

178  
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGON"**

**NATURALEZA JURIDICA DE LOS MAL  
LLAMADOS DELITOS SEXUALES**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**DAVID JIMENEZ MORALES**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**MEXICO, D. F.**

**1990**



## **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 está 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.

## INTRODUCCION

En el presente trabajo trataremos de ubicar a la Parte General del Derecho Penal en forma por demás sencilla y en base a las opiniones enunciativas de los diferentes criterios sustentados por los representantes de las escuelas del mismo y que a saber son: La Clásica, Positiva y Ecléctica.

Iniciamos con los requisitos elementales o comunes que ponen de relieve la existencia de toda figura típica, aunque como es lógico, no siempre se presentan de modo similar. Al hablar de figura típica nos referimos al delito en sí desde un punto de vista analítico, esto es, hablamos tanto de sus aspectos positivos como negativos y sólo enunciativamente diremos que son: La Conducta y su Ausencia; Tipicidad y Atipicidad; La Antijuridicidad y Causas de justificación o licitud; Imputabilidad e Inimputabilidad; Punibilidad y Excusas Absolutorias o Excusas de Punibilidad; Condiciones Objetivas de Punibilidad y La Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

De igual manera estudiaremos los delitos sexuales como integrantes de la parte especial del Derecho Penal.

## CAPITULO PRIMERO

### BREVE ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

## SUJETO ACTIVO

Quién realiza el ilícito penal? sería una de las interrogantes que se le presentaría a los principiantes del estudio del delito; pues bien, debe mos partir del concepto de éste, baste decir y referimos al artículo 7 -- del Código Penal para el Distrito Federal que alude "es la acción u omisión que sancionan las leyes penales"<sup>1</sup>. En la actualidad los penalistas es tán acordes que la capacidad para delinquir sólo reside en los seres racionales (el hombre); aunque en la antigüedad se exigía responsabilidad criminal a los seres inanimados, esta responsabilidad era una aberración jurídica<sup>2</sup> ya que resulta inconcebible hablar de la delincuencia y de culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad y, una voluntad conciente sólo se haya en el hombre; al respecto Antolisei<sup>3</sup> manifiesta que no resulta concebible un delito cuya comisión no se efectúe por un hombre. -- Por otro lado Pavón Vasconcelos<sup>4</sup> señala que sólo el hombre es sujeto activo del delito porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico

1.- Antolisei, señala que delito "es aquel comportamiento humano que a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena -- criminal como sanción". Manual De Derecho Penal. pag. 129.

2.- En la edad media fueron frecuentes los procesos contra los animales, - procesos que se desarrollaban conforme a rígidas formas procesales, con asistencia de abogados que patrocinaban a los animales acusados; su recuerdo ha llegado hasta nosotros, como el entablado en el Siglo XV por el Obispo de "Lausana" contra las sanguijuelas que infectaban el Berna; el seguimiento en el Siglo XVI por los habitantes del "Jautum" (Francia) contra los ratones que invadían sus campos... . Cuello Calón. Derecho Penal. pag. 280.

3.- Idem.

4.- Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. pag. 49.

penal.

Ahora bien, si se parte de la afirmación que solamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, surge una duda: ¿Se refiere ésta afirmación al hombre individual, o también al hombre cuando reunido con otros hombres constituye una persona social?. La responsabilidad colectiva era muy frecuente en el antiguo derecho, el Código de Hamurabi; la más antigua ley conocida, acoge la responsabilidad colectiva para determinados delitos, también se halla en Grecia. Roma por el contrario, rechazó la responsabilidad colectiva, así, aquellos actos que desde el punto de vista de derecho patrimonial se consideraban como propios de corporaciones, se concebían como actos de particulares que habían obrado en común y a la pena que pudiera imponerseles recaía completamente sobre éstos. Durante largo tiempo (nos dice Cuello Calón) la doctrina y la jurisprudencia han sostenido la tesis de que sólo la persona individual puede ser sujeto del delito y en defensa de esta tesis han invocado los siguientes argumentos: -

Unicamente la persona individual puede ser responsable criminalmente porque sólo en ella se da la unidad de conciencia y voluntad que es la base de la imputabilidad, así mismo Mezger nos dice que sujeto del delito es, por regla general, el hombre como persona física. La voluntad como potencia y como facultad de querer sólo es posible en la persona física (Manzini, tratado de Derecho Penal I. pag. 475.). Para Savigny las personas jurídicas están fuera del campo del derecho penal porque su voluntad descansa sobre una ficción (Up Supra). Imponer penas a las personas

5.- Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. pag. 381.

sociales es castigar a seres ficticios, seres que no quieren y no sienten por sí, algo como un cuerpo sin alma; es violar el principio universalmente reconocido de que, sólo son sujetos posibles del delito los seres dotados de razón. Se alega también que, la punibilidad de las personas morales está en pugna con el principio de la personalidad de la pena pues al castigar a una persona colectiva se castiga a todos los que la componen, a los que intervinieron en la ejecución del acto criminal como a los que no tuvieron participación en él, por lo cual esta responsabilidad es contraria a la idea y al sentimiento de justicia.

El artículo 33 del Código Penal de 1929 --nos dice Pavón Vasconcelos --<sup>6</sup> la responsabilidad no trasciende de la persona y bienes del delincuente y tal parece que es criterio adoptado por el Código vigente al prescribir en su artículo 10 "la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes del delincuente, excepto en los casos especificados en la ley". La propia redacción del artículo 11 confirma lo anterior cuando remitiéndose a los casos especificados en la ley autoriza al juez la suspensión o disolución de las agrupaciones, tales como sociedades, corporaciones o empresas de cualquier clase, con excepción del estado, cuando alguno de los miembros o representantes jurídicos cometa un delito con los medios que para tal objeto le proporcionen las mismas entidades, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella.

Idéntico criterio adopta el anteproyecto del Código Penal de 1958 --  
6.- 1. Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pag. 37

--continúa diciendo Pavón Vasconcelos-- en su artículo 11, precisándose en su exposición de motivos que "la comisión reconoce que las personas jurídicas no son sujetos activos del delito, por lo que no puede exigírseles responsabilidad en cuanto a los actos ejecutados por las personas físicas que obren en su nombre o representación, pero al mismo tiempo se ha considerado conveniente establecer la posibilidad de imponerles las sanciones que las leyes autoricen, con independencia de la responsabilidad personal".

Carranca y Trujillo expresa, "la más certera crítica contra la responsabilidad penal de las personas morales puede resumirse así: la imputabilidad de dichas personas llevaría a prescindir de la persona física o individual que le dio vida, como sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a la corporación se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos sus socios, culpables o inocentes...".

Jiménez Huerta, habla de los tipos delictivos diciendo que hacen mención expresa y directa de un sujeto activo o autor; manifestando al respecto, la noción del autor ha de ser construida restrictamente, aludiendo, no es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo (daño), sino sólo aquel que ejecuta el acto típico.

Maggiore por su parte --nos dice Jiménez Huerta--, subraya que, "autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario al que la ley se refiere cuando describe el modelo del delito...", Carrara afirmaba

7.- Pavón Vasconcelos, Opus cit. pag. 145.

8.- Jiménez Huerta. La Tipicidad. pag. 48.

que "autor principal del delito es aquel que ejecutó el acto consumativo - de la infracción. Todos aquellos otros que participan en el designio criminoso o en otros, pero no en los de consumación son delincuentes accesorios o cómplices en sentido lato".

Ahora bien se les denomina sujeto activo primario para indicar que es sujeto activo por originaria, directa e inmediata determinación típica, -- así como para diferenciarlos de otros sujetos activos que se les denomina secundarios<sup>9</sup>, así mismo se dice que una persona es sujeto activo cuando -- realiza la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible siendo "autor material"<sup>10</sup> del delito, o bien cuando participa en su comisión -- contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar, o compeler "autor intelectual"<sup>11</sup> o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente (simultáneamente) con ella o después de su consumación "cómplice o encubridor"<sup>12</sup>. Se alude que en la existencia de pluralidad de sujeto activo primarios, es decir de diversas - personas que intervengan en una forma primaria, directa e individualmente existirá una "coautoría" y habrá "coautoría causal" si existen actos -

9.- Jiménez Huerta. opus. cit. pag. 48.

10.- Pavón Vasconcelos. opus. cit. pag. 143.

11.- Idem.

12.- El autor material es el único que puede concretar el tipo; a él se dirige el deber jurídico ---prohibición o mandato categóricos contenidos en el tipo---; es él quien actualiza el bien y da realidad a los conceptos de sujeto activo y pasivo; es él quien al realizar el Kernel ---Conducta---, - lesiona el bien y viola el deber. No interesa que sea unitario o múltiple

No cabe decir lo mismo de los "autores mediato o intelectual" ni del "cómplice" pues ningún elemento de la figura legal concretizan. Olga Is-llas de González Mariscal. Lógica del Tipo en el Derecho Penal. pag. - 45.

de cada uno de los sujetos activos, realizados en el momento de iniciarse - la ejecución y, existirá "coautoría sucesiva" en los actos propios de alguno de ellos efectuados cuando ya ha sido iniciada la consumación y mientras la misma perdura. Al respecto el Código Penal vigente en su artículo 13 nos manifiesta; "son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste - quién de ellos produjo el resultado".

De ello se desprende que serían autores materiales o ejecutores aquellos sujetos que voluntaria y consciente o culposamente ejecutan los actos - directamente productores del resultado<sup>13</sup>.

Olga Islas por su parte manifiesta "concebir un delito es algo irrelevante en tanto no hay ejecución (autoría material o coautoría) o compulsión (autoría mediata), o inducción (autoría intelectual) o auxilio (complici-

13.- Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 46.

dad), pues el mero pensamiento del sujeto no es punible...<sup>14</sup>; en la inducción se considera son autores intelectuales los sujetos por "persuadir a uno" y lo que se exige es que represente el impulso al delito.<sup>15</sup>

Los que compelen --obligan a uno por fuerza o autoridad a que haga lo que no quiere--, a cometer un delito, son también autores intelectuales, - pero existe una posibilidad negativa; que el compelido puede no ser responsable si obra en estado de necesidad, a virtud de obediencia jerárquico-legítima, etc.<sup>16</sup>, pero el que compele siempre lo es.

En la complicidad (fracción VI y VII del Código Penal) es condición - en éstos que presten su auxilio o ayuda por actos previos y accesorios, - a sabiendas de que ellos favorecen en la ejecución del delito; todo ello - por concierto previo con el ejecutor. El auxilio o ayuda puede ser de cualquier especie. Es decir, material o moral.<sup>17</sup>

Incorre en complicidad el que guarda silencio sobre el delito que sabe va a cometerse, con el designio de reforzar así la resolución criminal del delincuente o de facilitar su ejecución.

Las señaladas fracciones del señalado ordenamiento como reguladores - del encubrimiento son de imposible aplicación, ya que, por el principio de especialidad, la norma jurídica es la descrita en el artículo 400 del citado

Código Penal.<sup>18</sup>

14.- Olga Islas. opus cit. pag. 46.

15.- "la instigación al delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo en tanto no se traduzca en la ejecución material del delito en cualquiera de sus grados... (S. J., t. LVIII. pag. 1236). Carrancá y Trujillo. opus. cit. pag. 53.

16.- Idem. misma pag.

17.- Idem.

18.- Olga Islas. opus.cit. pag. 46.

## SUJETO PASIVO

Hemos dicho en el apartado anterior Quién realiza el ilícito penal; - dejando anotado que sólo puede ser el hombre<sub>1</sub> y por consiguiente la acción u omisión de éste debe recaer en alguien, y que, es el sujeto pasivo, el - cual es el titular del interés cuya defensa constituye la esencia del deli- to, es decir; la persona, en sentido jurídico sea que se trate del hombre- en forma individual o en forma colectiva (persona jurídica) y esta es el - titular del concreto interés lesionado, o sea, quién directamente resiente derivado de la conducta lesiva.

Jiménez de Asúa opina que "sujeto pasivo del delito es todo poseedor- de un bien o de un interés jurídicamente protegido, por consiguiente lo son: el hombre, la persona jurídica, el estado o la colectividad". Rocco<sub>2</sub> afir- ma que sujeto pasivo es la persona que resulta ofendida directa e immedia- tamente por el delito. Antolisei "es la persona ofendida por el delito...o en otras palabras, a la víctima del delito", pero la idea de víctima nos-- dice Alimena no debe ser identificada, sin embargo, con la de damnificado- o perjudicado<sub>3</sub>, porque ambas pueden o no coincidir.

Los términos damnificado o perjudicado pertenecen más claramente al- ámbito del derecho procesal y se les emplea para señalar a quienes pueden ser titulares de la acción penal y civil emergentes del delito aún cuando algunos autores los limitan únicamente a la acción civil.

1.- Como persona física y no como persona jurídica (ver capítulo ant.)

2.- Olga Islas. opus. cit. pag. 56.

3.- I. Villalobos. opus. cit. pag. 267

En el homicidio por ejemplo, la víctima es el muerto en tanto que resultan damnificados o perjudicados los parientes a quienes la ley autoriza para ejercitar las acciones que resulten del delito.

Bettioli --nos dice Pavón Vasconcelos-- señala la existencia de dos sujetos pasivos, el estado, en cuanto a todo delito viola un interés público, y el titular del interés particular que ha sido ofendido en concreto por el delito.

La posición que guarda el ofendido respecto del derecho penal, depende de o no del tipo penal. Antes del proceso legislativo, ninguna acción de naturaleza penal puede ponerse en juego para resarcir el daño causado. Es establecida la figura legal, el derecho punitivo despliega todos sus recursos en razón de que el ofendido es ya, el sujeto pasivo del delito<sup>4</sup>.

Es también siempre la sociedad cuando se afectan bienes jurídicos instituidos por la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma<sup>5</sup>. Algunos autores hacen expresa manifestación, en forma acertada, en que los incapaces también pueden ser sujetos pasivos del delito en la medida que son titulares de bienes jurídicos; la vida del menor o del loco esta tutelada por el derecho lo mismo que la de cualquier persona capaz. V.g.r. en el infanticidio (artículo 325 del código penal) solamente el menor puede ser sujeto pasivo. Así como manifiestan que no pueden serlo los muertos y los animales y destacan el hecho concreto que serán sujeto pasivo los familiares del De Cujus o los dueños

4.- Ojeda Islas define "sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular". Opus. cit. pag. 56.

5.- Ignacio Villalobos. opus. cit. pag. 279.

del animal y este último, De Cujus, sería el medio con el cual el agente - realiza la conducta descrita por la norma<sup>6</sup>.

<sup>6</sup>- Pavón Vasconcelos. opus. cit. pag. 148.

## BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Este elemento en estudio puede ser confundido con el objeto material, en virtud de que en la doctrina se distingue entre este y el objeto jurídico<sub>2</sub> al referirnos en el punto específico y objeto de este apartado, diremos que es el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción. Ignacio Villalobos señala "es el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito<sub>3</sub>"; Carrancá y Trujillo señala "es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable<sub>4</sub>".

Este elemento es el que justifica la existencia de la norma jurídica penal y la lesión que causa o el peligro al que se le expone trae como consecuencia la sanción que le fija la norma penal. V.g.r. en el homicidio el bien jurídico protegido o tutelado es la vida y la sanción al que priva de la vida a otro será de ocho a veinte años de prisión, artículo 307 del código penal.

Al referirnos al bien jurídico protegido, es necesario señalar que este bien es el concepto básico en la estructura de la norma jurídica (tipo) y que a partir de él, se pueden derivar las situaciones en que se lesiona. V.g.r. en el delito de atentados al pudor (artículo 260 del Código Penal)

1.- Es la cosa sobre la que recaé el acto, se le llama también objeto de la acción. Ignacio Villalobos. opus. cit. pag. 279.

2.- Mezger le denomina objeto de protección (de ataque) y es el objeto valorativo protegido en el tipo. Pavón Vasconcelos. opus. cit. pag. 148.

3.- Ignacio Villalobos. opus. cit. misma pag.

4.- Opus. cit. pag. 231.

el bien jurídico sería la libertad sexual y para existir la situación de lesión debe haber en la persona expresa o tácitamente ausencia del consentimiento; en tanto, si es impúber la norma considera que el consentimiento en caso de existir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo del sujeto pasivo, así la ley tutela, dicha libertad y trae como consecuencia la sanción del activo por la perpetración de la conducta.

## OBJETO MATERIAL

Se ha mencionado ya, la no confusión entre el bien jurídico protegido u objeto jurídico y el objeto material o de acción en virtud, que le primero constituye la existencia del tipo como se señaló en el apartado anterior y este último lo definiremos como el ente corpóreo (que tiene un lugar en el tiempo y el espacio) sobre el que la acción típica recae; autores como Cuello Calón<sup>1</sup>, Carranca y Trujillo<sup>2</sup>, y Pavón Vasconcelos<sup>3</sup> manifiestan que es la persona o cosa sobre la que recae el delito; agregando que este diferencia del sujeto pasivo en virtud de poder ser tanto el hombre vivo o muerto, las personas colectivas, los animales y las cosas inanimadas en cuanto los unos o los otros constituyan la materia misma sobre la que recae la actividad física del culpable<sup>4</sup>. Por su parte Antolisei<sup>5</sup> manifiesta; que el objeto material debe distinguirse del sujeto pasivo en virtud de -- ser el primero "la persona o cosa sobre la que recae la actividad física del reo" y agrega que puede coincidir en el caso de que el objeto material sea una persona, por su parte Pavón Vasconcelos y en forma correcta alude; al hombre si bien es cierto, pero, "vivo; en virtud de poder recaer en ellos la actividad y ser titulares del bien jurídico protegido, por el contrario, puede suceder que el hombre "muerto" sea el objeto material más no el sujeto pasivo, es decir (como se asento en el apartado relativo al suje

1.- Derecho Penal. pag. 292.

2.- Opus. cit. pag. 231.

3.- Opus. cit. pag. 150

4.- Opus. cit. misma pag.

5.- Opus. cit. pag. 138.

to pasivo), estos últimos serian los familiares del De Cujus.

## CONDUCTA

En cuanto a este elemento perteneciente al tipo debemos considerarlo como el comportamiento realizado a través del sujeto activo y en virtud -- del cual se concretizan todos los elementos exigidos por la norma y además será objeto de sanción.

Porte Petir nos dice, la conducta consiste en un hacer voluntario o - en un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)<sup>1</sup>. En este elemento se - debe atender --consideramos-- a lo señalado por el ordenamiento penal que alude en su art. 7, delito es "la acción u omisión..." y al hablar de ello es indispensable y en forma somera aclarar que la acción es hacer algo con voluntad. Antolisei<sup>2</sup> manifiesta que esta "consiste en un movimiento corporal del sujeto"; Beling<sup>3</sup> por su parte nos señala que es un "comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo".

Ahora bien se ha manifestado de acuerdo con lo prescrito por el art.7 del Código Penal, la acción y, debemos atender a la omisión; por lo que se ñalaremos, que ésta es el dejar de hacer algo prescrito por el tipo o la - norma penal. Antolisei nos manifiesta "la esencia, la verdadera esencia de la omisión se halla justamente en no haber actuado en una determinada mane ra; en no haber verificado una determinada acción --y acentúa-- sólo se to man en consideración en la práctica aquellas omisiones que consisten en el

1.-Apuntes de la parte general de Derecho Penal. t. I. pag. 156.

2.-Opus. cit. pag. 165.

3.-Esquema de Derecho Penal. pag. 19.

4.-Opus. cit. pag. 167 y ss.

incumplimiento de acciones prescritas por el ordenamiento jurídico".

Es pertinente aclarar que el elemento en estudio (la conducta) será - objeto de estudio más amplio y concreto en el siguiente capítulo, por ser éste un elemento primordial para la existencia y sanción del delito.

#### RESULTADO

Como último de los elementos generales del tipo señalaremos que éste es el efecto o consecuencia que se produce en el objeto material en virtud de la conducta desarrollada por el sujeto activo.

Más debe señalarse que este elemento se encuentra integrado al del de lito denominado conducta y es precisamente en él cuando haremos específica alusión de aquel.

### MEDIOS DE COMISION

Estos elementos especiales del tipo son las formas, maneras o modos - en como el agente o sujeto activo debe realizar la conducta descrita por - el tipo. Olga Islas por su parte manifiesta "son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado". La palabra Medio indica o designa los objetos o fuerzas existentes fuera del hombre, los cuales son puestos en movimiento por el agente para la producción del efecto.

Porte Petit nos señala "los tipos en nuestros textos exigen determinados medios originándose los delitos con medios legalmente determinados y - para que pueda darse la tpicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente"<sup>2</sup>.

Mezger<sup>3</sup> expresa que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tpicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último si no sólo cuando este se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina.

1.- Opus. cit. pag. 78.  
 2.- Opus. cit. pag. 432.  
 3.- Opus. cit. pag. 384.

## REFERENCIAS TEMPORALES

Son aquellas circunstancias que el legislador exige relativas a que la conducta debe realizarse por el agente activo dentro de un lapso determinado.

Porte Petit señala "en ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la t<sup>í</sup>picidad"<sup>1</sup>, Mezger por su parte manifiesta "la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente t<sup>í</sup>picos, y por tanto, no caerá bajo el tipo la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley"<sup>2</sup>. V.g.r. art. 289 - 1ro. y 2do. párrafo, no se dará este tipo de lesión si tarda más o menos en sanar; art. 325, no se dará el infanticidio si la muerte del infante es causada posterior a las 72 horas de su nacimiento.

## REFERENCIAS ESPACIALES.

Son condiciones de lugar en donde el activo debe realizar su conducta y las cuales son necesarias para la existencia del tipo. Mezger señala que "la ley fija exclusivamente como t<sup>í</sup>picos determinados medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no recaé bajo el tipo"<sup>3</sup>. Por tanto es necesario para que exista la t<sup>í</sup>picidad que concurren estas notas locales exigidas por el tipo.

1.- Opus. cit. pag. 432.

2.- Opus. cit. pag. 384.

3.- Idem.

## REFERENCIAS DE OCASION

Son circunstancias cuya oportunidad o concurrencias debe aprovechar el agente para realizar su conducta. V. gr. el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal referente al delito de Fraude donde señala, - "...o aprovechándose del error en que se halla...".

## ELEMENTO SUBJETIVO

Este elemento consiste en una intencionalidad o dolo específico (determinada intención delictuosa) que debe tener el sujeto al momento de realizar su conducta. Esto es, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla.

Es necesario luego entonces definir el dolo para conocer este elemento, y diremos que, consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido, a la producción de un resultado típico y antijurídico.

## ELEMENTO NORMATIVO

Son ciertas características de tipo jurídico que debe revestir o reunir la conducta al ejecutarse. En este elemento su concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración. V.g.r. la-

J.- Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pag. 236.

incapacidad de un menor o de un enfermo, el perjuicio causado por la revelación de un secreto, etc. .

#### CALIDAD DE LOS SUJETOS

El elemento en estudio consiste en ciertas características o calidades que deben reunir tanto el agente activo como el pasivo.

Jiménez Huerta<sup>2</sup> manifiesta la existencia ocasional en donde el tipo hace referencias, de manera especial, sobre una determinada cualidad o condición en un sujeto activo. Restringiéndose en estos casos la posibilidad de ser sujeto activo del tipo al círculo de personas en quienes concurre la mencionada condición o circunstancia personal hasta el extremo de que la persona desposeída de tal cualidad o carácter no puede ser sujeto activo. Así mismo --Porte Petit<sup>3</sup> agrega-- este tipo de cualidades se dividen en naturales y jurídicas, señalando, que las primeras implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica. Ejemplo, la madre, el padre, etc y jurídicas aquellas otras que presuponen una actuación social creada por el derecho. Ejemplo, el funcionario público.

Ahora bien, para conocer si nos hallamos frente a un delito determinado o indeterminado<sup>4</sup>, no basta fijarse en la expresión de la ley y considerar de la primera especie todos los delitos cuya enunciación se inicia con

1.- Ignacio Villalobos. opus. cit. pag. 279

2.- La tipicidad pag. 53

3.- Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. pag. 438.

4.- Idem. Les denomina propios, especiales o exclusivos. Jiménez Huerta. - común o propios. opus. cit. pag. 54.

las palabras "el que...". Necesítase hacer un cuidadoso examen del tipo para afirmar si el delito puede cometerse por cualquier persona, o sólo por quien contemple una concreta cualidad o se encuentre en una cierta situación.

#### CANTIDAD DE LOS SUJETOS

Por lo que hace a este elemento son requisitos de índole numérico que exige el legislador para que se pueda concretar la norma, tipo o figura delictiva.

Existen dentro del texto legal tipos que exigen un cierto número de sujetos como característica necesaria. V.g.r., la asociación delictuosa, la rebelión etc., y a tales tipos se les denomina plurisubjetivos y monosubjetivos; los tipos plurisubjetivos requieren, para su integración de la conducta, la intervención de dos o más sujetos, no así en los tipos monosubjetivos donde el tipo puede realizarse por un sólo agente. Ejemplo el homicidio.

#### CALIDAD DE LOS OBJETOS

Son características que debe reunir el objeto material sobre el cual recae la conducta y que el legislador exige como tal.

las palabras "el que...". Necesítase hacer un cuidadoso examen del tipo para afirmar si el delito puede cometerse por cualquier persona, o sólo por quien contemple una concreta cualidad o se encuentre en una cierta situación.

#### CANTIDAD DE LOS SUJETOS

Por lo que hace a este elemento son requisitos de índole numérico que exige el legislador para que se pueda concretar la norma, tipo o figura de licitiva.

Existen dentro del texto legal tipos que exigen un cierto número de sujetos como característica necesaria. V.g.r., la asociación delictuosa, la rebelión etc., y a tales tipos se les denomina plurisubjetivos y monosubjetivos; los tipos plurisubjetivos requieren, para su integración de la conducta, la intervención de dos o más sujetos, no así en los tipos monosubjetivos donde el tipo puede realizarse por un sólo agente. Ejemplo el homicidio.

#### CALIDAD DE LOS OBJETOS

Son características que debe reunir el objeto material sobre el cual recae la conducta y que el legislador exige como tal.

## CAPITULO SEGUNDO

### ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

## CONDUCTA

Como hemos manifestado en el capítulo anterior y en forma específica a la conducta como elemento del tipo se dijo que esta es; el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito<sub>1</sub>.

Así mismo aludimos a la definición del delito de acuerdo al código penal para el distrito federal, en su artículo 7 y el cual señala "es la acción u omisión que sancionan las leyes penales"; por lo expuesto, se cree pertinente especificar los conceptos de acción y omisión como formas de -- conducta.

Acción o acto es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación<sub>2</sub>.

Florian<sub>3</sub> señala que la acción es el movimiento de cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible. Antolisei por su parte manifiesta que - "consiste en un movimiento del cuerpo del sujeto<sub>4</sub>. Porte Petit por su parte nos afirma que es la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la - producción de un resultado típico o extra típico y es por ello que da lugar a un "tipo de prohibición<sub>5</sub>".

1.- Ver objetivo 5 cap. I.

2.- Fdo. Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 153.

3.- Idem.

4.- Opus. cit. pag. 165.

5.- Opus. cit. pag. 300.

También es necesario, una vez dado el concepto de acción, hablar de omisión, por tal motivo diremos que este radica en un abstenerse de --- obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar; para Cuello Calón --nos dice Castellanos Tena<sub>6</sub>-- la omisión es una inactividad voluntaria cuando la ley impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para Porte Petit consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición<sub>7</sub>".

Es necesario distinguir dentro de la omisión, la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia y al respecto - Porte Petit manifiesta, "existe... cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva<sub>8</sub>". Al respecto se debe hacer notar que con la acción se hace lo prohibido por la ley en tanto que en la omisión se deja de hacer, lo ordenado expresamente; en los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

En los delitos de omisión simple el tipo se satisface con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno, en cambio en los de comisión por omisión es un resultado material,

6.- Opus. cit. pag. 153.

7.- Opus. cit. pag. 306.

8.- Betsiol considera --nos dice Porte Petit-- como delitos omisivos impropios aquellos en los cuales el resultado es consecuencia de una omisión. - Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. pag. 312.

una mutación en el mundo exterior.

Ahora bien, una vez dada la definición y las formas de conducta sólo resta hablar de los elementos de esta y a saber son:

- 1.- Un hacer o no hacer identificado también como una acción o una omisión.
- 2.- Una voluntariedad (manifestación de voluntad referida a ese hacer o no hacer.
- 3.- Un resultado.
- 4.- Un nexo causal (relación de causalidad) que debe existir entre el hacer o no hacer y el resultado.

En cuanto al primer elemento hemos manifestado con anterioridad las formas de conducta y de acuerdo a ello sólo señalaremos como una indicación mayor que la omisión tiene una subclasificación, la de comisión por omisión y la cual también ha quedado explicada.

En el segundo elemento, de voluntariedad o manifestación de voluntad es necesario precisar que la acción exige, se presente el acto o acción de voluntad y que dicha acción consista en la violación de la norma; también es necesario aclarar que si la acción no es voluntaria existirá ausencia de conducta, es decir, no hay acción y por consiguiente no hay delito. En cuanto a la omisión se refiere, debe existir para que se presente, un acto de voluntad referido a ese no hacer, una conducta inactiva y un deber ordenado por la norma de obrar.

Por lo que hace al resultado como tercer elemento de la conducta ya sea de acción u omisión este debe constituir una figura de delito definida y penada por la ley, es decir, si no concurre esta esencial condición no hay resultado punible<sup>10</sup>.

Antolisei manifiesta que resultado en sentido técnico, es solamente el efecto de la conducta que el derecho toma en consideración en cuanto concierne a su verificación consecuencias de carácter penal.

En lo referente al cuarto elemento es decir el nexa causal que debe existir entre la manifestación del hacer o no hacer, acción u omisión, y resultado, es necesario que la primera se haya verificado y que tenga como consecuencia el segundo.

Ahora bien en relación a este elemento algunos autores señalan que debe de conjugarse con las formas de intención del resultado es decir, con las formas de culpabilidad las cuales son el dolo y la culpa<sup>11</sup>.

10.- Opus. cit. pag. 178.

11.- Antolisei manifiesta "... no siendo suficiente el nexa de causalidad para la responsabilidad penal y siendo necesario el concurso del dolo o de la culpa", opus. cit. pag. 178 y ss. Fernando Castellanos Tena "... para ser un sujeto responsable no basta la comprobación del nexa de causalidad, sino que precisa verificar si actuo con dolo o culpa". Opus. cit. pag. 157. Ha de plantearse el problema de la relación causal en todos los delitos dolosos o culposos... Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. pag. 223.

## LA TIPICIDAD

Para el desarrollo de éste capítulo es pertinente definir en forma -- primaria el concepto de "tipo" y gramaticalmente diremos que significa --- "símbolo representativo de cosa figurada<sup>12</sup>", ahora bien, una vez definido dicho concepto es necesario hacer la comparación de su significado de acuerdo al Derecho Penal para lo cual señalaremos que "tipo" es la creación - legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos legales.<sup>13</sup> Jiménez Huerta por su parte manifiesta que el tipo en acepción trascendente significa "símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia"<sup>14</sup>; si analizamos la definición gramatical con ésta última notaremos en forma primaria existe una similitud salvo que el segundo autor -- es decir Jiménez-Huerta-- agrega en forma jurídica que es "figura principal de alguna cosa ---" y es en forma concreta como lo expone Castellanos Tena la creación o descripción legislativa de una conducta en los preceptos penales.

Ahora bien, una vez definido el concepto de tipo es necesario hablar del tema completo de este capítulo y por lo cual diremos que tipicidad "es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto"<sup>15</sup>, Jiménez Huerta por otro lado manifiesta que ésta "es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez es em

12.- Diccionario Durvan. Ramón Menéndez Pidal, pag. 1207.

13.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 165.

14.- La Tipicidad, pag. 11.

15.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 165.

blema o figura de ella,<sup>16</sup> Beling por su parte señala que la tipicidad "es la adecuación al catálogo y dicho catálogo fué creado dado que la práctica jurídico penal había extendido el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible, y es por ello que del común dominio de la ilicitud fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos (asesinato, -- hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y -- precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas -- formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de los tipos enumerados,<sup>17</sup>".

La tipicidad como elemento del delito es esencial,<sup>18</sup> dado que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad jurídica, y su fundamento legal lo encontramos en la Constitu--- ción Política en su artículo 14 que a saber señala "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".

17.- Opus. cit. pag. 307.

18.- Jiménez Huerta. opus. cit. pag. 4.

## LA ANTIJURIDICIDAD

Hemos hablado en este trabajo de la conducta, en sus diferentes formas: acción, omisión y comisión por omisión, y para que esta sea considerada como delito debe ser contradictoria al Derecho, al ordenamiento jurídico, a las normas del Derecho. Dicha contradicción en forma general podríamos definirla como antijuridicidad ya que el mencionado término --contradicción-- es complejo.

Carrancá define a la antijuridicidad como la oposición a las normas de cultura<sup>19</sup> reconocidas por el estado. Antolisei<sup>20</sup> manifiesta, el delito consiste en la violación de un precepto jurídico penal, su característica principal consiste en el contraste u oposición en el derecho y esta contradicción es generalmente indicada con el término antijuridicidad. Mezger<sup>21</sup> nos señala que una conducta es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho y --agrega-- este se concibe como una ordenación objetiva de vida y el injusto, es decir la lesión de dicho ordenamiento. Petrocelli<sup>22</sup> arguye que es el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ellos establecidos. Por nuestra parte diremos -- que la antijuridicidad se presenta cuando se viola el deber jurídico impli

19.- Normas de cultura consideradas como el deber ser desde un punto de -- vista ético que sólo aspiran a la permanencia pues el hombre puede dejar - de someterse a su imperio. Derecho Penal Mexicano. pag. 209.

20.- Opus. cit. pag. 142.

21.- Tratado de Derecho Penal. t. I. pag. 309.

22.- La antijuridicidad. pag. 13.

cito en la norma. Debemos agregar a estas definiciones o conceptualizaciones la negación o exclusión a dichas conductas y que son denominadas por juristas y leyes como causas de justificación<sup>23</sup>.

Existen discrepancias para determinar si la antijuridicidad es de naturaleza objetiva o subjetiva, algunos autores como Mezger<sup>24</sup>, Cuello Calón<sup>25</sup> y, Porte Petit<sup>26</sup> afirman "una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho", "la antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recaé sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, porque la antijuridicidad tiene carácter objetivo" y "la antijuridicidad es objetiva, y existe cuando una conducta o un hecho viola una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad". A tal situación es pertinente escudriñar sobre la valoración de dicha conducta o acción humana para lograr determinar la ya referida naturaleza del mencionado elemento (la antijuridicidad), y para tal efecto señalaremos que el derecho, no debe, ejercer una función de policía de las intenciones y pensamientos del individuo, es decir, los fines accesorios no deben intervenir en la determinación de la antijuridicidad.

Ahora bien si afirmamos que la antijuridicidad es objetiva debemos -- considerar que esta liga al acto con el estado<sup>27</sup>, es por ello que no es lo

23.- Jiménez de Asúa, opus. cit. pag. 267. Cuello Calón, opus. cit. pag. - 316. Mezger, opus. cit. pag. 338.

24.- Opus. cit. pag. 339.

25.- Opus. cit. pag. 309.

26.- Opus. cit. pag. 486.

27.- Jiménez de Asúa, opus. cit. pag. 280.

antijurídico lo que capta el dolo "sino el deber de no violar las normas", de ello se desprende que de la objetividad de lo antijurídico se deducen - las normas subjetivas (culpabilidad) y las cuales se dirigen al concreto - súbdito del derecho; es decir y como afirman tratadistas alemanes, con frecuencia momentos subjetivos cooperan en la determinación de los límites -- del derecho y del injusto<sup>28</sup>. Agregando que lo objetivo de la conducta puede ser dependiente, en el caso concreto, de momentos subjetivos; tal es el caso de los delitos de intención o de tendencia<sup>29</sup>, como el robo, en donde lo que se lesiona son los intereses jurídicamente protegidos por la ley y los cuales sanciona. Por nuestra parte apoyamos la tendencia objetivista - de lo antijurídico por las razones expresadas y que son piezas indispensables en nuestro derecho penal.

Cabe destacar en esta exposición la tendencia de tratadistas a señalar que la antijuridicidad tiene un doble aspecto: Formal y Material<sup>30</sup>, no significando ello la admisión de dos antijuridicidades una de forma y otra de fondo, es por ello que se requiere conceptualizar cada una de ellas.

La antijuridicidad formal es la conducta opuesta a la norma, la relación de oposición entre el hecho y la norma penal. Transgresión a una norma establecida por el estado<sup>31</sup> de un mandato o una prohibición del orden jurídico.

28.- Considerando el injusto como antijurídico. Mezger. Opus. cit. pag. 347

29.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 310.

30.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 311., Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 277., Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 178.

31.- Idem.

La antijuridicidad material es la conducta contraria a la sociedad, - la lesión de un bien jurídico o en peligro de que sea lesionado<sup>32</sup>. Lesión- o puesta en peligro de determinados intereses vitales<sup>33</sup>. Por tanto, si un- acto es contrario a los intereses, al estado o al orden jurídico consecuen- temente será una lesión o riesgo de un bien jurídico. De ahí que la lesión o riesgo de dicho bien sólo será materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico. La antijuridicidad formal es consecuencia del principio de legalidad dominante en nuestra le- gislación penal teniendo como principio fundamental el artículo 14 consti- tucional y en donde la existencia de hechos dañinos y perjudiciales (anti- juridicidad material) no previstos por la norma penal (tipicidad) sólo po- drá ser causa para la creación de una ley que los sancione y a través del- cual dichos actos podrán ser catalogados como antijurídicos; en síntesis - la antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascenden- cia penal.

32.- Biagio Petrocelli. Opus. cit. pag. 80.

33.- Mezger, toma al interés como la participación de la voluntad en algo. Opus. cit. pag. 399.

### IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es uno de los elementos más discutidos dentro de teoría del delito, en virtud de que los tratadistas no unifican su criterio - sobre su ubicación, hay quienes la consideran como presupuesto del delito, es decir, antes de hablar de conducta, tipicidad etc., debe analizarse si el sujeto es imputable. Otros consideran este elemento como presupuesto de la conducta (Teoría del Libre Albedrío) y que antes de analizar ésta, debe realizarse la inspección o análisis de la imputabilidad. Otros más señalan que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad ya que por ser - esta (la culpabilidad) el elemento subjetivo del delito, es dentro de este elemento, donde debe hacerse el estudio de la imputabilidad por ser su naturaleza relativa al aspecto psíquico del sujeto.

De acuerdo a la Teoría del Libre Albedrío, para ser el individuo responsable --deber jurídico en que se encuentra el sujeto imputable de dar - cuenta a la sociedad por el hecho realizado<sup>34</sup>-- debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu, y ha de elegir libremente, en forma voluntaria.

Jerónimo Montes --nos dice Jiménez de Asúa<sup>35</sup>-- afirma que la imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible - pueda y deba ser atribuido a quién voluntariamente lo ejecutó; como a su -

34.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 219.

35.- La Ley y el Delito, pag. 326.

causa eficiente y libre.

Conforme a los tratadistas que afirman que la imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, esta se refiere a un modo de ser de la gente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos<sup>36</sup>; y agregan, la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal<sup>37</sup>. Otros más señalan, es imputable el que posea al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad<sup>38</sup>.

A pesar de diferentes tendencias acerca de la imputabilidad, no han podido ubicarla; al analizarlo o estudiarlo lo hacen por separado amparados en que, lo realizan por fines didácticos, lo que resulta una aberración total.

Es 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 observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana<sup>39</sup>. Es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del típico penal, que lo capacitan para responder el mismo. Es la capacidad de querer y entender

36.- Quello Calón. Opus. cit. pag. 359.

37.- Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. t.I. pag. 223.

38.- Mezger. Tratado Derecho Penal. t. II. pag. 68

39.- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 223.

en el campo del derecho penal<sup>40</sup>. Por nuestra parte diremos que el elemento en estudio es: la capacidad física y legal que debe tener el agente al momento de realizar la conducta y que debemos entender que dentro de la capacidad física se incluye la capacidad mental.

En lo referente a este elemento, existe el problema del tiempo de la ejecución de la acción para la existencia del mismo. Ya hemos expuesto que para la imputabilidad, es decisivo el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad<sup>41</sup>. Tal problemática existe, si en el momento de -- realizar la conducta el agente en forma voluntaria se coloca en estado de inimputabilidad ejemplo ¿como imputar al sujeto los delitos cometidos en estado de embriaguez, en el que se encuentra en forma voluntaria y deliberada para la ejecución de los mismos?, por tal motivo existe la Teoría de la Acción Libre en su Causa (Actio Liberae In Causa) por virtud de la cual la imputabilidad se transporta al momento en que el sujeto se colocó en estado inimputable, es decir, el sujeto activo en forma consciente y voluntaria para cometer conductas delictivas y encontrarse dentro de las excluyentes de responsabilidad<sup>42</sup>; la solución la encontramos en que para el derecho dichas conductas son imputables, en virtud que, dicha conducta la establece el sujeto en forma decisiva en un momento imputable y como consecuencia le resulte punible. La jurisprudencia en nuestro país señala que los delitos cometidos bajo el influjo de bebidas alcohólicas ingeridas en for-

40.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 218.

41.- Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 336.

42.- Considerados como inimputabilidad no como licitud.

ma voluntaria deben ser considerados por esta razón como motivo de agravación de la pena dentro de los límites legales<sup>43</sup>.

<sup>43</sup>.- Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 67.

## CULPABILIDAD

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y como tal, a des-  
 pertado un sin número de posturas en torno a su estudio, y ello ha dado --  
 surgimiento a diversas corrientes que lo analizan desde puntos de vista di-  
 vergentes. Es por ello que trataremos de exponer en forma sucinta, cada -  
 una de ellas. En primer término tenemos la teoría psicológica, que determi-  
 na este elemento, desde un punto de vista meramente subjetivo. Al conside-  
 rarlo como "el nexo psicológico, que liga al sujeto con su acto", o bien -  
 "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su  
 acto"<sup>44</sup>. Antolisei<sup>45</sup> manifiesta respecto a esta teoría "la culpabilidad es  
 el nexo psíquico entre el agente y el hecho exterior". Para esta corriente  
 la culpabilidad se haya integrada de dos elementos.

1.- Emocional o Volitivo.

2.- Intelectual o Etico.

El primero consiste, en la suma de querer, es decir querer la con-  
 ta, y querer o no el resultado.

El segundo elemento se refiere fundamentalmente a la capacidad de co-  
 nocimiento, que puede tener el sujeto, acerca de lo injusto de su conducta  
 esto es, la posibilidad de conocimiento referida a la ilicitud de su con-  
 ta, o bien el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta<sup>46</sup>.

<sup>44</sup>.- Nos dice Castellanos Tena al referirse al concepto de Porte Petit. --  
 Opus. cit. pag. 232.

<sup>45</sup>.- Aunque no es partidario de esta teoría. Opus. cit. pag. 240

<sup>46</sup>.- Porte Petit. --nos dice Castellanos Tena. opus. cit. pag. 233.--

La segunda corriente es la llamada Normativa, la cual, a la culpabilidad le da un enfoque meramente valorativo<sup>47</sup>, y la conceptualizan como el "conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica", "juicio de reprobación o reproche por una actividad diversa a la debida<sup>48</sup>". Castellanos tena<sup>49</sup> afirma "el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche --es decir--, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada...". Y agrega, la esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatibilidad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse --conforme al deber.

Cabe hacer mención que la valoración a que se ha hecho referencia es de índole jurídico penal y no meramente ético; es preciso, pues reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad<sup>50</sup>.

De ahí que los elementos de la culpabilidad de acuerdo a esta corriente sean:

- 1.- Una situación real dolosa o culposa y
- 2.- Juicio de reproche.

47.- Beling. esquema de Derecho Penal. pag. 30., Mezger. Tratado de Derecho Penal. t. II. pag. 241.

48.- Idem.

49.- Opus. cit. pag. 234.

50.- Mezger. Opus. cit. pag. 48., Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 355.

El primero de ellos consiste en que el agente realice una conducta re vestida de alguno de los grados, formas o especies de la culpabilidad ya - que sí no están estas circunstancias, de hecho, no se podrá dar margen al juicio de reproche.

El segundo elemento, consiste en la posibilidad que tiene el estado - de reclamarle al agente el haberse comportado en forma distinta a aquella - que la misma situación le permitía y le exigía. Ignacio Villalobos<sup>51</sup> mani fiesta "se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponde- rancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidari- dad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disci- plina y las limitaciones impuestas a la expansión individual y todo el cui dado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber- ...".

Existe una tercera corriente denominada, finalista, en donde la culpa bilidad sólo requiere de un juicio desvalorativo o de reproche --para su - existencia-- que se le hace al sujeto y como señala al referirse a la - conducta el dolo y la culpa (formas, grados o especies de la culpabilidad- de acuerdo a las teorías anteriores) así como su clasificación son elemen- tos de la conducta y no de la culpabilidad por ello es, que para esta co- rriente la culpabilidad no tiene grados, formas o especies, sino que, es - una sola, consistente en el juicio de reproche y del cual ya hemos hecho - alusión.

51.- Nos dice Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 236.

Ahora bien es momento, una vez definido el concepto de la culpabilidad, debemos hablar de las formas o especies del mismo, debiendo señalar - que tanto para la corriente psicológica como para la normativa son las mismas que a continuación detallamos: Dolo, Culpa y Preterintencionalidad.

Dichas formas de culpabilidad se presentan, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Para mayor entendimiento debemos clasificar y definir estas formas de culpabilidad tomando en consideración que existe variación en la denominación, apegándonos a la mayormente aceptada.



PRETERINTENCIONALIDAD

El dolo genéricamente consiste fundamentalmente en querer una conducta y un resultado. Carrancá y Trujillo lo define como "un querer algo ilícito, voluntaria e ilícitamente"<sup>52</sup>. Jiménez de Asúa, como "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber con el conocimiento de las circunstancias de hecho y el curso --- esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con la representación del resultado que se quiere o ratifica"<sup>53</sup>. Castellanos Tena<sup>54</sup> nos dice el dolo consiste en "el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".

Dolo Directo.- es aquel en el que el sujeto se representa al resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado<sup>55</sup>. Cuello Calón<sup>56</sup> nos manifiesta, éste se presenta, - "cuando el agente ha provisto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión a los resultados ligados a ella de modo necesario"; por nuestra parte diremos que este se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado y obtiene éste.

52.- Opus. cit. pag. 234.

53.- Opus. cit. pag. 360. y ss. esta definición se apoya en "la producción contraria al deber de un resultado típico y es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá a determinado al autor a emprender la acción, sino cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria".

54.- Opus. cit. pag. 239.

55.- Ídem.

56.- Opus. cit. pag. 375.

Dolo Indirecto.- es aquel en donde el resultado corresponde a lo previsto, pero que no es querido, aunque el sujeto no retrocede ante la posibilidad de que, en efecto, ocurra<sup>57</sup>. Castellanos Tena afirma "se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho<sup>58</sup>". Jiménez de Asúa manifiesta "podemos no desear un resultado pero si lo que queremos se liga a otro efecto, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar éste tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosas que entran así en nuestra intención<sup>59</sup>". Nosotros manifestaremos que éste existe cuando el agente quiere una conducta, quiere un resultado sabe que necesariamente se van a presentar otros resultados que obtiene para así lograr el propuesto.

Es necesario aclarar que algunos autores confunden al señalado dolo indirecto con el dolo eventual e incluso lo denominan indirecto o eventual<sup>60</sup>.

Dolo Eventual.- Jiménez de Asúa<sup>61</sup> expresa, existe dolo eventual cuando se presenta la posibilidad de un resultado que no se desea, pero cuya producción ratifica en última instancia y agrega, el Dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifi

57.- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 237.

58.- Opus. cit. pag. 240.

59.- Opus. cit. pag. 366.

60.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 375.

61.- Opus. cit. pag. 367.

ca la voluntad; para Carrara<sup>62</sup> en el dolo eventual se tiende a lesionar un derecho ajeno y se prevé, además, la posibilidad de lesionar otro más ocasionándose así un daño consecutivo, pero sin la voluntad de causar este último resultado; Castellanos Tena<sup>63</sup> nos dice, existe el dolo eventual cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Así señalaremos en forma particular que, el dolo eventual se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado y existe la posibilidad de que se presenten otros resultados pero actúa con la esperanza de que éstos no se presenten y en caso de presentarse los acepta.

Dolo Indeterminado.- si el agente tiene la intención genérica de delinquir<sup>64</sup>, sin proponerse causar un delito en especial; se presenta cuando el sujeto tiene solamente la idea de delinquir sin importar el resultado.

Por lo que hace a la Culpa se dice que es la ejecución de un acto que debió y pudo ser previsto, y que por falta de ésta en el agente se produce un efecto dañoso y se agrega, existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el re

62.- Nos dice Caranca y Trujillo. Opus. cit. pag. 238.

63.- Opus. cit. pag. 240.

64.- Idem.

sultado antijurídico y sin ratificarlo<sup>65</sup>, Carrancá<sup>66</sup> señala, la culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado. Para Antolisei<sup>67</sup>, la culpa existe cuando el resultado, aunque se haya previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia, imprudencia, o impericia, o bien por inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes o instrucciones; nosotros señalaremos que ésta es la imprudencia, negligencia, impericia, y falta de cuidado con la que se comporta el sujeto y que produce un resultado típico.

Culpa con representación .- existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abraza la esperanza de que no ocurrirá<sup>68</sup>; Cuello Calón, señala que existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales<sup>69</sup>. Antolisei<sup>70</sup>, afirma; existe esta cuando el agente ha previsto el resultado sin haberlo querido; nosotros diremos que se presenta cuando el agente actuando ilícitamente y con imprudencia, negligencia o falta de cuidado prevee la posibilidad de que se presente un resultado típico pero actúa con la esperanza de que éste no surja aceptándolo en caso de que se dé.

Culpa sin representación.- al respecto Antolisei nos dice, esta existe cuando el resultado no ha sido previsto<sup>71</sup>. Jiménez de Asúa nos dice que

65.- Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 372.

66.- Opus. cit. pag. 247.

67.- Opus. cit. pag. 268.

68.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 247.

69.- Opus. cit. pag. 397.

70.- Opus. cit. pag. 277.

71.- Idem.

esta, es la ignorancia de las circunstancias del hecho a pesar de la posibilidad de previsión del resultado<sup>72</sup>; Castellanos Tena señala que esta, es cuando no se prevee un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad en la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible<sup>73</sup>.

Cabe hacer notar la inclusión de algunos autores, de una tercera forma, grado o especie, de la culpabilidad, y a la cual denominan Preterintencionalidad<sup>74</sup>, la cual ha sido definida como, la obtención de un resultado mayor del querido, es decir, aquí, se quiere la conducta, se quiere un resultado determinado y se obtiene uno de mayor magnitud al querido.

Los autores que aceptan la preterintencionalidad, manifiestan, que esta forma de culpabilidad, se inicia Dolosa y termina Culposa, agregando que también la conducta está revestida de un Dolo Directo y el resultado de -- una culpa con representación<sup>75</sup> y que por lo tanto la preterintencionalidad es una amalgama del Dolo y de la Culpa.

Para los autores que no la aceptan como forma de la culpabilidad señalan que esta, o sea, la preterintencionalidad, es una aberración ya que -- una conducta es Dolosa o es Culposa y que por la misma naturaleza de estas dos formas de culpabilidad, por esencia, son excluyentes<sup>76</sup>, y que por ello sólo se puede presentar una de estas, en cualquiera de sus especies y es -

72.- Opus. cit. pag. 378.

73.- Opus. cit. pag. 247.

74.- Castellanos Tena, Opus. cit. pag. 236., Carranca y Trujillo. Opus. -- cit. pag. 239., Cuello Calón. Opus. cit. pag. 404.

75.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 404.

76.- Antolisci. Opus. cit. pag. 284. y ss.

por ello que no es factible aceptar a la preterintencionalidad, como forma de la culpabilidad.

## CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Al referirnos a las condiciones objetivas de punibilidad es necesario aclarar, que estas, han sido objeto de un sin número de críticas ya que la mayoría de los autores<sup>77</sup> las consideran no como elemento esencial del delito, en cuanto a que, raro es el tipo que los exige y que un elemento cuando es considerado como esencial debe presentarse en toda figura delictiva. Otros autores aunados al criterio anterior<sup>78</sup> señalan que es más idóneo hablar de requisitos de procedibilidad, que de condiciones objetivas de punibilidad, en virtud de conceptualizarlas como "los presupuestos procesales<sup>79</sup>" "la concurrencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito e independiente de la voluntad del agente<sup>80</sup>" "aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación<sup>81</sup>".

Nosotros diremos que, estas consisten en aquellos requisitos que deben cumplirse aparte de los elementos del tipo para que sea operante la punibilidad; lo mismo sucede con los requisitos de procedibilidad ya que mientras estos no se presenten, no será factible la aplicación de sanción al

77.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 270., Cuello Calón. Opus. cit. pag. 524.

78.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. misma pag., Jiménez de Asúa. -- Opus. cit. pag. 425., Antolisei. Opus. cit. pag. 536.

79.- Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 425.

80.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 522.

81.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 271., Antolisei señala que estos corresponden en algunos casos excepcionales en los que el delito, -- aún siendo perfecto, no es sometido a pena si no se verifica un determinado acontecimiento futuro e incierto. Opus. cit. pag. 534.

guna. V. gr. la querrela del ofendido o querrela necesaria<sup>82</sup> en el delito de estupro. Así mismo y aunados al criterio que niega a las condiciones objetivas de punibilidad el carácter de elemento esencial del delito, se estima que debe hablarse de requisitos de procedibilidad.

<sup>82</sup>- Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 179.

## PUNIBILIDAD.

De forma idéntica a lo acontecido en el punto anterior, la punibilidad, a sido considerada, no como elemento del delito<sup>83</sup> sino también como consecuencia del mismo, esto es, que tiene autonomía propia aún cuando no surja de éste el efecto que ordinariamente se deriva de él; es decir la aplicabilidad de la pena<sup>84</sup>. De una u otra forma la punibilidad se define como "la posibilidad jurídica de imponer la aplicabilidad de la pena<sup>85</sup>", por nuestra parte diremos que es la amenaza que existe por parte de la ley de imponer una sanción a quienes violen el deber jurídico implícito en la norma.

Así mismo señalaremos que esta amenaza se halla normalmente establecida con un mínimo y un máximo, para que dentro de estos límites el juzgador a su libre arbitrio, concrete la pena; a mayor abundamiento para cada --clase de delito establece la ley, una pena, de tal modo firme que en principio solamente es aplicable la "pena legal contenida en la correspondiente disposición<sup>86</sup>". V. gr. artículo 260 in fine "...será de uno --mínimo--- a cuatro años --máximo---". Referente a la penalidad del delito de atentados al pudor<sup>87</sup>.

83.- Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. t. I. --- pag. 215., Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 270., Cuello Calón - comenta, "la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad". Opus. cit. pag. 522.

84.- Antolisei. Opus. cit. pag. 532.

85.- Idem.

86.- Mezger. Opus. cit. pag. 128.

87.- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 509.

## AUSENCIA DE CONDUCTA.

Hemos visto en el inicio de éste capítulo la descripción de la conducta como elemento positivo del delito es menester ahora analizar la presencia del aspecto negativo de cada uno de los elementos de toda figura delictiva; empezaremos con la ausencia de conducta aludiendo, que esta se presenta o entraña en la actividad y la inactividad no voluntarias, esto es, abarca la ausencia de acción o de omisión.

Existen diversas opiniones relativas al encuadramiento de este elemento y a saber son:

- a).- Los que señalan la presencia innegable de la ausencia de conducta;
- b).- Los que incluyen casos que para otros son hipótesis de inimputabilidad.

Ahora bien es menester manifestar que el elemento en estudio constituye impedimentos<sup>88</sup> en la formación de la figura delictiva, por ser la actuación (voluntad) humana positiva o negativa la base indispensable del delito y consecuencia lógica del mismo como aspecto negativo.

Para los que creen que constituye causas de inimputabilidad es pertinente aclarar, a juicio personal, que en el apartado relativo a la inimputabilidad se conceptualizó ésta como la capacidad de entender y querer... y se dijo también que sólo ésta capacidad se manifiesta a través de la vo-

<sup>88</sup>.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 162.

luntad consciente --solamente encontrada en el hombre-- y al hablar de voluntad consciente su ausencia constituiría ausencia de conducta en tanto que la inimputabilidad es el impedimento en la capacidad o desarrollo mental y que independientemente de este impedimento existe la voluntad de la conducta.

Es por ello que nosotros nos vamos a referir en este capítulo en forma genérica, a las formas de presentarse la ausencia de conducta, y a saber son:

Vis Absoluta.- esta se presenta cuando el sujeto realiza una conducta (hacer, no hacer) a través de una violencia física, humana e irresistible; esto es, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su conducta es involuntaria<sup>89</sup>.

Es pertinente hablar de la conminación a la conducta a través de la violencia física, humana e irresistible por la que debe atravesar el activo; para lo que manifestaremos:

Debe ser física es decir material, la cual, debe constreñir al sujeto a actuar contra su voluntad, es decir derivada del hombre --verse forzado de hecho-- así mismo, debe ser irresistible cuando el sujeto que la sufre, no la puede dominar, es decir, al punto de que supere la suya propia de resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta para actuar con autonomía<sup>90</sup>.

89.- Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. t. - I. pag. 406.

90.- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 51., Porte Petit, utiliza la palabra autodeterminarse. Opus. cit. pag. 415.

Vis Maior.- al igual que la vis absoluta, la vis maior se presenta, cuando el sujeto realiza su conducta --acción u omisión -- a través o producto de una fuerza física, irresistible pero, subhumana<sup>91</sup>, es decir la procedencia de esa fuerza física irresistible proviene de la naturaleza<sup>92</sup> o de los animales<sup>93</sup>.

Movimientos Reflejos.- son movimientos corporales involuntarios a través de los cuales se produce la conducta, y al ser involuntarios dichos movimientos, dan paso a la ausencia de conducta.

Así mismo, es necesario que el sujeto, no pueda controlarlos o por lo menos retardarlos para que funcionen como factores negativos del delito.

Sueño.- es necesario --creemos-- definir gramaticalmente al sueño y diremos, es el estado de inercia, de inactividad, acto de dormir, es decir permanecer sin movimiento; es por ello que el sujeto -realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las -- fuerzas inhibitorias<sup>94</sup>.

Sonambulismo.- al igual que en el apartado anterior, definiremos gramaticalmente a éste último y para lo cual manifestaremos; son los movimientos automáticos que se producen durante el sueño<sup>95</sup> y definiremos también al sonámbulo, el cual es la persona que durante el sueño se levanta, anda y habla (sic), por lo que se dice que en el sonambulismo

91.- Porte Petit. Opus. cit. pag. 416.

92.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 163.

93.- Porte Petit. Opus. cit. Pag. 417.

94.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 164.

95.- Miguel Del Toro y Gisbert. Pequeño Larousse Ilustrado. pag. 955.

mo si existe conducta, más basta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos<sup>96</sup>. En el sonámbulo falta la conciencia de sus actos<sup>97</sup>.

Hipnotismo.- gramaticalmente diremos que, es el conjunto de fenómenos que constituyen el sueño artificial provocado en el activo que ejecuta la conducta (acción u omisión) delictuosa por voluntad de otro agente --sugestionador<sup>98</sup>-- y como consecuencia, el agente no tiene la voluntad hacia ese hacer o no hacer, por lo tanto existe la ausencia de conducta.

Es pertinente aclarar que cuando el agente prevee el sueño, sonambulismo e hipnotismo y consiente en entregarse a cualesquier de estas formas dará origen a la existencia del delito con la responsabilidad respectiva.

96.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 164.

97.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 454.

98.- Idem. pag. 455.

## ATIPICIDAD.

En forma lisa y llana diremos el concepto de atipicidad: es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo<sup>99</sup>; ahora bien si el tipo contiene uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descritos por la norma, pudiéndose dar el caso, de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que él mismo requiere; - tal es el caso de la falta de los medios de comisión en el delito de estupro en donde este deberá ser, el engaño. Cabe hacer notar que a falta de alguno de los elementos generales del tipo se estará en presencia de una atipicidad absoluta en cambio cuando falte la concretización de alguno de los elementos especiales del tipo, deberá atenderse a la naturaleza del mismo, para ver si se presenta una atipicidad absoluta o bien una atipicidad relativa, donde, deberá haber como consecuencia una traslación del tipo. V. gr. falta de la relación de parentesco exigida por el tipo de parricidio, dándose un homicidio.

<sup>99</sup>.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 172.

## CAUSAS DE LICITUD.

Causas de licitud o causas de justificación<sup>100</sup> también conocidas como-excluyentes de responsabilidad según nuestro código penal, son las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo-legal y se presenta, cuando el agente obra en condiciones normales de impu- tabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por- ser justo, ajustado al derecho<sup>101</sup>; esto es, en donde los actos u omisiones que revisten aspecto de delito, o figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, - que es el elemento más importante del delito<sup>102</sup>.

Encontramos también que tanto en nuestra legislación como los teóri- cos señalan, como causas de licitud o justificación las siguientes:

- a).- Legítima Defensa;
- b).- Estado de Necesidad;
- c).- Ejercicio de un Derecho o cumplimiento de - un deber;
- d).- Impedimento Legítimo;
- e).- Obediencia Jerárquica.

Esta última considerada por algunos autores como causa de licitud o - justificación y por otros como causa de inculpabilidad y otros más, que le

100.- Antolisei. Opus. cit. pag. 200.

101.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 316.

102.- Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. 284.

dan un doble aspecto en considerarla tanto como causa de licitud y como -- causa de inculpabilidad; como quiera que sea la analizaremos en este apartado, en virtud de ser éste trabajo un conjunto de ideas de varios teóricos.

Legítima Defensa.- Ésta --nos dice Ouello Ca--- lón<sup>103</sup>-- es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o imminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor. Para la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro País --nos dice Porte Petit<sup>104</sup>-- la legítima defensa, es la necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual dirigido contra el que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico. Así mismo para este autor es el contraataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o imminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, -- aún cuando haya sido provocada insuficientemente; Jiménez de Asúa<sup>105</sup> por su parte, nos señala, es la repulsa de la agresión, ilegítima, actual o imminente, por el atacado, o terceras personas, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.

Nuestro Código Penal la define de conformidad con la fracción tercera del artículo 15<sup>106</sup> como "repeler el acusado una agresión real, actual o in

103.- Opus. cit. pag. 317.

104.- Opus. cit. pag. 501.

105.- Opus. cit. pag. 289.

106.- Código Penal Anotado. Carrancá y Trujillo. pag. 58.

minente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, -- siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie -- provocación suficiente inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende...".

Ahora bien una vez definida la legítima defensa hablaremos de su fundamento, que aunque divergente para los estudiosos del derecho, trataremos en forma somera de exponer.

Para los clásicos su fundamento de la legítima defensa es la necesidad<sub>107</sub>, necesidad ésta en que se encuentra el agredido de ejercitar una función pública, en virtud que el estado se encuentra en imposibilidad momentánea de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado<sub>108</sub>, o por encontrarse el estado en la imposibilidad de intervenir tempestivamente, existiendo una delegación del poder de policía por razones de necesidad<sub>109</sub>.

Los positivistas, fundamentan a la legítima defensa, en virtud de que el agente muestra su temibilidad<sub>110</sub> al atacar injustamente, y todo cuanto se haga por rechazarlo será lícito, en acto de justicia social.

Para otros la legítima defensa se fundamenta en la preponderancia de intereses, toda vez que la legítima defensa -- reacción-- está autorizada por el ordenamiento jurídico debido a que el ataque del agresor es indis-

107.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 317., Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 190.

108.- Idem.

109.- Manzini -- nos dice Antolisei-- Opus. cit. pag. 217.

110.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 318., Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 190 y ss.

pensable para salvar el interés del agredido y, es preferible el bien jurídico que el interés bastardo del agresor<sup>111</sup>.

Una vez dada la conceptualización y fundamentación de la legítima defensa es necesario hablar de los elementos y características integrantes de la misma y al hacerlo vertiremos las diferentes posiciones de los estudiosos de esta rama del derecho.

Antolisei<sup>112</sup>, Quello Calón<sup>113</sup> y Jiménez de Asúa<sup>114</sup> están de acuerdo en denominar a los elementos de la legítima defensa en: una agresión y una defensa o repulsa; y a los cuales integran ciertas características que deben contener las mismas y que en forma esquemática son:

Antolisei:

- |          |  |
|----------|--|
|          | a).- Ser Contra un Derecho (bien jurídico) |
| AGRESION | b).- Injusta                               |
|          | c).- Peligro Actual                        |
|          | a).- Necesaria                             |
| DEFENSA  | b).- Proporcionada                         |

III.- Antolisei. Opus. cit. pag. 217., Jiménez de Asúa. Opus. cit. pag. -- 290., Ignacio Villalobos también es partidario de este fundamento dado que se da preeminencia al bien social sobre el de un particular que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar un vida o bien concreto, cuando una u otra han sido comprometidas por su titular, nos dice Castellanos Tena y seguidor de esta postura

112.- Opus. cit. pag. 218 y ss.

113.- Opus. cit. pag. 318 y ss.

114.- Opus. cit. pag. 293 y ss.

Cuello Calón:

- |          |  |
|----------|--|
|          | a).- Contra Intereses Jurídicamente Protegidos |
| AGRESION | b).- Actual o Inminente                        |
|          | c).- Ilegítima                                 |
|          | a).- Necesaria                                 |
| DEFENSA  | b).- Proporcionada                             |

Jiménez de Asúa:

- |          |                                   |
|----------|-----------------------------------|
|          | a).- Ser Tal (sic)                |
| AGRESION | b).- Proveniente de Actos Humanos |
|          | c).- Actual e Inminente           |
|          | d).- Ilegítima                    |
|          | a).- Animo de Defensa             |
| DEFENSA  | b).- Necesaria                    |
|          | c).- Proporcionada                |

Dicho lo anterior, también, es necesario dejar plasmadas las características o elementos que integran a la legítima defensa en la fracción III del artículo 15 del Código Penal, lo cual haremos en forma sistemática como lo asevera Carrancá y Trujillo<sup>115</sup>.

Existencia de una agresión, que ha de ser actual, violenta, sin dere-

cho y de la que resulte un peligro inminente;

Que esté dirigida dicha agresión contra una persona o sus bienes jurídicos;

Que sea rechazada la misma agresión por el agredido o por un tercero;

Que el agredido no haya dado causa inmediata o suficiente para la agresión; y

Que no haya previsto la agresión o podido fácilmente evitarla por otros medios legales.

Es de notarse la similitud en las opiniones de los estudiosos y pertinente también, aludir a todos y cada uno de los puntos específicos de acuerdo a su significado en el ámbito del Derecho Penal.

Actual.- es lo presente; la agresión ha de ser presente, el rechazo a que da lugar, contemporáneo de ella<sup>116</sup>. No cabe defensa contra ataques pasados, pues en su lugar existiría una venganza, así como tampoco existe -- contra actos futuros en virtud, de tener el agredido la posibilidad de invocar eficazmente la protección del estado<sup>117</sup>.

Violenta.- Implica fuerza, ímpetu<sup>118</sup>, es decir, toda agresión contiene subsumida la idea de violencia, se requiere por tanto, el ímpetu lesivo del agresor.

Sin Derecho o Injusta.- el agresor no ha de tener ningún fundamento jurídico para atacar; por lo que si la agresión es justa, la reacción de--

116.- Idem pag. 84.

117.- Antolisei. Opus. cit. pag. 219.

118.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 192.

fensiva no puede quedar legalmente amparada.

Peligro Inminente.- riesgo que amenaza o está por suceder prontamente. al respecto existe jurisprudencia --nos dice Carranca y Trujillo-- en la cual se describe en forma precisa para el derecho penal lo referente a inminente y alude "la palabra inminente equivale a amenaza por lo que basta que exista la amenaza y que ésta pueda cumplirse prontamente para que exista la inminencia que la ley exige" (S. C. J., t. XXV. pag. 1827)<sup>119</sup>. Y por tanto es factible que el daño se realice.

Necesaria.- equivale a decir que no hay otro medio de evitar el mal que amenaza<sup>120</sup> es decir, la imposibilidad de elegir entre varias soluciones y de actuar diversamente<sup>121</sup>; la necesidad no debe valorarse en abstracto, sino en concreto, habida cuenta de todas las circunstancias del caso individual, dado que dicha necesidad no debe ser apreciada como la juzgarían los hombres alejados del peligro; en sentido afirmativo a lo señalado existe en nuestro país la jurisprudencia "cuando la ley habla de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, el elemento racional a que se refiere impone la necesidad al juzgador de no ser demasiado severo al juzgar de él, debiendo bastar que, examinados el caso y las circunstancias haya podido creerse racionalmente que la defensa era precisa y los medios adecuados, porque no puede suponerse que en la situación en que se hallaba el acometido tuviera la suficiente tranquilidad de espíritu para hacer los

119.- Código Penal Anotado. pag. 86.

120.- Cuello Calén. Opus. cit. pag. 320.

121.- Antolisei. Opus. cit. pag. 220.

razonamientos y cálculos que se ocurrirían en la fría tranquilidad de su gabinete" (A. J., t. I. pag. 84; t. IX. pag. 240.)<sup>122</sup>.

Proporcional.- es la disposición o correspondencia entre las cosas, - aplicable dicha definición gramatical al campo del derecho penal en donde dicha defensa debe corresponder al ataque del agente; toda vez que la provocación del mismo debe ser correspondida en idéntica manera por el agredido; dicha correspondencia o proporción<sup>123</sup> no debe ser entendida en sentido demasiado absoluto.

Quando falta la provocación suficiente hacia el --supuesto--agredido, aparece, el llamado exceso de la legítima defensa, mismo que debe ser analizado por el juzgador en virtud de las circunstancias subjetivas del agredido --agresor en éste caso--, a mayor abundamiento haremos alusión a la jurisprudencia --señalada por Carrancá y Trujillo<sup>124</sup>-- "como las agresiones contra el honor se realizan por el empleo de procedimientos no físicos sino morales, el juzgador está en la imposibilidad de encontrar un criterio mesurado de la proporcionalidad de la reacción de defensa; en otras palabras, no es posible encontrar un medio o medida aplicable a situaciones heterogéneas --de naturaleza diferente--, como son; en consecuencia no es posible establecer un criterio de exceso en la legítima defensa, tanto más si se observa que el agente de la defensa, en el momento que la realiza no se encuentra en la situación de calma para prever el daño causado por su-

122.- Código Penal Anotado. pag. 88.

123.- Antolisci. Opus. cit. pag. 222.

124.- Código Penal Anotado. pag. 89.

procedimientos defensivo. (A. J. t. II, pag. 487)".

Estado de necesidad.- éste se haya definido por diversos autores a -- los cuales haremos referencia; en primer plano Cuello Calón<sup>125</sup>, el cual manifiesta que éste es una situación de peligro actual o inminente para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la le--sión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra -- persona. Jiménez de Asúa<sup>126</sup>, señala, es una causa de justificación basada en el principio de salvaguardar el bien de valor mayor, el interés preponderante; Porte Petit<sup>127</sup>, agrega, estamos frente a un estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien amparado igualmente por la ley. Para Von List --nos dice Castellanos Tena<sup>128</sup>-- es una situación de peligro actual - para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Para el Derecho Penal en nuestro país este se haya regulado por la -- fracción cuarta del artículo 15 del ordenamiento de la materia, y el cual consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno. Por nuestra parte diremos y en base a la doctrina que el estado de necesidad se presenta cuando el agente ante la inminencia de perder un bien que se halla amenazado sacrifica a otro que debe ser necesariamente - de menor jerarquía ya que si es de superior jerarquía no existirá como cau

<sup>125</sup>- Derecho Penal Parte General. pag. 342.

<sup>126</sup>- Opus. cit. pag. 306.

<sup>127</sup>- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pag. 539.

<sup>128</sup>- Opus. cit. pag. 203.

sa de justificación.

Es preciso señalar el fundamento del estado de necesidad, para lo --- cual el mismo Castellanos Tena<sup>129</sup>, nos señala la existencia de diversas -- opiniones, mismas que en forma suscinta expondremos.

Visto desde un punto de vista objetivo se dice que dicho fundamento - no puede ser otro sino el valor preponderante que , dentro de la jerarquía de bienes en colisión, tiene el salvado en relación con el sacrificado<sup>130</sup>. Para Antolisei<sup>131</sup> y siguiendo con este criterio, nos señala que el funda- mento del estado de necesidad puede encontrarse en la falta de daño social y esta ausencia se ofrece con evidencia cuando el bien sacrificado tiene - un valor menor del que se salva --y agrega-- pero se manifiesta también -- cuando los dos bienes tienen el mismo valor, dado que la acción de la per- sona en peligro no empeora en tal caso la situación, respecto a la comuni- dad social. es, por tanto, bien natural y lógico que el estado permanezca- indiferente respecto al conflicto de intereses. Existe también el punto de vista subjetivo donde Filanjieri<sup>132</sup> estima que el problema se reduce a con- siderar la acción humana como un proceder motivado por la violencia moral, pues el sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir ba- jo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevenir;- entre ese mal o lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas. Los seguidores de esta posición entre ellos Mayer --

129.- Idem.

130.- Dentro de esta postura encontramos a Porte Petit, Jiménez de Asúa, -- Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 204.

131.- Opus. cit. pag. 224.

132.- Señala Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 204 y ss.

--nos dice Jiménez de Asúa-- incluyen al estado de necesidad como una causa de inculpabilidad. Jiménez de Asúa mismo es partidario de dicha postura sólo que se manifiesta contradictorio en virtud de afirmar a su vez que el elemento en estudio (estado de necesidad) es una causa de justificación<sup>133</sup>.

Es necesario hablar de los elementos del estado de necesidad para posteriormente hacer la diferenciación con la legítima defensa por lo que señalaremos; para Antolisei<sup>134</sup> dichos elementos afectan, unos, la situación de peligro, mientras otros conciernen a la acción lesiva; y a saber son:

- |                      |   |
|----------------------|---|
| SITUACION DE PELIGRO | <ul style="list-style-type: none"> <li>a).- Peligro Actual;</li> <li>b).- Daño Grave para la persona;</li> <li>c).- No sea causada voluntariamente por el agente;</li> <li>d).- No tenga deber particular de exponerse al peligro.</li> </ul> |
| ACCION LESIVA        | <ul style="list-style-type: none"> <li>a).- Absolutamente necesaria para salvarse;</li> <li>b).- Proporcionada al peligro;</li> <li>c).- Constreñimiento Psíquico.</li> </ul>   |

<sup>133</sup>.- Postura contradictoria por parte de Jiménez de Asúa ya que se menciona anteriormente la afirmación que hace en su texto en la pag. 306, y en lo referente a la inculpabilidad en la pag. 308.

<sup>134</sup>.- Opus. cit. pag. 225 y ss.

Para Cuello Calón<sup>135</sup>, los requisitos de dicho elemento son:

- a).- Amenaza de un mal o peligro grave y actual o inminente;
- b).- Injusto;
- c).- Imposibilidad de evitar el mal por otro medio;
- d).- No haya dado el necesitado lugar con su conducta.

Jiménez de Asúa<sup>136</sup> señala:

- a).- Peligro grave o inminente;
- b).- No causado intencionalmente;
- c).- Inevitabilidad y proporción.

Castellanos Tena<sup>137</sup> agrega:

- a).- Situación de peligro, real, grave e inminente;
- b).- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- c).- Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad;
- d).- Ausencia de otro medio practicable y menosperjudicial.

<sup>135</sup>- Opus. cit. pag. 346.

<sup>136</sup>- Opus. cit. pag. 311.

<sup>137</sup>- Los señala en base a la fracción IV del art. 15 del Código Penal.

Hemos hablado en la legítima defensa de actual, violento, sin derecho o injusto, peligro inminente, necesario y proporcional como requisitos de la misma y los cuales son aplicables al estado de necesidad por lo que sólo resta hablar de;

Daño Grave para la persona.- según algunos autores, por daño para la persona sólo debe entenderse el daño para la vida o la integridad física, pero la limitación no está justificada por ningún motivo atendible. También los bienes, la propia persona, o la persona y bienes de otro de acuerdo al texto legal, en nuestra legislación lo considera en su fracción IV del art. 15, son preservados mediante hechos que normalmente constituyen delito; es decir no basta sólo la persona (físicamente hablando) sino también los bienes de la libertad moral, inviolabilidad sexual, del pudor y del honor.

No Sea Causado Voluntariamente por el Agente.- para que la situación de peligro se considere causada voluntariamente por el agente, basta que haya sido determinada con una acción voluntaria consciente, y que además este haya sido querido.

Constreñimiento Psíquico.- se verifica cuando un individuo es inducido por otro para realizar u omitir una determinada acción bajo el impulso de una amenaza.

Una vez explicados los requisitos del estado de necesidad sólo nos resta hablar de las diferencias que existen con la legítima defensa y las cuales haremos notar en forma esquemática y comparativa y a saber son:

Para Carrancá y Trujillo --nos dice Castellanos Tena-- son;

## LEGITIMA DEFENSA

- \* Reacción contra el contra-ataque<sup>138</sup>.
- \* Lesión sobre bienes de un injusto agresor.

Castellanos Tena por su parte nos manifiesta<sup>139</sup>;

- \* Existe agresión.
- \* Crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (defensa, reacción o contra-ataque).

Jiménez de Asúa agrega<sup>140</sup>;

- \* El conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor y el bien jurídicamente protegido del atacado.

## ESTADO DE NECESIDAD

- \* Acción o ataque.
- \* Lesión sobre bienes de un inocente.

- \* Ausencia de agresión.
- \* No existe lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

- \* El conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes.

Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.- esta excluyente se presenta cuando el agente causa un daño en ejercicio de un derecho que le concede ya sea la ley o un mandamiento judicial y lo mismo ocurre cuando  
 138.- De la misma manera le denominó Carrara y Moriaud --nos dice Jiménez de Asúa, Opus. cit. pag. 303.--  
 139.- Opus. cit. pag. 205.  
 140.- Opus. cit. pag. 303.

do se acata lo previsto por una norma o por un mandamiento judicial. La conducta que se ampara en un derecho consagrado en la ley o el deber consignado en la misma para ser cumplido no pueden ser antijurídicos en virtud, primero, de si esta amparada por la ley es una afirmación de la misma, segundo, si se cumple, también da lugar a la existencia de dicha afirmación de la ley.

El ejercicio de un derecho para que esté amparado en la ley, debe ser ejecutado en la vía que la misma ley autorice y en, la expresión le quedan comprendidas no sólo todo ordenamiento jurídico procedente del poder legislativo conforme a sus facultades constitucionales, sino también toda disposición legifernate (sic) del poder administrativo<sup>141</sup>.

En el cumplimiento de un deber puede estar éste configurado en la ley taxativamente o puede derivar de la función amparada en la ley, pues el que está obligado a cumplir un deber legal, ha de contar con los medios de su prudente arbitrio cuando la ley no los fije ni los prohíba; al respecto la jurisprudencia señala; "esta excluyente de justificación comprende la realización de todos aquellos medios, inclusive los violentos, que son racionalmente necesarios para dar satisfacción al fin expresado por la ley y sólo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado" (S. C., sexta época, segunda parte, t. XIII, pag, 53.).

141.- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 97.

Ahora bien, es menester aclarar que deber no tiene un sentido ético, el texto legal no se refiere a deberes morales o religiosos, sino deberes impuestos por la ley<sup>142</sup>, según su propia terminología en la frac. V del art. 15 del Código Penal y robustecido con la finalidad expresada por los legisladores de acuerdo a la jurisprudencia antes señalada.

En la ley encontramos conductas tipificadas en relación al ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, tal es el caso del artículo 228 frac. II del ordenamiento penal que manifiesta; II. "Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos". Toda vez que los ayudantes o auxiliares o practicantes no son penalmente responsables, porque al obrar en cumplimiento del deber de ejecutar lo mandado por quien, siendo además un profesionalista, es el sujeto activo del delito<sup>143</sup>; a mayor abundamiento lo prescrito en el capítulo relativo a las injurias y difamación y en forma específica en la frac. II del art. 352 del Código Penal que alude; II.- "al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público...".

Impedimento legítimo.- esta excluyente se encuadra en la fracción -- VIII del artículo 15 que a saber señala "Contravenir lo dispuesto por una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo" y esta opera cuando el sujeto teniendo la obligación de ejecutar un acto,

<sup>143</sup>- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 452.

se abstiene de obrar<sup>144</sup>; Carrancá<sup>145</sup> agrega el impedimento que nace de la ley y es por ello mismo irrecusable o sea insuperable. Por nuestra parte diremos que esta eximente se presenta cuando el agente ya sea por una disposición legal, judicial o física se haya imposibilitado para realizar la conducta que otro precepto legal le está ordenando.

Es necesario asentar que de conformidad por lo dispuesto en el fundamento legal del impedimento legítimo, éste sólo se presenta en los delitos de omisión simple o comisión por omisión en virtud de señalar concretamente y en cuanto a la semántica del mismo precepto "...dejan de hacer..." esto es, impide la actuación de una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

Obediencia jerárquica.- encontramos su fundamento en la fracción VII del art. 15 del ordenamiento penal y que como se dijo anteriormente existen criterios discrepantes para encuadrarla en la teoría del delito, en virtud, de posturas por un lado en favor de las causas de justificación o licitud y otros, en favor de la inculpabilidad, como quiera que sea, nosotros haremos la exposición de ésta sin dejar de hacer la diferenciación entre una y otra posición y para lo cual señalaremos; dicha excluyente se presenta cuando la conducta es ejecutada por el subordinado a través de una orden y el mandato u orden sea legítimo, así mismo, el subordinado -- obre conforme a los deberes que la ley le impone<sup>146</sup>; que dicha excluyente surge cuando el inferior acata una orden legítima proveniente de un supe-

144.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 215.

145. Código Penal Anotado. pag. 99.

146.- Cuello Calón. Derecho Penal. Opus. cit. pag. 338.

rrior legítimo; ahora bien, para que la obediencia jerárquica sea considerada como causa de licitud o justificación se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

a.- Que la jerarquía sea legítima<sup>147</sup> es decir, que exista una relación jerárquica entre el superior y el subordinado, así como una habitualidad en sus relaciones y;

b.- Que haya surgido de acuerdo con las formas prescritas por la ley<sup>148</sup> es decir, que el mandato ofrezca a lo menos apariencia de licitud esto es, que el mandato ofrezca o reúna los requisitos externos de legalidad.

Así mismo es menester analizar en la obediencia jerárquica, considerada como causa de justificación, el grado de subordinación, cultura, contenido de la orden, situación en que fué dada toda vez que dicha jerarquía sólo tiene valor con los miembros del ejército, ya que, la espiritual, la política, la familiar etc., no tienen valor justificante<sup>149</sup>, en virtud de que, cuando el subordinado no tiene o carece del poder de discernir la ilicitud del mandato y, éste la ejecuta creyendo haber actuado lícitamente, éste se encontrará dentro de la excluyente en estudio y será responsable penalmente el superior que dió la orden, y para dar mayor solidez a lo antes dicho nos remontaremos al fundamento señalado como suyo-

<sup>147</sup>- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 98., Cuello Calón.- Opus. cit. pag. 240.

<sup>148</sup>- Antolisei --partidario de ésta como causa de justificación o licitud. Opus. cit. pag. 205.

<sup>149</sup>- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. misma pag.

--la fracción VII del citado art. 15 del Código Penal-- que en forma precisa manifiesta; "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocia".

Sólo nos resta hablar de la descripción de la obediencia jerárquica de conformidad con la postura que la considera como causa de inculpabilidad y señalaremos tal, asiendo alusión al conocimiento que el subordinado tenga de la orden notoriamente ilícita o bien tenga el poder de discernir acerca de la misma o si conociendo la ilicitud es decir la ilegitimidad, debe en consecuencia abstenerse de cumplir el mandato para encuadrarse en el ámbito de causa de inculpabilidad; ahora, si conociendo la ilicitud --del mandato o siendo manifiesta dicha ilicitud y pudiendo rehusarse a obedecerlo --Antolisei nos señala, que el deber cosa frente a la manifiesta delictuosidad<sup>150</sup>--, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpabilidad<sup>151</sup>. Quello Calón<sup>152</sup> manifiesta; si --desconociendo la ilicitud de la orden dada la ejecutaré creyendo de buena fé en su licitud, no incurrirá en responsabilidad criminal, se halla en una situación de error de hecho que excluye el dolo y la criminalidad de su conducta (culpabilidad). Si el error fuera imputable a culpa, podrá --responder de un delito culposo. A contrario sensu, si el subordinado conociendo el carácter ilegítimo de la orden, la obedece, será responsable --

150.- Opus. cit. pag. 206.

151.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 250.

152.- Opus. cit. pag. 338.

criminal del hecho realizado; apoya esta postura al señalar la jurisprudencia "cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique a ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal..." (S. C., jurisprud. def., 5a. época, num. 193) , a mayor abundamiento "en los delitos culposos por su propia naturaleza la conducta inicial debe de ser lícita, luego la excluyente de obediencia jerárquica sólo puede configurarse tratándose de culpabilidad dolosa" (S. C., tesis relacionada, 6a. época, 2a. parte, t. V. pag. 99).

## INIMPUTABILIDAD.

Ya hemos manifestado anteriormente que para algunos autores el elemento positivo de imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, y como consecuencia para estos autores la inimputabilidad será presupuesto de la inculpabilidad,<sup>153</sup> por lo que hace a otros autores la consideran autónoma<sup>154</sup>; por nuestra parte haremos un estudio g nerico de ella para lo cual - manifestaremos: la inimputabilidad se presenta cuando el agente carece de capacidad de conocer y de querer<sup>155</sup>. Así mismo Castellanos Tena nos señala que son causas capaces de anular o neutralizar, el desarrollo de la salud mental, en cuyo caso el sujeto desconoce la aptitud psicológica para la delictuosidad,<sup>156</sup>. La falta de desarrollo y salud de la mente, --nos dice Jiménez de Asda-- así como los trastornos pasajeros de las facultades-mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad del conocer y --del deber<sup>157</sup>. Por nuestra parte diremos que se presenta cuando al momento de realizar la conducta, el sujeto no reúne los mínimos de capacidad fisica o capacidad legal. Los autores señalan como causas de inimputabilidad las siguientes:

- a.- La minoria de edad;
- b.- La enfermedad mental;

153.- Mezger. Opus. cit. pag. 305.  
 154.- Antolisei. Opus. cit. pag. 444.  
 155.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 407.  
 156.- Opus. cit. pag. 223.  
 157.- Opus. cit. pag. 339.

- c.- La sordomudez;
- d.- La embriaguez;
- e.- La acción de estupefacientes.

Cuello Calón<sup>158</sup> agrega el sonambulismo, el cual puede ser provocado y suele denominarse hipnotismo; mismos que señalamos y consideramos en el apartado referente a la ausencia de conducta, en virtud de haber falta de conciencia es decir, el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia como se dejó anotado en el apartado específico.

Una vez dicho lo anterior es menester dejar anotado los puntos específicos de la inimputabilidad y que a saber son:

a.- Minoría de edad.- la minoría de edad se contemplaba en nuestra legislación en su art. 119 el cual quedó derogado por disposición expresa del 1ro. transitorio de la ley que crea Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal; de diciembre 26 de -- 1973 y que entró en vigor en septiembre 2 de 1974 (Diario Oficial De La Federación de agosto 2 de 1974) "sólo por lo que se refiere al Distrito Federal", asimismo señala en su art. 1ro. señala el objeto del mismo y el cual "es promover la readaptación social de los menores de 18 años..." y en su art. siguiente fija su competencia al aludir "...cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una incli-

158.- Opus. cit. pag. 455.

nación a causar daños..." de lo anterior se deduce que al derogar (y aún sin hacerlo) el art. 119 del Código Penal elimina a los menores del ámbito de la materia.

La minoría de edad es un período de la vida humana, en donde hay una falta de madurez mental y moral así como la falta de madurez física; es por ello que las ideas y sentimientos surgen paulatinamente y se desarrollan en forma gradual hasta que es alcanzada la plena madurez, por ello, - bajo de un cierto límite de edad, falta la capacidad de querer y entender- 159 y por consiguiente no poseen capacidad para responder de ellos penalmente.<sup>160</sup>

En nuestra legislación como se dijo anteriormente, en forma común los menores de 18 años son inimputables y; existe divergencia en los códigos, - como el de Chiapas, donde señala en su art. 18, los 15 años como causa de inimputabilidad.

b.- La enfermedad mental.- dentro de ésta encontramos a los trastornados mentales, permanentes y transitorios quienes ten gan debilidad, enfermedad o anomalías mentales.

La enfermedad mental es un estado derivado de un mal, que excluye o - disminuye la capacidad de entender o de querer, la palabra "mente" no sólo comprende los procesos intelectivos desde los más elementales hasta los -- más complejos (percepción, atención, memoria, juicio, razonamiento), sino-

159.- Antolisei. Opus. cit. pag. 452.

160.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 407.

también los de la voluntad,<sup>161</sup>.

Es menester decir que el trastorno es la perturbación pasajera de -- las facultades psíquicas, cualquiera que sea su origen. En tanto que --- "trastorno mental de carácter patológico y transitorio", que origina un - "estado de inconciencia", es causa de inimputabilidad y que por tanto, ex cluye la responsabilidad penal, conforme al art. 15 fracción II del Código Penal --fundamento legal de la misma--, Carranca y Trujillo nos dice - "la debilidad, la enfermedad y la anomalía mental no lo son sino que cuan do el sujeto realiza conductas que causan un resultado típico penal, dan lugar a las exigencias de su responsabilidad social y en consecuencia a - la aplicación de las medidas de seguridad<sup>162</sup>".

Cuello Calón,<sup>163</sup> señala la existencia de dos grupos de perturbacion, - desde el punto de vista del derecho penal, primero aquellos que son extra ños a la personalidad del agente e irrumpen en ella trocándola (sic) en - otra distinta (alienación); de ellos las más patentes son las denominadas "psicosis", perturbaciones provenientes de enfermedades cerebrales, y las llamadas "neurosis" como la histeria, la locura manícodepresiva, la es-- quizofrenia, la epilepsia, etc., y segundo las provenientes de la persona lidad anormal del agente y que por tanto no representan la entrada en --- ella de elementos extraños, sino que corresponden a la propia personali-- dad (anormal) del sujeto; entre estas se hallan las oligofrenias (idio--

161.- Antolisei. Opus. cit. pag. 454.

162.- Código Penal Anotado. pag. 183.

163.- Opus. cit. pag. 415.

rollo psíquico del hombre, esto es, el sordomudo no puede hablar a causa de su sordera que es nativa de dicha facultad, por consecuencia, podría hablar si pudiese oír. Por tanto, careciendo del sentido del oído, se halla privado, sobre todo si ésta desprovisto de instrucción, del medio más eficaz para la formación de su conciencia moral. En el carácter del sordomudo, se percibe normalmente una patente desconfianza que se manifiesta en la norma de mizantropía --aversión a la humanidad-- y una notable impulsividad, que se transforma fácilmente en acto antisocial<sup>166</sup>, es por ello que el Código Penal no considera responsables penalmente a los sordomudos cuya conducta cause un resultado típico penal, pero si los considera socialmente responsables, dado su insuficiente discernimiento por falta de desarrollo mental normal, anteriormente el ordenamiento de la materia los hacía objeto de la correspondiente medida de seguridad<sup>167</sup>; dicha medida es considerada la inimputabilidad misma en virtud de la no aplicabilidad de las penas, sino de medidas de tratamiento (médico, educacional etc.). Es necesario hacer notar la crítica aludida por el Profesor Castellanos Tena<sup>168</sup> a la no distinción entre sordomudos de nacimiento y los -- que enfermaron después, cuando ya estaban formados (intelectualmente hablando) o se hallaban en formación; y agrega, existe una suposición errónea cuando se afirma que sólo es causa de delincuencia en los sordomudos la falta de educación o instrucción y bien puede haber un sordomudo culto y educado que cometa delitos. Para Carrara --nos dice Cuello Calón-- se -

166.- Antolisei. Opus. cit. pag. 459.

167.- Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 181.

168.- Opus. cit. pag. 451.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

braguez ligera, que se caracteriza por un estado de excitación y jocosidad --alegría--, en este período la personalidad, sin sufrir profundas alteraciones, pierde cierto grado de lucidez habitual y del poder de inhibición característico de la voluntad normal; 2do. embriaguez plena, las facultades mentales y volitivas están anuladas temporalmente y 3ro. período letárgico --supresión de las funciones de la vida y del uso de los sentidos-- en donde el individuo cae en un estado comatoso --sopor profundo, depresión física vecina de la muerte-- que le imposibilita incluso para la actividad física.

Ahora bien nuestra legislación también aludía a los que emplean los estupefacientes y en donde la intoxicación producida por estos (morfina, cocaína, opio, etc.), puede originar perturbaciones transitorias, de inconciencia, los cuales al igual que la embriaguez para que operará la exigente --consideramos-- es necesario como lo dispone el actual art. 15 --fracción II, que ésta sea por el empleo accidental o involuntario y; al hablar de la connotación de estos términos, debe tenerse presente que accidental es lo opuesto a lo habitual y que voluntario es lo opuesto a lo involuntario, sin que haya que confundir la voluntariedad con la intencionalidad. Por consiguiente creemos pertinente que el juzgador tome en consideración actualmente la llamada crisis de abstinencia --en la intoxicación morfinica por ejemplo-- en la cual el toxicómano puede cometer gran variedad de delitos para satisfacer el angustioso e irresistible deseo de procurarse el estupefaciente, en virtud que dicha dependencia pudo producirse a consecuencia de un tratamiento terapéutico que, por descuido fa--

cultativo, haya producido en el enfermo el hábito de la toxicomanía. Al igual que la embriaguez, la toxicomanía o ingestión de estupefacientes tiene varias modalidades a.- la accidental, que es como se dijo anteriormente la única forma en que opera o debería operar la eximente de inimputabilidad y se presenta cuando la ingestión es no prevista ni querida, es decir no podrá ser considerada como negligencia y mucho menos dirigirse ningún-reproche al agente; los supuestos más frecuentes son los que se presentan cuando el agente ingiere un líquido o medicamento desconociendo la fuerza tóxica del mismo o creyéndola una bebida inocua o por un acto ajeno (broma o malicia); b.- voluntaria, en esa modalidad la ingestión de bebidas - embriagantes o estupefacientes es manifiesta y se verifica cuando el agente ha querido hacer la ingestión, la cual sí produce una inconsciencia -- completa, no será, la acción típicada penalmente considerada dolosa, pero sí culposa en virtud de ser su resultado un producto de negligencia o imprudencia es decir, no es intencional; pero, si habiendo maliciosa o -- culposa intervención de terceros éstos serán responsables del resultado - en el grado correspondiente, pues la excluyente no los amparará y; c.- la intencional, premeditada (o preordenada,<sup>172</sup>) es la ingestión adquirida deliberadamente a fin de cometer el delito bajo su influencia, generalmente con el propósito de buscar impulso para ejecutarlo o de prepararse una excusa de responsabilidad (acción libre en su causa) y d.- habitual, para algunos la comisión de acciones u omisiones por parte del agente deben --

<sup>172</sup>- Antolisei. Opus. cit. pag. 263., Carranca y Trujillo. Código Penal-Anotado. pag. 66.

ser agravadas por los juzgadores en virtud del arraigado vicio que supone el reiterado abuso de bebidas embriagantes o estupefacientes; para otros esta debe distinguirse de la ingestión crónica en donde la primera no debe de ser agravada en virtud de ser una intoxicación aguda de la que puede presumirse que cesa cuando se abandona el uso de dichas sustancias y, en la segunda constituye una alteración patológica de naturaleza permanente. Dicha distinción debe hacerse<sup>173</sup> derivada de la apreciación de las enseñanzas de la psiquiatría, en donde se afirma que en la habitualidad se puede asimilar la alienación mental y no se comprende en lo crónico la ingestión frecuente sin que cause en el organismo y en la vida psíquica los estragos característicos (delirium tremens, paranoia, etc.), es por ello que en la habitualidad no deben ser sometidos a agravación de pena sino a tratamiento especial; y consideramos de nueva cuenta su expresa inclusión en las excluyentes de responsabilidad de la fracción II del art. 15 del ordenamiento de la materia.

173.- Cuello Calón. Opus. cit. pag. 443.

siones si queridos por el agente (dolo), pero sin embargo, se encuentran amparadas por alguna de las causas de inculpabilidad, como veremos más adelante. Por su parte Jiménez de Asúa<sup>178</sup>, nos manifiesta que, el inculpa- ble es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es por- que, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de responsabilidad se le absuelve; por nuestra parte consideramos que la inculpabilidad se presentá cuando falta alguno de los elementos de la culpabilidad, esto es, cuando falta la suma de querer es o cuando falta el conocimiento de lo injusto.

Ahora es necesario hacer incapie en la variabilidad de causas especí- ficas de la inculpabilidad, en virtud, de las diferentes teorías que estu- dian al delito; como quiera que sea, nosotros enunciaremos en forma esque- mática las diferentes tendencias del señalado elemento, para posteriormen- te en forma específica tratar cada una de ellas; es por ello que son cau- sas de inculpabilidad, para la:

#### CORRIENTE PSICOLOGICA.

- a.- El error de hecho esencial e invencible.
- b.- La no exigibilidad de otra conducta.
- c.- Las eximentes putativas o error de licitud.
- d.- El miedo grave.
- e.- El temor fundado.
- f.- El caso fortuito

<sup>178</sup>.- Opus. cit. pag. 389.

g.- La obediencia jerárquica (para algunos).

CORRIENTE NORMATIVA.

- a.- El error de hecho esencial e invencible.
- b.- La no exigibilidad de otra conducta.
- c.- Las eximentes putativas o error de Ilícitud.
- d.- El caso fortuito.
- e.- La obediencia jerárquica (para algunos).

CORRIENTE FINALISTA.

- a.- La no exigibilidad de otra conducta.
- b.- Caso fortuito.

Error de hecho esencial e invencible.- iniciaremos con ésta causa de inculpabilidad hablando del significado de Error en forma genérica por lo que señalaremos al respecto; el error trae concomitante a la ignorancia, por tal virtud es necesario distinguir uno del otro: la ignorancia supone una falta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; el error, una idea falsa, una representación errónea, equívoca de un objeto cierto<sup>179</sup>; es un defecto de conocimiento respecto a un objeto, el error implica un cierto convencimiento--  
180 así mismo se dice que mientras en el error se tiene una falsa aprecia

179.- Jiménez de Asda. Opus. cit. pag. 390.

180.- Antolisei. Opus. cit. pag. 297.

ción de la realidad, en la ignorancia hay una ausencia del conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia, es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente<sup>181</sup> sin embargo, los autores suelen hablar con más frecuencia del error englobando en el la frase ignorancia, sin duda porque esa forma es la más corriente e importante en la práctica; en nuestro país el Código de la materia hace referencia al error en fracción XI del art. 15 que a la letra dice XI.- "realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

Y que consideramos habla de ignorancia y no propiamente de error ya que se encuentra a contrario sensu del criterio adoptado por nuestros legisladores en virtud, de ser la ignorancia de la ley, no provechosa y no excusable para nadie de su cumplimiento; luego entonces su ignorancia no produce efectos de eximente.

El error se clasifica en; error de hecho y de derecho, éste último se presenta cuando el autor yerra sobre la conformidad o disconformidad de su acción con el derecho, toda vez que, como se dijo en renglones anteriores, o como asevera Antolisei<sup>182</sup>, el error sobre la ley penal no excluye la responsabilidad de quien haya cometido un delito, bien consista en la completa ignorancia de aquella, bien en un conocimiento inexacto (inter

<sup>181</sup>- Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 255.

<sup>182</sup>- Opus. cit. pag. 298.

pretación errónea).

Al hacer referencia al error de hecho debemos señalar su subclasificación para lo cual diremos son:

- a. - El esencial y;
- b. - El accidental; éste último abarca,
  - a'. - error en el golpe (aberratio ictus)
  - b'. - error en la persona (aberratio in -  
persona).
  - c'. - error en el delito (aberratio delicti).

El error esencial. - para que éste opere como causa de inculpabilidad, es necesario que sea invencible; es por ello que, ésta eximente se presenta nos dice Antolisei<sup>183</sup> cuando recae sobre uno (o varios) de los elementos que se requieren para la existencia del delito; esto es, esencial --- cuando recae sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría - tpicidad<sup>184</sup>, a contrario, no sería esencial cuando hay la presencia de - voluntad en la acción, pero sí error en la persona, por ejemplo; opera co mo inculpabilidad cuando el agente considera su conducta apegada a alguna causa de justificación. Por nuestra parte diremos que esta excluyente con siste en la falsa apreciación que se tiene de la realidad y que motiva al sujeto, a realizar una conducta que produce un resultado típico.

<sup>183</sup>- Idem. pag. 301.

<sup>184</sup>- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 40.

Es preciso hacer notar que, la presencia del error esencial e invencible, trae como consecuencia la desaparición del dolo y por ende, dá origen a la inculpabilidad; así mismo, cuando no deriva de culpa --imprudencia--, de modo que, aún con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse.

Error accidental en el golpe (aberratio ictus).- se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivale.<sup>185</sup>

En éste tipo de error, la conducta es querida y voluntaria, pero, el resultado es distinto del querido, aunque equivalente, por ejemplo: se requiere asesinar a Christian a través de un disparo, sólo que por error en la puntería, se asesina a Ivonne, por lo que, se considera existente el dolo, aunque para algunos autores, éste hecho da lugar a dos delitos diversos, a una tentativa (por lo que se quería hacer) y a un delito culposo (por lo que se ha hecho),<sup>186</sup> postura que en forma personal no se considera idónea, en virtud, de no ser admisible que, de una sola acción u omisión penalmente tipificada, deriven dos delitos de clase diversa.

Error accidental en la persona (aberratio in persona).- es necesario precisar, la gran similitud del error en el golpe con el de estudio, toda vez, que la responsabilidad del autor no sufre alteración por haber recaído el resultado de la acción en persona distinta de aquella a quien se tuvo intención de causarlo. Se habla de persona en virtud, de que, la presencia de éste error versa sobre la persona objeto del delito. Aquí se --

185.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 256.

186.- Cuello Calón. Derecho Penal. pag. 386.

quiere la conducta, se quiere el resultado, solamente que existe equivocación por error, en éste último, respecto de la persona en quién recaé.

Error accidental en el delito (*aberratio delicti*). - se presenta cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado; se presenta cuando la acción del agente se ha desenvuelto de modo diverso al que había sido previsto por el mismo, esto es, cuando existe una divergencia entre el desarrollo del acontecimiento previsto y el verificado en la realidad.

La no exigibilidad de otra conducta. - una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente dadas las circunstancias no puede exigirse una conducta distinta de la observada; es decir, el significado, de la no exigibilidad de otra conducta, es la realización de un hecho penalmente tipificado, que pertenece a una situación especialísima, apremiante y que hace excusable ese comportamiento<sup>187</sup>. Existe dualidad de criterios al tratar de ubicar a la no exigibilidad de otra conducta, en las formas de la culpabilidad --como eximente de la misma--, esto es en el dolo y en la culpa; algunos sólo lo hacen en las conductas con culpa y otros en las realizadas con dolo, como quiera que sea, nosotros trataremos de señalar dichos criterios, aludiendo al unísono con Mezger<sup>188</sup> y Antolisei<sup>189</sup> el --pensamiento jurídico penal relativo a esta excluyente de culpabilidad, para señalar en forma general la no culpabilidad en la persona a quién no pueda ser exigida una conducta distinta a la realizada, luego entonces --

187.- Fernando Castellanos Tena. Opus. cit. pag. 263.

188.- Tratado de Derecho Penal. t. II. pag. 218 y ss.

189.- Opus. cit. pag. 309.

pueden ocurrir conductas con resultados no aprobados por el derecho, pero previsto como posibles (culpa), y no pueda serle exigido al sujeto la renuncia a su colocación, y se agrega la evidencia conveniente de pasar del punto de vista de la más leve a la más grave de las formas de culpabilidad. Así mismo se dice: tanto el dolo como la culpa resultan excluidas - cuando el agente se encuentra en condiciones tales que no puede humanamente pretenderse de él un comportamiento distinto al observado y, por ello, no puede exigírsele una actitud conforme al precepto.

Debemos hacer notar que en esta excluyente sólo queda reservada a -- una esfera relativamente pequeña de libre enjuiciamiento valorativo, solamente que, en lo restante, para nada cambia la índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos. A mayor abundamiento, y por consiguiente, Scarano --nos dice Antolisei-- sostiene que el principio de la no exigibilidad de otra conducta se encuentra en la base de algunas hipótesis disciplinadas expresamente por la ley: del estado de necesidad..., si se someten para salvar a uno mismo o a un próximo pariente de un perjuicio grave e inevitable para su libertad o su honor; así como consecuencia y en forma particular señalaremos que la no exigibilidad de otra conducta se presenta cuando el agente se encuentra ante la situación de perder dos o más bienes jurídicos propios o ajenos y ante la imposibilidad de salvar todos opta por salvar alguno o algunos de ellos sacrificando los demás, desde luego, los bienes sacrificados deben ser igual o de menor jerarquía.

Eximentes putativas o error de licitud.- estas se presentan cuando - el sujeto por una falsa apreciación que tiene de la realidad (error esen-

cial) cree actuar amparado bajo una causa de justificación o como señala Castellanos Tena,<sup>190</sup> 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. Jiménez de Asúa,<sup>191</sup> por su parte, al referirse a los efectos del error hace mención de esta excluyente al manifestar "e. - sobre la existencia de causas que excluyen la pena, ora se suponga erróneamente que concurren al hecho los elementos de justificación, como en la - defensa putativa y en el estado de necesidad putativo (error de hecho); - bien se crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación..."; Antolisei,<sup>192</sup> agrega "la suposición errónea de actuar mediante - una causa de justificación (por ejemplo: la falsa opinión de actuar en estado de legítima defensa) excluye en todo caso el dolo y, cuando el error sea excusable, también la culpa".

Daremos ahora, algunas figuras de ésta excluyente y sólo las conceptualizaremos en virtud, de haber dado ya, la visión genérica de la principal.

Legítima defensa putativa.- si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Jiménez de Asúa nos dice, ésta se presenta cuando -

<sup>190</sup>- Opus. cit. pag. 260.

<sup>191</sup>- Opus. cit. pag. 399.

<sup>192</sup>- Opus. cit. pag. 303.

existe la creencia de un ataque injusto, cuando, propiamente, se halla ante un mero simulacro.

Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber putativos.- si el agente realiza una conducta penalmente tipificada y su autor suponga, -- por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente V. gr., el funcionario o policia que ignorante con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoridad de la cual carece.

Miedo grave.- gramaticalmente el miedo puede definirse como el sentimiento de inquietud causado por un peligro real o imaginario<sup>193</sup>, esto es agregando, ansiedad, perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge en la imaginación. Ahora bien, - al hablar de grave entendemos, lo que es capaz de causar una profunda perturbación psíquica, sin que se requiera la amenaza de un mal real, pues - la causa puede ser hasta imaginaria.

Autores como Castellanos Tena<sup>194</sup> ubican al miedo como causa de inimputabilidad, basado a que sus procesos causales psicológicos se engendran en la imaginación y puede éste (el miedo) producir inconsciencia o un verdadero automatismo; y como consecuencia afectar la capacidad o actitud -- psicológica. Independientemente de lo señalado consideramos al miedo grave como causa de culpabilidad en virtud de ser éste el fenómeno psíquico más complejo y variado en sus causas y manifestaciones exteriores, no pudiendo en consecuencia, fijarse reglas y síntomas para establecer los mó-

193.- Pequeño Larousse. pag. 682.

194.- Opus. cit. pag. 227.

tivos que la producen ni los efectos que con motivo de él pudieran producirse, pues ello depende en gran parte del estado psicológico del momento de la constitución orgánica del sujeto y de las causas que generan<sup>195</sup>; esto es, al no estar precisadas sus causas y manifestaciones, el agente es imputable, es decir, capaz de querer la conducta y entender el resultado salvo que, la suma de quererres se encuentre viciada por una amenaza o peligro real o imaginario y, que trae como consecuencia la conducta, deriva ésta de la perturbación angustiosa capaz de alterar la normalidad anímica del agente.

El miedo se engendra con causa externa y su manifestación va de dentro hacia afuera en el agente por lo que su conducta no se considera culpable, porque su voluntad no pudo determinarse libremente.

Cuello Calón<sup>196</sup> señala ciertas circunstancias que deben concurrir en el miedo grave para constituirse como eximentes de culpabilidad y que, a saber son:

- 1.- Existencia de un peligro inminente;
- 2.- De un mal que aparezca en la conciencia del agente como el más grave que el que se va a cometer;
- 3.- Que no pueda ser evitado de otro modo más - que realizando aquel hecho prohibido por la ley.

<sup>195</sup>- A. J., t. VI, pag. 774.

<sup>196</sup>- Opus. cit. pag. 463.

Las circunstancias señaladas, las tiene implícitas el fundamento legal de dicha eximente en la fracción VI del artículo 15 del ordenamiento legal y que a la letra dice "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Temor fundado.- significación de espanto, pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas.

En el temor para ser fundado su causa ha de representar una amenaza de un mal inminente y grave, así como ha de ser real y no imaginaria, e irrresistible para quien sufre sus efectos; en ésta eximente hay una relación directa con la amenaza o coacción<sup>197</sup>, que constituye el constreñimiento psíquico en el estado anímico del agente, y ésta se presenta cuando el mismo ha sido violentado ha realizar la acción mediante una fuerza que actúa sobre la voluntad de éste.

El temor a contrario sensu del miedo, obedece a una causa externa --amenaza--, y por la cual el sujeto se ve obligado a comportarse de determinada manera; dicha amenaza significa el anuncio de un mal que ha de realizarse por el que lo anuncia; mal que se encuentra implícito en la misma amenaza, es decir, ésta lo contiene.

Caso fortuito.- se presenta cuando el sujeto al realizar una conducta, por la naturaleza de ésta no se representa resultado alguno por no --

<sup>197</sup>- Mezger. Tratado de Derecho Penal. t. II. pag. 207.

ser previsible, y tampoco lo evita por ser inevitable, el fundamento legal lo encontramos en la fracción X del multicitado ordenamiento penal y que dispone "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas"; de ello se desprende, la existencia de un acontecimiento involuntario e imprevisible, es decir, no imputable ni a dolo ni a culpa. Cabe hacer notar que un hecho sólo puede considerarse imprevisible cuando en su ejecución se ha puesto el cuidado que los hombres diligentes suelen emplear en el ejercicio de su actividad para evitar la lesión de los derechos ajenos, no obstante lo cual el evento se ha producido. Para Cuello Ca-lón<sup>198</sup> deben existir ciertos requisitos para que opere dicha eximente y a saber son:

- 1.- Que el acto sea ejecutado en forma lícita;
- 2.- Que se haya ejecutado con diligencia debida  
esto es, empleando las precauciones racionales que no omiten los hombres prudentes y previsores y;
- 3.- Que a pesar de ello resulte el mal por mero accidente material no imputable a dolo ni a culpa.

agregando, cuando falta alguno de los requisitos, con excepción del primario, que no puede faltar, se observará, si el caso se presenta el de

<sup>198</sup>- Opus. cit. pag. 465.

lito de imprudencia.

Existen autores como Carrancá y Trujillo<sup>199</sup> y Castellanos Tena<sup>200</sup> que con sideran a ésta eximente como el límite de la culpabilidad o incluso le de nomina éste último la metaculpabilidad, en virtud de no poder exigir el estado la previsión de lo humanamente imprevisible; a mayor abundamiento - señala el primero, si no hay dolo ni culpa, o sea ni intención ni imprudencia, y si los delitos sólo pueden ser intencionales, imprudenciales y, preterintencionales, de conformidad con el artículo 8 del Código Penal, - no puede haber delito al no haber culpabilidad. Pensamiento consideramos, por demás lógico, pero irrelevante en virtud de la existencia de posibles conductas aplicables a la eximente y que el legislador, en la jurispruden cia por ejemplo no ha dejado de tomar en consideración.

Obediencia jerárquica. - ya con anterioridad hemos hecho referencia a ésta eximete como causa de inculpabilidad en el apartado relativo a la últ tima mencionada, sólo que como causa de justificación, en donde se hizo - la diferenciación respectiva, por lo que se recomienda se realice su estu dio en el apartado señalado.

<sup>199</sup>- Código Penal Anotado. pag. 101.  
<sup>200</sup>- Opus. cit. pag. 251.

AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS  
DE PUNIBILIDAD

Considerando, que las condiciones objetivas de punibilidad, como aspecto positivo del delito, corresponden a algunos casos excepcionales en los que el delito, aún siendo perfecto, no es sometido a pena si no se ve rifica un determinado acontecimiento. Ello no tiene nada de inconcebible, porque siendo la punibilidad una consecuencia normal de la comisión de un delito, no excluye que el ordenamiento jurídico la subordine a la verificación de una condición; la cual si no se presenta, nos encontraremos en la ausencia del delito o mejor dicho a la penalidad, toda vez que, el delito puede estar subsistente pero no ser punible en virtud --como se seña lo en su aspecto positivo-- de por ejemplo faltar el requisito de la que rrela de la ofendida en el delito de estupro (de ahí que se halla hablado de requisitos de procedibilidad). Nosotros diremos que ésta exi miente se presenta cuando al realizarse la conducta por el agente no se halle satis fecho el requisito exigido por el ordenamiento legal (tipo) y el cual es considerado como condición objetiva de punibilidad.

Jiménez de Asúa señala como su aspecto positivo como modalidades del tipo y como ausencia, es decir, la materia de éste apartado, funcionará como formas atípicas que destruyen la tipicidad; y agrega, cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio -- que no puede castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, las excusas absolutorias, ha--

cen para siempre perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o la que  
rella --ya que se considera a dicho elemento como presupuestos procesales  
-- después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá  
alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas con  
diciones objetivas, permite una vez subsanado el presupuesto procesal au  
sente, reproducir la acción contra el responsable.

## EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En esta excluyente es necesario recordar su aspecto positivo, la punibilidad, lo cual en su apartado respectivo la señalamos como la posibilidad jurídica de imponer la aplicabilidad de la pena, por consiguiente, en las excusas absolutorias la punibilidad queda excluida y el delito impune; al efecto Beling<sup>201</sup> señala la forma ordinaria en la cual quien ha cometido una acción punible, es punible por ello, pero sin embargo, la ley reconoce el privilegio de la impunidad para determinadas personas; Mayer --nos dice Jiménez de Asúa<sup>202</sup>--, son circunstancias que conciernen al autor, que hacen que el estado no establezca, contra tales hechos, acción penal alguna; Jiménez de Asúa<sup>203</sup> al referirse a ésta excluyente las define como las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública. Cuello Calón<sup>204</sup> señala la diferenciación de las causas de justificación donde el acto ejecutado es jurídico, lícito, y de las causas de inimputabilidad en donde el agente no es imputable sin embargo, no obstante ser un hecho culpable y antijurídico, no se castiga. Esto es, las excusas absolutorias son, en realidad un perdón legal. Por nuestra parte y derivado de lo anterior diremos que se presentan o consisten en la remisión expresa por parte de la ley que se hace de la sanción, dejando subsisten-

201.- Esquema de Derecho Penal. pag. 117.

202.- Opus. cit. pag. 453.

203.- Idem.

204.- Derecho Penal. pag. 524.

te a la conducta el carácter de delito; y nos unimos a Carrancá y Trujillo y Jiménez de Asúa al señalar que el fundamento de la excluyente de referencia se encuentra en la causa de utilidad social (pública) que hace aconsejable socialmente la no aplicación de la pena en casos concretos.

En nuestro país, el Código de la materia señala en forma expresa hechos determinados que son considerados como causas expresas de la pena (excusas absolutorias) por ejemplo las señaladas en el artículo 51 (aunque condicionada) donde los ascendientes, descendientes, conyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, podrá imponerseles pena alguna --por el delito de evasión de presos-- pues están exentos de toda sanción excepto que halla violencia en la persona fuerza en los casos; así también las excluyentes prescritas en el artículo 333 en donde se manifiesta la no sanción alguna al aborto por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación

### **CAPITULO TERCERO**

#### **ELEMENTOS DEL DELITO APLICABLES ESPECIFICAMENTE A LOS DELITOS SEXUALES QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO**

## ATENTADOS AL PUDOR

Concepto.- Comete el delito de atentados al pudor "al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o le obligue a ejecutar lo...".

De lo anterior se deduce la conducta antijurídica consistente en la ejecución de un acto sexual, por tal virtud es necesario dilucidar dicho término, es por ello que, debemos entender por este "aquellas acciones de lúbricidad que resiente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos realizados para excitar o satisfacer de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual"; luego entonces y como consecuencia de lo antes expresado existen discrepancias en el uso del término sexual derivado del criterio de algunos autores, que consideran tautológico hablar y relacionar en forma implícita a lo erótico con dicho término, y manifiestan que lo erótico es lo relativo al amor, y dentro de la moderna sexología, lo erótico debe ser la expresión natural de lo sexual; esto es, todo lo erótico es sexual y todo lo sexual es erótico; postura que algunos --- otros autores<sub>2</sub> no están de acuerdo pues manifiestan, el erotismo no siempre se identifica con el sensualismo, no puede estar referido siempre al amor carnal, así es posible hablar o referirse a la existencia de diferen

1.- González de la Vega --nos dice-- Marcela Martínez Roaro, Delitos Sexuales, pag. 217.

2.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, t. III, pag. 231., Enrique Carmona Arizmendi. Apuntamientos de Derecho Penal. pag. 150.

tes tipos de amor tales como: el amor al padre, a la madre, a dios y, los cuales se encuentran carentes de sentido carnal.

Bien Jurídico Protegido. - En primera instancia y como consecuencia - resultante en el título del ilícito en estudio, este nos conllevaría a de terminar como bien jurídico protegido al pudor, opinión que se desintegra ría si se toma en consideración que el ilícito en cuestión puede ejecutar se sobre personas impúberes, esto es, sobre aquellas en las que todavía - no ha surgido la sensación del pudor o bien cuando se realiza en personas que carecen del mismo, como es el caso de una prostituta que puede ser su jeto pasivo del delito cuando se realiza la conducta sin su consentimiento. Es menester por lo señalado, la descripción de pudor y diremos -- que este es el sentimiento de desagrado que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento<sub>3</sub>; descripción, - creemos, un poco ambigua en virtud de no concretizar la honestidad y reca to que frenan en las personas sus impulsos sexuales<sub>4</sub>.

Autores como González de la Vega --nos dice Martínez Roaró<sub>5</sub> --consi- dera a la seguridad sexual en los impúberes como el bien jurídico que pro tege la ley, derivado de la existencia de dicha seguridad contra los ac- tos lascivos facilitadores de una prematura corrupción en sujetos que, -- por su corta edad y escaso desarrollo fisiológico, ni siquiera son aptos- para las funciones sexuales externas y para emitir consentimiento válido.

3.- González Blanco --nos dice Jiménez Huerta-- Opus. cit. pag. 229.

4.- Spencer --nos dice-- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 510.

5.- Opus. cit. pag. 214.

Además, su prematura iniciación en actividades eróticas puede ser dañosa, - tanto desde su punto de vista ético como psico-fisiológico. Aparte de la - posible degradación del niño, la realización en su cuerpo de manejos lú- - bricos para los que no tiene todavía capacidad biológica, puede engendrar - en él fijaciones irregulares o desplazamientos aberrantes del instinto se - xual que le producirán durante toda su vida grandes trastornos. Marcela - Martínez Roaró<sub>6</sub> en base a lo manifestado señala como bien jurídico prote- - gido del ilícito en estudio a la correcta formación sexual, término, en - donde trata de encuadrar a los atentados al pudor si son realizados en -- personas menores de edad dentro del ilícito de corrupción de menores; pos - tura errónea ya que se basa para emitir dicho juicio en la actitud señala - da anteriormente por González de la Vega donde manifiesta un factible da - ño en la correcta formación sexual resultante de la protección legal a la - seguridad sexual más no ha aquélla que sirve de fundamento para la señala - da autora. Ahora bien, dentro de la psicología sexual, el otorgamiento -- que se hace a las primeras experiencias sexuales es importante, cuando -- son prematuras, en virtud de que ocasionalmente pueden causar verdaderos - traumas psíquicos que lesionan perdurablemente a los sujetos. Debemos re - cordar también a Freud el haber hecho notar que el origen de las desvia - ciones sexuales debe buscarse en la infancia y juventud del sujeto, esto - es, las desviaciones son regresiones del sujeto a una fijación infantil<sub>7</sub>. - Con base en lo anterior consideramos pertinente agravar la punibilidad en

6.- Opus. cit. pag. 218

7.- Martínez Roaró. Opus. cit. pag. 33.

el caso de configurarse la conducta en un impúber, pero no ubicarlo en el delito de corrupción de menores, por la diferenciación fundamental referente a lo prescrito por el legislador en cada uno de los delitos señalados por nuestra parte, consideramos a la libertad sexual g como el bien jurídico protegido por el derecho, derivado del interés individual a que na die, sin su consentimiento, realice sobre su persona actos sexuales, en el caso sin la finalidad de llegar a la cópula, pues dichos actos son atentatorios y coartarian la libertad de elección interhumana en las artes sexuales. Más sí existe la conducta en una persona impúber y es realizada a través del otorgamiento de consentimiento de la misma, éste no será vá lido, pues aquélla, carece de experiencia y esencialmente de capacidad jurídica, y esto confirma la protección legal de la libertad sexual, pues esta falta de capacidad de elección sexual, se encuentra precisamente tipificada como antijurídica y penada por nuestra legislación.

#### ELEMENTOS ESPECIALES APLICABLES.

a.- Medios de Comisión.- como se dijo en el apartado relativo, estos son actividad distinta a la conducta, y son empleados para realizar la misma o producir el resultado, es el caso que el ilícito en estudio prescribe como medios de comisión aplicables, a la violencia física o moral la cual se estatuye al tenor del parrafo II del art. 260 del ordenamiento penal de nuestro país. Ahora señalaremos lo que se entiende por violencia física y; diremos que se presenta cuando se hace uso de la fuerza material --

8.- Jiménez Huerta considera a la liberta de amar. Opus. cit. pag. 229.

con el fin de anular o debilitar la resistencia opuesta por el pasivo al acto que en su cuerpo trata el activo de realizar. Cuello Calón, manifiesta que al hablar de fuerza física no se constituye un cuerpo jurídico, -- pues, es adecuada para dar a conocer un hecho llevado con violencia en -- los términos usuales y corrientes del lenguaje. Para hablar de violencia moral señalaremos que esta se presenta cuando el activo se vale para obtener el resultado de amenazas o intimidaciones; Cuello Calón señala que se debe comprender aquí no sólo a la intimidación física, sino también a la moral, la causada por el que amaga con puñal o pistola, como la del que amenaza con causar daño a la reputación o intereses del pasivo; asimismo no es preciso la presencia de la violencia moral sólo en el pasivo, sino también, puede emplearse contra un tercero cuando así se cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquel<sup>10</sup>.

b.-Elemento Normativo y Subjetivo.- en el delito de atentados al pudor se encuentra una amplia referencia al elemento objetivo (antijuridicidad objetiva), pero sin embargo, se encuentran implícitos elementos subjetivos y valorativos, en virtud de no poder encontrar el hecho jurídico, sin tomar en consideración la tendencia interna del activo y apreciación material del acto jurídico tipificado como antijurídico.

Encontramos también la calificación imposible de un acto sexual (erótico) por el simple comportamiento externo desligado de su tendencia final, luego entonces, es preciso en cada caso concreto formular una valoración

9.- Derecho Penal. t. II., parte especial. pag. 588.

10.-Idem. pag. 590.

ción integral de la conducta y apreciar especialmente su significado subjetivo y, necesario captar también el fin de la voluntad objetivado en el dato externo.

El elemento subjetivo se hace patente en la intención lasciva del acto erótico-sexual del activo pues si éste, no la contuviese y se ejecutase con la finalidad de ridicularizar y ofender el decoro de la víctima, - pero, sin ningún deseo sexual, no se tendría encuadrada al tipo la conducta y como consecuencia excluiría la antijuridicidad de los atentados al pudor.

Calidad de los Sujetos.- hemos dejado un apartado especial para las características de quienes deben intervenir en el ilícito, pues consideramos de importancia la calidad que el legislador les otorgó en la descripción legal.

En lo concerniente al sujeto pasivo la descripción típica del artículo 260 no distingue respecto al sexo de la persona en la cual recaerá la conducta del activo, por lo que, afirmamos que puede ser pasivo del delito tanto el hombre como la mujer.

Es importante aludir a los términos púber e impúber --aunque el Código Penal actual no lo señala-- ya que se presenta una confusión tajante, cuando es una persona púber o impúber; gramaticalmente al referirse a la palabra púber se definiría como, "llegado a la pubertad", pubertad, como consecuencia y de la misma forma significa "época de la vida en que se manifiesta la aptitud para la reproducción" se deduce luego entonces, aplicarlo a contrario sensu al término impúber; de tal manera se concluiría -

con la afirmación: son puberes todas aquellas personas en quienes ya entrarán en funciones las gonadas o testículos en el hombre y los ovarios en la mujer; derivado de lo anterior diremos que no es posible precisar en la actualidad, cuando inicia la pubertad: se especula su presencia entre los doce y los diez y seis años y se exterioriza, en el hombre por el engrosamiento de la voz, crecimiento del vello púbico y emisión del semen; en la mujer, por la función menstrual, el desarrollo de las mamas y redondez de las formas; por el contrario en los impuberes es obvio derivado de la observación de su morfología somática.

Dicho lo anterior y en virtud de la descripción legal a que hace referencia el artículo 260 consideramos pertinente fijar específicamente -- una edad, en la cual se determine por ejemplo, que el otorgamiento del -- consentimiento, si realmente se encuentra viciado por la inexperiencia -- del sujeto pasivo, pues como dejamos asentado en páginas anteriores, las primeras experiencias sexuales son de suma importancia y podemos encontrar mujeres u hombres (niñas o niños) de 10 a 11 años de edad que ya hallan presentado su primera menstruación --menarquia-- o primera eyaculación y otorguen consentimiento al actor para la ejecución de la conducta y como resultado, al ser puberes (por haber ya iniciado su aptitud para reproducir) nos encontraríamos en la inexistencia de antijuridicidad, pero ello no significa, que por el otorgamiento del consentimiento de las personas en el supuesto fáctico tratado no puedan tener trastornos psíquicos en la vida adulta e incluso, como se dijo con anterioridad, ni siquiera serían aptos para las funciones sexuales por su escaso desarrollo fisioló

carnal desaparecerá dicho ilícito para dar paso quizá, a otra figura delictiva como lo veremos más adelante.

Dentro de este apartado enmarcamos la problemática existente en la vida práctica a nivel de educación secundaria, donde el habitad promedio es de 14 años de edad y el cual, en ocasiones, las relaciones que pretende su población, es con personas mayores que ellos mismos --ya no digamos mayores de 18 años--, y es normal o casi normal dentro de la idiosincrasia de las generaciones contemporáneas, los tocamientos, no digamos lascivos, sino corporales, propios del despertar sexual de su edad y por ende otorgan su consentimiento para los mismos, y es el caso que al ser descubiertos sorprendidamente por gente adulta, como una forma de defensa afirman que los tocamientos o actos eróticos, fueron producidos sin su consentimiento y como resultado, el supuesto activo, tiene el desagradable y bochornoso infortunio de encontrarse en problemas judiciales donde llega --incluso, derivado de la publicidad amarillista connatural, a considerarse como un maníático sexual, pues basta para ser puesto en movimiento -- el aparato jurisdiccional la declaración de la persona y es el caso, de que si dicha persona por mero sentimiento de culpa se retracta de dicha falsedad y decide declarar o confesar verazmente los hechos; nos encontramos ante una real atipicidad, que no por ello retrocedería los hechos -- ni mucho menos reintegraría al activo el beneplácito trato de su núcleo social.

De lo anterior reiteramos la posición de incluir en la descripción penal una edad específica que consideramos pertinente, sería los 14 años--

siempre en forma dolosa ya que de la simple lectura del artículo 260 del ordenamiento penal se desprende que el acto sexual con intención solamente lasciva debe realizarse sin el consentimiento del pasivo así como sin el propósito de llegar a la cópula, luego entonces, el agente sí quiere realizar su conducta y quiere producir un resultado antijurídico.

**INCLUPABILIDAD.**- Esta excluyente es de difícil presentación en la existencia del delito de atentados al pudor, pero, creemos pueda existir a causa de miedo grave o temor fundado, ya que, el agente puede realizar su conducta derivada de una coacción que puede ser una amenaza por ejemplo y no puede ser evitado de otro modo más que realizando aquel hecho prohibido por la ley.

**PUNIBILIDAD.**- El delito de atentados al pudor se sanciona de conformidad con el multicitado artículo 260 "...prisión de 15 días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo..." la cual y en una forma de;

agravantes.- esta se verifica a través de la violencia física o moral dada la mayor intención antijurídica que hace el legislador de dicha conducta "la pena será de 1 a 4 años de prisión" de conformidad con el párrafo II del citado ordenamiento; ya en páginas anteriores hicimos referencia a los términos violencia física o moral, donde señalamos a aquella como el uso de la fuerza material por parte del activo con la finalidad de anular o debilitar la resistencia del pasivo y a esta como las amenazas o intimidaciones de que se vale el activo para realizar su conducta.

Así mismo, de manera expresa el artículo 261 del ordenamiento penal-

prescribe "... en persona menor de 12 años de edad o en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de 6 meses a 2 años de prisión o de 20 a 80 días de trabajo.." si se hiciera uso de la violencia física o moral la pena será de 2 a 7 años de prisión.

TENTATIVA.- Si el sujeto desiste espontáneamente del acto sexual con intenciones lascivas o en su defecto se propone, de modo directo e inmediato de llegar al ayuntamiento sexual como consecuencia de la excitación de su lascivia y de la del pasivo. Tal propósito configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentados al pudor; ya que este só lo se castigará cuando se haya consumado.

Conforme al artículo 12 del Código Penal<sup>11</sup> Porte Petit<sup>12</sup> nos manifiesta; la tentativa de violación se configura por la violencia ejercida y no por los actos eróticos-sexuales realizados. Para demostrar que son totalmente irrelevantes los segundos; bastaría comprobar que hay tentativa de violación cuando se realiza solamente la violencia con el fin de consumar la cópula así como no hay tentativa de violación si se llevan a cabo actos eróticos-sexuales con el fin de realizar la cópula sin existencia de violencia.

A mayor abundamiento la siguiente jurisprudencia "el delito de atentados al pudor y la tentativa de violación por su esencia misma no pue

11.- Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 510. Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. t. III. Parte Especial. pag. 238.

12.- Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. pag. 16.

den coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo" (S. C., - Jurisprudencia definitiva., sexta época, segunda parte, número 297.)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup>- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. misma pag.

## VIOLACION

Concepto.- La figura típica del delito en estudio hallasé descrita en el artículo 265 del ordenamiento de la materia que prescribe; "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo..."; sin embargo existen conductas copulativas sin la presencia de violencia física o moral que son equiparables a la violación y han dado en denominarla, violación presunta o violación impropia, y son las contenidas en el artículo 266 que prescribe "Se impondrá la misma pena ... al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa...". La presunción fáctica de esta figura sólo tiene el alcance de ser una específica forma de ejecución y manifestación del delito en estudio, pues representa lisa y llanamente una ampliación posible del singular delito descrito y sancionado por el artículo 265 del Código Penal.

Dentro de este apartado debemos acentar la conducta típica, que el legislador le ha dado el carácter de antijurídica, y la cual consiste de conformidad con el artículo 265 "...tenga cópula..." misma que no tendrá relevancia jurídico penal alguna si no está relacionada con los medios de comisión exigidos por el legislador, tales como la violencia física o moral, en el artículo referido o a las otras causas (cualquier) que señala el artículo 266 referente a la violación impropia o presunta.

Haciendo alusión solamente al término cópula entendemos por ésta en

acepción gramatical "juntarse carnalmente"; de lo anterior y en forma penal se considera a la cópula desde diferentes puntos de vista: primero de be ser normal, es decir, la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal y; segundo, que la cópula pueda ser anormal esto es, todo acto -- por el cual el organo genital del activo es introducido en el cuerpo de - la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente al mismo. Al hacer referencia a la vía anormal hablamos de in troducción anal u oral.

En nuestra legislación es aceptada para la configuración del delito- en estudio la cópula anormal como se desprende de la redacción del funda- mento típico y que a la letra señala; artículo 265.- "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo. .." esto es, acepta la relación sexual o cópula no sólo heterosexual sino también homosexual, es decir, una conducta resultante de la atracción se- xual exclusiva hacia personas del mismo sexo --dentro de la homosexuali- dad se comprende también a personas del sexo masculino como femenino y -- cuando se trata de estas últimas se le denomina lesbianismo--; a mayor a- bundamiento debemos manifestar que el coito entre homosexuales varones se realiza de manera anal, no siendo éste el único modo de relación sexual, - toda vez que existe el sexo oral (fellatio in ore), que significa, rela- ción bucogenital, cuando se excita o se hace llegar al orgasmo succionan- do el pene con la boca; así mismo la relación lesbina puede realizarse no sólo a través de un aparato llamado "olisbos", con el cual, sujeto a la - cintura por medio de tirantes, realiza una imitación del coito heterose-

xual (introducción del órgano masculino en el femenino) sino también a -- través de la succión clitoriana; de igual manera podemos hablar de la "pederastia o sodomía" que puede presentarse tanto entre hombre y mujer, como entre dos hombres y la cual consiste en la substitución de la vagina - por el ano.

Es criterio general de los penalistas, así como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la existencia de la cópula por la simple introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la consumación fisiológica, pues para la configuración del ilícito es suficiente el ayuntamiento sexual aún cuando no haya eyaculación. Un ejemplo de dicho criterio es la tesis jurisprudencial que ha continuación señalamos; "En el delito de violación no es requisito indispensable que el acto se agote fisiológicamente, si existió introducción sexual". (Semnario Judicial de la Federación XVI, pag. 263, 6a. época. 2a. parte).

Bien Jurídico Protegido.- en el delito de violación es de opinión casi unanime, al ser considerado, por autores como Porte Petit<sup>2</sup>, González de la Vega<sup>3</sup>, Carrancá y Trujillo<sup>4</sup>, Jiménez Huerta<sup>5</sup>, Carmona Arizmendi<sup>6</sup> y, Marcela Martínez Roaro<sup>7</sup>, como bien jurídico protegido a la Libertad Se---

1.- Jiménez Huerta. Opus. cit. pag. 270., Porte Petit. Ensayo Dogmático - del Delito de Violación. pag. 19., González Blanco --nos dice Martínez Roaro-- Delitos Sexuales. pag. 236.

2.- Opus. cit. pag. 36.

3.- Nos dice Jiménez Huerta. Opus. cit. pag. 268.

4.- Código Penal Anotado. pag. 517. cita 870.

5.- Opus. cit. pag. 268.

6.- Apuntamientos de Derecho Penal. pag. 167.

7.- Delitos Sexuales. pag. 167.

va, como la cópula consiste en la introducción del órgano 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. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal". Algunos otros como Porte Petit<sup>10</sup> y Jiménez Huerta<sup>11</sup> sostienen la existencia de poder ser activo primario a la mujer arguyendo el primero "la mujer -- puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentra el sujeto pasivo, en virtud de la -- fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni evitar la ma niobra fisiológica sobre él realizada". El segundo por su parte manifiesta, la frase "tenga cópula" gramatical y conceptualmente tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla tanto sobre el varón co mo sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien acceda o penetra. En efecto, si por cópula se entiende, como enseña el Diccionario de la Lengua, "unirse o juntarse carnalmente"; y si desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento carnal ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno y requiere -

10.- Opus. cit. pag. 41.

11.- Opus. cit. pag. 275.

un acceso o penetración de la cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe por el sólo hecho de que se produzca el acceso o penetración, con toda independencia de quienes fueron sujeto activo y pasivo del indicado hecho contemplado en su significación penalística".

En lo particular consideramos la existencia de la mujer como sujeto activo primario, toda vez que la erección del miembro viril se presenta por una excitación de carácter sexual principalmente, pero también puede presentarse por excitación de órganos vecinos a los sexuales. Tal es el caso de una erección matutina provocada en la vejiga, por la orina que, no habiendo sido desalojada durante toda la noche, al encontrarse llena ejerce presión sobre ciertos nervios y dificulta la circulación de retorno en los órganos pelvianos y vecinos, ocasionando el llenado de las aréolas y los cuerpos cavernosos (los cuerpos cavernosos son tres cuerpos eréctiles que rodean la uretra y cuya misión es dar al pene el estado de rigidez. Estos cuerpos cavernosos están rodeados y cubiertos por la piel del pene la cual a más de ser fina y elástica, está dotada de una red capilar muy resistente provista de abundantes cavidades esponjosas llamadas aréolas). También puede darse la erección por estados anímicos de ira o angustia. Así mismo queremos pensar en la mujer lesbiana que para satisfacerse sexualmente utiliza el "olisbos" sujeto a la cintura y hace la penetración en la pareja, bien puede ser hombre, bien mujer, es decir, introducción vaginal o anal y que aún siendo anormal la conjunción, en sentido liso y llano, no deja de haber cópula.

De lo anterior se deduce que tanto el hombre como la mujer pueden --

honestas, castas, casadas, etc.; dentro de este contexto del pasivo se integra la duda si podrá existir la violación entre cónyuges, unos autores -- niegan parcialmente la existencia a este delito en las circunstancias que se expresan, pues por ejemplo Carrancá y Trujillo,<sup>12</sup> manifiesta "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; y agrega, en cambio, sí cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura". Otros como Porte Petit,<sup>13</sup> niegan su configuración por vía normal al señalar: "el cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilícita. Por tanto al realizarla, ejerce un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respec-

12.- Opus. cit. pag. 517.

13.- Opus. cit. pag. 52 y ss.

ta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y, con siguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose en consencuencia, el delito de violación". Nosotros al igual que Jiménez Huerta,<sup>14</sup> consideramos la existencia del delito de violación entre cónyuges cuando se realice -- por medio de la violencia física o moral, pues el precepto legal reviste una descripción típica de donde se deriva que la obtención de la cópula - debe ser sin el consentimiento, y aún, cuando la mujer, por razones de la finalidad del matrimonio, tenga obligación de cohabitar con su cónyuge, - ello no implica que dicha obligación sea constante, absoluta y sobre todo y dada la negativa, pueda ser ejercitada a través de la violencia física o moral; y en el supuesto caso que, como argumentan Carrancá y Trujillo o Porte Petit, se esten utilizando tales para ser suyo el ejercicio de un - derecho legítimo, este, dada la negativa del pasivo podrá ejercitar en to do caso la acción que juzgue pertinente (como podría ser el divorcio) ante los tribunales, pues, la obligación hipotética deriva del contrato de matrimonio y en el caso, al existir incumplimiento, como se dijo anteriormente podrá exigir su cumplimiento por vía legal sin que se autorice para ello el empleo de la violencia. Así mismo debemos recordar el principio - del artículo 17 constitucional que a la letra dice "ninguna persona podrá

14.- Opus. cit. pag. 292.

hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar un derecho". Luego entonces creemos que la postura dominante de nuestros estudios del derecho penal, estriba principalmente, en el pensamiento machista que imperó en otros tiempos donde el hombre por virtud del matrimonio adquiría un objeto o un mueble y que por ese simple hecho la mujer no tenía voz ni voto y consecuentemente se constituía en una sierva o esclava que debería soportar la degradación humana por parte del marido, sin que se tomara en cuenta su voluntad o estado anímico para satisfacer en un momento caprichoso los deseos sexuales de su amo y señor, coartando con ello su libertad de elección sexual en cuanto al momento o instante; por tanto, vencer por medio de la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado, es incurrir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual. La Suprema Corte de Justicia de la Nación adopta un criterio bastante amplio al aceptar la violación entre cónyuges al afirmar "el Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los contratantes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por

la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia". (Anales de Jurisprudencia, XXXIV, p. 523).

El artículo 266 exige ciertas calidades hacia el sujeto pasivo, como se desprende de su simple lectura; artículo 266.- "se impondrá la misma - pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de 12 años de edad o que por - cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa si se ejerciere violencia..." la calidad que encontramos para el pasivo - es el de la edad, toda vez que es presumible por la ley, la existencia -- del delito de violación cuando se cópula "con persona menor de 12 años" - en virtud de considerar en forma general que el consentimiento prestado - por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica, habida cuenta de que quién lo otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales,<sup>15</sup> es decir, el consentimiento, en caso de e xistir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo moral -- del pasivo y que en consecuencia es inoperante<sup>16</sup>.

De igual manera el señalado artículo equipara a la violación la cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta - delictuosa. De lo anterior se presupone que el otorgamiento del consenti-

15.- Jiménez Huerta. Opus. cit. pag. 285.

16.- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 509.

miento para copular por personas que reuman esta cualidad es menester determinar si nulo o no dado, es decir, carente de valor por provenir de persona que se encuentra ante la imposibilidad de querer y consentir mediante una normal motivación. Dentro de las causas que pueden ser consideradas como impeditivas para ser legal el otorgamiento del consentimiento, podemos enunciar los estados de alteración mental patológica tales como la esquizofrenia, o sea, disgregaciones de las funciones psíquicas que afectan la conducta, pensamiento, afectividad, sentimiento y relaciones -- con el mundo exterior; o las oligofrenias, es decir, insuficiencia psíquica de origen congénito o adquirido en los primeros años de la vida cuando el cerebro se encuentra en plena inmadurez. Jiménez Huerta<sup>17</sup> y Carranca y Trujillo<sup>18</sup> enuncian aquellas situaciones por virtud de las cuales el pasivo no es capaz de resistir la conducta del activo.

El primero de los autores nos señala que son todas aquellas situaciones, de naturaleza más o menos transitoria, en donde el pasivo se halla en un estado de inconsciencia que la priva de la facultad de conocer y -- comprender, y por tanto, de asistir o resistir. Tales situaciones pueden ser:

- |                  |                 |                                 |
|------------------|-----------------|---------------------------------|
|                  | Sueño           |                                 |
| a.- Fisiológicas | Sonambulismo    | Desvanecimiento                 |
|                  |                 | Síncope                         |
| 1.- Accidentales | Parálisis       |                                 |
|                  | b.- Patológicas | Trastornos mentales + duraderos |
|                  |                 | Desmayos                        |

17.- Opus. cit. pag. 287 y ss.

18.- Opus. cit. pag. 519.

2.- Originadas por el actuar doloso del agente

- a.- Hipnosis
- b.- Narcosis
- c.- Anestecia
- d.- Embriaguez

El segundo señala como causas inhibitorias de la libre voluntad del pasivo para resistir a su violador. El desvanecimiento, el síncope, el estado de sueño letárgico o hipnótico, la narcosis, la embriaguez alcohólica, etc.

Dentro de este apartado consideramos debierse eliminar (como se hizo) el término impúber utilizado en el artículo 265 (antes de la reforma) dado la equiparación dentro de la violación impropia, comprendida en el artículo 266, de la edad de doce años, toda vez que la persona de esta edad no tiene la aptitud de reproducción, esto es, sus órganos reproductores no inician sus actividades, y es del dominio público conocido que esta actividad inicia, como dijimos en el delito de atentados al pudor, entre los doce y los diez y seis años y por consiguiente, al utilizar el artículo 266 la frase "... la cópula con persona menor de doce años..." está comprendido dentro de este, y es el caso que si el legislador lo diferenciaba con la finalidad de agravación de la pena, también es obvio que todo menor de doce años es impúber.

Elementos Especiales Aplicables;

a.- Medios de Comisión.- En el delito de violación dentro del encuadramiento legal señala como medios necesarios para su ejecución, la vio-

lencia física o la violencia moral por tanto es necesario estudiarlas por separado, por lo que diremos que la violencia física consiste en "la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir"<sup>19</sup>; Porte Petit<sup>20</sup>, nos dice que, es la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula. Por nuestra parte diremos que es la utilización de fuerza material en caminata a vencer una resistencia que implica un obstáculo para la comisión del delito. Jiménez Huerta<sup>21</sup> alude: el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo a defecto de imponerle la cópula en contra de su manifiesta voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física deberá reunir determinados requisitos, que los autores como Jiménez Huerta, Carrancá y Trujillo<sup>22</sup> y Porte Petit<sup>23</sup>, tratan de unificar y, a saber son;

a\*.- la fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del pasivo, sin perjuicio de que pueda ser ejercida sobre personas o cosas -- que la circundan, ya que esta puede tener trascendencia desde el ángulo -- de la violencia moral.

b\*.-suficiente para poder dominar la voluntad contraria ( resistencia) del pasivo. Dicha voluntad contraria (resistencia) es preciso que se exteriorice ya que no basta el manifestar su negativa y al mismo tiempo -  
 19.- Gonzalez de la Vega --nos dice Martínez Roaro-- Opus. cit. pag. 237.  
 20.- Opus. cit. pag. 22.  
 21.- Opus. cit. pag. 277 y ss.  
 22.- Opus. cit. pag. 516.  
 23.- Opus. cit. pag. 22 y ss.

permita que el activo realice su conducta.

c\*.- la resistencia del pasivo ha de ser:

aa.- Seria.- es decir cuando se encuentra exenta de rebuscamiento o simulación y expresa realmente una auténtica voluntad contraria.

b.- Constante.- cuando es contenida hasta el último momento, excluyéndose aquélla que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce, es decir, la oposición o resistencia a la realización de la cópula debe permanecer viva durante todo el tiempo en que el activo ejerza la fuerza material.

De lo anterior se deduce que en primera instancia se requiere un agente pasivo superdotado (a) de heroísmo y energía, pensamiento apócrifo dado que el requerimiento es bastante cuando la fuerza física empleada reduce la voluntad en forma y grado que lo (a) despoje humanamente de la posibilidad de resistir.

La Violencia Moral.- esta se presenta a través de "constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causen en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido"<sup>24</sup>, P'orte Petit; nos dice que por violencia moral (vis compulsiva) debemos entender "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula"<sup>25</sup>. De la misma forma la violencia moral a través, del constreñimiento psíquico puede ejercerse directamente sobre

<sup>24</sup>.- González de la Vega --nos dice Martínez Roaro-- Opus. cit. pag. 237.  
<sup>25</sup>.- Opus.cit. pag. 25.

la persona del pasivo, así como también, sobre otra persona ligada a ella por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad afectiva. En particular criterio, consideramos a la violencia moral como toda coacción psicológica manifestada a través de amenazas y las cuales influyen en el sujeto pasivo para la realización del acto carnal.

Dichas amenazas o intimidación deben ser necesariamente graves, presentes e irreparables<sup>26</sup>; para Porte Petit<sup>27</sup> estas deben ser serias, graves, de las cuales derive un mal inminente o futuro. De lo que se desprende una gran similitud en ambos criterios, por lo que es de comentar englobando las --diríamos-- características y, recordemos lo señalado en el apartado relativo al miedo grave y temor fundado en donde se dijo que estos son capaces de causar una profunda perturbación psíquica, misma que el legislador debe analizar para posteriormente y en forma axiológica ubicarla en parámetros y evitar caer en el error, pues existe la posibilidad de encontrar, poder en la amenaza de recaer sobre cualquier bien jurídico de naturaleza personal --tales como vida, honor, libertad o bienes--, y estos tener cierta jerarquía, dada la imposibilidad de otorgar verdadera aceptación como intimidación a las simples palabras de "si no cedes haretal o cual cosa" o en su defecto el pasivo pretenda hacer creer el sentimiento de amenaza por el apoderamiento del activo de alguna cantidad insignificante, o en todo caso, con objetos de poca monta. Pues así como se pretende no esperar un ser superdotado como pasivo, tampoco se quiere que

26.- Carrara --nos dice Jiménez Huerta--. Opus. cit. pag. 283.

27.- Opus. cit. pag. 25.

la justicia sirva de trampolín para dar vida a intenciones malsanas del mismo.

b.- Referencias Temporales.- el encuadramiento que el legislador requiere para poder equiparar la conducta descrita en el artículo 266 (violación ficta o impropia), con la señalada por el artículo 265 y el cual sería un requisito indispensable para tal, es un elemento especial que requiere el tipo de índole temporal, pues el primero de los preceptos que señalamos prescribe "...al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad..." de lo cual se observa la presencia de la misma en el término "persona menor de doce años" de tal manera que si en el supuesto fáctico, no tenemos la presencia de un (a) menor de doce años y este otorgó su consentimiento y por ende no medio la violencia física o moral, no podemos de ninguna manera encuadrar la señalada conducta en el delito de violación impropia sino, tipificarla quizá en el estupro.

La edad es comprobable a través del acta de nacimiento y a falta de ella por los medios supletorios prescritos en el artículo 40 del Código Civil para el Distrito Federal, o por cualquier otro elemento de convicción y aquí podemos confirmar tal criterio al transcribir la siguiente tesis jurisprudencial (aunque perteneciente al delito de estupro es aplicable al caso) "cuando el tipo legal requiere, entre otros requisitos para la existencia del delito de estupro, que la ofendida sea menor de edad -- (artículo 241 del C.P.) (sic), tal exigencia típica debe probarse de modo indubitable, ya sea por las actas del registro civil o por otros elementos de convicción que conduzcan a igual certidumbre; de lo anterior, no -

puede, sin violación de garantías, declararse integrado el ilícito en --- cuestión" (Boletín de Información Judicial, 1961, p, 220.)<sup>28</sup>.

Tipicidad y Atipicidad.- en este apartado primariamente señalaremos que la tipicidad se configura o produce a través del encuadramiento de la conducta del sujeto activo a lo prescrito o señalado por los artículos -- 265 y 266 del ordenamiento penal, o sea, la cópula realizada a través de la violencia física o moral con persona de cualquier sexo aún menor de 12 años o en su defecto por otras causas que impidan al pasivo producirse o resistir voluntariamente en sus relaciones sexuales. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta "el delito de violación se integra con tres distintos elementos; uno, el primero material, la consumación de la cópula; un segundo de la misma naturaleza, que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de los medios físicos o por coacciones 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. El hecho de que una mujer menor de doce años haya concurrido voluntariamente al hotel don de fué desflorada no supone forzosamente que haya tenido voluntad de verificar el acto carnal, ya que esta condición anímica puede sufrir ausencias o intermitencias a impulsos de causas poderosas que obren sobre la -

<sup>28</sup>. - Porte Petit. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro. pag. 44.

gente: algunas físicas, que la imposibiliten para obrar por el empleo de medios mecánicos; y otras psíquicas, como las amenazas, que lo imposibiliten igualmente para resistir por la reacción producida en el ánimo. En resumen, en atención a la inconsciencia de una menor (impuber de muy corta edad, la cópula que se tenga con ella debe interpretarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, dada la imposibilidad para resistir. Para la integración del delito de violación el elemento "violencia física o moral" tiene en la legislación mexicana un equivalente cuando se reúnen ciertas circunstancias, o sea, cuando la víctima de la copulación esté privada de razón o de sentido o cuando no pueda resistir por enfermedad u otra causa.

A decir verdad, nos parece que el tercer elemento que señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis (Anales de Jurisprudencia., t. XIII, pag. 237)<sup>29</sup> anterior, se encuentra demás en ésta, toda vez, que el uso de la violencia implica de origen la ausencia de voluntad y que en caso de existir tanto la violencia como la voluntad podría configurarse una perversión sexual denominada "algomanía" en su especie de "masoquismo" (cuando el sujeto sólo logra alcanzar el orgasmo con el sufrimiento, vejación y humillación propia)<sup>30</sup> y por ende al exigir la violación de acuerdo a dicha tesis este elemento en forma general, no creemos necesario el mismo pues, sólo se requeriría en el supuesto del artículo 266 y no en la violación a persona mayor de 12 años o capaz de producirse

29.- Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 518.

30.- Marcela Martínez Roaro. Opus. cit. pag. 39.

voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

De lo anterior, nos encontramos en una atipicidad cuando por cualquier circunstancia no se presenten alguno de los elementos que hemos dejado precisados.

Antijuridicidad.- en la violación se presenta cuando se lesiona el deber jurídico implícito en la norma, es decir, cuando la conducta siendo típica, no este bajo la existencia de una causa de licitud.

Causas de Licitud o Justificación.- sobre este particular, es indudable que no se da ninguna excluyente del delito en virtud de por ejemplo: no puede darse la legítima defensa, pues no se concibe que se tenga que realizar una cópula violenta para rechazar una agresión injusta. Existen quienes piensan la existencia de la excluyente de ejercicio de un derecho entre casados; posición consideramos errónea porque si existe violencia en la conducta del activo esta será antijurídica y podría en todo caso de existir negativa del pasivo para la cohabitación, ejercitar la acción que juzgue pertinente más no la realizada y encuadrada en el delito de violación.

Imputabilidad e Inimputabilidad.- hemos manifestado ya en el capítulo primero de este trabajo y en el cual dijimos que, el activo para ser imputable debe tener la capacidad física y en esta se incluye la capacidad mental así como la capacidad legal al momento de realizar la conducta de tal manera se puede originar un supuesto fáctico de inimputabilidad al delito de violación cuando exista en el sujeto activo un trastorno men-

tal transitorio.

Culpabilidad.- en este delito la especie o forma que se presenta de culpabilidad es el dolo puesto que si para la realización de la cópula es necesaria la violencia física o moral, el sujeto se representa a éstas y quiere el resultado, es decir, el sujeto quiere una conducta, quiere un resultado y obtiene éste último.

Inculpabilidad.- esta excluyente es de difícil presentación en este delito, existen criterios como el de Pannain<sup>31</sup>, para quien se presenta el error de ilficidad en donde la conducta se llevará a cabo por cualquiera de los medios mencionados (violencia física o moral), con una mujer creyéndola su cónyuge. Por nuestra parte hemos manifestado con anterioridad la no aceptación la exigencia de la cópula entre cónyuges como ejercicio de un derecho, pues existen otros medios para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de matrimonio.

Punibilidad.- el ilficio en estudio de conformidad con lo establecido por el artículo 265 del Código Penal vigente prescribe una pena privativa de libertad de "ocho a catorce años de prisión" al que por medio de la violencia física o moral realica cópula con persona de cualquier sexo.

Así mismo el párrafo II parte in fine y III del artículo 266 bis establecen penalidades accesorias al delito de violación al señalar; artículo 266 bis párrafo II parte in fine "...en los casos que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho a heredar! La primera imprime contenido y ejecutoriedad a la pérdida a la pa-

31.- Nos dice Porte Petit. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. pag. 62.

tria potestad que menciona el artículo 444 frac. I del Código Civil para el Distrito Federal y amplía y complementa las causas de extinción de la tutela establecidos en el artículo 606 del mismo ordenamiento; la segunda, innecesariamente confirma la incapacidad para heredar por indignidad establecida en la fracción V del artículo 1316 del ordenamiento citado. - En el párrafo del citado artículo 266 bis establece "cuando el delito de violación sea por quién desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionan..." ; y la pena accesoria de que hablamos consiste en que quién prevaleciere de su empleo o cargo público "será destituido definitivamente del cargo o empleo". Y quién se valiere de la profesión que ejerza, "suspéndido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión"<sup>32</sup>.

Agravantes.- En el artículo 266 bis del ordenamiento penal señala -- una agravante en el delito de violación consistente en pena privativa de libertad hasta de cincuenta años cuando la violación sea cometida con la intervención directa e inmediata de dos o más personas. Lo anterior sin interferir, es decir, independientemente de las penas estatuidas en los artículos 164 y 164 bis, correspondientes al capítulo IV del título cuarto del código penal vigente referente a las asociaciones delictuosas.

Así mismo el precepto señalado determina otra agravante específica - en su párrafo II, la cual tiene para su aplicación, varias suposiciones, - pues el mismo enuncia "además de las sanciones que señalan los artículos - que anteceden se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el

32.- Jiménez Huerta. Opus. cit. pag.295.

delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor contra de su pupilo, por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro". De lo anterior existe discrepancia relativa a la coexistencia de los delitos de violación e incesto, ya que al agravar el primero, cuando, "fuere cometido por un ascendiente contra un descendiente" o "por éste contra aquél"; - a primera vista pensaríamos como Vannini<sup>33</sup> que considera, puede haber concurso entre el delito de violación carnal y el incesto, y --arguye-- en consecuencia de tal posibilidad, en que la víctima del enlace carnal abusivo (por tanto no violento) sea, por ejemplo la hija de quince años capaz de netender y querer, plenamente consciente del horrendo y torpe enlace, también ella habrá de responder del delito de incesto. Por nuestra -- parte consideramos la no coexistencia de la violación e incesto, pues, la tipificación antijurídica de cada uno de los delitos, es distinta; debemos partir --apoyado de lo anterior-- de que en la violación debe existir la utilización de los medios violentos "físicos o morales" por parte del activo en el pasivo, por consiguiente, no existe manifestación de voluntad para la realización de la conducta; ahora bien, en el incesto (como veremos más adelante) el tipo exige el consentimiento mutuo, es decir, la ejecución de la conducta --tener relaciones sexuales-- debe realizarse de común acuerdo y por tal virtud en dicho ilícito existe pena para ambos como agentes activos, no recayendo dicha conducta en ninguno de los sujetos, esto es, no podemos hablar de sujeto pasivo. Por tal virtud y para -

33.- Nos dice Porte Petit. Opus. cit. pag. 91.

concluir no pueden presentarse al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo. Los tribunales han dictado al respecto la siguiente ejecutoria "es de observarse, que las cópulas realizadas por el acusado fueron en -- una hija menor que tenia cuando se llevaron a cabo los hechos, siete años de edad, lo cual nos lleva a la conclusión que se trata en el caso a estu dio de una violación impropia, de acuerdo con lo establecido por el artí culo 266 del Código Penal, puesto que la menor contaba menos de 12 años; pero aún en el supuesto que esta hipótesis no estuviera prevista en forma autónoma en dicho artículo, de todas maneras, sería violación impropia -- porque quedaría incluida en el caso previsto en el propio artículo 266 an tes mencionado, ya que al realizar las cópulas la menor no pudo producirse voluntariamente por su edad. Además hay otro argumento que se obtiene de la propia ley, y es, que de acuerdo con el artículo 266 bis, la rela ción de parentesco cuando hay violación tiene eficacia para aumentar la - pena, lo que indica claramente que no origina en esos casos aún cuando -- hay parentesco, el delito de incesto previsto por la ley. (Toca 135/70.-- 7a. Sala. T. S. J. D. F.)<sup>34</sup>.

Tentativa.- En el delito de violación la tentativa es admitida, pue si el activo ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediata mente a la realización del delito y causas ajenas al mismo le impiden la consumación de su propósito, comete el delito en grado de tentativa. Por te Petit<sup>35</sup> nos señala, habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o -

<sup>34</sup>.- Citada por Carrancá y Trujillo. Opus. cit. pag. 520.

<sup>35</sup>.- Opus. cit. pag. 72.

total ejecución, no se realiza la introducción del órgano masculino en el orificio vulvar por causas ajenas a la voluntad del agente y agrega, la tentativa existe cuando el proceso ejecutivo, sobrepasando el mero principio de ejecución, no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo, o sea, la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal, sin ningún ulterior resultado. Así mismo los tribunales manifiestan; "habrá violación en grado de tentativa, si del examen de los medios de prueba, se concluye con certeza que el inculpado realizó actos encaminados directa e inmediatamente a obtener por medio de la violencia física la cópula con la ofendida, no lográndose la consumación del acto, por causas ajenas a la voluntad del agente activo". (Semanario Judicial de la Federación, LXII, p. 65, 6a. época. 2da. parte.).

## INCESTO.

Concepto.- El delito de incesto deriva de la descripción que ha hecho el legislador en su artículo 272 del Código Penal, en el cual señala como tal al "tener relaciones sexuales" entre ascendientes y descendientes en forma genérica, es decir, ascendientes con sus descendientes o en su defecto entre hermanos.

La ley utiliza el término de relaciones sexuales, es decir, dicho término es entendible en el sentido más amplio, esto es, no restringe a la conducta con los términos cópula o coito como lo hace en la violación o en el estupro, sino, en las relaciones sexuales no sólo comprende la cópula normal o anormal, ni tampoco solamente las relaciones heterosexuales, sino también las homosexuales. Así mismo y a contrario sensu, no integrarán tal conducta los actos erótico-sexuales en los cuales están incertos los besos o tocamientos llenos de lascivia, en virtud de no ser específicamente considerados como relaciones sexuales.

González de la Vega, nos dice: "en su sentido más restringido, es el que corresponde a su acepción moderna, el incesto consiste en la relación carnal entre parientes tan cercanos que, por respeto al principio más exogámico regulador moral y jurídico de las familias, les está absolutamente vedado el concubito y contraer nupcias".

El autor anterior otorga al término relación carnal, como sinónimo -

1.- Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. pag. 528.

2.- Nos dice Martínez Roaro. Delitos Sexuales. pag. 263.

de relación sexual, una restricción en torno a la ejecución de esta, toda vez, que sólo admite la cópula normal (introducción del órgano genital -- masculino en el órgano genital femenino). González Blanco<sub>3</sub> agrega que, además de la existencia de la cópula normal esta debe de ir acompañada de eyaculación.

Así mismo en el ilícito en estudio existe la exigencia de la voluntariedad que deben tener los sujetos involucrados, ya que es de suma importancia, por su bilateralidad, es decir, sólo encontramos sujetos activos, o sea, que para exista se necesita acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar en este caso y como consecuencia de sujeto activo y pasivo.

Bien Jurídico Protegido.- En el delito de incesto existe discusión sobre la determinación del bien jurídico tutelado; autores como González de la Vega y González Blanco<sub>4</sub> afirman la protección del derecho al principio exogámico de la familia en relación con la posible descendencia que pudiera verse afectada cuando la relación de parentesco es muy cercana, y el primero de ellos agrega, también para algunos casos, el interés colectivo eugenésico. Nosotros consideramos en forma particular que este último --interés colectivo eugenésico-- se encuentra implícito en la exogamia, toda vez, que se busca la no procreación entre parientes y como consecuencia el perfeccionamiento de la especie humana, a través, de impedir dichas relaciones entre estos.

Marcela Martínez Roaro<sub>5</sub> considera como bien jurídico protegido en el

3.- Idem.

4.- Idem.

5.- Idem.

delito de incesto en forma primaria al orden jurídico y moral de la familia y en segundo a la salud de la especie. Carrancá y Trujillo, considera como tal a; la unidad moral de la familia y la salud de la estirpe. Considerando que el primero de los autores al hablar de orden jurídico se encuadra dentro de la exogamia y como consecuencia al perfeccionamiento de la especie humana (eugenesis); nos unificamos a la posición del segundo autor, dado que la unidad familiar se verá afectada en todos aquellos casos en que existan relaciones sexuales entre parientes muy próximos, aunque no exista la posibilidad de descendencia toda vez que, estas relaciones vienen a constituir el elemento disolvente del núcleo conocido con el nombre de familia.

#### Elementos Especiales Aplicables.

a.- Calidad de los sujetos.- los sujetos tienen en el delito de incesto una importancia preponderante, ya que, requieren una característica especial sin la cual no podríamos hablar de este delito.

El artículo 272 del ordenamiento penal, en relación a esta figura prescribe; "...a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes..." y en su parte in fine agrega "...en caso de incesto entre hermanos". De lo anterior se deduce que dicha característica es en relación al parentesco; autores como González Blanco y González de la Vega señalan que este es el existente entre ascendientes y descendientes consanguíneos así como entre otros afines o por adopción aludiendo, que la descripción del delito, no hace distinción alguna. Antonio de P. Moreno -  
G. Opus. cit. pag. 528.

acepta el parentesco igual que González de la Vega, a excepción del que nace de la adopción. Carranca y Trujillo, por su parte nos dice "la ley no señala limitación alguna de grados a los ascendientes y descendientes, unos y otros conductores del delito; pero dado los orígenes históricos -- del mismo y el empleo en la ley de las expresiones "ascendientes" y "descendientes", con lo que se indica a los padres, abuelos, etc., de quienes uno desciende y a los que descienden de ellos, entendemos que la línea de parentesco es sólo la de consanguinidad y no la de afinidad o la civil". Y agrega "la línea de parentesco consanguíneo puede ser recto o transversal; es recta la compuesta de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras y transversal entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común (artículo 297 Código -- Procedimientos Civiles). La línea recta ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que precede y la descendente es la que liga al progenitor con los que de él preceden (artículo 298 Código Civil). Y afirma categóricamente; la ley se refiere, a ascendientes y descendientes consanguíneos en las líneas rectas y transversal, cualquiera -- que sea su grado".

Así mismo al existir el delito de incesto entre hermanos, es dable, dado que la ley no distingue, entre hermanos legítimos o naturales, pueden ser hermanos germanos (de un mismo padre y madre), hermanos uterinos (de la misma madre, pero de distinto padre), o hermanos consanguíneos -- (del mismo padre pero de diferente madre).

b.- Elemento Subjetivo.- este elemento se presenta cuando los agentes tienen conocimiento de la relación de parientes, es decir, a sabiendas del emparentamiento entre los protagonistas, estos mantienen relaciones sexuales, a mayor abundamiento, conociendo la significación de su conducta proceden a realizarla.

En este elemento encuadraríamos la cuestión discrepante relativa a la posible presencia de relaciones sexuales, en donde uno de los agentes no manifiesta su voluntad hacia la conducta, es decir no se presenta la bilateralidad en la manifestación de voluntad y por tanto, se considera no existente este delito. A mayor abundamiento, pueden configurarse en este delito formas de inculpabilidad dado la falta de conocimiento del vínculo de parentesco o en su defecto por ausencia de voluntad.

Conducta.- la conducta en el presente delito, se presenta dada la voluntad por parte de los agentes (ascendientes y descendiente o hermanos), a la realización de la conducta antisocial que en el caso concreto es: tener relaciones sexuales.

Este elemento aplicado al delito de incesto siempre se presentará en forma de acción dada la existencia de voluntad manifiesta por parte de los agentes, así mismo, la conducta en este ilícito será de peligro pues al realizar dicha acción ponen bajo riesgo inminente el perfeccionamiento de la especie humana (eugénesis).

Ausencia de Conducta.- estaríamos frente al aspecto negativo de la conducta, en el delito de incesto, si se pudiera tener las relaciones sexuales en contra de los agentes, estimando nosotros que, no es posible la

presencia de esta excluyente bajo las circunstancias anteriores, en virtud de que existir negativa por parte de alguno de los agentes, habría la presencia quizá de otra figura antijurídica que podría ser, por ejemplo, el delito de violación más no incesto.

Tipicidad y Atipicidad.- la figura jurídica del incesto se encuentra tipificada en el artículo 272 del Código Penal que prescribe "se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

De lo cual se desprende que es necesaria la relación de parentesco para el encuadramiento de la conducta al tipo penal. En el apartado anterior manifestamos que a falta del conocimiento de este o de la manifestación de voluntad, estas darían origen a la presencia de causas de inculpa**bi**lidad, pero es el caso, que el tipo en estudio, al no requerir medios de comisión alguno, puede, en hipótesis presentarse por ejemplo la violencia física o moral en algunos casos o el consentimiento otorgado por menores de doce años o sujetos privados de razón y en los cuales la conducta realizada no se enmarca en los lineamientos prescritos por la norma y, -- que consideramos antijurídica al menos para considerarlos, como delito de incesto, sino, quizá como delito de violación, puesto que en el primer supuesto la voluntad no es manifiesta al existir cualquier clase de violencia y en el segundo se considera que no hay la presencia de consentimiento válido y por tanto presentarse el delito de violación prescrita por el artículo 266 del Código Penal y, existirá atipicidad por tanto en el deli

to de incesto. En las hipótesis planteadas no hay coexistencia del delito de violación (propia e impropia) e incesto, y para el efecto de reafirmar lo antes expresado transcribimos la siguiente tesis jurisprudencial: "El delito de incesto se configura por la concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son jurídicamente inco-existentes. El primero supone la violencia del agente sobre la víctima, - en tanto que el segundo supone dos sujetos, cuyas voluntades concuerdan - en realizar el hecho delictuoso. Así, ambos delitos se excluyen, pues si se habla de violación se elimina el concepto de concordancia de voluntades, y si se habla de incesto se elimina la noción de violencia. En concreto, el delito de incesto es un delito plurisubjetivo y bilateral. Por consiguiente, a pesar de que se haya aportado al expediente el acta de nacimiento de la menor ofendida y que de tal acta se desprenda que ésta sea hija del inculpado, es evidente la falta de voluntad de dicha menor en la ejecución de los hechos delictuosos, y palpable que éstos se llevarán a cabo con indudable violencia, circunstancia que hace desaparecer la existencia del delito de incesto y no así el delito de violación. (Semanao Judicial de la Federación, LVI, p. 66. 6a. época, 2a. parte, cfr.; Anales de Jurisprudencia, 2a. época, LXXXIII, Año XXII, p. 105.)g.

Antijuridicidad.- se presenta este elemento cuando se viola el deber jurídico implícito en la norma, es decir, en el delito en estudio los agentes realizan la conducta (tener relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o hermanos) descrita por el artículo 272 del Código Penal 8.- Porte Petit. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. pag. 137.

vigente.

Causas de Licitud.- en el delito de incesto consideramos imposible - la presencia de esta excluyente, pues, los agentes deben tener manifiesta voluntad para la realización de la conducta descrita y exigida por el tipo.

Imputabilidad.- en el ilícito en estudio se dará este elemento cuando los agentes reúnan los mínimos de capacidad física y legal para "tener relaciones sexuales".

Inimputabilidad.- si los agentes en estado de completa embriaguez cometen el delito de incesto, son responsables penalmente del hecho cometido pues existe la manifiesta voluntariedad de situarse dentro de esta excluyente.

Culpabilidad e Inculpabilidad.- en el incesto existe la culpabilidad cuando los agentes quieren la conducta, quieren el resultado y obtienen - este; a contrario sensu, puede presentarse la excluyente de inculpabilidad en su modalidad de eximentes putativas dada la falta de conocimiento del vínculo de parentesco.

Punibilidad.- la pena privativa de libertad con la que el legislador ha sancionado este ilícito penal la encontramos implícita en el artículo 272 del ordenamiento penal que manifiesta: "se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales -- con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos". De lo anteriormente expuesto se desprenden dos hi-

pótesis: en primera instancia la pena privativa de libertad consistente; - de seis meses a tres años de prisión para los descendientes que tengan re laciones sexuales con sus ascendientes, así como a los hermanos que los - realicen entre sí. En segunda instancia y considerada como una;

agravante.- la consistente en pena privativa de libertad de uno a -- seis años de prisión para los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

Derivado de lo anterior consideramos en forma particular que, la a-- gravación de la pena sólo para los ascendientes no es entendible ni mucho menos justificada, toda vez, que como se dijo en páginas anteriores, para la ejecución del incesto es menester, de importancia relevante, la exis-- tencia de una voluntad por parte de los agentes, es decir, bilateralidad- manifiesta en su conducta para que se tipifique como tal, y de ser así co mo lo requiere el tipo, la sanción deberfa ser equitativa e igualitaria - para los sujetos que intervienen y sobre todo que quieren la conducta y - quieren el resultado.

Tentativa.- en el típico en estudio no es necesario que exista la co pula para que se dé la configuración del incesto, sino el término "rela-- ciones sexuales, que incluye también a los actos lascivos previos al coi- to; por ende, se dará la tentativa cuando por circunstancias ajenas a los agentes se vea interrumpida la conducta descrita por el tipo.

**CAPITULO CUARTO.**

**ELEMENTOS DEL DELITO APLICADOS ESPECIFICAMENTE  
A LOS DELITOS SEXUALES QUE SE PERSIGUEN A PETICION DE PARTE  
(QUERRELLA)**

## ESTUPRO.

Concepto.- El concepto se perfila en el Código Penal vigente (1931) - en el artículo 262 en donde se manifiesta "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento - por medio del engaño...", por su parte Porte Petit, nos dice; podríamos - definir al estupro como la cópula normal, consentida, en mujer menor de - dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual. - González de la Vega --nos dice Marcela Martínez Roaro<sub>2</sub>-- nos da el siguiente concepto de lo que él considera debe entenderse por estupro: "la con - junción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos - o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimo - nio y de conducta sexual honesta".

Derivado de lo anterior podemos afirmar que el legislador hace con - sistir la conducta típica de este delito en el tener cópula, concepto que restrictamente, debe entenderse como la introducción del miembro viril -- masculino (pene) en la vagina de la mujer; mientras que en lato sensu se - entiende: la introducción del miembro en cualquier cavidad natural, esto - es, en el ano o en la boca. Para algunos otros autores debe ser considera - do desde el punto de vista normal en tanto que otros la conciben en forma anormal; los primeros como González de la Vega y González Blanco<sub>3</sub> señalan la inferencia de la cópula en el estupro se limita exclusivamente al coi -

1.- Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro. pag. 10.

2.- Delitos Sexuales. pag. 224.

3.- Idem.

to normal --obra de varón a mujer por vía natural--. Eliminamos los actos contra natura efectuados de varón a mujer --en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito--; otros como Jiménez Huerta<sup>4</sup> manifiesta, la unión o ayuntamiento puede ser, como de consuno y sin discusión se admite en torno al delito de violación; vaginal, anal y oral. Implica por tanto, una incongruencia lógica restringir y limitar, en el delito de estupro, el elemento fáctico "cópula", a la vaginal, pues no existe razón alguna para concluir que el comportamiento típico consistente en ambos delitos en que el sujeto activo "tenga cópula" encierre en el delito de estupro un sentido y un alcance diverso que en el de violación, dada la identidad fáctica de los mismos.

La limitante tomada como base para los autores que apoyan el criterio del requerimiento de cópula normal es la suposición en el pasivo de una condición moral distinta de la honestidad y que la ley requiere como elemento<sub>5</sub>. De lo anterior y como opinión personal consideramos; se debe tomar a la cópula en el sentido más amplio, pues, basta con que se trate de una cavidad natural propia del cuerpo, para que podamos decir que dos individuos se han unido sexualmente, no importa que la cavidad natural no sea en forma fisiológica y natural la destinada para la recepción del --- miembro, lo que sucede es que estaremos en presencia de una cópula contra natura, pero al fin y al cabo cópula. Jiménez Huerta y como apoyo nos señala tajantemente: la cópula existe en el mismo instante en que se intro-

4.- Derecho Penal Mexicano. Parte especial. t. III. pag. 246.

5.- Opinión de Fontán Balestra. --nos dice Porte Petit-- Opus. cit. pag. 12.

duce el miembro viril en la abertura vulvar, anal o bucal, sin que sea -- preciso que se efectúe inmisio seminis, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen o desfloramiento y la completa penetración del pene en la vagina. El denominado coitus inter femora no puede considerarse como cópula, habida cuenta de que no existe introducción del órgano viril en la cavidad vulvar --pero si el llamado coitus interruptus--. Así mismo para reforzar la postura, agregamos los conceptos tomados por Carrancá y Trujillo<sup>6</sup>, de Manzini y Gómez, referentes a la cópula y quienes señalan 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", y se incluye en el concepto tanto "el coito o cópula stricto sensu - que se realiza por la introducción del pene en la vagina", como "la cópula lato sensu; cuando la introducción es en el ano o en la boca", y estima --Carrancá y Trujillo-- como parte fundamental que el elemento cópula en el delito de estupro abarca cualquier ayuntamiento carnal.

Bien Jurídico Protegido.- de la misma forma que en el delito de atendidos al pudor, en el estupro existen discrepancias para determinar el ente tutelado por la ley, de tal manera trataremos de exponer las diversas posturas al respecto.

Para algunos autores como González de la Vega y González Blanco el objeto jurídico protegido en el estupro es la seguridad sexual derivada de la obtención por parte del activo del ayuntamiento sexual, que es producto de la inexperiencia del pasivo, pues no ha logrado el desarrollo --  
<sup>6</sup>.- Código Penal Anotado. pag. 511.

completo de su capacidad volitiva de acuerdo con la presunción que se establece al fijar la edad máxima, para considerarla como sujeto pasivo<sup>7</sup>. - Para otros autores como Gómez y Frías Caballero<sup>8</sup> el bien jurídico protegido es la honestidad, y agregan, que el libre consentimiento de la ofendida no es relevante para el derecho, que, a despecho de aquél, tutela un bien jurídico de cuyo valor la víctima no ha adquirido aún plena conciencia. Jiménez Huerta<sup>9</sup> y Carrancá y Trujillo<sup>10</sup> consideran como tutela del derecho a la libertad sexual y fundamenta el primero su punto de vista señalando, la tutela penal descansa en la ausencia de un consentimiento libre; y agrega, el que exija que la mujer sea casta y honesta y menor de dieciocho años, no desvirtúa la anterior conclusión, pues su finalidad es limitar el ámbito racional del engaño. Porte Petit<sup>11</sup> --en su particular forma de manifestarse-- nos dice, la ley protege la integridad sexual de las personas menores de dieciocho años, que no tienen madurez en el juicio de lo sexual, a virtud de que la ley estima que no tienen todavía la capacidad de determinarse en ese aspecto.

En nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en forma indistinta que el bien jurídico protegido es la inexperiencia sexual, la seguridad y la libertad sexual, en base a la siguientes ejecutorias:

"Como el delito de estupro tutela fundamentalmente la inexperiencia-

7.- Nos dice Martínez Roaro. Opus. cit. pag. 223.

8.- Nos dice Porte Petit. Opus. cit. pag. 24.

9.- Opus. cit. pag. 243.

10.- Código Penal Anotado. pag. 515.

11.- Opus. cit. pag. 26.

sexual que presupone en la mujer las cualidades de castidad y honestidad, como estado moral y modo de conducta que corresponde a ese estado, para tener configurado este delito, que se trate de una mujer casta y honesta, y tal no puede serlo quien no tiene una conducta adecuada a esa virtud. - La mente del legislador, al establecer como uno de los elementos del delito, la menor edad de la víctima, fue proteger su inexperiencia sexual, - en tal forma que cuanto mayor sea la inexperiencia de la mujer, menos --- sean las exigencias para considerarla seducida; de allí que la mayor parte de las legislaciones señalen un límite de edad, en la cual la seduc--- ción se presume y fuera de la cual la mujer ya no puede decirse engañada. Es decir, atenta la presunción de seducción de la menor, la simple fornicación constituye delito tanto por la inexperiencia de la víctima cuanto porque, supuesta su honestidad, no debe entenderse que se ha entregado".- (Semanao Judicial de la Federación, tomo CIV, pag. 328; CV, pag. 1393.)

"no basta que la víctima haya consentido el acto para que deje de existir el delito, pues en el estupro el bien jurídico objeto de la tutela al través de la conminación de las penas, no es la libertad sino la seguridad - sexual en la mujer joven e inexperta..." (Semanao Judicial de la Federación, XXXIII, p. 40, 6a. época. parte segunda); sin embargo, en otra ejecutoria se dice que la "circunstancia de que la ofendida estuviese desflorada, o no, carece de significación, porque el bien jurídico que la ley - protege no es la virginidad de la víctima, sino la libertad sexual de las mujeres jóvenes que, además posean los atributos morales de castidad y honestidad, comprendidos en la constancia de actividades sexuales". (Semana

rio Judicial de la Federación, LV, p. 28. 6a. época, parte segunda).

De lo antes dicho y en criterio muy personal consideramos no podría ser el bien jurídico tutelado por la ley, la seguridad sexual o la inex-  
perencia sexual; en virtud de que los autores que la sustentan, fundamen-  
tan su posición en cuanto a la edad máxima para considerarla sujeto pasi-  
vo, esto es, por su misma edad, consideran que el consentimiento otorgado  
no tiene validez, derivado de la carencia de discernimiento en lo sexual;  
retrocedamos a lo manifestado en el delito de atentados al pudor donde de  
igual criterio señalabamos que dada la idiocincracia del sexo femenino en  
esta época es pertinente fijar la edad de catorce años como máximo para -  
concebir con capacidad legal el consentimiento otorgado por ésta.

De la misma manera apoyamos la postura de Jiménez Huerta consideran-  
do la libertad sexual el objeto tutelado jurídicamente por la ley en vir-  
tud de la exigencia del tipo en el medio engaño para la obtención del con-  
sentimiento y éste carece de valor por la presencia de aquel, esto es, la  
libertad sexual es lesionada cuando el consentimiento ha sido obtenido me-  
diante artimañas o persuaciones; y en el supuesto fáctico de considerar a  
la seguridad sexual objeto jurídico protegido, el delito de estupro se --  
configuraría con la simple acción de obtener la cópula con mujer casta y  
honesta menor de dieciocho años, pero es el caso que el tipo rector deter-  
mina la existencia del señalado medio y a falta de él nos encontraríamos  
ante una ausencia de encuadramiento de la conducta a lo prescrito por el-  
legislador, esto es, una verdadera atipicidad.

Medios de Comisión.- en el delito de estupro, el tipo en forma clam

y precisa determina el medio de comisión al señalar "Al que tenga cópula. ..obteniendo su consentimiento por medio de engaño...":

de lo anterior hablaremos del término engaño, por lo que González de la Vega<sup>12</sup> expresa: "consiste en la tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad --presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas-- que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador".  
 Porte Petit<sup>13</sup> afirma; "es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es". Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que "el engaño es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación, para lograr la --pretensión erótica". (Semana Judicial de la Federación, t. XCIII, p. - 2076.).

De la redacción anterior a la reforma del artículo 262 que tipifica el delito en estudio y que incluía el término seducción consideramos a ésta implícita en el término engaño --que se ha quedado solo en lo prescrito por dicho artículo--, pues no puede desconocerse que existe entre ellos alguna interrelación, en virtud de ser la seducción, gramaticalmente hacer caer en un error y el engaño, artificios encaminados a influenciar, a hacer caer en algo.

Tipicidad y Atipicidad.- dentro de éste apartado haremos referencia-

12.- Nos dice Martínez Roaro. Opus. cit. pag. 224.

13.- Idem. pag. 222.

tanto a la calidad del sujeto pasivo como a las referencias temporales en virtud de considerarlas de primera importancia para la presencia típica del hecho fáctico en estudio, pues, es criterio de nuestros tribunales es timar implícitos los términos, Castidad y Honestidad como cualitativos -- del pasivo, en una mujer menor de dieciocho años como referencia temporal del mismo. Fundamentando lo anterior transcribimos la siguiente tesis jurisprudencial; "el delito de estupro se comete mediante la cópula con mujer casta y honesta, alcanzando su voluntad por medio de la seducción y engaño, es decir, en forma fraudulenta. Moralmente la castidad y honestidad son atributos que deben presumirse en toda mujer, salvo prueba en contrario, y la castidad y honestidad se encuentran acreditadas por prueba indirecta si se trata de una menor que vivía al lado y bajo la tutela de sus padres, quienes vigilaban sus actos". (Semanao Judicial de la Federación. 6a. época, t. XII, p. 125, Segunda parte.).

Ahora bien, es menester hacer alusión precisa de los términos castidad y honestidad, por lo que:

Castidad afirma González de la Vega<sup>14</sup> es "una virtud relativa a la conducta externa del ser humano, que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita"; González Blanco<sup>15</sup> piensa que la castidad consiste en "la abstención total de relaciones sexuales ilícitas". -- Por su parte Carrancá y Trujillo<sup>16</sup> manifiesta: Castidad es tanto como pureza. Se le identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por-

14.- Idem.

15.- Idem.

16.- Código Penal Anotado. pag. 512.

por lo general otra cosa que el signo externo que la acredita, pudiendo - no existir virginidad y si castidad, o bien lo contrario. La Suprema Corte de Justicia de la Nación hace una connotación referente a la castidad - y la cual transcribimos "la castidad es la abstención física de toda acti - vidad erótica y no esta demostrado que la víctima hubiera observado una - incorrecta conducta sexual ya que siempre vivió en el seno del hogar...". (S. C., tesis relacionada, 6a. época, 2a. parte, t. XLVI, pag. 31.).

Honestidad para González de la Vega<sup>17</sup> consiste: "no sólo en la absti - nencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos sino en su correcta - actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico". Y agre - ga, "no obstante la abstinencia de acciones físicas de lubricidad, la mu - jer no es honesta si revela en su conducta un estado de corrupción moral - y psíquica". Carrancá y Trujillo<sup>18</sup> afirma: la honestidad es el recato o - moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se la distingue lo constituyen las palabras, adem - nes y gestos, afinidades y simpatías, etc.; Cuello Calón<sup>19</sup> señala que la - honestidad de la mujer cesa no sólo con el acceso, sino también con la e - jecución de otros actos impúdicos. La Suprema Corte de Justicia de la Na - ción nos manifiesta "... la honestidad dado el tono del precepto es la de carácter sexual y consiste en el recato y pudor, es decir, en la compostu - ra, descencia y moderación de la persona, acciones y palabras, o en otros términos en la buena reputación de la mujer por su correcta conducta eró -

17.- Nos dice Martínez Roaro. Opus. cit. pag. 224.

18.- Opus. cit. pag. 512.

19.- Derecho Penal. t. II. Parte Especial. pag. 625.

tica". (S. C., tesis relacionada, 6a. época, 2a. parte, t. XLVI, pag. 32)

De lo anterior y en apoyo al pensamiento de Jiménez Huerta consideramos que la mujer es casta y honesta, de conformidad a las conceptualizaciones valorativas imperantes en la comunidad, a aquellas que conducen su libido con la continencia y la decencia que emanan de los principios éticos que rigen el grupo social; los cuales han sufrido cambios, pues, independientemente que desde el año de 1923 se efectuó en nuestro país el congreso panamericano de mujeres, cuyo temario tenía como principales puntos: el control de la natalidad, el niño, el amor libre y los derechos políticos y sociales de la mujer mexicana, donde derivado de sus principales puntos denota un radical cambio a los principios éticos de su sociedad y por que no denominarlos principios revolucionarios que se ven culminados el 1º de Enero de 1975 cuando entra en vigor el artículo 4 de la Constitución Política que consigna en su primer párrafo, la igualdad jurídica de los sexos y en el segundo párrafo, garantiza el derecho a la procreación. Así mismo en ese año se celebra en nuestro país el Año Internacional de la Mujer, esto es la idea moralista e incluso clericalista de nuestra época, se ha diversificado en sus principios y algunos son contrarios a los años treinta donde por ejemplo era amoral el uso de "jeans" en la mujer, o al ingresar a la iglesia con la cabeza descubierta, o ser incluso, cortejada abiertamente por un hombre.

Así mismo y en relación a la edad, esta referencia, es de característica del pasivo y la cual es puramente cronológica "menor de dieciocho años", esto es, el límite máximo para el pasivo, en virtud de ser conside-

rado el consentimiento otorgado, viciado, por no haber alcanzado aún el pleno desarrollo de capacidad en lo sexual, y a contrario sensu se considera que la mujer de dieciocho años, es plenamente apta para discernir en todos sentidos. los alcances de sus actos.

Al hacer referencia a menor de dieciocho años, se habla a lo sumo de dieciocho años menos un día y es al hablar de el mínimo de edad para el pasivo donde haremos referencia a lo prescrito por el artículo 266, que en tal caso se refiere a un máximo de edad para la cópula con menor de doce años como conducta típica de la violación impropia y en base a este fáctico jurídico considerar como límite mínimo de la mujer para ser sujeto pasivo del delito de estupro.

La atipicidad se encontrará en ausencia de cualesquier de estos elementos, pues, al no ser casta la mujer u honesta o menor de dieciocho años, no haber obtenido el consentimiento por medio del engaño para cópular o la existencia de esta última ya por vía idónea o no idónea; no podrá ser considerado como antijurídico<sup>20</sup>.

Antijuridicidad.- la conducta; al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, será antijurídica cuando siendo realizada no esté protegida por una causa de justificación o licitud.

Causas de licitud o justificación.- se estima que en el delito de estupro no existen causas de licitud, pues no se presenta el aspecto negativo de la antijuridicidad, fundándonos en la ausencia de interés o el interés 20. (T. 5., 6a. Sala, Julio 29 1941.).

rés preponderante.

Imputabilidad.- en el delito de estupro se presentará este elemento cuando el activo no se encuentre en alguna de las causas de inimputabilidad es decir reúna los mínimos de capacidad de goce y de capacidad de ejercicio requerida por el derecho y utilice el engaño para la realización de la conducta.

Inimputabilidad.- se presentará en este ilícito cuando el agente activo carezca de capacidad de conocer y de querer la conducta realizada como puede ser por ejemplo la minoría de edad.

Culpabilidad.- en este delito, la culpabilidad consiste en querer la propia conducta, en querer la cópula mediante el engaño; medio que por su naturaleza propia evidencia que la única forma de culpabilidad es el dolo, y precisamente en su modalidad de dolo directo, pues el sujeto quiere, desde el inicio la conducta típica.

Inculpabilidad.- en el delito de estupro pueden presentarse como aspecto negativo de la culpabilidad; el error de hecho esencial e invencible cuando el sujeto activo crea por error que la mujer tiene más de dieciocho años o en su defecto no sea casta y honesta.

Punibilidad.- el delito de estupro se sanciona en el artículo 262 - in fine "... de un mes a tres años de prisión".

Excusas absolutorias.- dentro de este apartado hablaremos del artículo 263 último párrafo, donde a primera vista se creería en la existencia de una excusa absolutoria --que habíamos dicho es, una remisión expresa -- por parte de la ley que se hace de la sanción, dejando subsistente a la -

procedibilidad y los cuales como la queja debe existir para la aplicación de la sanción respectiva.

Tentativa.- esta figura se presenta cuando haya dado inicio la ejecución de la conducta, pues la tentativa consiste precisamente en ejecutar hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización, no ejecutando la acción por causas ajenas a la voluntad del agente. Es decir, en el ilícito cabe la tentativa pero en lo que se refiere a la cópula y a que se haya realizado, tenido, o no, pues en cuanto a los requisitos intrínsecos de la persona ofendida y al medio empleado, tanto en el delito de estupro como en la tentativa, deben coexistir<sup>22</sup>.

## RAPTO.

Concepto.- La conceptualización de la figura delictiva del rapto consiste en la descripción típica contenida en el artículo 267 del código penal que señala "al que se apodere de una persona..."; como resultado de lo anterior, es necesario precisar el término apoderamiento y el cual consiste en la toma o aprehensión física o el sometimiento a un poder físico y puede realizarse a través de las dos grandes formas de privación de libertad física, que son: la aprehensión o la retención. La aprehensión significa la toma de carácter físico para someter a la víctima a un ámbito, en donde se coloca en una situación de subordinación. La retención, por su parte, significa aprovecharse de la colocación física de la víctima en ese ámbito de poder, impidiendo su salida del mismo; esto es, la aprehensión significa el tomarla de un lugar para colocarla en otro, en el que el sujeto activo pueda ejercitar un poder, y retener, es el reproche de que la víctima ya está en el ámbito del poder impidiendo que salga del mismo. Carrancá y Trujillo<sub>2</sub> nos dice: el apoderamiento consiste en el alejamiento de la persona --del lugar en que se encuentre (calle, casa, etcétera.), conduciéndola, bajo la potestad del agente, a un lugar diverso de aquel en que habitualmente vivía o en que hubiere debido permanecer, aunque no sea aquel en que el agente tenía intención de colocarla definitivamente; y agrega, también el apoderamiento en la retención o mantenimiento de la persona hecho por el agente en un lugar, cuando la persona quería -

1.- Carmona Arizmendi. Apuntamientos de Derecho Penal. pag. 178.

2.- Código Penal Anotado. pag. 521.

reintegrarse al lugar en que habitualmente vivía o al que quería retornar. Es obvio que el apoderamiento sólo opera con validez jurídica cuando el pasivo no consiente en él. Consideramos erróneo el pensar que el apoderamiento sólo tendrá relevancia jurídica cuando exista la falta de consentimiento, dado que el artículo 268 tipifica la figura jurídica equiparable al rapto y en la cual sí hay la existencia manifiesta de la voluntad en dicho apoderamiento, aunque esta sea otorgada por persona menor de dieciséis años y por tal virtud considerada (su voluntad) por nuestra legislación, afectada de nulidad absoluta. González Blanco<sup>3</sup> manifiesta al respecto del apoderamiento; "implica trasladar a la persona del lugar en que se encuentra, para ponerla en otro, bajo el dominio del agente, como el retenerla en determinado lugar". Jiménez Huerta<sup>4</sup> por su parte nos dice: la frase "Al que se apodere de una persona contenida en la descripción típica del artículo 267 significa gramaticalmente, someter a una persona al poder material del sujeto activo privándola de la facultad de sustraerse a dicho físico imperio y trasladarse al lugar que bien le pareciere. El apoderamiento en cuanto acción, puede realizarse de dos formas diversas: a) mediante la ejecución de una serie de actos encaminados finalísticamente a aprehender o asir a la mujer y trasladarla al lugar destinado para retenerla; y b) mediante la realización de un único acto encaminado a retener a la persona en el lugar en que se halla e impedirle salir de él.

Ahora bien es de criterio general que en el proceso ejecutivo de la figura delictiva en estudio, es necesario que el apoderamiento se prolongue. Nos dice Martínez Roaro. Delitos Sexuales. pag. 270.  
4.- Derecho Penal Mexicano. parte especial. t. III. pag. 304. y ss.

que durante un lapso más o menos largo, dada la naturaleza permanente del delito de raptó. Esto es, si el agente traslada a la persona de una habitación a otra de una misma casa para dejarla en libertad a los pocos minutos no habrá raptó, y si en su defecto, se prolonga la sustracción pero no existe la intención de "satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse..." como lo prescribe el artículo 267, habrá en todo caso la configuración del delito de privación ilegal de la libertad (art. 364) más no el de raptó.

Bien Jurídico Protegido.- hay en esta figura jurídica pensamientos idénticos para considerar a la libertad como el bien que la ley tutela, pero en forma discrepante, no coinciden en que tipo de libertad; González Blanco<sup>5</sup> mantiene la postura de que dicha libertad es la de locomoción; Carrancá y Trujillo<sup>6</sup>, la libertad de traslación de las personas. Jiménez Huerta<sup>7</sup> por su parte nos dice: "Es, para nosotros evidente que el delito de raptó tutela la libertad sexual, en cuanto concreción o especialización del bien jurídico de la libertad. Por nuestra parte compartimos la opinión del autor antes señalado al considerar a la libertad sexual como el bien jurídico tutelado por la ley, toda vez que, el fin perseguido por el activo es satisfacer un deseo erótico-sexual o para casarse con el pasivo, y como afirma dicho autor; dado que el matrimonio, incluso en sus concepciones más ascéticas, tiene por fin remediar la concupiscencia y hacer orgánica la procreación de los hijos y agrega, dable es concluir -

5.- Nos dice Martínez Roaro. Opus. cit. pag. 249.

6.- Opus. cit. pag. 522.

7.- Opus. cit. pag. 301.

que dicha acción ejecutiva está presidida siempre por el deseo de satisfacer un deseo (valga la redundancia) erótico-sexual, matrimonial o extramatrimonial.

Ahora bien en el supuesto de considerar a la libertad de locomoción, como el bien jurídico protegido, que en sentido gramatical significa "la acción de moverse de un punto a otro" o de traslación que en idéntico sentido significa "mudar de lugar" y es sinónimo de cambiar, mover, remover; y en todo caso no estaríamos tomando en consideración la esencia misma -- del delito de rapto, pues, al coartar la libertad en forma genérica, sólo estaríamos visualizando el apoderamiento sin tomar en consideración la finalidad de este, y que es como lo señala el ya citado artículo 267 "...para satisfacer un deseo erótico-sexual o para casarse...", y en el cual el simple apoderamiento no podrá tipificarse como rapto.

Así mismo Carrancá y Trujillo<sup>8</sup> considera al incompleto desarrollo moral de la persona como el bien jurídico tutelado por la ley en el fáctico descrito por el artículo 268 el cual prescribe "se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, y consienta en el rapto la persona, si esta fuere menor de dieciséis años" y arguye que estriba en su minoría de edad, lo que hace que su consentimiento se encuentre viciado de nulidad absoluta. De lo anterior - consideramos, como lo hemos venido manifestando en el estudio de los anteriores ilícitos, que es menester modificar la edad de la mujer, donde se estima que siendo menor de dieciocho años e incluso a los dieciséis años,

8.- Opus. cit. pag. 524.

como lo señala el artículo citado, está se encuentra psicológicamente incapaz para discernir y por consiguiente para otorgar su consentimiento. - Pugnamos que la edad que debe señalar la ley para considerar a la mujer plenamente capaz para el otorgamiento de su consentimiento, es la de Catorce años, pues, si en todo caso el Código Civil en su artículo 148 otorga a la mujer la facultad, en esta edad, para casarse es, contradictorio, - diríamos, el que el Código Penal le niegue capacidad para otorgar dicha a nuencia y sobre todo si uno de los fines ulteriores del ilícito en estudio es el matrimonio.

Calidad de los Sujetos.- en el ilícito en estudio y en forma precisa de acuerdo a lo descrito por el legislador en su artículo 267 habla de -- "persona" como sujeto pasivo de la conducta, término bastante amplio, ya que puede referirse tanto al hombre como a la mujer, pero que creemos que sólo se dará como pasivo a la mujer, pues, con anterioridad a la reforma se hablará de esta última como pasivo y es el caso que aún con dicha reforma a los artículos 270 y 271 del Código Penal no se modificó dicho término, por lo que en adelante hablaremos de mujer al referirnos al pasivo.-

Así mismo y como calidad del sujeto pasivo el artículo 268 habla de "...persona menor de dieciséis años".

Medios de Comisión.- el artículo 267 hace específica relación a los medios que han de ser o puedan ser ejecutados para el encuadramiento de la conducta al tipo, pues manifiesta que el apoderamiento de la mujer ha de hacerse "...por medio de la violencia física o moral, o del engaño..." ya en páginas anteriores hablamos de violencia física o moral, específica

mente en el delito de violación y, del engaño en el estupro; ahora bien - haciendo alusión unicamente a la violencia física dijimos que es la utilización de fuerza material encaminada a vencer una resistencia que implica un obstáculo para la comisión del delito y, por lo que hace a la violencia moral, como toda coacción psicológica manifestada a través de amenazas y las cuales influyen en el sujeto pasivo para la realización del ilícito. De lo anterior diremos que en el rapto la violencia física presupone la realización de actos materiales tendientes a sustraer a la mujer -- del lugar en que se halla y trasladarla a aquel en la que se le quiere -- guardar o retenerla en el que se encuentra impidiéndole salir. En lo referente a la violencia moral esta se presenta cuando son utilizados actos, - palabras o ademanes para hacer saber o dar a entender a la mujer o a sus parientes y guardianes que les inferirá un mal si se oponen al apoderamiento. Es menester aclarar que frecuentemente coinciden en el rapto por violencia, tanto la física como la moral; y en el caso de que los actos, - palabras o ademanes se traduzcan en vías de hecho, dejan de ser violencia moral para surgir como violencia física. Así mismo no se requiere en el rapto --a diferencia de la violación-- que la violencia sea irresistible; basta que disminuya la posible oposición y en cuanto a la moral no se destruye sino que se afirma por el hecho de que la mujer amenazada siga a su raptor sin oponer activa resistencia, pues este sometimiento demuestra la eficacia de la misma.

En relación con el engaño como otro medio de ejecución para el delito de rapto existen opiniones que lo consideran de la misma manera que el

delito de estupro, pues afirman a la necesidad de remitirse al delito de estupro en lo que le sea aplicable<sup>9</sup>; postura refutable, toda vez que, en el rapto el engaño debe entenderse como la utilización de cualquier medio que lleve al error al sujeto pasivo, para lograr la sustracción o retención; medio típico engañoso, muy distinto al requerido en el delito de estupro, porque el engaño en esta figura delictiva no implica el desconocimiento por parte del sujeto pasivo de la conducta que va a realizar el agente activo, en tanto que en el rapto, el engaño implica el desconocimiento por parte de la mujer, de que va a ser sustraída o retenida<sup>10</sup>. -- Jiménez Huerta por su parte señala la afirmación a negar la identificación del engaño que nutre la esencia del delito de estupro con el que puede ponerse en juego para perpetrar el rapto, pues afirma, esta parificación no es correcta y no puede hacerse sin desvirtuar la naturaleza propia del delito de rapto, pues, en el estupro el engaño incide sobre el consentimiento de la mujer para la cópula, en tanto que en el rapto es la aquiescencia de la mujer para ir a encontrarse, acompañar o permanecer con quien a la postre resulta su raptor<sup>11</sup>. Y agrega, el engaño en el delito de rapto consiste en el señuelo o ardid puesto en juego por el agente para atraerse a la mujer al apoderamiento o para hacerla permanecer en él confiada<sup>12</sup>mente. Se manifiesta en sustitución de persona, artificios, mentiras, simulaciones, enredos y astucias idóneas para engendrar en la mente de la mujer un error que determine su voluntad en el sentido querido por el rap

9.- González de la Vega --nos dice Martínez Roaro--. Opus. cit. pag. 253.

10.- Porte Petit. Ensayo Dogmático del Delito de Rapto Propio. pag. 54.

11.- Opus. cit. pag. 309.

tor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación acoge este último criterio al manifestar "es jurídicamente posible que coexistan los delitos de estupro y rapto. El rapto está constituido por el apoderamiento de una mujer mediante la violencia física o moral. La seducción o el engaño, para una satisfacción erótica o para casarse; hay un desplazamiento de la mujer -- que se logra mediante el engaño, la seducción o la violencia; el apoderamiento se procura con ánimo erótico o de casamiento, y queda fuera de la hipótesis legal la conjunción erótica o el matrimonio pretendido. Engaño y seducción son comunes al rapto y el estupro, pero mientras en el rapto son medios para el apoderamiento, en el estupro lo son para la obtención del consentimiento para la cópula, y por ello, es que no deben confundirse". (Semanao Judicial de la Federación, tomo CXXV, pag. 566, Sa. época).

En relación con la referencia del artículo 268 que alude "se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, y consienta en el rapto la persona, si ésta fuere menor de dieciséis años" consideramos implícita la seducción, es decir, - el legislador al determinar en el pasivo una falta de madurez o discernimiento al otorgar su consentimiento para situarse bajo el poder de su raptor, equipara dicha figura al rapto propio, pues, seducir implica conducir y someter, mover y determinar, a base de influjo psicológico, la voluntad de otro luego entonces, la conducta se manifiesta en múltiples formas a despertar y excitar los deseos y anhelos sexuales, con objeto de -- situar la libido femenina fuera de sí; así mismo existe la utilización de

palabras románticas a través de las cuales se logra el seguimiento voluntario del pasivo. El medio seductivo más frecuentemente empleado es la -- promesa de matrimonio, pues ejerce un mágico y sugestivo influjo sobre la voluntad de la mujer; dicha promesa no la hacemos referencial a la falsa promesa de matrimonio constitutiva del engaño, sino a aquella otra hecha con intención sincera de cumplirla, en virtud que, el artículo 267 tipifica como finalidad del apoderamiento el "...satisfacer un deseo erótico se xual o para casarse...".

De idéntica manera y aunque ya trillado, pensamos, debiérase ser menos proteccionista hacia el sexo femenino y modificar la edad en los preceptos como el de estudio, pues, al considerar que una mujer menor de die ci siséis años no tiene la capacidad suficiente y bastante para otorgar su consentimiento y seguir a su raptor es estar fuera de una realidad tan -- palpable, que sólo basta salir a la calle y darnos cuenta que la idiosincracia actual de las jovencitas es diferente, ya no digamos a las de hace cincuenta y ocho años cuando fué creado el ordenamiento penal, sino a las de hace diez años cuando se manifiesta la igualdad jurídica de los se xos y sobre todo a partir de la cual la mujer manifiesta capacidad para -- intervenir en actividades que anteriormente eran consideradas solamente -- propias de los hombres.

Tipicidad y Atipicidad.- la conducta antijurídica del delito de rapto se encuentra tipificada en el artículo 267 así como el 268 del ordenamiento penal que prescriben: "al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer un deseo --

erótico-sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión", y "se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, y consienta en el rapto la persona, si ésta fuere menor de dieciséis años". De lo anterior se deduce que, el tipo del delito de rapto requiere del apoderamiento de la mujer, - es decir que, la sustracción y la retención a través de la violencia física o moral o del engaño, se prolongue por un período más o menos largo - y sobre todo que dicha conducta tenga como finalidad principal el satisfacer un deseo sexual o el casarse; pues si no existe dicha finalidad no existirá el encuadramiento al artículo 267 y si quizá al 364 que tipifica el delito de privación ilegal de libertad. Así mismo si la conducta fuese realizada con fines matrimoniales, toda vez que, el estado y la sociedad tiene vedado, y en forma lógica, el matrimonio entre personas del mismo - sexo. Pero, si consideramos la existencia del ilícito en estudio realizado por una mujer, cuando ésta se apodera de otra mujer para satisfacer un deseo erótico-sexual, pues el rapto de acuerdo a la descripción legal es de fines alternativos, y que existe con la sola presencia del fin antes - señalado; y en este caso serían propósitos eróticos homosexuales o lesbianos por ejemplo.

La Atipicidad, es decir, el no encuadramiento de la conducta a lo señalado por el legislador, también la encontramos, cuando sobre el sujeto-pasivo no es utilizada la violencia física o moral ni tampoco el engaño, - esto es, los medios de comisión; y la cual es mayor de dieciséis años (en cuadrada como calidad del pasivo) y otorga su voluntad para seguir a su -

raptor.

Punibilidad.- el delito de rapto es sancionado en los artículos 267 y 268, esto es, existen dos casos con la misma sanción, que a saber son; pena privativa de libertad de uno a ocho años de prisión. En el primer artículo se aplicará "Al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer un deseo erótico-sexual o para casarse..."; en la segunda hipótesis se aplica, cuando "...el raptor no emplee la violencia ni el engaño, y consienta en el rapto la persona, si ésta fuere menor de los dieciséis años".

Dentro de los grandes márgenes establecidos de la sanción, consideramos que, el juzgador tendrá que valorar las circunstancias personales del pasivo, pues la conducta de hecho reviste una mayor gravedad cuando recae sobre una mujer de conducta honesta y decorosa: principio que la ley penal en la estructura jurídica del delito de rapto toma con suma importancia al reforzar con la misma sanción, cuando la conducta sea realizada sobre mujer menor de dieciséis años; pero que, independientemente de dicho reforzamiento, deberá tomar en cuenta dichas cualidades del pasivo --honestidad y decoro-- para determinar la sanción que aplicará al infractor.

Excusas Absolutorias.- como dijimos en el apartado respectivo estas consisten en la remisión expresa por parte de la ley que se hace de la sanción, dejando subsistente a la conducta el carácter de delito. Por ende y en forma concreta el artículo 270 señala una excusa absolutoria al prescribir "Cuando el raptor se case con la mujer ofendida no se podrá proceder criminalmente contra él, ni contra sus cómplices, por rapto, salvo que se-

declare nulo el matrimonio".

Existen discrepancias para considerar a este precepto como excusa absolutoria, por lo que hay autores<sup>12</sup> que la señalan como extinción de la acción penal y arguyen: "Fúndase esta especial causa de extinción de la acción penal, en las mismas razones de *utilitatis causa* que sirven de base a las excusas absolutorias: La ley presume que la raptada ha consentido su matrimonio con su raptor, en tanto que dicho matrimonio no se declare nulo. Y en tal situación, el efecto existente entre esposos, el respecto al matrimonio contraído y a las posibles consecuencias en orden a la prole, operen como intereses preponderantes que motivan la extinción de la acción penal. Sin embargo, como la fundamentación de esta especial causa de extinción de la acción penal tiene su origen en meras presunciones, su valor es provisorio y cede ante la viva realidad revelada por el hecho de que la ofendida o sus representantes legales obtengan civilmente la nulidad del matrimonio celebrado en ocasión de hallarse la raptada bajo el poder del raptor".<sup>13</sup> Por nuestra parte y en forma reiterada al igual que en el apartado específico de las excusas absolutorias consideramos a estas como una causa de utilidad pública y que por ausencia de una punibilidad procede precisamente la extinción de la acción penal, esto es, que si por manifestación expresa de la ley en su artículo 270, cuando el raptor se case con la raptada no se podrá proceder contra él, es en este momento -- donde hay una remisión expresa hacia la sanción: y a falta de ella proce-

13.- Jiménez Huerta. Opus. cit. misma pag.

14.- Opus. cit. pag. 314.

de precisamente la extinción de la acción penal. Independientemente de ello es menester señalar que, si dicha excusa se encuentra supeditada al matrimonio con la raptada, es una contradicción legal considerar a dicha excusa se encuentra supeditada al matrimonio con la raptada, es una contradicción legal considerar a dicha acción --el matrimonio-- como elemento subjetivo del delito a su vez sirva de base para la misma.

Tentativa.- hemos venido diciendo a través del estudio de los delitos donde se presenta la tentativa, que esta se presenta, cuando el activo realiza una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la ejecución del delito y causas ajenas al mismo le impiden la consumación de su propósito. Por consecuencia como dice Jiménez Huerta<sup>14</sup> "no existe duda que como acontece en todos los delitos de resultado, la tentativa es perfectamente configurable: con claridad solar cuando se emplea la violencia física o moral; con sombríos perfiles probatorios cuando el raptor hace uso del engaño o de la seducción". Por su parte Petit<sup>15</sup> por su parte manifiesta: "Pensamos que tanto la tentativa inacabada como la acabada pueden darse en el delito de rapto, pues no vemos ningún obstáculo para que pueda existir un comienzo o total ejecución y sin embargo, no se consuma el delito, es decir no se lleve a cabo la sustracción o la retención.

De idéntica manera que el estupro, el rapto requiere de un requisito indispensable para poner en movimiento al órgano jurisdiccional; la queja por parte de la ofendida, de su marido, si fuere casada o en su de-

14.- Opus. cit. pag. 314.

15.- Opus. cit. pag. 80.

fecto, si es menor de edad, por queja de quien ejerza la patria potestad o la tutela o en última instancia, por la misma menor. Requisito necesario - de conformidad con el artículo 271 del Código Penal.

## CRITICA A LA DENOMINACION DEL TITULO

## " DELITOS SEXUALES "

A través del estudio del Derecho Penal nos hemos encontrado con el fortalecido criterio de figuras fácticas que han sido llamadas y ubicadas en el Código Penal derivados del bien jurídico que el legislador o la ley protege. Tal es el caso por ejemplo de los delitos de lesiones y homicidio, donde el bien jurídico es la vida o la integridad corporal de las personas y por ende se encuentran ubicadas en el título decimoseiseno Delitos Contra la Vida y la integridad Corporal; Ahora bien en el título decimoquinto del Código Penal, se encuentran las figuras fácticas como: atentados al pudor, violación, estupro, incesto, rapto y adulterio; los cuales exceptuando este último, hemos desarrollado en este trabajo y mismos que se hayan en el ordenamiento penal bajo el título de Delitos Sexuales. Expresión o denominación que en consideración muy personal no tiene preeminencia o superioridad del bien jurídico sobre la naturaleza del delito sino en forma inversa, dado que, mira a la naturaleza del delito y no al bien jurídico tutelado, como debiera ser; esto es el título Delitos Sexuales se nos hace falto de exactitud, pues, independientemente de que de conformidad con cada uno de los ilícitos con respecto de su bien jurídico tutelado, es diferente, estos son basados en la naturaleza sexual (porque es realizada la conducta en o con el sexo) de la acción. Es obvio que en cada legislación ya no digamos dentro de la República Mexicana, sino, en otros países se les denominen de diversa manera, tales como por ejemplo -

en: España, "Delitos contra la honestidad"; Francia, "Atentados contra las Buenas Costumbres", Alemania, "Crímenes y Delitos Contra la Moralidad"; Uruguay, Venezuela y Cuba, "Delitos Contra las Buenas Costumbres y el Orden de la Familia".

Pugnamos luego entonces por el Título de "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE EL EJERCICIO SEXUAL" con relación a los delitos de atentados al Pudor, Violación, Estupro y Rapto; así como modificar la ubicación del adulterio, no analizado en este trabajo por considerarlo definitivamente irrelevante porque su conducta lesiona directamente a la familia, y al incesto situarlos bajo el título de los Delitos Contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres".

Ahora bien, es pertinente tomar en consideración en la proposición hecha a través del desarrollo de este trabajo relativa a la modificación respecto de la edad en el pasivo: que el legislador, en el Código Penal en su creación, pensamos, atendió problemas en donde las  cuestiones sexuales se encontraban estereotipadas, es decir, de una doble moral sexual, una para el hombre y otra para la mujer; de la asignación social de caracteres específicos impuestos a cada sexo desde su nacimiento:

A la mujer se le atribuye, y quizá así continúe siendo, la pasividad resignación, abnegación, debilidad, fidelidad, etc.; el hombre debía ser fuerte, rudo, rebelde, valiente, enérgico, infiel, etc... Pero, si al hombre a partir de que entra en la vida orgánica, es decir, a la pubertad, goza de libertad sexual y es estimulado para su indiscriminado ejercicio.

T.- Cuello Calón. Derecho Penal. t. II. parte especial. pag. 583.

heterosexual; porque a la mujer, se le reprime y a su vez sólo tiene este derecho --libertad sexual-- dentro del matrimonio?, Porque también, si el Código Civil otorga capacidad a la mujer a los catorce años para contraer matrimonio; y a partir de esta edad la considera emancipada y con ello -- con capacidad legal; Porque el Código Penal no considera esta misma edad (catorce años) como máximo para el sujeto pasivo si otorga su consentimiento para la realización de la conducta. Toda esta modificación es evidente dada la transformación natural, en las formas de vida, que han afectado profundamente las expresiones sexuales de la mujer, pues hoy en día, - las jóvenes, poseen a esta edad (catorce años), y a veces antes, plena responsabilidad, juicio y madurez para seleccionar libremente su vida sexual y pretender protegerlos penalmente, es restarles validez a sus decisiones sexuales.

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

- 1.- Antolisei Francesco.- Manual de Derecho Penal (parte general); Editorial UTEHA; Buenos Aires, Argentina; 1960.
- 2.- Carmona Arizmendi Enrique.- Apuntamientos de Derecho Penal; Editorial Cardenas, Editor y Distribuidor, 2a. edición; México; 1976.
- 3.- Carrancá y Trujillo Raúl.- Código Penal Anotado; Editorial Porrúa, S. A.; México; 1981.  
Derecho Penal Mexicano (parte general) t. I.; Editorial Porrúa, S. A. México; 1965.
- 4.- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa, S. A.; 17a. edición; México; 1982.
- 5.- Beling Ernest Von.- Esquema de Derecho Penal (la doctrina del delito-tipo); Editorial DEPALMA; Buenos Aires, Argentina; 1944.
- 6.- Quello Calón Eugenio.- Derecho Penal (parte general); Editorial Nacional; 9a. edición; México; 1970.  
Derecho Penal (parte especial) t. II.; Vol. I y II; Editorial Bosch,- Casa Editorial, S. A.; Barcelona, España; 1975.
- 7.- Islas de González Mariscal Olga.- Lógica del Tipo en el Derecho Penal; Editorial Trillas; Mexico; 1982.
- 8.- Jiménez de Asúa Luis.- La Ley y el Delito; Editora Sudamericana; 8a. edición; Buenos Aires, Argentina; 1978.
- 9.- Jiménez Huerta Mariano.- La Tipicidad; Editorial Porrúa, S. A.; México 1955.  
Derecho Penal Mexicano, t. I.; Editorial Antigua Librería Robredo; México; 1972.  
Derecho Penal Mexicano, t. II.; Editorial Antigua Librería Robredo; - México; 1958.  
Derecho Penal Mexicano, t. III.; Editorial Antigua Librería Robredo; - México; 1963.  
Derecho Penal Mexicano, t. IV.; Editorial Antigua Librería Robredo; - México; 1963.
- 10.- Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales;

- 11.- Mezger Edmundo.- Tratado de Derecho Penal, t. I.; Editorial Revista - de Derecho Privado; Madrid, España; 1955.  
Tratado de Derecho Penal, t. II; Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, España; 1957
- 12.- Pavón Vasconcelos Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano (parte general); Editorial Porrúa, S. A.; México; 1984.
- 13.- Petrocelli Biagio.- La Antijuridicidad; Editorial U. N. A. M.; 1963.
- 14.- Porte Petit C. Celestino.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, t. I.; Editorial y litográfica Regina de los Angeles, S. A México; 1973.  
Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Estupro; Editorial Porrúa, S. A., 2a. edición; México; 1982.  
Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación; Editorial Porrúa, S. A 3a. edición; México; 1980.  
Programa de la Parte General de Derecho Penal; Editorial U. N. A. M., Facultad de Derecho; 1968.
- 15.- Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano (parte general); Editorial Porrúa, S. A., 3a. edición; México; 1975.

INDICE GENERAL

NATURALEZA JURIDICA DE LOS MAL LLAMADOS  
'DELITOS SEXUALES'

	pag.
INTRODUCCION.....	
CAPITULO PRIMERO	
BREVE ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO	
* GENERALES *	
§.- SUJETO ACTIVO.....	1
§.- SUJETO PASIVO.....	8
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	11
§.- OBJETO MATERIAL.....	13
§.- CONDUCTA.....	15
§.- RESULTADO.....	16
* ESPECIALES *	
§.- MEDIOS DE COMISION.....	17
§.- REFERENCIAS ESPACIALES.....	18
§.- REFERENCIAS TEMPORALES.....	18
§.- REFERENCIAS DE OCASION.....	19
§.- ELEMENTO SUBJETIVO.....	19
§.- ELEMENTO NORMATIVO.....	19

§.- CALIDAD DE LOS SUJETOS.....	20
§.- CANTIDAD DE LOS SUJETOS.....	21
§.- CALIDAD DE LOS OBJETOS.....	21

## CAPITULO SEGUNDO

### ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

#### \* ASPECTO POSITIVO \*

§.- CONDUCTA.....	22
§.- TIPICIDAD.....	26
§.- ANTIJURIDICIDAD.....	28
§.- IMPUTABILIDAD.....	32
§.- CULPABILIDAD.....	36
§.- CONDICIONES ORJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	46
§.- PUNIBILIDAD.....	48

#### \* ASPECTO NEGATIVO \*

§.- AUSENCIA DE CONDUCTA.....	49
§.- ATIPICIDAD.....	53
§.- CAUSAS DE LICITUD.....	54
§.- INIMPUTABILIDAD.....	74
§.- INCULPABILIDAD.....	84
§.- AUSENCIA DE CONDICIONES ORJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	98
§.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	100

### CAPITULO TERCERO

#### - ELEMENTOS DEL DELITO APLICADOS ESPECIFICAMENTE A LOS DELITOS SEXUALES QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO

##### \* ATENTADOS AL PUDOR \*

§.- CONCEPTO.....	102
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	103
§.- ELEMENTOS ESPECIALES APLICABLES.....	105
§.- CALIDAD DE LOS SUJETOS.....	107
§.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	109
§.- PUNIBILIDAD.....	112
§.- AGRAVANTES.....	112
§.- TENTATIVA.....	113

##### \* VIOLACION \*

§.- CONCEPTO.....	115
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	117
§.- CALIDAD DE LOS SUJETOS.....	118
§.- ELEMENTOS ESPECIALES APLICABLES.....	127
§.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	132
§.- PUNIBILIDAD.....	135
§.- AGRAVANTES.....	136
§.- TENTATIVA.....	138

\* INCESTO \*

§.- CONCEPTO.....	140
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	141
§.- ELEMENTOS ESPECIALES APLICABLES.....	142
§.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	145
§.- PUNIBILIDAD.....	147
§.- AGRAVANTES.....	148

CAPITULO CUARTO

ELEMENTOS DEL DELITO APLICADOS ESPECIFICAMENTE A LOS DELITOS SEXUALES  
QUE SE PERSIGUEN A PETICION DE PARTE (QUERELLA)

\* ESTUPRO \*

§.- CONCEPTO.....	149
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	151
§.- MEDIOS DE COMISION.....	155
§.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	156
§.- PUNIBILIDAD.....	161
§.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	162

\* RAPTO \*

§.- CONCEPTO.....	164
§.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	166
§.- MEDIOS DE COMISION.....	168
§.- TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	172

ξ.- PUNIBILIDAD.....	174
ξ.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	174
ξ.- TENTATIVA.....	176

\* CRITICA A LA DENOMINACION DEL TITULO "DELITOS SEXUALES" \*

\* BIBLIOGRAFIA \*