que al delincuente se le reeduce y readapte para que pueda integrarse nuevamente a la sociedad, al respecto el maestro Raúl Carranoá y Rivas nos comenta las resoluciones del Onceavo Congreso Internacional de Derecho Penal del 9 al 15 de Septiembre de 1974 en la Ciudad de Budapest Hungría organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, - en donde se resume que "El sistema tradicional de represión y retribución es cada día más criticado y cede el sitio, progresivamente, a un sistema que pone en primer plano, entre los - objetivos sociales del Derecho Penal, la resocialización y - reeducación. Ahora bien, es necesario desenvolver y racionalizar esta Política Criminal nueva definiendo con precisión sus métodos y medios. Ante todo, la referida política debe satisfacer tres exigencias fundamentales:

- a) buscar y alcanzar sus objetivos con un mínimo de represión y un máximo de eficacia y acción reeducativa;

(2) Carranoá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, 13a. Edición. México 1980. — Página 692.

b) ser humana (humanista) y asegurar el respeto a la dignidad en la persona humana y a los derechos fundamentales del individuo;

c) consagrar la regla de legalidad con todas sus consecuencias en el plan procesal y judicial". (3)

(3) Carrasco y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, 13a. Edición. México 1980. —
Página 18.

3.- CLASIFICACION DE LAS PENAS.

En atención a su naturaleza podemos dividir las penas en corporales, contra la libertad, pecuniarias y contra algunos derechos.

El artículo 24 de nuestro Código Penal establece un catálogo de penas y medidas de seguridad sin hacer diferencia específica, enumerándolas de la siguiente manera;

"Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- (Derogado por Decr. de Mayo 4, 1938)
- 3.- Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- Pérdida de los instrumentos del delito.
- 8.- Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Cautión de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la policía.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.- Medidas tutelares para menores.

Y las demás que fijan las leyes."

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal, no clasifica las penas y medidas de seguridad, solamente las cataloga, por lo que primeramente debemos distinguir — entre pena y medida de seguridad, y así obtenemos que las penas se fundan en la culpabilidad, y las medidas de seguridad — en la peligrosidad".(4) Hecha esta distinción, encontremos que como medidas de seguridad podemos considerar las correspondientes a los apartados 3.- "Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir es- tupefacientes o psicotrópicos" y 17.- "Medidas tutelares para — menores"; y como penas las de los apartados 1.- "Prisión", 6.- "Sanción pecuniaria", 12.- "Suspensión o privación de derechos", 13.- "Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o — empleos.", y 14.- "Publicación especial de sentencia". Consideremos a las demás con características mixtas de penas y medidas de seguridad, pero con motivo de nuestro estudio lo que nos ocupa por el momento son las penas contra la libertad, y — en especial la pena de prisión.

(4) Raúl Carrancé y Trujillo. Raúl Carrancé y Rivas. Código — Penal Anotado. Ed. Porrúa. México 1981. Página. 120.

4.- LA PENA DE PRISION Y SU CRISIS ACTUAL.

La pena de prisión está establecida en el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice; "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal; será de tres días a cuarenta años y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales."

La prisión es la más importante de las penas contra la libertad, es la más usada, pero también la más impugnada — ya que "es general la experiencia de que después de 8 ó 10 — años de prisión ésta es inútil y aún contraproducente porque el reo se adapta sin ningún esfuerzo a una rutina que lo automatiza, el art. 25 C.P. fija el máximo de prisión en 40 años, en atención a que, suprimida la pena de muerte, significa la posibilidad de la segregación definitiva del sujeto cuya temibilidad e imposible readaptación estén acreditadas. Pero cabe tener presente que el aumento a 40 años de la pena de prisión no constituye por sí mismo un medio adecuado y suficiente para combatir la evolución y el aumento de la delincuencia, cuyas causas complejas requieren otros tratamientos.

Mucho más importante es un sistema penológico moderno, científico y correctamente administrado". (5)

"La prisión como institución para evitar o disminuir

(5) Raúl Carrancá y Trujillo. Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México 1981. Páginas 122 y 123.

las conductas delictivas, ha manifestado su ineficacia. Penitenciaristas, Criminólogos, Juristas, y en suma quienes cultivan las ciencias penales, casi unánimemente se pronuncian en contra de la pena de prisión. Así, Norval Morris, en relación a la pena de prisión establece lo siguiente: "La pena de prisión como castigo por delitos graves fue inventada en Norteamérica en el último cuarto del siglo XVIII. Sus inventores consideraban que uno de sus objetivos consistía en curar al criminal de la delincuencia.

La prisión, tal como se la organizó en los dos siglos transcurridos, ha fracasado en sus propósitos rehabilitativos. Existe una actitud crítica general respecto a la prisión; y sin embargo, la población carcelaria permanece estable y sigue siendo importante en éste y en otros países. Algunos medios planteados con frecuencia para reducir la pena de prisión, desviándola hacia tratamientos de base comunitaria, difícilmente tendrán éxito mientras no se defina y se acepten con un consenso general los principios que rigen la imposición de la pena de reclusión. Debemos tener claro quiénes han de ir a la cárcel, no solamente quienes no han de ir". (6)

Advertimos que en tanto no se reestructure un verdadero sistema de política criminal en el que se implementen —

(6) Anales de Jurisprudencia. Tomo 185- año 49. Octubre-Noviembre-Diciembre de 1982. Páginas 309 y 310. Conferencia sustentada por la Lic. Victoria Adato de Ibarra.

nuevas formas de prevención del delito y eficientes terapias resocializadoras, tendrá que aceptarse a la prisión como forma de defensa social, pero desde luego, cada vez en menor medida, con un abatimiento gradual.

"El fin y la justificación de una condena de privación de la libertad es proteger a la sociedad contra el delito. La privación de la libertad trae como consecuencia inevitable el confinamiento obligatorio y la segregación del recluso de la sociedad normal; pero el fin de dicha privación - de la libertad debe de ser lograr por medio de la readaptación del delincuente, el que cuando reintegrese a la sociedad no solamente quiera llevar una vida normal bien adaptada y proveer - a sus propias necesidades como miembro útil de la sociedad, - sino también que sea capaz de hacerlo sin compulsión." (7)

(7) Carrasco y Rivas, Edil. Derecho Penitenciario, Carcel y Penas en México. Editorial Porrúa, S.A., México 1981. - Pfgina. 438.

5.- ENFOQUE CRIMINOLOGICO Y PSICOLOGICO.

Al hablar de la pena de prisión, no debemos olvidar al individuo al que se le aplica, es indispensable develar la problemática de la personalidad del infractor, los motivos — que lo condujeron al delito, ya "que la delincuencia siempre involucra un doble proceso, por una parte desde un enfoque individual es el proceso de los mecanismos de defensa psíquicos que controlan los impulsos agresivos que están presentes en — todo individuo, pero que en el delincuente se proyectan realmente de un modo destructivo. El planteamiento individual está en relación a los aspectos de la personalidad de cada individuo, que es único en sus procesos de formación y evolución, es decir, los factores bio-psico-sociales que configuran una personalidad son diferentes en cada persona.

Desde un enfoque social, la delincuencia es el fracaso del medio familiar y social para brindar a ese individuo los medios adecuados para un sano desarrollo". (8)

La conducta delictiva es una acción concreta del individuo, pero el delincuente es más que ese aspecto ya que la conducta delictiva es solamente la expresión exterior.

"La conducta delictiva revela muchos aspectos acerca del delincuente, pero no nos explica por qué ese hombre come-

(8) Marchiori, Hilda. El Estudio del Delincuente. Editorial — Porrúa, S.A., México 1982. Página 3.

tió esa conducta asocial. Para aproximarnos a una comprensión de la conducta delictiva es necesario conocer al individuo, - su historia, sus rasgos de personalidad, es decir, todos sus aspectos". (9)

El orden social es una necesidad para lograr el bien común, pero en la actualidad, todas las sociedades se transforman con gran velocidad, produciendo factores criminógenos y - nuevas formas de criminalidad, las cuales solamente podrán - ser estudiadas atendiendo a la estructura que las producen.

"Las formas y modalidades de la criminalidad se - han ido transformando a la par del desarrollo social, no así nuestros sistemas de prevención, que en el momento actual se encuentran desvinculados de los cambios técnicos y científicos, lo que acarrea su ineficacia." (10).

(9) Marchiori, Hilda. El Estudio del Delincuente, Editorial - Porrúa, S.A., México 1982. Página 18.

(10) Rodríguez Menzabara, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. México 1979. Página 119.

6.- POLITICA PENITENCIARIA.

La preocupación de los penalistas mexicanos y principalmente del maestro Carrancá y Trujillo, por la necesidad de atender prioritariamente el problema de la prevención de la delincuencia y una organización penitenciaria acordes a nuestro desarrollo social y mandamientos constitucionales, -- "estas inquietudes se han plasmado, por fin, en la Ley que -- establece las normas mínimas sobre readaptación social de -- sentenciados. Dicha ley es "la respuesta del Gobierno de la República a la impostergable necesidad de estructurar un sistema penitenciario acorde con nuestros mandamientos constitucionales y con el grado de desarrollo alcanzado por el país.

Ahora bien, los más avanzados sistemas penitenciarios se caracterizan porque la privación de la libertad pretende, por medio de la readaptación del delincuente, que -- cuando éste ingrese a la sociedad no solamente quiera llevar una vida normal bien adaptada y proveer a sus propias necesidades como miembro útil de la sociedad, sino también que sea capaz de hacerlo sin compulsión. Al efecto, el régimen penitenciario debe emplear, conforme a las necesidades individuales de cada recluso, todos los medios de que pueda disponer: curativos, educativos, morales, espirituales, de asistencia o de cualquiera otra índole." (11)

(11) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Carcel y Penas en México. Editorial Porrúa. México 1981. Pág. 505.

La ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 4 de Febrero de 1971, se ha traducido en una reforma a fondo del sistema penitenciario nacional "es únicamente un trazo general de normas mínimas que abarca, sin embargo, todos los aspectos esenciales del tratamiento técnico penitenciario, a saber: finalidades, personal, tratamiento preliberacional y asistencia a liberados, remisión parcial de la pena y normas instrumentales. Con base en nuestra Constitución la Ley de normas mínimas extiende sus garantías no sólo a quienes ajustan su conducta a las leyes, sino también a aquellos que las inflingen. Es importante señalar - que tal Ley tiene aplicación directa e inmediata en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación, de acuerdo con la facultad que le concede a la misma el artículo 18 Constitucional. Por lo tanto, la Ley es respetuosa de las prerrogativas de los Estados, a quienes la Constitución - autoriza a establecer el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones.

Para el tratamiento penitenciario, la Ley adopta el llamado sistema progresivo, individualizado, que toma en cuenta las circunstancias personales del reo; y se clasifica a los sentenciados para destinarlos a las instituciones especializadas que mejor convengan. En realidad, se prepara al detenido, desde su ingreso al reclusorio, para su conveniente retorno a la sociedad. Por otra parte, el sistema progresivo comprende -

los capítulos de estudio, tratamiento y prueba.

En concordancia con el artículo 18 de la Constitución, la Ley de normas mínimas establece que el sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Estas son, por lo tanto las reglas generales para dicha readaptación". (12)

Esta ley, adopta el sistema individualizado que toma en cuenta las circunstancias personales del reo, como se establece en el artículo 6 que a la letra dice: "Artículo 6.— El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación del sujeto, consideradas en sus circunstancias personales."

(12) Carrasco y Rivas, Radl. Derecho Penitenciario, Carcel y Prisión en México, Editorial Porrúa, S.A. México 1971. - Páginas 507 y 508.

C A P I T U L O V I I I

EL TRAUMA PSICOLOGICO EN EL DELITO DE VIOLACION.

EL TRAUMA PSICOLOGICO EN EL DELITO DE VIOLACION.

Atendiendo a la esencia de la palabra, TRAUMA, significa choque emocional que deja huella subconsciente. La trascendencia de la sexualidad en la vida de los seres humanos, es definitiva.

El sexo divide a la humanidad en dos grandes grupos, hombres y mujeres, su sexo es definitivo y condicionante de una enorme variedad de fenómenos, a los cuales en conjunto — llamamos sexualidad, por lo que no puede extrañar a nadie que la vida sexual de las personas tenga una enorme repercusión — sobre su salud física y mental, así como en su vida social, y es por eso que la ley protege la libertad sexual de las personas, tema que ha motivado los sentimientos, los pensamientos y las costumbres sociales de la humanidad desde los tiempos primitivos.

La violación, involucra lesión física intensa sólo — en un porcentaje aproximado del 5 al 10%, como lo afirma el — Dr. Marcus A. Krupp en su libro Diagnóstico Clínico y Tratamiento. Pero siempre constituye una experiencia aterradora en la cual la mayoría de las víctimas temen por su vida.

Consecuentemente casi todas las víctimas sufren de secuelas psicológicas; pero tomando en cuenta que la violación constituye una crisis personal, cada sujeto pasivo reacciona en forma diferente, pero lo que no se puede negar es — que la víctima de una violación sufre lo que los médicos lla-

man "SINDROME DEL TRAUMA-VIOLACION" el cual comprende dos fases principales:

1a.- Inmediata o aguda: Sacudidas, sollozos, y actividad desmedida que puede durar desde algunos días hasta algunas semanas. La paciente puede experimentar cólera, culpa, vergüenza, culparse a sí misma y tener miedo o desear venganza, o puede reprimir estas emociones. Las reacciones varían dependiendo de la personalidad de la víctima y de las circunstancias del ataque.

2a.- Tardía o Crónica: Los problemas relacionados con el ataque pueden desarrollarse semanas o meses después. La frecuencia puede estar incluida por el patrón emocional de la paciente y por la naturaleza del asesoramiento y sostén recibido de otras personas. El estilo de vida y los patrones de trabajo pueden cambiar, a menudo se desarrollan trastornos del sueño o fobias. El pánico puede aparecer en alguna situación que recuerde las circunstancias que rodean el ataque original. La pérdida de la autoestima rara vez conduce al suicidio, pero la paciente puede recurrir al uso del alcohol o de otras drogas." (1)

De lo anterior establecemos, que la víctima de una vivencia sexual negativa como es la violación en su mayoría sufre traumas de orden psicosexual que se manifiestan como reacciones neuróticas, crisis de ansiedad, miedo, angustia o fobias contra lo sexual o contra lo masculino, cólera, culpa

(1) Dr. Marcus A. Krupp y Dr. Milton J. Chatton. Diagnóstico Clínico y Tratamiento. Editorial El Manual Moderno. México 1981. 16a. Edición. Página 540.

o pánico, alterándose su estilo de vida e incluso sus patrones de trabajo, con lo que la libertad sexual de la víctima (bien jurídico protegido) queda restringida por las consecuencias del trauma psicológico que resiente.

Nuestro tipo básico del delito de violación tiene como fundamento el proteger la libertad sexual de las personas y el castigar a quien violó dicha libertad, pero no contempla una sanción aplicable a las consecuencias que ocasiona esta violación, que por no ser material, salvo el caso de lesiones, el legislador no tomó en cuenta, posiblemente por su difícil apreciación, pero el daño psicológico posterior a la violación es una realidad, que en ocasiones puede llevar a trastornos graves de la personalidad, que afectan a la víctima en su vida diaria de una manera determinante, y que requieren de atención especializada, si bien es cierto que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública en nuestro Derecho Penal, y el Ministerio Público la solicita de oficio, en el delito de violación es muy difícil determinar la cuantía por lo abstracto del daño, a mi juicio la reparación del daño debe consistir en el pago de los gastos terapéuticos necesarios para el tratamiento y restablecimiento de la víctima cuando se demuestre que resultó en ella un trauma psicológico.

Nos surge la pregunta de ¿ como podremos determinar cuando a consecuencia de la violación resulta un trauma o alteración psicológica a la víctima?. Definitivamente, dicha

apreciación debe de ser amperada por un dictamen pericial, y en éste caso emitido por Peritos Médicos Psiquiatras.

C O N C L U S I O N S .

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

Como resultado de este sencillo trabajo llegamos a las siguientes conclusiones.

PRIMERA.- En relación a las teorías que estudian el delito, nos encontramos que desde el punto de vista jurídico substancial son dos las corrientes principales para analizarlo: 1a) La Teoría Unitaria o Totalizadora que se caracteriza por su hermetismo, y a la cual no podemos aceptar, porque — pretende estudiar al delito como una unidad, en la que no se admite su fraccionamiento para el estudio. 2a) La Teoría Analítica o Atomizadora a la que me adhiero por considerarla más idónea para el estudio del delito, por ser la que lo trata a través de sus elementos constitutivos, pero sin olvidar la estrecha relación existente entre ellos, y sin negar la unidad del delito.

SEGUNDA.- Observamos que en el gran número de definiciones que desde el punto de vista jurídico se dan del delito, estas se componen desde dos hasta siete elementos constitutivos, no existe un criterio definido entre los tratadistas respecto al número de elementos que integran el delito.

En lo personal me adhiero a la Teoría Tetratómica que sólo conside como elementos esenciales del delito a la — conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, — considerando a la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas como presupuestos y consecuencias del delito.

TERCERA.- El elemento objetivo del delito a estudio es la COPULA CON VIOLENCIA, cuyo fundamento y esencia en contramos en el texto del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal que en sus primeras líneas nos dice: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula — con una persona sea cual fuere su sexo". La violencia sea física —vis absoluta— o moral —vis compulsiva— es el medio operatorio señalado por la ley para la obtención del acceso carnal, de lo que obtenemos que debe haber ausencia de voluntad de la víctima.

CUARTA.- La violación es un delito de acción, unisubsistente y plurisubsistente, formal o de mera conducta, — instantáneo y de lesión.

QUINTA.- Al referirse el texto legal del delito de violación a la cópula impuesta con violencia a una persona — sea cual fuere su sexo, admite que la cópula se pueda realizar por la vía normal así como por la anormal.

Yo, en lo particular únicamente acepto como vaso — idóneo para la realización de la cópula contra natura el — anal, por la configuración anatómica que tiene y por poseer glándulas de proyección erógena, y señalamos que la "falla— tio in ore" debe constituir delito diverso, en atención a que su ubicación y conformación anatómica no se adecúa a los requerimientos de un vaso idóneo, esta conducta en todo caso — sería una humillación grave impuesta al pasivo.

SEXTA.- Fisiológicamente la cópula en el sentido más amplio, es el acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo) es introducido en el cuerpo de otra, por la vía normal o anormal de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

De lo anterior obtenemos que el único que tiene un órgano con las características necesarias para ser introducido en el cuerpo de otro es el hombre.

SEPTIMA.- Han sido múltiples las definiciones dadas al tipo, pero esencialmente es, la descripción que estrictamente hace el legislador de una conducta ilícita, es la célula que genera la vida del delito.

Nos basamos en las clasificaciones más comunes del tipo que hace el Maestro Fernando Castellanos Tena en su libro "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" de la que obtenemos que el tipo básico del delito de violación a que se refiere el artículo 265 del Código Penal en lo que respecta a la primera parte, es un tipo fundamental o básico y por lo que hace a la segunda que establece una pena mayor si la persona ofendida fuere impúber, se trata de un tipo complementado agravado.

En general es un tipo autónomo o independiente, causístico, se forma alternativamente, normal y de daño.

OCTAVA.- El bien jurídico que tutela la ley en el delito de violación, esencialmente es la LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS.

NOVENA.- En el delito de violación propia, única—
mente puede haber atipicidad, cuando la cópula se realiza —
sin utilizar los medios violentos requeridos por el tipo, o
que aún utilizando tales medios haya consentimiento volunta—
rio del pasivo, en tales circunstancias se desvirtúa la esen—
cia del delito de violación.

DECIMA.- La antijuricidad es el elemento esencial
del delito, que analiza el contenido de la conducta o hecho,
que además de ser típica debe estar en desacuerdo con el de—
recho. Me adhiero al criterio de que la antijuricidad es me—
ranamente objetiva y existe cuando una conducta o un hecho —
violan una norma penal simple y llanamente, atendiendo sólo
al acto, a la conducta externa, sin requerirse el elemento —
subjetivo.

DECIMOPRIMERA.- En lo particular estimo que el ma—
rido que impone a su esposa cópula en contra de su voluntad
empleando violencia para vencer su resistencia, comete el de—
lito de violación, ya que sin negar el derecho que asiste al
esposo de realizar la cópula con su cónyuge, estaría ejercien
do su derecho en forma ilegal, ya que siendo el matrimonio —
un contrato, por consiguiente el cumplimiento de las obliga—
ciones del mismo debe de hacerse valer por los medios previs
tos en la ley, ya que de otro modo estaría violando el prin—
cipio a que se refiere el artículo 17 Constitucional al esta—
blecer que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por si —
misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

DECIMOSEGUNDA.- La culpabilidad en el delito de — violación, existe únicamente en forma dolosa, lo que obtenemos en razón de los medios de comisión, ya que en este caso el dolo consiste en la voluntad de emplear violencia física o moral sobre la víctima con el objeto de re-lizar la cópula con ella.

DECIMOTERCERA.- La conducta típica, antijurídica y culpable, para ser incriminable debe de estar conminada con la amenaza de una pena, la cual es necesaria y por lo tanto una consecuencia lógica del delito.

DECIMOQUARTA.- Nuestro Código Penal sanciona al delito de violación en su tipo básico con una penalidad tal — que permite al sujeto activo obtener su libertad bajo fianza; en mi concepto siendo la violación uno de los delitos más re pudidos por la sociedad, debería incrementarse la sanción a efecto de que el responsable de la comisión de este delito — no obtenga su libertad bajo fianza. Opino que la penalidad — debería ser por lo menos de cuatro a ocho años de prisión con lo cual se garantice a la sociedad que el sujeto activo de — este ilícito no obtenga su libertad, protegiéndose a la so— ciedad, además de que la amenaza de una sanción mayor de — — algún modo puede desanimar al sujeto a re-lizar dicha conduc ta, y de no ser así, la reclusión del responsable da al Esta do la oportunidad de aplicarle sin demora programas de readapta ción social que en el último de los casos será lo que importa

ría más a la colectividad para evitar la reincidencia del su je to y prevenir en lo posible nuevos delitos del autor, ya - que en general la Política Criminológica en la actualidad - está encaminada a la prevención del delito y eficientes tera pias resocializadoras.

DECIMOQUINTA.- La intimidación que se hace al pasi vo por medio de amenazas para vencer su resistencia, integra el elemento "violencia moral" al igual que las lesiones causa das integran el elemento "violencia física" siempre y cuando dichas lesiones sean causadas con motivo de las maniobras ne cesarias para someter a la víctima, venciendo su resistencia para imponerle la cópula en contra de su voluntad.

DECIMOSEXTA.- Estoy de acuerdo en que la tentativa opera en cuanto al delito de violación, ya que si el sujeto activo ejecutó una serie de actos encaminados directa e inme diatamente a la realización del delito de violación, y por - causas ajenas a su voluntad se le impide la consumación de - su propósito, comete el delito de violación en grado de tenta tativa, ya que de no habérsele frustrado su propósito, habie- ra culminado su acción.

DECIMOSEPTIMA.- La pena es la cantidad precisa de sanción que le corresponde a una persona imputable como con secuencia de que lesionó o puso en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal, se determina en la sentencia y es impuesta por el juez que la establece dentro de los límites de la punibilidad.

DECIMOCTAVA.- Históricamente la pena ha surgido del arraigado impulso de venganza humana, y la más utilizada es la pena de prisión, la cual en especial es ineficiente para abatir el delito, por lo que solo debe aplicarse a los autores de delitos graves, en los que el sujeto en libertad signifique un riesgo para la sociedad.

Advertimos que en tanto no se reestructure un verdadero sistema de Política Criminal en el que se implanten nuevas formas de prevención del delito y eficientes terapias resocializadoras, tendrá que aceptarse a la pena de prisión, — como forma de defensa social, pero desde luego cada vez en menor medida y con un abatimiento gradual, lo cual se podría lograr reduciendo los excesos de las leyes, aplicando la pena de prisión solo a sujetos que cometan delitos graves que representen un peligro inminente para la colectividad; hay que tomar en cuenta que la experiencia hace patente el hecho que después de 8 ó 10 años de prisión, esta es inútil toda vez que el reo se adapta sin esfuerzo a una rutina que lo automatiza.

DECIMONOVENA.- La política criminológica actual — está encaminada a la prevención del delito y eficientes terapias resocializadoras, un paso trascendental en nuestra legislación es la Ley que establece Las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 4 de Febrero de 1971, la cual es una reforma de fondo en nuestro sistema penitenciario,

acorde con lo establecido por nuestro artículo 18 Constitucional que establece la organización del sistema penal sobre la base del "trabajo, la capacitación del mismo y la educación" como medios para la readaptación social del delincuente".

VIGESIMA.- La víctima de una violación en su mayoría sufre de traumas psicológicos que se manifiestan como — reacciones neuróticas, crisis de ansiedad, miedo, angustia o fobias, cólera, culpa o pánico, alterándose incluso su estilo de vida o sus patrones de trabajo, con lo que definitivamente el bien jurídico protegido que es la "libertad sexual", resulta gravemente restringida por las secuelas del trauma — psicológico al cual los médicos llaman "SÍNDROME DEL TRAUMA — VIOLACION".

VIGESIMO PRIMERA.- El daño psicológico resultante de la violación, es una realidad que en ocasiones, puede llevar a trastornos graves de la personalidad, que afectan a la víctima en su vida diaria de una manera determinante, y que — requieren atención especializada, por lo que observamos que — nuestro tipo básico del delito de violación no contempla una sanción aplicable a las consecuencias que ocasiona la violación; si bien es cierto que la reparación del daño tiene el — carácter de pena pública en nuestro Derecho Penal y el Ministerio Público la solicita de oficio, en el delito a estudio — es muy difícil determinarla, por lo que a mi juicio, la reparación del daño debe de consistir en el pago de los gastos — terapéuticos necesarios para el tratamiento y restablecimiento

to de la víctima, cuando se demuestre que resultó en ella un trauma psicológico.

B I B L I O G R A F I A .

- A. KRUPP MARCUS y J. CHATTON MILTON.
Diagnóstico Clínico y Tratamiento, 16a. Edición. Editorial -
El Manual Moderno. México 1981.
- CARRARA, FRANCISCO.
Programa del Curso de Derecho Criminal. Vol. I. Editorial -
Temis. Bogotá 1971.
- CARRANCA Y TIVAS, RAUL.
Derecho Penitenciario, Carcel y Penas en México. Editorial -
Porrrá S.A. México 1981.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.
Las Causas que Excluyen la Inculpación. Ed. Derecho Mexica
no y Extranjero. México 1944.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.
Derecho Penal Mexicano, Parte General. 13a. Edición. Edit
orial Porrrá S.A., México 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL — CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Código Penal Anotado. 3a. Edición. Editorial Porrrá S.A., —
México 1971.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL — CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Código Penal Anotado. 9a. Edición. Editorial Porrrá S.A., —
México 1981.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 14a. Edición. —
Editorial Porrrá S.A., México 1980.
- CUELLO CALON EUGENIO.
Derecho Penal, Parte General. 9a. Edición. Editorial Nacional
Reimpresión México 1973. Texto refundido de 1944.
- CAROPALO, RAFAEL.
Criminología, Turín 1891.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.
Delitos Sexuales. 4a. Edición. Editorial Porrrá S.A., México
1979.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.
Derecho Penal Mexicano. 17a. Edición. Editorial Porrrá, S.A.
México 1981.

JIMENEZ DE ASUA LUIS.

La Ley y el Delito. 11a. Edición. Editorial Sudamericana, - Buenos Aires 1980.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.

Derecho Penal Mexicano. Tomo III, La Tutela Penal del Honor y de la Libertad. 3a. Edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1978.

MARCHIORI, HILDA.

El Estudio del Delincuente. Editorial Porrúa, S.A., México - 1982.

MEZGUER EDUNDO.

Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de la 2a. Ed. Alemana 1933. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

MOTO SALZAR, EFRAIM.

Elementos de Derecho. 23a. Edición. Editorial Porrúa S.A., - México 1978.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.

Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, 3a. Edición.- Editorial Porrúa S.A., México 1980.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 5a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1980.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

Manual de Derecho Penal, 2a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1967.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.

Manual de Derecho Penal Mexicano 4a. Edición. Editorial Porrúa. S.A., México 1978.

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS.

Criminología. Editorial Porrúa S.A., México 1979.

VILLALOBOS, IGNACIO.

Derecho Penal Mexicano (de la dinámica del delito), Editorial Porrúa S.A., México 1955.

VON LISZT FRANZ.

Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus Madrid 1926. Traducido de la 18a. Edición Alemana por Quintiliano Saldaña. Tomo Primero.

PRONTUARIO PENAL. EJECUTORIAS Y JURISPRUDENCIAS. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Tomo I y II. Librería del Abogado, 1a. Edición. México 1977.

ANALES DE JURISPRUDENCIA.

Tomo 185 año 49. Diciembre de 1982.

CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

I. N D I C E.

	Págs.
PROLOGO.	1
CAPITULO I	
DEL DELITO EN GENERAL.	
1.- CONCEPTO.	3
2.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.	14
3.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.	30
4.- TEORIA TETRATONICA.	33
CAPITULO II	
1.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO, LA CONDUCTA.	35
2.- DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO A ESTUDIO.	41
3.- CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A LA CON- DUCTA.	50
4.- ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA	53
5.- COMENTARIO.	59
CAPITULO III	
TIPICIDAD Y ATIPICIDAD DEL DELITO A ESTUDIO.	
1.- TIPO Y TIPICIDAD.	62
2.- EL TIPO DEL DELITO A ESTUDIO.	68
3.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.	72
4.- CASOS DE ATIPICIDAD.	75
5.- COMENTARIO.	77
CAPITULO IV	
ILICITUD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.	
1.- LA ANTEJURIDICIDAD EN GENERAL.	82

2.- LA ANTILJURITICIDAD EN EL DELITO COMENTADO.	86
3.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.	88
4.- COMENTARIO.	96

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS QUE LA EXCLUYEN.

1.- LA IMPUTABILIDAD.	100
2.- LA INIMPUTABILIDAD.	103
3.- LA CULPABILIDAD EN GENERAL.	108
4.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO COMENTADO.	113
5.- CAUSAS DE INculpABILIDAD.	114
6.- COMENTARIO.	118

CAPITULO VI

LA PUNIBILIDAD.

1.- NOCION DE PUNIBILIDAD.	120
2.- LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.	123
3.- COMENTARIO.	128

CAPITULO VII

LA PENA.

1.- NOCION DE PENA.	132
2.- SENTIDO DE LA PENA.	133
3.- CLASIFICACION DE LAS PENAS.	137
4.- LA PENA DE PRISION Y SU CRISIS ACTUAL.	139
5.- ENFOQUE CRIMINOLOGICO Y PSICOLOGICO.	142
6.- POLITICA PENITENCIARIA.	144

CAPITULO VIII

EL TRAUMA PSICOLOGICO EN EL DELITO DE VIOLACION.	148
--	-----

CONCLUSIONES. 153

BIBLIOGRAFIA. 162

INDICE. 165

----- 0 -----