



242.
29
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

" ARAGON "

**ESTUDIO DEL DELITO ESTABLECIDO EN
EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO
265 CONFORME A LAS REFORMAS DE
1989 AL CODIGO PENAL**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EVA PATRICIA MORALES HERNANDEZ**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

I N D I C E .

Fág.

INTRODUCCION.

| | |
|---|----|
| ANTECEDENTES HISTORICOS. | 1 |
| CAPITULO PRIMERO.- La conducta y su ausencia. | |
| 1.1 Conducta. | 6 |
| 1.2 Clasificación del Delito en Orden a la- Conducta. | 9 |
| 1.3 Clasificación del Delito Según el Resul- tado. | 14 |
| 1.4 Ausencia de Conducta. | 19 |
| CAPITULO SEGUNDO.-Tipo, Tipicidad y Atipicidad . | |
| 2.1 TIPO | 25 |
| 2.2 Ausencia de Tipo. | 34 |
| 2.3 Tipicidad. | 35 |
| 2.4 Atipicidad. | 37 |
| 2.5 Clasificación del Delito en orden al -- tipo. | 42 |
| CAPITULO TERCERO.- La Antijuridicidad y Causas - de Justificación. | |
| 3.1 La Antijuridicidad. | 47 |
| 3.2 Causas de Justificación. | 51 |
| CAPITULO CUARTO.-Imputabilidad y Culpabilidad. | |
| 4.1 Imputabilidad. | 61 |
| 4.2 Inimputabilidad. | 63 |
| 4.3 Culpabilidad. | 69 |
| 4.4 Inculpabilidad. | 75 |
| CAPITULO QUINTO.-Condiciones Objetivas de Puni- bilidad. | |
| 5.1 Condiciones Objetivas de Punibilidad. | 81 |
| CONCLUSIONES. | 91 |
| BIBLIOGRAFIA. | 96 |

I N T R O D U C C I O N .

INTRODUCCION.

El presente trabajo tiene dos finalidades una viene hacer la obtención y apoyo de mi examen profesional y la otra de conocer la problemática actual, referente a la adición de un segundo párrafo al artículo 265 del Código Penal de 1931.

No debemos olvidar que a través del tiempo el índice de la delincuencia ha ido en aumento, día tras día se incrementado el marco de inseguridad y violencia que vive el país, se cometen infinidad de delitos, lo que tiene al ciudadano en una constante aflicción ante la creciente comisión de delitos tan horrendos como el de violación.

Teniendo como principal objetivo, realizar en el presente trabajo un estudio dogmático del delito de violación al que ya se hizo referencia, tomando en consideración que la referida forma ha dado origen a múltiples inquietudes y

dudas, dado lo novedoso y reciente de la reforma, _
contando por ende con muy poca literatura al res --
pecto, para estar en posibilidad de criticar, por _
las razones a que durante el desarrollo del _ _ _ _
presente trabajo nos referiremos, sin soslayar _ _ _
el mérito que la multicitada reforma tiene.

Para ello recurriremos a la teoría _
estatómica del delito y así analizaremos sus siete _
elementos: conducta, tipo, antijuridicidad, _ _ _ _
imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas _
de punibilidad, y punibilidad, con sus respecti - -
vas excluyentes.

Finalmente debemos puntualizar como _
ya se dijo que el objeto de estudio del presente _
trabajo lo es únicamente el segundo párrafo del _ _ _
artículo 265 del Código Penal, para el Distrito _ _ _
Federal.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El Código Penal de 1871.

Fue publicado, con el nombre "Código Penal -- para el Distrito Federal y Territorios de Baja California sobre delitos del Fuero Común y para toda la República" sobre delitos Contra la Federación, del día 14 de Diciembre de 1871 al 8 de Febrero de 1872, en el Diario Oficial de la Federación. Se encontraba integrado por un total de 1152 artículos y 28 transitorios, y entró en vigor el 10 de Abril de 1872. Se conoce también con el nombre de Código de Martínez de Castro.

Dentro del título Sexto Capítulo Tercero, que comprende del artículo 789 al 795, se regulan los delitos de Atentados Contra el Pudor, Estupro y Violación, estableciendo el último de los numerales invocados lo siguiente:

Artículo 795.-Comete el delito de Violación -- el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo.

El Código Penal de 1929.

Es conocido también como Código Almaraz en virtud de haber formado parte de la comisión redactora el Licenciado José Almaraz, fue publicado en el diario oficial de la federación, el sábado 5 de Octubre de 1929, con el nombre de Código Penal para el Distrito --

y Territorios Federales. Contaba con 1228 artículos y 5 Transitorios, y conforme a lo dispuesto por el primero de éstos últimos, entrar en vigor el 15 de Diciembre de 1929.

Dentro del libro tercero, en el título décimo-tercero denominado de los delitos Contra la Libertad Sexual, y en el capítulo primero, que abarca del artículo 851 al 867, se regulan los delitos de Atentados al Pudor, Estupro y Violación, señalándose en el artículo 860, términos idénticos a los utilizados en el Código Penal de 1871 para definir el delito de violación, distinguiéndose sin embargo en el artículo 862 la violación a personas puberes e impuberes, aumentándose la pena en este último caso.

EL CODIGO PENAL DE 1931.

Este código, que es el que actualmente se encuentra en vigor (aún cuando ha sufrido numerosas reformas), fue publicado el 14 de Agosto de 1931, con el nombre de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Se encuentra conformado por 400 artículos en total y 3 artículos transitorios, y comenzó a regir el 17 de Septiembre de 1931.

Se encuentra dividido en dos libros y en el segundo dentro del título décimo quinto relativo a los delitos sexuales se regulan, en los artículos 260 al 276 los ilícitos de Atentados al Pudor, Estupro, Violación, Rapto, Incesto y Adulterio.

En el artículo 250 del propio código se establece tratándose del delito de violación lo siguiente:

Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona __ sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión, si la persona ofendida fuera impuber, la pena será de dos a ocho años.

Como se observa de lo antes señalado __ ninguno de los códigos anteriores -- a excepción del actual, a partir de las reformas de 1989 -- regulaba, en forma expresa e independiente, el delito objeto de la presente tesis, lo que en forma alguna significa __ que tal conducta se encontraba exenta de sanción, pero bajo otros aspectos, esto es atendiendo a cada caso __ concreto a través del delito de Atentados al Pudor o Corrupción de Menores.

Es así, que podemos afirmar, no existe __ en ninguno de los códigos citados un antecedente directo en relación al delito en estudio, ya que no es sino hasta la iniciativa de reformas al Código Penal, propuesta por el Ejecutivo Federal el 15 de Diciembre de 1988, donde se contempla por primera vez el ilícito materia del presente trabajo.

La iniciativa anterior, después de __ haber sido aprobada, fue publicada en el Diario Oficial

de la Federación, el martes 3 de Enero de 1989, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo Unico Transitorio, entró en vigor el 10. de Febrero del año se -
 Haledo, estableciendo en un segundo Párrafo Artículo 265, que constituye el objeto de ésta tesis, y el __
 cual a la letra dice:

Se sancionará con prisión de uno
 a cinco años al que introduzca _
 por la vía anal o vaginal cual -
 quier elemento o instrumento __
 distinto al miembro viril, por _
 medio de la violencia física o _
 moral, sea cual fuere el sexo _
 del ofendido.

CAPITULO PRIMERO.

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

1.1 CONDUCTA.

A este elemento del delito denominado conducta, los penalistas han elaborado numerosas definiciones. Así para Ranieri "es el modo en que se comporta el hombre, dando expresión a su voluntad" (1).

Porte Petit, señala al respecto que, debe definirse a la conducta abarcando la acción y de la omisión, considerando que la conducta consiste en "un hacer voluntario o en un no hacer voluntario (culpa)". (2).

Luis Jiménez de Asúa, habla de acto, definiéndolo como: "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". (3).

-
- (1) Cortes Ibarra Miguel Angel, "Derecho Penal" Cardenas Editor y Distribuidor 3ra. Edic. 1937, cita a Ranieri Pág. 127.
- (2) Porte Petit Candaudap, Celestino "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Editorial Porrúa, S.A., 3ra. Edición México, 1977 Pág. 295.
- (3) "Tratado de Derecho Penal" Editorial Losada, S.A., 2da. Edición, Tomo III, Buenos Aires Argentina, 1958, Pág. 329.

Francisco Pavón Vasconcelos, siguiendo a -
 Porte Petit, prefiere hablar de conducta o hecho, "según-
 la hipótesis que se presente; hablará de conducta cuando-
 el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto --
 y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta
 ta, sino además un resultado de carácter material que - -
 sea consecuencia de aquélla". (4).

Mariano Jiménez Huerta y Fernando Castella
 nos prefieren utilizar el término conducta, señalando -
 este último que "... en el lenguaje ordinario, por hecho-
 se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el -
 actuar humano (con o sin resultado material), por efec --
 tuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de
 vista, un hecho. También los fenómenos naturales son - --
 hechos". (5).

A este respecto no debemos olvidar que - -
 actualmente sólo la conducta humana puede configurar un -
 delito. Al hablarse de ello, en la enciclopedia Jurídica-
 Omeba, se señala que ésta es un objeto cultural y que se
 halla orientada por valores; que tiene como punto de par-
 tida la realidad de la existencia humana, la cual se de -
 sarrolla en dos ámbitos; el de la naturaleza y el de la -
 cultura, En el primero el hombre acciona y reacciona como

-
- (4) "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General -
 Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México 1984, -
 Pág. 158.
- (5) Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementa -
 les de Derecho Penal" Editorial Porrúa S.A., 2da. -
 Edición México 1977 Pág. 148.

ente natural en la vida biológica, mientras que en el segundo se manifiesta y determina en función de valores aceptados en un momento determinado en una comunidad, y es entonces cuando al actuar del hombre puede ser bueno o malo, justo o injusto, etc., y es así como la estructura del orbe cultural da origen a formas de vida o sistemas de conducta, siendo el derecho una de esas manifestaciones, encontrándose integrado por un sistema de pensamientos normativos, por lo que, al considerar la conducta humana desde este punto de vista, el hombre cuenta con varias posibilidades de obrar y por lo tanto puede realizar o no, actos que le estén prohibidos.

(6).

Como podemos apreciar a través de las diversas definiciones dadas por los diferentes autores en materia penal, suele aplicarse para designar a este primer elemento, los términos conducta, acto, hecho, acción, etc.

Por lo que junto con Mariano Jiménez - Huerta, concluimos en el sentido de considerar más aceptable la expresión "conducta"... no solo por ser un término más adecuado para recoger su contenido conceptual - las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar -

(6) "Edit. Bibliográfica Argentina, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, 1979, Págs. 749-752.

mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico! (7).

Se ha establecido que la conducta puede consistir en un hacer, o en un no hacer, o como se dice frecuentemente, un hacer positivo o negativo, lo que dará origen a los delitos de acción o comisión y de omisión simple, respectivamente además, encontramos una tercera forma delictiva consistente en una omisión (un no hacer), del que surge un resultado material, originándose así, los llamados delitos de comisión por omisión u omisión impropia.

Pasaremos por ello a su clasificación atendiendo al elemento conducto.

1.2 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Aquí vamos a distinguir como ya se dijo entre:

1.- a). Acción; b). de omisión y c). comisión por omisión, y

2.- a). Unisubsistentes; b). Plurisubsistentes.

(7) "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición Tomo I México 1985, Pág. 102.

1.- a). Los delitos de acción.- Se ha definido a la acción como "la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto--acto-- o de una omisión". (8).

Celestino Porte Petit dice que "La acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico". (9).

En relación con la primera definición me parece un tanto incompleta, ya que ese hacer debe traer como consecuencia un resultado típico, pues en caso contrario resultaría intrascendente para el derecho y en relación a la segunda opino que resulta adecuada cuando se trate de delitos dolosos, ya que se habla de que debe tenerse una finalidad.

Por nuestra parte, definimos a la acción como un movimiento corporal voluntario que produce un resultado típico.

(8) Carrancá y Trujillo Raúl. "Derecho Penal Mexicano. Parte General", Revisada y actualizada por Raúl Carrancá y Rivas, Edit. Porrúa, S.A., 14a. Ed. - México, 1972, Pág. 262.

(9) "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Edit. Porrúa, S.A., 7a. Ed. Tomo I, México, 1982, Pág. 300.

Atendiendo a los criterios anteriores, podemos afirmar que los delitos de acción surgen al realizar un hacer positivo, requiriendo un resultado material, mediante un nexo causal que une a ambos.

Nuestro delito en estudio encuadra, evidentemente dentro de esta clasificación al exigir el tipo un hacer consistente en introducir cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía anal o vaginal.

Los delitos de omisión.- b).- Carrascó y Trujillo define al delito de omisión simple diciendo que es "la conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer". (10).

Celestino Porte Petit, afirma que el delito de omisión simple "consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico. (11).

Consideramos que ambas definiciones son bastantes claras y precisas, por lo cual nos abstenemos de proporcionar alguna de tipo personal.

(10) Ob. cit., pág. 264.

(11) Ob. cit., pág. 305-306.

Desde luego, el delito objeto de la presente tesis no puede encuadrar dentro de esta clasificación, en virtud de que, como ya se dijo se exige un hacer.

c).- Los delitos de comisión por omisión.- en éstos delitos el agente viola una norma prohibitiva,-- omitiendo realizar la conducta que evitaría la producción del resultado dañoso. Ejemplo: la madre desnaturalizada - que queriendo dar muerte a su pequeño hijo, omite alimentarlo, consumando así su propósito homicida, o el de la - enfermera o encargada de cuidar a un enfermo inválido, - que le suprime las medicinas urgentes y los alimentos necesarios.

El maestro Celestino Porte Petit, en lo -- referente expresa: "existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, - por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido)- violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del - derecho) y una norma prohibitiva". (12).

Por lo tanto considero que los delitos de comisión por omisión se tratan en realidad de una variante de los delitos de omisión, por lo que la conducta consiste en un no hacer voluntario o culposo, pero en éstos - a diferencia de los de omisión simple, del no hacer, de -

(12) Citado por Cortes Ibarra Miguel Angel, Ob. cit. - págs. 139-140.

la falta de actividad, emerge un resultado material, es decir, se da una mutación en el mundo exterior. También se les conoce como delitos de omisión impropia.

Tal y como ya se señaló al hablar de los delitos de omisión, al existir un hacer de parte del sujeto activo para producir el hecho típico, el ilícito mencionado no puede ser considerado dentro de esta categoría.

2.- Los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes se toma como criterio de clasificación "el número de actos integrantes de la acción típica". (13).

a).- Los delitos unisubsistentes son aquellos que se forman por un sólo acto.

b).- Los delitos plurisubsistentes es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura.

A este respecto diremos que dentro del catálogo de tipos previstos por el Código Penal y por las leyes especiales, muchos de ellos se integran por una conducta únicamente, ejemplo típico sería el homicidio; mientras que otros requieren para su integración de varios actos y a manera de ejemplo podríamos citar el delito de Ataques a las Vías de Comunicación, el cual de

(13) Castellanos Tena Fernando, Ob. cit. pág. 142.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 -- Fracción II del Código Penal se integra al conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes y cometer una infracción al Reglamento de Tránsito. En éste delito es condición sine qua non, la concateración de dos conductas diferentes ya que si se cometieran cada una de ellas por separado tendrían una sanción independiente, así, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 150 del citado reglamento por el hecho de conducir el vehículo en las condiciones citadas, la sanción será hasta de 36 horas de arresto; mientras que la sanción por la infracción que se cometa al propio reglamento, será de acuerdo a la falta cometida.

Pues bien, se habla de que el delito es unisubsistente cuando para realizarlo se requiere solamente de un acto y se dice que es plurisubsistente cuando requiere de varios actos.

Es fácil advertir que el delito que estamos analizando está dentro de la clasificación de los delitos unisubsistentes al exigir para su perpetración tan sólo un acto.

1.3 CLASIFICACION DEL DELITO SEGUN EL RESULTADO.

Por último nos referiremos a la clasificación del delito según el resultado en el cual distinguiremos las siguientes categorías:

1.- a).- Instantáneo; b). Permanente; __
c). Continuado.

2.- a).- Formal y b). Material.

3.- a).- De daño b). de peligro.

1.- a).- Instantáneo.-Porte Petit der --
cribe al respecto que "para determinar si un delito es _
instantáneo, debemos enfocar la instantaneidad a la _
consumación...Debemos considerar como delito instantá -
neo aquel en que tan pronto se produce la consumación _
se agota". (14).

El Código Penal (artículo 7o. Fracción _
I) habla de que el delito instantáneo surge "cuando la _
consumación se agota en el mismo momento en que se han _
realizado todos sus elementos constitutivos".

b).- El delito permanente.- Se puede _
definir como aquel en que su consumación se prolonga _
en el tiempo. Al respecto dice Sebastián Soler "puede _
hablarse del delito permanente sólo cuando la acción _
delictiva misma permite, por sus características, que _
se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de _
modo que sea idénticamente violatoria del derecho en _
cada uno de sus momentos". (15).

(14) Ob. cit., pág. 380.

(15) Citado por Castellanos Fernando, Ob. cit., pág. _
139.

Nuestro Código Penal (artículo 7o. Fracción II) habla de que el delito es permanente "cuando la consumación se prolonga en el tiempo".

En los delitos permanentes hay continuidad en la ejecución de la conducta, es decir, a partir de que el delito se empieza a cometer la conducta anti-jurídica se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo y no debe confundirse con los efectos permanentes, que en ocasiones dejan la conducta delictuosa.

El delito permanente cuando es cometido mediante una acción y una omisión se compone de dos fases, la primera consiste en realizar físicamente la conducta señalada en la ley, realización que puede llevarse a cabo de forma comisiva o omisiva al no hacer cesar voluntariamente el estado anti-jurídico de la conducta desarrollada en la primera fase.

c).- Delito Continuado.-Se da esta clase de delito, "cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal" (artículo 7 Fracción II del Código Penal). Es decir, encontramos varios actos de la misma naturaleza que considerados independientemente pueden configurar un delito, ligados por una conexión temporal y encaminados a la realización de un propósito, violando una norma penal.

Consideremos que los elementos constitutivos de nuestro delito se agotan al propio momento de su consumación, en consecuencia debe ser considerado

dentro de la categoría del delito instantáneo y no permanente y continuado.

2.- a).- Ferral.- "Es indudable, que la existencia de los delitos formales o materiales, depende del concepto que se tenga de resultado. Si se acepta un concepto naturalístico; un mutamiento en el mundo exterior, material y tangible, habrá delitos que no tengan resultado. Si se entiende como resultado el mutamiento en el orden jurídico, no habrá delito sin resultado". (16).

Los otros consideramos más adecuada la primera de las posiciones señaladas, ya que al caso contrario, a fin de cuentas llegaríamos a la misma situación, en efecto, si consideramos que todos los delitos tienen un resultado jurídico después tendríamos que distinguir que además de ese resultado jurídico a unos delitos tendrán un resultado de tipo material. Por lo tanto, diremos que un delito es de resultado formal cuando se viole una norma preceptiva, sin que se produzca un resultado material, esto es una mutación en el mundo exterior.

b).- Delitos de Resultado Material.- En cambio, existen otros delitos en los cuales lo trascendente para el derecho es que exista un resultado material o mutación en el mundo externo. "Los resultados de una conducta típicamente, son de diversa naturaleza de acuerdo con la infinita variedad del mundo exterior.

(16) Porte Petit Caudaudap Celestino, Ob. cit., pág. 394.

Pueden ser: físicos, esto es consistir en la mutación de la forma o substancia de las cosas...; fisiológicas, si consisten en la producción de una determinada situación patológica que pueda originar el fin de la vida...; anatómicos, cuando consisten en la cercenación de alguno de los miembros que forman la integridad del cuerpo humano...; psíquicos, si producen determinadas psicosis o psicopatías...". (17).

En virtud de las consideraciones anteriores, estimamos que el delito en comento puede ser tanto de resultado formal como material. En efecto, en el supuesto de que se ejerza como hipótesis comitiva la violencia física, esta podrá tener como consecuencia alguna lesión que, en tal supuesto (hasta ciertos límites), debe ser considerada como integrante de dicha violencia, en cambio tratándose de la violencia moral, normalmente no deberá producir sino un resultado jurídico, sin desconocer desde luego la posibilidad de que también produzca un resultado material, mismo que deberá ser valorado en cada caso concreto por la autoridad competente.

3.- a).- De Daño.- Los delitos de daño son aquellos en que el bien jurídico protegido sufre una agresión material, un menoscabo o daño efectivo.

b).- De peligro.- En esta clase de delitos el bien jurídicamente tutelado "es un riesgo"...que puede ser abstracto y general, como en la portación de armas prohibidas... o bien puede ser concreto, contra una persona o un objeto determinado, como sucede en el dispa-

ro de arma de fuego..." (18).

El delito que se analiza, considero como bien jurídico tutelado, la libertad sexual del sujeto pasivo, es de daño ya que dicho bien sufre una agresión material directa.

1.4 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Considerada está como el aspecto negativo de la conducta toda vez que si la conducta esta ausente evidentemente no habrá delito.

"La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o mejor dicho impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico, muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal". (19).

Dentro de esta eximente o elemento negativo existen diversas teorías respecto a las hipótesis que se pueden presentar, por lo tanto nos referiremos a las que sí son aceptadas por la ma -

(18) Villalobos Ignacio "Derecho Penal Mexicano Parte General", Edit. Porrúa 4a. Edición México 1983, pág. 240-241.

(19) Castellanos Tena Fernando Ob. cit., pág. 162.

yoría de los autores: (20).

20) A este respecto señala Villalobos "sólo una denominación más impropia exista y se ha puesto de moda, siguiendo a Passina, al llamar a éstas excluyentes de responsabilidad ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

...Con esta denominación se quiere afirmar que la actuación humana que se constituye el delito, su antijuridicidad y su culpabilidad, no son elementos sino meros 'aspectos' del delito y su ausencia 'aspectos negativos'.-y más adelante agrega elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman una palabra, los átomos que forman una molécula, los cuerpos simples que se convinan para formar una sal, el género próximo y la diferencia específica en toda definición esencial, o el acto humano y sus calificativas de antijuridicidad y culpabilidad que integran el delito y en ausencia de cualquiera de los cuales desaparece tal delito.

El aspecto, en cambio, no es sino una forma externa, una fisonomía o apariencia con que se presenta la cosa a los ojos del observador; y ni el acto, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad son meras facetas o estampas externas del delito.

El hombre puede tener un aspecto sano o enfermizo, de alegría o de tristeza, de juventud o de vejez, pero tal se haría si se quisiera llamar también 'aspectos' suyos a la animalidad y a la racionalidad, a la sangre, los músculos, los huesos y los nervios que lo componen.

Ahora bien, las excluyentes de responsabilidad son condiciones especiales que concurren a la realización de un hecho típico y que eliminan todo acto del acusado, o la antijuridicidad del suceso, o a la culpabilidad en el agente por lo cual dicho evento no es ya delictuoso; no es que siga existiendo un delito con distintos aspectos, lo que confirma que la conducta humana, la antijuridicidad y la culpabilidad son verdaderos factores, el elemento integrante del concepto jurídico 'delito' y no simples aspectos del mismo y es notorio que, si por falta de acto humano, de antijuridicidad o de culpabilidad NO HAY DELITO, es impropio señalar tales ausencias como 'aspectos negativos del delito', pues un delito que no existe no puede tener aspectos positivos ni negativos ni de ninguna otra especie...". Ob. cit., págs. 333-334.

I.- VIS ABSOLUTA.- En el artículo 15 del Código Penal en vigor, se establece: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias;".

Es indudable que cuando una persona no realiza voluntariamente la conducta delictuosa que se le imputa, no existe responsabilidad penal respecto a ella, puesto que, en dicha conducta ha actuado un elemento ajeno a la voluntad del agente.

Para Porte Petit la vis absoluta se presenta "...cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violación física, humana e irresistible".- (21).

Dice Fernando Castellanos Tena, que " en el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se haya compelido por una fuerza de tales características - pues puede ser perfectamente imputable si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta". (22).

(21) Ob. cit., pág. 406

(22) Ob. cit., pág. 162.

2.- LA VIS MAIOR.- Se encuentra fundamentada en la propia Fracción I del artículo 15 del Código Penal, ya mencionada. Al respecto señala Fernando Castellanos que "...la vis absoluta y la vis maior, -- difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana" (23).

En consecuencia, podemos definir a la vis maior o fuerza mayor como la fuerza física exterior irresistible proveniente de la naturaleza, por lo cual un sujeto realiza una conducta que le está legalmente prohibida u omite una acción a la que está legalmente obligado.

3.- EL SUEÑO.- Es, para la especie humana, un estado de inconciencia de tipo fisiológico, es decir, de carácter orgánico. Su concepción como excluyente de responsabilidad penal por falta de acto, es de tipo extralegal o extrajurídico, ya que no se encuentra expresamente previsto por la ley.

Para Jiménez de Asúa en el sueño "no -- existe ni la conciencia ni la voluntad que caracterizan la acción humana, por lo que nos hallamos en presencia de una falta de acto". (24).

(23) Ob. cit., págs. 163-164.

(24) Ob. cit., Tomo III. Pág. 691.

Resulta indudable que quien comete un delito mediante movimientos involuntarios durante el sueño, no tiene responsabilidad penal alguna al fallar los elementos señalados anteriormente, sin embargo, "el durmiente puede ser responsable de un delito culposo, cuando no previó lo que era previsible o previendo el resultado tuvo la esperanza de que no se realizara, pudiéndose presentar los grados de culpa: con o sin representación". (25). En este caso el ejemplo es clásico: el de la madre nodriza que sabiendo que tiene un sueño intranquilo coloca en su lecho al niño de pecho a quien asfixia al sofocarlo bajo su cuerpo mientras duerme. (26).

En tal virtud, a nuestro juicio, en todos los casos que por sueño (excepto cuando éste sea provocado por un tercero, sin conocimiento del durmiente), se omite un deber jurídico de obrar, existirá responsabilidad penal.

Dada la naturaleza del ilícito que se estudia en la presente obra resulta obvio que no opera, en ningún supuesto, ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta antes señaladas.

(25) Forte Petit Candaudap Celestino, Ob. cit., pág. 149.

(26) Jiménez de Asúa Luis Ob. cit., Tomo III pág. 694.

CAPITULO SEGUNDO

TIPO, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

2.1 TIPO.

Atendiendo a la prelación lógica de los elementos del delito, para que una conducta sea calificada como delictuosa, necesita ser, además típica.

Debemos considerar al tipo penal como garantía de legalidad para todos los ciudadanos, al establecer el artículo 14 Constitucional que "... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate..." Lo anterior se traduce en que a ninguna persona se le puede aplicar sanción alguna si su conducta no se encuentre tipificada penalmente; es aquí donde tiene plena aplicación el dogma de nullum crimen nulla poena sine lege, o sea no hay crimen sin ley que lo define.

En el Distrito Federal, la mayoría de los delitos se encuentran previstos y sancionados por el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, mismo que cuenta con un total de 400 artículos, observándose que cada uno de los estados de la república mexicana, tienen su propio Código Penal.

No obstante lo anterior existen leyes especiales en cuanto a la materia o a las personas—tales como la Ley Federal del Trabajo y otras, en donde también -

se encuentran previstos y sancionados diversos delitos-.

Existen diversas definiciones acerca del tipo, así Pavón Vasconcelos lo define diciendo que es -- "la descripción concreta hecha por la ley de una con -- ducta a la que en ocasiones se suma su resultado, repu -- tada como delictuosa al conectarse a ella una sanción -- penal". (27).

Jiménez de Asúa señala que "el tipo le -- gal es la abstracción concreta que ha trazado el legis -- lador descartando los detalles innecesarios para la de -- finición del hecho que se cataloga en la ley como de -- lito". (28).

Mientras que Fernando Castellanos lo de -- fine diciendo que "el tipo es la creación legislativa, -- la descripción que el estado hace de una conducta en -- los preceptos penales". (29).

Asimismo Ignacio Villalobos señala que -- el tipo es siempre modelo en que se incluyen todos los -- individuos de una especie, ya que se halla formado por -- las características o rasgos esenciales

(27) Ob cit., pág. 265.

(28) Ob. cit., p^ag. 745.

(29) Ob. cit., pág. 165.

a todos ellos; por tanto el tipo penal (homicidio, robo, etc.), es la descripción esencial, objetiva de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias la ley considera delictuoso". (30).

Por lo anterior concluimos que el tipo penal como ya ha quedado definido es la descripción de una conducta hecha por el legislador, a través de los preceptos penales; diferenciando el tipo de la tipicidad, en que esta última es la coincidencia del comportamiento concreto con el descrito abstractamente por el legislador; es decir el tipo es la descripción legal de una conducta considerada como ilícita, mientras que la tipicidad, es el adreamiento o adreación de la conducta desplegada por el sujeto activo con el tipo penal ya descrito.

En el caso concreto el tipo del delito en estudio lo establece el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal, el cual a la letra dice:

Al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

(30). Ob. cit., pág. 267.

¿Pero que debemos entender por elemento y por instrumento?

Elemento.-Cada una de las partes más o menos separables de un todo complejo.

Instrumento.-Lo que se emplea para alcanzar un resultado. Objeto empleado para la comisión de un delito.

En consecuencia por instrumento o elemento a nuestro juicio debemos entender cualquier objeto o parte del cuerpo humano que pueda ser introducido en vaso anal o vaginal, sustituyendo al miembro viril, como por ejemplo un dedo, un palo, un fierro, una botella etc.

Estimamos pertinente señalar que para la introducción del instrumento o elemento en orificio anal o vaginal sea constitutiva del delito de violación, no requiere que dicha introducción sea completa siendo suficiente con que esta sea en mínimo grado y sin que requiera desfloración de la víctima, para el caso de que sea mujer.

Analizando los elementos del tipo tenemos:

a).- Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado en el segundo párrafo del precepto citado anteriormente, es la libertad sexual, pues estimamos que todo acto de índole sexual que es impuesto por medio de la violencia físic

ca o moral, ataca la libertad sexual, así como también estimamos que se tutela la dignidad humana, pues esta conducta descrita en el multicitado párrafo del numeral 265 del Código Punitivo a nuestro particular punto de vista resulta humillante en virtud de que el sujeto activo del ilícito al realizar éstos actos tiene no sólo un ánimo sexual sino también un ánimo de humillar a su víctima, dada la anormalidad de la conducta desplegada por el agente.

b).- Sujeto activo.

En esta especie del delito de violación, el sujeto activo puede serlo el hombre o la mujer indistintamente. Lo que se infiere claramente de la lectura del artículo 265 en su segundo párrafo de nuestro Código Penal Vigente, pues tanto el varón como la mujer pueden realizar la introducción de cualquier elemento o instrumento en vaso anal o vaginal de otra persona, usando como medio coercitivo la violencia física o moral.

En efecto, a diferencia del primer párrafo del precepto citado, no cabe la menor duda de que el sujeto activo en el caso a estudio puede serlo el hombre o la mujer, pudiendo darse las siguientes hipótesis:

1.- Sujeto activo varón y víctima también varón, realizando la introducción el activo por vía anal.

2.- Sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer, ejecutando la introducción por vía anal o vaginal.

3.- Sujeto activo mujer y sujeto pasivo varón, siendo en consecuencia la introducción por vía anal y

4.- Sujeto activo mujer y el sujeto pasivo también mujer, realizándose la introducción por vía anal o vaginal.

c).- Sujeto pasivo.

De la propia redacción contenida en el multicitado artículo del párrafo Segundo del Código Penal se infiere claramente que la víctima o sujeto pasivo puede serlo persona del sexo femenino o masculino, esto es, que el varón o a la mujer les puede ser introducido un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía anal; y a la mujer por la vía vaginal.

d).- Medios.

Los medios exigidos por el tipo del delito objeto de nuestro análisis, al igual que en la violación propia, son la violencia física y la violencia moral.

Presentándose las siguientes situaciones:

1.- Introducción de elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía anal, haciendo uso de la violencia física.

2.- Introducción de elemento o instrumento distinto al pene por vía anal, haciendo uso de la violencia moral.

3.- Introducción de elemento o instrumento diverso del miembro viril por vía vaginal empleando la violencia física.

4.- Introducción de elemento o instrumento diverso del pene, por vía vaginal empleando la violencia moral.

En este apartado, creo conveniente señalar que al igual que en la violación propia la violencia debe ser ejercida con la finalidad de llevar a cabo la introducción de elemento o instrumento en vaso vaginal o anal de la víctima.

De la violencia física apuntaremos que ésta debe ser ejercida precisamente sobre la persona a la que se pretende introducir el instrumento o elemento; violencia que debe ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima o minarla.

A diferencia de la violación propia, ante la simple manifestación de que no se quiere la

introducción del objeto sustituto del pene, el agente no podrá argumentar que realizó el acto equiparable a la cópula creyendo que era grato para su víctima, toda vez que en virtud de la naturaleza del acto no nos imaginamos que éste pueda resultar grato a persona alguna, y únicamente lo aceptamos en el caso de un enfermo sexual, en cuyo caso, será materia del proceso la comprobación de la desviación sexual del sujeto pasivo y por ende su consentimiento para que el activo realizara tal conducta.

Estimando que a pesar de lo anotado anteriormente no es del todo suficiente la simple negativa del pasivo, pues si bien es cierto, como ya dijimos, es imposible que a una persona le sea grata la introducción en vaso anal o vaginal de algún elemento o instrumento al miembro viril, también lo es que ante un acto de tal envergadura no es verosímil que únicamente se niegue el pasivo a sufrir tal conducta, sin que ejecute cualquier acto defensivo para evitar tal penetración.

En consecuencia, nos atrevemos a señalar que la resistencia que oponga la víctima debe ser seria y constante, siendo conatante cuando es sostenida hasta el último momento, excluyendo por razones obvias la resistencia que se opone al principio y que es olvidada posteriormente para participar en la conducta desplegada por el activo; siendo seria la resistencia cuando ésta está libre de toda simulación, es decir,-

cuando no se fingen y se muestran verdaderamente la __
voluntad de la víctima.

De la violencia moral anotaremos que __
puede ser ejercida en persona distinta de aquella a la
que se procura violentar, siempre que esta tercera per-
sona éste unida al sujeto pasivo del delito por fuer-
tes lazos de parentesco o afecto; o bién, la violencia
moral puede ser ejercida directamente sobre la persona
del sujeto pasivo.

La amenaza en que consiste la violencia
moral n de ser creíble y futura así como depender su __
realización del agente activo.

En efecto, para que pueda hablarse de __
que el ilícito se cometió haciendo uso de la violencia
moral, esta debe de haber consistido en amago o en __
amenazas de un mal grave e inmediato capaz de atemoriz-
zar a la víctima, temor que debe alcanzar tal grado __
que mine o elimine la resistencia de la persona ofen-
dida, considerando que la violencia moral en virtud de
la cual el pasivo no opone resistencia o ésta es ven-
cida psicológicamente, es aquella que reúne las si - -
guientes características.

Presente o inmediata y que importe bie-
nes de alto valor para la víctima como por ejemplo, __
la vida, la integridad corporal, propia o de seres ha-
llgados a la víctima por lazos de parentesco o amis-
tad,

lazos que deben ser lo suficientemente estrechos para que el pasivo al saber en peligro a dichas personas, unidas por amistad o parentesco a ella, sienta temor por las mismas.

2.2 AUSENCIA DE TIPO.

"La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal. Por tanto, como afirma Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley incluso aunque sea anti-jurídica. El dogma nullum crimen sine tipo, constituye la más elevada garantía del derecho penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal". (31). Fernando Castellanos dice al respecto que la ausencia de tipo se da cuando el legislador, deliberadamente o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. (32).

Por lo que se refiere a este punto los comentarios conducentes se harán posteriormente al hablar de la tipicidad.

(31) Forte Petit Candaudap, Celestino Ob. cit., pág. 172.

(32) Ob. cit., pág. 172.

2.3

TIFICIDAD.

Existen diversas definiciones respecto a la tipicidad de las cuales mencionaremos las de algunos autores tales como:

Porte Petit, cita en su obra a Jiménez de Asúa, Pardo Aspe, Jiménez Muerta, Francisco Blasco y Fernández de Moreda, Laureano Landaburu y Fontan Balestra. Al respecto Porte Petit, nos dice que la tipicidad consiste en "...la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo.-Jiménez de Asúa, nos dice que la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.-Pardo Aspe, concibe a la tipicidad como elemento que se da cuando el infractor que no es el destinatario arregla y conforme su conducta con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley.-Jiménez Muerta, nos dice al respecto que es la adecuación típica, siendo el encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación, o circulación al mismo de la conducta accesorias. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, nos define a la tipicidad como.-la acción típica, la cual se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida...". (33).

(33) Ob. cit., pág. 469-470.

También el máximo Tribunal de Justicia ha opinado al respecto, argumentando que es "...el cumplimiento del escudo, se encuentra adecuada al tipo que describe la ley penal". (34).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al tema en comento, nos señala que para ser considerada como tal, se requiere de "...una conducta humana la cual sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, subsume en tipo legal, ésto es que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurren en la total consumación del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, por que la manifestación de voluntad o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo enmarque dentro de la definición de un tipo penal...". (35).

El tipo de una concreción legislativa mediante la cual se describe de manera esencial y objetiva una conducta que, realizada en condiciones ordinarias se considera delictuosa, la conducta debe ser típica, es decir que coincide con la descripción legal de una conducta considerada como delictuosa, en virtud de que ha sido establecida por el legislador en un catalogo jurídico penal en abstracto.

(34) Semanario Judicial de la Federación Tomo ---
XXXIII, Sexta Epoca Segunda Parte Pág. 103.

(35) Semanario Judicial de la Federación Tomo ---
CXVII, Pág. 731.

Para nosotros la tipicidad viene a ser la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; la tipicidad no podemos considerarla solamente como un elemento esencial del delito; sino que más trascendente, en virtud de que en la legislación mexicana no existe delito sino está determinado por una ley anterior al hecho que lo crea, aplicando el antiguo dogma latino "NULLO CRIME SINE LEGE". La tipicidad es considerada como elemento esencial del delito teniendo en cuenta así por lo establecido en el artículo 14 de la Constitución General de la República Mexicana como garantía para los gobernados, radicando ésta, en la necesidad de que la conducta se ajuste a la descripción legal observando que dicho ordenamiento, es cumplido fielmente, ya que el artículo 7o. del Código Penal en cita coincide con lo ordenado por Nuestra Carta Magna.

La tipicidad por lo tanto viene a ser la coincidencia del comportamiento concreto con el descrito abstractamente por el legislador, esto es el amoldamiento o adecuación de la conducta con el tipo penal ya descrito, y que en el caso específico lo constituye el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal, el cual ya se hizo referencia.

2.4. ATIPICIDAD.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, se dice que hay atipicidad

cuando la conducta realizada no encuadra en la hipótesis legal. Sin embargo es indudable que toda atipicidad, de conformidad con lo establecido por Nuestra Carta Magna, en su artículo 14, ya señalado con antelación, no existe posibilidad de imponer pena alguna por simple analogía y aun por mayoría de razón, si no existe una ley exactamente aplicable a la conducta o hecho de que se trate; si falta alguno de los elementos característicos del tipo, el delito no podrá configurarse:

Teniendo como antecedente "...que toda conducta ilícita, para merecer el calificativo de típica, debe estar previamente descrita en un tipo penal..." resulta claro y valedero que no integrándose todos y cada uno de los elementos exigibles en el tipo, observando que la actividad no puede considerarse típica, sino atípica, desde el punto de vista jurídico y aplicando el dogma latino, tampoco puede ser considerada como una conducta típica, cuando esta no ha sido prevista por la ley como un delito.

Algunos autores han definido la ausencia de tipicidad argumentando que ésta se da cuando: "...no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

La atipicidad es la ausencia de ade

cusción de la conducta al tipo..." (36).

Celestino Porte Petit, (37) y Francisco Pavón Vancancelos, (38) diferenciar dos formas de conceptualizar al determinar que la ausencia de tipo, el legislador en forma voluntaria o involuntaria se olvidó de prever tal conducta o hecho no describiéndolo en la ley; en cambio en el caso de la estipicidad, el comportamiento delictivo, está plenamente contemplado en la hipótesis legal en forma abstracta, pero no hay conformidad al tipo, por faltar cualquier elemento integrante del mismo.

A continuación señalaremos algunas de las causas por las cuales se puede originar la atipicidad.

a).- Ausencia de calidad exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

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

c).- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo:

(36) Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit., pág. 172.

(37) Ob. cit., pág. 261 y 262.

(38) Ob. cit., pág. 265.

d).- Al no realizarse el hecho por los medios específicamente señalados en la ley:

e).- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos: y

f).- Por no darse, en su caso, la anti-juridicidad especial. (39).

Nosotros, por nuestra parte, estamos de acuerdo con Fernando Castellanos quien al respecto señala que: "En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo". (40).

De las hipótesis antes señaladas, consideramos que pueden darse como causas de atipicidad solamente la ausencia de los medios coercitivos a que hace referencia el tipo en estudio. En efecto, y en virtud de que no se exige ninguna calidad específica para el sujeto activo o pasivo; ni tampoco ninguna referencia temporal o elementos subjetivos ya que resulta muy difícil pensar en alguna hipótesis de falta de objeto material o jurídico; consideramos que solamente puede existir atipicidad en los siguientes supuestos:

(39) Castellanos Tena Fernando Ob. cit., pág. 172 y 173.

(40) Ob. cit., pág. 173.

a).- Cuando se introduzca el miembro vi
ril por vía anal o vaginal, en éste caso entarece en
 el supuesto de delito de violación propia.

b).- Cuando no se haga uso de la violen
 cia física o moral.

Por lo que se refiere a éste último pun
 to debemos decir que al exigirse expresamente que la
 introducción se realice por medio de la violencia fisi
ca o moral, en el supuesto de existir consentimiento
 de parte del sujeto pasivo habrá atipicidad. ¿ pero
 que pasa si ese consentimiento es otorgado por un me
 nor de edad ?. Atendiendo a los elementos típicos que
 describe la ley, estimamos que aun tratándose, de por
 ejemplo, un menor de siete años al haber consentido
 por cualquier causa para ser víctima de la conducta,
 existiría atipicidad en este sentido resulta critica
 ble la reforma hecha al Código Penal ya que al igual
 que se hizo tratándose del delito de Atentados al Pu
 dor, debió, a nuestro juicio preverse expresamente
 tal hipótesis, señalándose algún límite de edad, que
 bien pudieran ser los doce años para considerar perpre
 tado el ilícito en comento aun cuando el consentimien
 to expreso de la víctima.

No desconccemos desde luego, que la hi
 pótesis antes enunciada podría encuadrar en algún
 otro delito como atentados al pudor o corrupción de me
 nores pero evidentemente el propósito del legislador

fue, el crear delito específico con una sanción más severa para esta clase de comportamiento, propósito que evidentemente, en el ejemplo antes indicado no se cumple, razones por las cuales resulta urgentemente reformar el tipo señalado contemplando expresamente el caso de los menores.

2.5 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

Siguiendo a Fernando Castellanos, (41).

Primero haremos la distinción entre tipos:

a).- Normales y b).- Anormales.

Normales.- Cuando un tipo contiene exclusivamente elementos objetivos, se dice que se trata de un tipo normal.

Anormales.- En cambio, si en el tipo además de esos elementos objetivos se presentan también, subjetivos y o normativos, de acuerdo a lo expresado por el citado autor, se tratará de un tipo anormal.

El tipo que nos ocupa es anormal, en cuanto a que contiene elementos normativos, tales como las voces elemento instrumento, violencia fisi

(41) Ob. cit. pág. 168-172.

ca o moral, para cuya comprensión tendremos que recurrir a una valoración.

Se hace otra clasificación, atendiendo a su ordenación metodológica y se dividen así, entre;

a).- Fundamentales o básicos; b).- Especiales y c).- Contemplados.

Fundamentales o básicos.- Aquellos que atendiendo al bien jurídico que tutelan, son el fundamento para otros tipos.

Especiales.- "Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental el cual subsumen..." -- (42).

Complementados.- Se aplica el básico pero atenuado o agravado, debido a una particularidad que se le agrega.

En lo referente al ilícito objeto de la presente tesis debe considerarse por exclusión complementado, ya que el básico lo es el delito de violación propia, a que se refiere el primer párrafo del artículo 265 del Código Penal y no subsume a ningún otro tipo.

(42) Idem, pág. 171.

De acuerdo a su autonomía por independencia se dividen en:

a).- Autónomos o independientes y b).-- Subordinados:

Autónomos o independientes.-No dependen de algún otro tipo para su existencia.

Subordinados.-Requieren de la existencia de otro tipo.

Vemos que nuestro tipo en estudio es autónomo, ya que no depende de ningún otro.

Por su formulación se clasifican en:

a).- Amplios y b).- Causísticos.

Amplios.-La hipótesis prevista puede realizarse valiéndose de cualquier medio.

Causísticos.-Se señalan varias formas en que puede colmarse el tipo se subdividen en:

I.- Si se colma con una sola de ellas, se tratará de los llamados alternativamente formado.

II.- En cambio, si se requieran de todas ellas, será acumulativamente formado.

Es evidente por lo que se refiere al _ tipo en concreto es causístico de los llamados alternativamente formados ya que como anteriormente se mencionó presenta diversas hipótesis, siendo suficientes para su consumación una sola de ellas.

Por el resultado se dividen así:

a).- De daño; b).- de peligro y c).- mixtos.

De daño.-Proteger el bien contra su _ destrucción o disminución.

De peligro.-Se protege el bien de la _ posibilidad de sufrir un daño.

Mixtos.-Es una combinación de los dos _ anteriores, tutelan el bien contra el daño y el peligro.

Por último, a nuestro juicio el tipo _ del delito que se está estudiando es de los llamados de daño, ya que protege al bien jurídico tutelado - - contra su destrucción o disminución, sin olvidar de _ que se trata de resultado formal.

CAPITULO TERCERO.

LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

3.1

LA ANTIJURIDICIDAD.

Para dar inicio al estudio de la anti-juridicidad es necesario señalar algunos conceptos dados por varios autores respecto de éste elemento integrante del delito, que como indica Castellanos Tena, es esencialísimo para la integración del delito (13).

Castellanos Tena, cita en su obra a Javier de Alba Muñoz, Cuello Calón, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Carlos Binding, Max Mayer, los cuales definen a la antijuridicidad de la siguiente forma:

El autor en cita considera que la antijuridicidad "...radica en la violación del valor y bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..."; para Javier de Alba Muñoz, esta actúa cuando alguien contradice un mandato del poder según Cuello Calón, la antijuridicidad ...presupone un juicio, una estimación, de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal. Tal juicio es de carácter objetivo por sólo recaer sobre la acción ejecutada...; para Sebastián Soler, ésta constituye... una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario...; de acuerdo con Reinhart Maurach, estima que la antijuridicidad son... los mandatos y prohibiciones de la ley penal, rodean protegiendo y salvaguardando el bien jurídico...;

(43) Ob. cit., pág. 175.

para Carlos Binding, el delito... no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto se ajusta a lo previsto en la ley penal...; Max Ernst Mayer, indica que la antijuridicidad es...la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado... (44).

Actualmente en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, se requiere para la existencia de la conducta antijurídica, una doble condición que es la siguiente:

a).- Positiva.-Adecuación de la conducta o hecho a un tipo penal.

b).- Negativa.-Que no estén amparados por una causa de exclusión del injusto.

La conducta no será antijurídica, si esta se encuentra protegida por algunas de las causas que enumera el Código en cita, en su artículo 15 en sus diversas fracciones.

Celestino Porte Petit, concibe a la antijuridicidad, como "...una conducta que aún siendo típica esta no estaba protegida por una causa de justificación..." (45).

(44) Ob. cit. pág. 285.

(45) Ob. cit., pág. 288.

Vela Treviño, manifiesta que la antijuridicidad "...es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina, la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural por el estado..." (46).

La antijuridicidad como hemos observado es un juicio de valor resultante de la unión de dos términos que son:

- a).- La conducta: fase material objetiva.
- b).- Escala de valores dada por el estado.

Por lo cual, la antijuridicidad radica en un juicio estimativo que resulta negativo entre el comportamiento y el derecho.

Según se ha expresado; la antijuridicidad implica una objeción positiva con el derecho, más como este, tiene por misión tutelar determinados valores o intereses, resulta evidente que, en lo general, la oposición a la ley, constituye ataque a bienes jurídicamente tutelados; por ellos en el elemento del delito a estudio viene a ser:

- a).- Formal; que estriba en la oposición - -

(46) Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, México, 1978, Ed. Porrúa S.A. 1a. Edición Pág. 153.

ción a la ley.

b).- Material; radica en la lesión o en la puesta en peligro de los bienes tutelados por el derecho.

La materialidad de la antijuridicidad, se haya concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado.

Cuello Calón, explica que ambos aspectos pueden coincidir, pues siempre son nocivos o peligrosos para la sociedad en que vivimos pero aún cuando no lo fueran por ello no perdería su carácter antijurídico, debido a su oposición a lo ya establecido en una determinada norma penal.

La antijuridicidad material sin la formal, carece de interés en el campo del derecho penal, especialmente en sistemas liberales como lo indica el citado autor, que es donde se rige el principio de estricta legalidad, delito y pena que deben ser establecidos por una ley.

Específicamente, tratándose de la antijuridicidad formal en el delito material del presente trabajo, surgirá con la simple oposición del sujeto activo a la norma, esto es, con la realización de los hechos que describe el legislador en el tipo ya analizado.

Por cuanto se refiere a la antijuridicidad material es indudable que de por sí la violación resultante de la imposición de la cópula resulta una de las acciones más barbaaras cometida por el ser humano en contra de sus semejantes, toda vez que con esta se ataca la libertad de elegir con quien y cuando tener relaciones sexuales, resulta aún más despreciable sólo entendible tratándose de sujetos marimáticos sexuales el tener relaciones sexuales en una forma tan alejada de la naturaleza humana normal, como seria el hecho de introducir cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril por vía anal o vaginal utilizando para ello la violencia física o moral, lo que fundamenta a nuestro criterio la creación del delito en estudio y constituye la antijuridicidad material del mismo.

3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Según Castellanos Tena las causas de justificación "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica" (47). Es decir representar un aspecto negativo del delito.

A éstas causas de justificación también suelen denominarse de otro modo tales como:

Nuestro Código utiliza la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad. Raúl

(47) Ob. cit., pág. 181.

Carrancó y Trujillo las denominan "causas que excluyen la incriminación" (48).

Jiménez de Asúa estima que "es correctísimo el título de causas de justificación..." (49). Y las define diciendo que son "las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subscribirse en un tipo legal; éstos son, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen" (50).

Por nuestra parte preferimos seguir la postura del maestro Castellanos Tena y llamarla causas de justificación.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica podemos decir que son objetivas se refieren al hecho, no al sujeto, e impersonales, son para todas las personas que se coloquen en cuales quiera de sus hipótesis, y por otra parte deben estar expresamente señaladas en la ley, a éste respecto señala Villalobos "toda antijuridicidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden o de conveniencia para la vida colectiva (contenido que a veces sólo se presume en una prohibición de la ley) y una de

(48) Ob. cit. pág. 325.

(49) Ob. cit., pág. 181.

(50) Idem pág. 1026.

claración expresa hecha por el estado, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal ...resumiendo, podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes a que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, puede producir sus efectos; la excluyente de antijuridicidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también una declaración legal! (51).

De lo anteriormente expuesto resulta claro que basta - objetivamente hablando -, para eliminar la antijuridicidad una mera declaración formal, lo cual no obsta para que el legislador tome en consideración el aspecto material de la misma, por lo que se manejan en derecho dos teorías:

1.- Ausencia de interes; aun cuando es unánime la aceptación por la doctrina, en el sentido de considerar al Derecho Penal como de orden público, no debemos desconocer que en ocasiones se protege al destinatario de las normas y sus facultades de autodeterminación o ejercicio de una libertad, de ahí que cuando éste, en uso de ese derecho conciencia que se realice la conducta que de otra manera sería ilícita, existe por el estado una ausencia de interes para la persecución del autor de dicha conducta.

(51) Ob. cit., págs. 335, 336.

2.- Interés preponderante; cuando el derecho se ve en la coyuntura de que dos bienes por el tutelado se encuentran en peligro, opta por salvar el de mayor valor, resultando entonces lícita la conducta del agente que sacrifica el bien de menor valía.

Dentro de las excluyentes de antijuridicidad unánimemente aceptadas por la doctrina encontramos las siguientes:

a).- Legítima defensa: podemos definir la diciendo que es "la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de terceros que se encuentran jurídicamente protegidos que son víctima de un ataque ilegítimo". (52). Se encuentra prevista por el artículo 15 Fracción III del Código Penal que establece: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ...III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad racional de la defensa empleada no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o la persona a quien se defiende...".

b).- El estado de necesidad; se habla de estado de necesidad cuando exista una situación de

(52) Vela Treviño, Sergio Ob. cit., pág. 317.

peligro para los bienes tutelados por el derecho, optando éste por salvar el de mayor valía. No se da la excluyente de estado de necesidad cuando el bien que se opta por salvar el de igual o menor valía que es sacrificado. Se encuentra legalmente previsto por el artículo 15 Fracción IV del Código Penal, que establece: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ...IV. Obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionando intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance";

c).- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho; debemos partir que tanto el deber y el derecho debe estar expresamente consignado en la ley.

Nuestro Código Penal nos prevee en el artículo 15 Fracción V que textualmente señala: "... V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho";

Estudiaremos en seguida cada una de éstas excluyentes:

1.- Cumplimiento de un deber; debemos considerar que los deberes legales que tiene una persona pueden ser derivados de dos hipótesis diferentes, uno como consecuencia de la función pública que lleva a cabo el sujeto, y otro como particular sujeto a las leyes en general.

2.- El ejercicio de un derecho; debemos entender la expresión derecho "en su más amplia acepción, como la facultad o el poder de obrar que la norma jurídica confiere. Dicho en otras palabras, cualquiera que fuere la ubicación de la norma dentro del ordenamiento jurídico, si ella confiere al individuo una facultad o un poder para comportarse en cierta forma, en estricta realidad está confiriendo un derecho" (53). De acuerdo a la definición anterior observamos que se trata de facultades para llevar a cabo diversas conductas produciendo un resultado.

d).- La obediencia jerárquica; la única hipótesis que dará nacimiento a una excluyente de antijuridicidad por obediencia jerárquica, será cuando el inferior jerárquico reciba una orden de la cual aún cuando conozca o no su ilicitud, tenga la obligación legal de acatarla, careciendo del poder de inspección. En efecto se requiere para ello de un orden jerárquico legalmente reconocido que,

(53) Idem, pág. 281.

exista un orden de gradación y que la orden sea para llevar a cabo alguna conducta típica, puesto que sino fuera así, ninguna necesidad tendría el inferior de hacer valer la excluyente de antijuridicidad al haber actuado conforme a derecho. Y no tendría trascendencia jurídica el que el inferior de considerarse que la conducta que le ordena es ilícita, puesto que si se permitiese a los inferiores catalogar o valorar la orden que les dan sus superiores, de acuerdo a lo que cada uno de ellos considere legal, dejarían de ser inferiores jerárquicos y éstos además, deberán tener, por otra parte, el deber legal de acatar la orden, al estar ésta, dentro de las atribuciones que la ley concede al superior, lo que el ser comprobado o verificado por el inferior le dará el poder inspección, y para el caso de que el inferior jerárquico carezca de dicho poder de inspección, pero tenga la ineludible obligación de obedecer, entonces su conducta será conforme a derecho al cumplir con dicha obligación. Se encuentra regulado por el artículo 15 Fracción XII del Código Penal que establece: "son circunstancias de excluyentes de responsabilidad penal: ... Fracción VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

e).- El impedimento legítimo.- Hay

que hacer notar que cuando nos referimos a legítimo, se debe interpretar en el sentido de conforme a derecho, ésto es, el impedimento legítimo consiste en abstenerse de cumplir con una obligación señalada en la ley, porque otra norma lo impide. Es decir, la violación en que incurre el sujeto activo con motivo de ésta excluyente, siempre será de carácter omisivo, mediante un no hacer. Se encuentra regulada por el artículo 15 Fracción VIII del Código Penal que señala: "son circunstancias de excluyente de responsabilidad penal: ...VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo.

Al respecto no encontramos en esta hipótesis del delito a estudio alguna causa de justificación o licitud que pueda operar.

Efectivamente al hacer un análisis de las causas de justificación, no concebimos que bajo el título de alguna de ellas pueda ampararse el actuar del sujeto pasivo.

No existiendo la menor duda de que existe acuerdo de los tratadistas con la aseveración anterior, pues aquí no se puede argumentar el ejercicio de un derecho, como en la violación propia, en que el conyuge obtiene el acceso carnal con el otro haciendo uso de la violencia física o moral,

pues en el presente caso no puede esgrimirse que se _
tiene un derecho a la realización de la conducta des-
crita en el segundo párrafo del artículo 265 del Có-
digo Penal por ser esta uno de los fines del matri --
monio.

CAPITULO CUARTO.

IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD.

4.1 IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad hace referencia a __ propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto __ deben de concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el estado de su ilícito de obrar.

Generalmente se ha considerado entre __ la mayoría de los autores en materia penal a la imputabilidad, como capacidad de entender y querer, es decir, como la cualidad o la capacidad psíquica del sujeto para conocer el carácter ilícito de su conducta y su capacidad conciente para inhibir o reprimir a sí mismo los impulsos delictivos.

Para poder entrar al estudio de la imputabilidad, es indispensable señalar algunos conceptos que se han dado de algunos autores y al respecto citaré los siguientes:

Fernando Castellanos Tena considera __ a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, en éstas se necesita de la voluntad y del conocimiento para la realización de determinada conducta. "es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal". (54).

(54) Ob. cit., pág. 218

Para Mezger, la imputabilidad "significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles". (55).

Para Carrancá y Trujillo, es imputable _ aquel que "...posee al tiempo de la acción las condi -- ciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminada -- mente por la ley, para poder desarrollar en su conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad _ humana". (56).

Maurach, señala que es imputable "el _ _ autor que gracias a su desarrollo espiritual--moral es _ capaz de comprenderlo ilícito de su hacer y de actuar _ conforme a éste concientemente". (57).

Generalmente se ha considerado entre las mayorías de los autores en materia penal a la imputa -- bilidad, como capacidad de entender y querer, es decir _ co o la cualidad o la capacidad psíquica del sujeto _ _ para conocer el carácter ilícito de su con - - - - -

(55) Citado por Vela Treviño Sergio. Ob. cit., pág. _ 201.

(56) Citado por Pavón Vasconcelos Francisco, Ob. _ _ cit., pág. 418.

(57) Maurach Reinhart, "Tratado de Derecho Penal" _ _ traducción de Juan Córdoba Roda, Edit., Talle -- res de Ediciones Ari 1 S.A., 8/36. Barcelona _ _ 1932 p. 94.

ducta y su capacidad conciente para inhibir o reprimir asimismo los impulsos delictivos.

Analizando lo anterior es un presupuesto o antecedente de la culpabilidad, al encontrarse el sujeto con la capacidad suficiente para conducirse dentro del campo jurídico penal en virtud de tratarse de un sujeto con capacidad de comprensión y libertad de autodeterminarse.

En nuestro delito a estudio podemos mencionar que el sujeto activo al realizar la conducta prevista por el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal en Vigor, es capaz de entender y querer cometer la infracción, es decir que será imputable siempre que no se encuentre en algunas de las hipótesis de inimputabilidad que a continuación estudiaremos.

4.2 INIMPUTABILIDAD.

De acuerdo con nuestro derecho penal, todos los individuos son imputables, salvo el caso de excepción debidamente marcado en la Fracción II del artículo 15 del Código de la Materia, ya que para los inimputables se sigue otro procedimiento que queda establecido en el capítulo V, denominado "TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES EN INTERNAMIENTO O LIBERTAD" (artículo 67 al 69 del ordenamiento legal citado).

La inimputabilidad, es el sentido negativo de la imputabilidad, es decir en presencia de alguna de sus hipótesis el sujeto no tendrá la capacidad psíquica suficiente, para conducirse conscientemente en el campo jurídico penal, y en consecuencia, no podrá ser declarado penalmente responsable de su conducta, pero sí es procedente tomar otras medidas de seguridad para evitar que pudiera seguir causando daño o poniendo en peligro los intereses sociales protegidos por el derecho, por lo que no debemos confundir la inimputabilidad con la impunidad.

La doctrina señala varias hipótesis de inimputabilidad de ellas nos referiremos únicamente a las más comúnmente aceptadas que son:

- a).- Trastorno mental transitorio, o permanente.
- b).- Miedo Grave.
- c).- Sordomudez.
- d).- Minoría de Edad.

Trastorno mental transitorio o permanente.- Se encuentra regulado por el artículo 15 Fracción II del Código Penal, que establece; "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:...II padecer el inculpa-do, al cometer la infracción trans-torno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencia".

Es indudable que en ocasiones el hombre es privado de razón--transitorio o permanentemente-- repentinamente, al ser atacado por una enfermedad mental; mientras que en otras, desde el momento mismo de su nacimiento se ve afectado de sus facultades mentales, lo que se traduce en diversos grados de retraso intelectual permanente.--Distinguimos así, el trastorno mental transitorio del permanente cuya diferencia es obvia, puesto que en el primero de ellos, como su nombre lo indica, es aquel que afecta al hombre de una manera transitoria o pasajera, lo cual significa que transcurrieron un lapso más o menos largo o corto, el hombre afectado por éste volverá a la normalidad; en cambio en el permanente, el sujeto que resulta afectado--ya sea de nacimiento o posterior--jamás volverá a recobrar su salud mental.

Resulta fácilmente comprensible que de éste tipo de trastornos surja como consecuencia una hipótesis de inimputabilidad pues el hombre que se encuentra en tales circunstancias no es capaz de comprender lo incorrecto de su conducta ni tampoco de sentir y entender la coacción psicológica, mediante la amenaza de una pena que le impone la sociedad a través del Derecho, consideramos asimismo que nuestro delito en concreto si es posible que se presente el trastorno mental transitorio y un ejemplo sería el siguiente: -- Que el activo del delito entra en un estado transitorio de locura mental y en ese inter cometa el ilícito

de violación y al haberse comprobado esa circunstancia sería un inimputable, y en consecuencia no se le aplicará la sanción correspondiente, ya que a dicho sujeto se le seguiría un juicio especial para los inimputados.

Por lo que se refiere al trastorno mental permanente, sí es posible que se presente en el tipo en estudio y el ejemplo sería el mismo antes citado, y se le llevaría el mismo juicio especial para los inimputables.

b).- El miedo grave o temor fundado.- Se encuentran regulados por el artículo 15 Fracción VI del Código Penal, que establece: "son circunstancias de excluyente de responsabilidad penal: ...VI. - Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave con bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance de la gente".

Ese miedo grave debe ser tal que, perturbe transitoriamente la mente del sujeto o lo prive del uso normal de la misma.

El miedo grave se distingue del temor fundado, ya que aún cuando ambos tienen en común causar una anomalía mental transitoria, encuentran su diferencia, en que el primero presenta un

caso de amenaza imaginaria, inexistente, creada únicamente por la mente del sujeto, mientras que en el segundo esa amenaza es real, proveniente del exterior; "si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de inimputabilidad; en cambio funcionará como causa de inculpabilidad cuando surgiendo a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprima en el sujeto dicha capacidad". (58).

Creemos, dadas las características del delito que nos ocupa y que estamos analizando, que no es posible que se presente en éste, esta causa de inimputabilidad.

c).- Sordomudez.- Dice Villalobos "esta perfectamente comprobado y explicado que la falta del oído y de la palabra, por ser falta de comunicación con los demás hombres, deja al sujeto aislado en la sociedad y le priva del adelanto, la comprensión del medio y aun la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas. Especialmente se hallan los sordomudos en la imposibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y del mal, de la moral y del derecho de la

(58) Pavón Vasconcelos Francisco "Breve ensayo sobre la tentativa", Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición Méx. 1972 pág. 370.

solidaridad, del deber y por tanto carecen de una conciencia jurídica que les haga responsables de sus actos". (59).

Debemos considerar como única hipótesis de inimputabilidad de carácter supralegal el caso de la sordomudez de nacimiento, o bien cuando esta es adquirida antes de cualquier tipo de formación cultural o educativa, de manera que se carezca de la adecuada formación cultural y moral para conducirse en la vida conforme a lo que marcan los preceptos legales.

d).- La minoría de edad.-De acuerdo con lo señalado por el artículo 18 Constitucional in fine "la federación y los gobiernos de los estados establecieron instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores...".

De acuerdo a lo establecido por el artículo 646 del Código Civil, interpretado a contrario sensu, una persona es menor de edad cuando no ha cumplido los 18 años de edad, es decir la mayor edad civil coincide con la mayoría de edad penal.

Se ha considerado tradicionalmente, que el menor de edad es una persona que no ha alcan-

(59) Ob. cit., pág. 418.

zado aún el suficiente desarrollo mental, que en esta etapa de la vida cuando el hombre puede ser materia dúctil para una correcta formación por lo que más necesita de cuidados y medidas de protección que de penas, aduciéndose que éstas en lugar de readaptar al menor, lo único que darán como resultado, serán efectos negativos para el propio menor y en consecuencia para la familia y sociedad de que aquel forma parte. Por lo que, en el Distrito Federal, a los menores se les aplica la "Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal".

En nuestro delito si se da esta causa de inimputabilidad ya que es bien sabido que los menores de edad no lo sanciona la legislación vigente, aunque se haya cometido dicho ilícito que nos ocupa, por lo que como ya lo dijimos anteriormente se procederá a remitirlo al Consejo Tutelar para Menores Infractores para su readaptación.

Por otra parte considero que deberá sancionarse ya que un sujeto de 14 años o más si es capaz de entender y comprender el ilícito que nos ocupa, y a quien debería de imponerse la pena correspondiente.

4.3

CULPABILIDAD.

Castellanos Tena la considera como

"el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con un acto". (60).

Para Villalobos considera que "la culpabilidad, généricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio, que se manifiesta por francas oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa". (61).

Existen dos teorías acerca de la culpabilidad: la psicologista, para la cual el fundamento de la culpabilidad radica en la relación psicológica entre el delito y su autor; y la normativa, que toma como base la reprochabilidad de la conducta del agente, al haberse conducido en contra del deber, teniendo la posibilidad de haberse comportado correctamente.

Por nuestra parte me adhiero a la teoría psicologista. Respecto a esta, señala Villalobos: "aquella cualidad de la acción que posibili-

(60) Ob. cit., pág. 255.

(61) Ob. cit., págs. 261-262.

ta el reproche', o la esencia de la culpabilidad', _
 consiste en la determinación voluntaria a realizar _
 un hecho antijurídico, sabiendo que lo es". (62).

Es decir, para formular el juicio de _
 reproche, finalmente tendremos que recurrir a la ec-
 titud subjetiva del agente al momento de la realiza-
 ción del delito.

Esto es, que la forma en que se pre-
 sentan la culpabilidad dependerá de que el sujeto _
 quiera y encamine conscientemente su voluntad hacia _
 un resultado típico o lo acepte; o bien que se pro-
 duzca éste por incumplir con un deber de cuidado; y _
 por último encontramos una tercera forma delictiva, _
 mezcla de las dos anteriores, en que el resultado _
 sobrepasa la intención del agente. A éste respecto, _
 nuestro Código Penal señala,

Artículo 80.-" Los delitos pueden _ _
 ser:

- I.- Intencionales;
- II.- No Intencionales o de Imprudencia.
- III.- Preterintencionales".

Y los describe en el artículo si _ _ _
 guiente que establece:

(62) Idem, pág. 284.

Artículo 9o. "Obra intencionalmente _
 el que, conociendo las circunstancias
 del hecho típico, quiere o acepta el_
 resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente, el que reali-
 za el hecho típico incumpliendo un de-
 ber de cuidado, que las circunstan --
 cias y condiciones personales le im -
 ponen.

Obra preterintencionalmente el que _
 cause un resultado típico mayor al _
 querido o aceptado, si aquél se pro -
 duce por imprudencia".

El dolo y la culpa.-De acuerdo a lo _
 antes señalado tradicionalmente se ha considerado _
 que la culpabilidad puede manifestarse mediante dos_
 formas; el dolo y la culpa, sin olvidar por supuesto,
 que existe una tercera forma que participa ambas y _
 que es la preterintencional.

El dolo.-Es ante todo una manifesta -
 ción de voluntad, es decir, se refiere a la actitud_
 del sujeto de querer o aceptar y por supuesto como -
 cer--ya que no se puede querer o aceptar lo que no _
 se conoce--el acto y su resultado estableciéndose _
 así la relación de causalidad entre ambos.

Carnelutti lo define diciendo que es "voluntad dirigida al evento previsto por la ley como forma del delito". (63).

Existen diversas clasificaciones acerca del dolo.-Y los dividiremos en las siguientes clases:

Directo.-El resultado coincide con el propósito del agente.

Indirecto.-El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Indeterminado.-Se tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Eventual.-Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

La culpa.-En materia penal se ha utilizado como sinónimos de culpa, las voces negligencias, impericia, imprudencia, falta de atención o de cuidado. Nuestro Código Penal las concreta en la fór-

(63) Carnelutti, Francesco. "Teoría General del Delito", traducción de Victor Conde, Editorial Revista de Derecho Privado, s/Ed., Madrid 1941, pág. 159.

mula "incumplir un deber de cuidado".

Pavón Vasconcelos define a la culpa como "aquél resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubiere observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres". (64).

En los delitos culposos existe, al igual que en los dolosos, la voluntad del agente, pero a diferencia de éstos, en los que se quiere el resultado, en la culpa no existe ese ánimo, y aún más, en la culpa conciente--que veremos más adelante--no se desea el mismo.

En la culpa no se persigue un fin antijurídico determinado, puesto que las acciones u omisiones "manifiestan la intención dirigida a un evento distinto del ordenado, precisamente porque si el agente hubiera querido éste último, habría seguido aquellas normas jurídicas o de experiencia que sirven para conseguirlo..." (65).

En efecto, la voluntad en la culpa se dirige a la realización de un resultado diferente del orden o prohibido.

(64) Ob. cit., pág. 397.

(65) Carnelutti, Francesco Ob. cit., pág. 168.

Se ha distinguido la doctrina, atendiendo a la previsibilidad del evento--que consideramos la teoría más adecuada sobre la culpa-- entre la culpa inconsciente sin representación o sin previsión y culpa consciente con representación o previsión, a lo que Pavón Vasconcelos señala: " existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan y agrega, por el contrario se está en presencia de la culpa consciente (sin representación) cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable". (66).

Respecto al delito en estudio, podemos afirmar sin duda alguna que se trata de un delito de naturaleza dolosa - mediante dolo directo -, ya que requiere necesariamente para su perpetración, que se haga uso de la violencia física o moral, por lo que no cabe de ninguna de las hipótesis de culpa ni tampoco la preterintencionalidad.

4.4 INCULPABILIDAD.

Es el aspecto negativo de la culpabi

lidad donde se encuentra ausente los elementos esenciales de la culpabilidad que son: el conocimiento y la voluntad positiva o negativa del sujeto activo.

Jiménez de Asúa concibe a la inculpabilidad como "...la absolución del sujeto activo en el juicio de reproche". (67).

Concepción a la cual nos adherimos, una que acogemos la tendencia psicológica, por la cual consideramos dos formas de exclusión de la culpabilidad que son:

a).- El error esencial de hecho.

b).- Coscación sobre la voluntad.

El error.- Se habla de que el error es una falsa concepción de la realidad y se distingue de la ignorancia, y sin embargo, que ésta es la carencia de todo conocimiento de esa realidad.

Se estudian en la doctrina diversas clases de errores y así se habla de el error de hecho y de derecho.

(67) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito Editorial A. Bello Caracas Venezuela 1955, pág. 480.

El error de hecho a su vez se divide en esencial y accidental, y el primero en vencible e invencible; mientras que el segundo, en error en el golpe, en la persona y en el delito.

Pues bien de todos ellos, únicamente se admite como causa de inculpabilidad de error de hecho, que requiere ser además esencial del invencible cuando rehace sobre alguno de los elementos del tipo (error de tipo), por lo que se refiere al error de derecho, éste no es admitido por la ley; a éste respecto señala categóricamente el artículo 21 del Código Civil, "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento", y el Código Penal, señala en su artículo 59 bis; "cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de esta, en virtud del extremo atraso cultural y del aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

Respecto al error, creemos que no es factible que se presente en el tipo que estamos analizando, y por lo que se refiere a la ignorancia de la ley, esta no exime de la responsabilidad penal.

La coacción sobre la voluntad.-Tambien

se le llama vis compulsiva o violencia moral, y como su nombre lo indica, consiste en un coartamiento de tipo psicológico sobre la voluntad del agente, obligándolo a hacer o dejar hacer determinados actos.

Se encuentra fundada por el artículo 15 Fracción VI del Código Penal, que ya citamos anteriormente en éste trabajo. En efecto, al hablar de las causas de la imputabilidad dijimos que una de ellas se presentaría ante el miedo grave o temor fundado del sujeto, cuando este vea trastornada su facultad de discernir, debido a aquel, pero puede ocurrir que pese a ese miedo grave o temor fundado que afecte a dicho sujeto, éste no pierda sus facultades de juicio y decisión y sin embargo actúe de forma típica y antijurídica como una forma de evitar el mal que lo amenaza, requiriéndose además que no tenga a su alcance otro medio practicable y menos perjudicial y que exista una relación de proporcionalidad entre el daño causado y el peligro evitado.

Es una hipótesis que consideramos funciona para todos los tipos penales ya que cualquier persona puede ser "obligada", mediante amenazas a cometer algún delito.

Como ejemplo, en el caso específico podemos señalar el siguiente: Al presentarse a robar

ESTA TESIS
SALIR DE LA BIBLIOTECA

varios sujetos armados un negocio cualquiera obliguen a una persona que se encuentre presente a realizar la conducta descrita en el tipo en estudio, en una o en otra de las personas que se hayan en el lugar en esos momentos.

CAPITULO QUINTO.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

5.1 CONDICIONES OBJETIVAS DE IMPUNIBILIDAD.

Son un obstáculo para la aplicación de la sanción cuando ya se ha realizado el delito, _ _ _ atienden a los obstáculos que el legislador quiso poner para la aplicación de las sanciones correspondientes a determinadas figuras legales; es decir para la aplicación de la sanción debe darse el obstáculo, o sea la condición.

A continuación paso a mencionar algunas definiciones de diversos tratadistas:

Para Castellanos Tena, refiere que _ _ _ son "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que tenga la aplicación". (68).

Para Cuello Calón son "determinadas _ _ _ circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente". (69).

Nosotros las definiremos como aquellos requisitos que se presentan ocasionalmente para poder aplicar la pena.

(68) Ob. cit., pág. 271.

(69) Cuello Calón, Eugenio "Derecho Penal", Edit. _ _ _ Nacional, S.A., Tomo I 9a. Edición México, _ _ _ 1951, pág. 522.

Como se observa, de las definiciones anteriores consideramos, que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos integrantes del delito, y al respecto señala Villalobos; "un error trae otros errores y por eso quienes consideran que la punibilidad es el elemento esencial y constitutivo del delito, han sentido la necesidad de encajar en la misma estructura las condiciones de punibilidad no obstante convenir en que tales condiciones sólo se dan en algunos delitos y por tanto no pueden referirse a la esencia común de todos ellos, esencia es necesidad; es no poder faltar en un solo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo tener como esenciales éstas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, solo se explica como efecto de un prejuicio arraigado". (70).

Por otro lado, Arturo Gil Ramírez, señala los siguientes principios: "a).- Las condiciones objetivas de punibilidad no son componentes estructurales del ilícito penal, al no integrar la figura del delito descrita por la ley penal positiva, y por ende, tampoco se identifican con los presupuestos del delito y son de naturaleza diversa a

(70) Ob. cit., p'g. 214-215.

los elementos estructurales de éste; b).- Las condiciones objetivas de punibilidad deben ser de naturaleza objetiva, extrínsecas a la conducta o al hecho y referidas a la actuación de la amenaza penal; c).- La clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad dependerán de su limitación como circunstancias fácticas ajenas a la conducta o hecho, determinantes, por disposición de la ley, de la actualización de la amenaza penal, sin relacionarlos con los restantes caracteres del delito; d).- Estas condiciones no se identifican con las de mayor punibilidad; e).- Son, además, diferentes de los requisitos procesales de procedibilidad, pues mientras aquellas van referidas a la actualización de la pena, los otros determinarán el ejercicio de la acción penal, por eso la querrela no constituye condición objetiva de punibilidad; f).- La verificación de ésta última, por ser objetiva y extrínseca no tiene relevancia para la consumación del delito; g).- Todo error respecto de ella carece de eficacia para cualquiera de las formas de culpabilidad; h).- Las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen aspectos negativos del delito, y por último, i).- La no realización de esas condiciones, sólo produce la suspensión provisional de la pena, perdurando esta hasta que aquella se realiza". (71).

(71) Citado por Luis Jiménez de Asúa. Ob. cit., 2a. Edición Buenos Aires Argentina, 1977, Tomo VII, págs. 33-34.

Como vemos, la condición objetiva de punibilidad se distingue de la querrela, pues mientras la primera es requisito para la aplicación de la pena, la segunda es indispensable para el ejercicio de la acción penal.

Carrancó y Trujillo, señala: "en __ ciertos delitos los llamados privados, es condición de procedibilidad de la acción penal, que prácticamente entraña condición de punibilidad, la querrela del ofendido o de sus representantes legales". __ (72).

En efecto, tratándose de los llamados delitos privados o de querrela, es necesario, __ para su persecución por parte del Ministerio Público, la querrela del ofendido o de sus representantes legales.

Así encontramos en nuestro Código __ Penal como delitos de querrela, los siguientes, __ el peligro de contagio entre conyuges (artículo 199 bis); ejercicio indebido del propio derecho __ (artículo 226); estupro (artículo 263); raptos (artículo 271); adulterio (artículo 274); lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tarden en sanar menos de quince días (artículo 289); lesiones cualquiera que sea su naturaleza, cuando sean cometidas por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículo siempre que el con-

ductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupeficientes, psicotr6picos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, y no se haya dejado abandonada a la v6ctima (art6culo 62, en relaci6n al 289 segunda parte, 290, 291, 292 y 293), abandono de conyuge (art6culo 337), (73). Difamaci6n y calumnia (art6culo 263 del C6di - go de Procedimientos Penales para el Distrito Fede -- ral); el fraude cuando su monto no exceda de quinientas veces el salario m6nimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometi6 el delito y el ofendi6n sea un solo particular; el abuso de confisi - caci6n en el da6o en propiedad ajena, el robo, el -- fraude cualquiera que sea su monto, el despojo de -- cosas inmuebles o agave cuando sean cometidos por un - ascendiente, descendiente, conyuge, parientes por -- consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, -- concubinario, adoptante adoptado y parientes por -- afinidad, hasta el segundo grado y terceros que ha -- yan intervenido en la comisi6n de dichos delitos -- art6culos 399 bis.

En el delito en estudio no existe -- ninguna condici6n objetiva de punibilidad, para la -- aplicaci6n de la pena, y por lo que se refiere a su -- ausencia, seria absurdo contemplarla, cuando ya he -- mos concluido que no se presente.

(73) Reformas p6blicas en el "Diario Oficial" de -- la Federaci6n del 19 de noviembre de 1986, en -- vigor a partir del 17 de febrero de 1987.

e).- Punibilidad.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta delictiva.

Es necesario antes de entrar al estudio de la punibilidad dar algunos conceptos sobre esta última y así tenemos que Castellanos Tena, nos indica que la punibilidad es "...la amenaza por parte del Estado a través de la norma, de la imposición de una pena, si la conducta llena el presupuesto legal..." (74).

Así Pavón Vasconcelos, dice al respecto "la obligación jurídica de cumplir con el deber impuesto, sólo es debida a la amenaza de sanción que a la conducta contraria impone la propia norma. Por esta razón, como hemos venido sosteniendo en la cátedra con absoluto convencimiento, la norma que pretende imponer una obligación, a través de un mandato o una prohibición, sin ligar a ello la amenaza de una pena (sanción Penal), pierde su eficiencia y se convierte en una norma puramente declarativa--y concluye más adelante--...Decir que la pena es la consecuencia del delito, es del todo correcto, pero no debe confundirse con la punibilidad, elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligatio juris. En consecuencia, negamos la existencia de delitos no punibles, expresión equívoca con la cual se pretende, entre otros argumentos, ha -

(74) Ob. cit., Pág. 277.

cer valer el punto de vista negativo del carácter esencial de la punibilidad en el delito" (75).

Jiménez de Asúa estima como el último de los caracteres del delito, el estar penado por la ley. (75).

Mezger al enunciar las características de lo que él denomina hecho punible, señala "el hecho punible es acción conminada con pena. Ha sido puesta en duda la legitimidad de esta última característica en la definición del hecho punible. Se ha considerado que aquí existe una tautología que debe evitarse (hecho 'punible' y hecho conminado con 'pena'), y una definición carente de pureza desde el punto de vista de la lógica, mediante la cual lo que constituye el objeto de la propia definición --el hecho punible-- se define por sus consecuencias jurídicas y no, como debe ser, determinando sus características --y concluye diciendo-- se acepta esta duda y se renuncia a esa característica". (77).

Nuestro Código Penal, considera a la punibilidad como elemento integrante del delito, al señalar el artículo 7: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (78).

(75) Ob. cit., pág. 425-426.

(76) Ob. cit., Tomo VII págs. 107-137.

(77) Ob. cit., págs. 82-83.

(78)

Por otra parte, Carrencá y Trujillo, al desarrollar este tema, dice: "Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito" (79).

Para nosotros como hemos venido comentando en páginas anteriores, la punibilidad no constituye un elemento esencial del delito y de acuerdo con la teoría tetratónica a la cual nos adherimos, a través de la cual, el delito queda integrado primeramente, por el núcleo que viene a hacer la conducta positiva o negativa, la cual debe ser típica antijurídica y culpable, por lo tanto, la pena o punibilidad, viene a ser la reacción de la sociedad o del medio o instrumento de que se vale ésta, para tratar de reprimir el delito, por lo cual la punibilidad, consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

A nuestro criterio consideramos a la punibilidad como la consecuencia ordinaria del delito, éste se configura, con la conducta típica antijurídi-

(79) Ob. cit., págs. 408-409.

ca y culpable de un determinado ilícito.

La punibilidad aplicable al delito que se ha venido analizando es, según lo establece el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal prisión de uno a cinco años.

b).- Excusas absolutorias.

Se les conoce también como causa de __ susención de punibilidad y son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de la pena.

Constituye el factor negativo de la punibilidad por lo que en presencia de alguna de ellas, no se podría aplicar sanción alguna al autor del delito.

Fernando Castellanos las define de la siguiente manera: "Son aquellas causas que dejando __ subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impide la aplicación de la pena". (80).

Para Jiménez de Asúa, las excusas absolutorias son "las que hace que a un acto típicamente antijurídico, imputable a un autor y culpable no se __ asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, __

(80) Ob cit., pág. 271

es decir, que son causas de impunidad". (81).

C. Degois, las define diciendo que "son hechos determinados por la ley, que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, produce sin embargo una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la interpretación de una infracción". (82).

Podemos decir, a nuestro juicio, que las excusas absolutorias, son creaciones legislativas, mediante las cuales por una razón de política criminal se dejan sin sanción delitos plenamente configurados, por lo que tienen por características ser personales e intransferibles.

Nuestro Código Penal señala diversas hipótesis de excusas absolutorias, y así las encontramos en los artículos 151, en relación al 150; 280 Fracción II, 333, 334, 351, 357, 375 y 400 Fracción V, en relación a las fracciones III y IV del propio artículo.

Podemos afirmar que nuestro Código Penal no contempla ninguna hipótesis de excusa absoluta tratándose del delito que fue objeto de la presente tesis.

(81) Ob. cit., Tomo VII, pág. 138.

(82) Citado por Luis Jiménez de Asúa Obra citada Tomo VII, pág. 137.

CONCLUSIONES.

1.- No existe antecedente histórico _
directo alguno del delito materia de la presente te -
sis, ya que es hasta la adición legislativa del se --
gundo párrafo al artículo 265 del Código Penal para _
el Distrito Federal, en vigor a partir del 10. de _
Febrero de 1989, cuando por primera vez encontramos _
un delito de tal naturaleza, sin desconocer, desde _
luego la existencia de los delitos de violación pro -
pia e impropia, así como la posibilidad de sancionar _
la conducta descrita en el párrafo señalado a través _
de otros delitos.

2.- El delito en estudio en cuanto a _
la conducta de los llamados de acción (se comete me -
diante un hacer), unisubsistente, (de un solo acto), _
en cuanto al resultado debe ser considerado entre _ _
los instantáneos (se agotan los elementos constituti-
vos al propio momento de su consumación), de resulta-
do formal o material y de daño.

3.- No se puede presentar ninguna hi-
pótesis de ausencia de conducta, ésto es, vis abso --
luta, vis maior o sueño en el delito analizado.

4.- El tipo es el descrito por el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, teniendo como sujeto activo y/o pasivo puede ser el hombre o la mujer indistintamente, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual y los medios comisivos debe ser la violencia física o moral, y contiene elementos normativos.

5.- Por lo que se refiere a la clasificación del delito en orden al tipo éste es: anormal (contiene elementos normativos), complementado (se aplica el básico pero atenuado), autónomo o independiente (no depende de ningún otro), de formulación casuística, de los llamados alternativamente formados, y de daño por la razón ya señalada.

6.- Puede presentarse atipicidad por ausencia de los medios comisivos, esto es cuando no se haga uso de la violencia física o moral, o cuando se introduzca el miembro viril por vía anal o vaginal.

7.- La antijuridicidad material la

encontramos en el ataque a la libertad sexual del _
sujeto pasivo, conducta que resulta altamente _ _
despreciable dada la naturaleza del ilícito en es --
tudio, entendible solamente tratándose de sujetos _
enfermos o maniáticos sexuales, y la antijuridici -
dad formal en el propio segundo párrafo del ar - --
tículo 265 del Código Señalado.

8.- No es posible que se presenten_
las hipótesis de excluyentes de antijuridicidad _ _
de legítima defensa, estado de necesidad, cum - - -
plimiento de un deber ejercicio de un derecho, _ _
obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

9.- Será imputable el sujeto acti -
vo del delito siempre que no se encuentre en algu -
na de las hipótesis de inimputabilidad que admite _
el mismo y que son: El trastorno mental o desarro -
llo intelectual retardado, la minoría de edad y la _
sordera congénita o adquirida antes de cualquier
formación cultural.

10.- El delito estudiado solamente _
admite en cuanto a la culpabilidad, la comisión dolo
sa mediante dolo directo no la forma culposa o pre -
terintencional.

11.- Se puede presentar como hipóte-
sis de inculpabilidad, siguiendo la teoría psico -
logista la coacción sobre la voluntad también llama-
da vis compulsiva o violencia moral.

12.- No se presenta en el delito _ _
estudiado ninguna hipótesis de condición objetiva de
punibilidad, ni tampoco admite ninguna excusa absolu
toria.

13.- La punibilidad para quien rea -
lice la conducta señalada por el párrafo segundo del
artículo estudiado, será de uno a cinco años de _ _
prisión.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Carmelutti Francesco. "Teoría General del Delito", traducción de Víctor __ Conde, Editorial, Revista de Derecho __ Privado, s/Edición, Madrid 1941.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raul. "Derecho __ Penal Mexicano", Revisada y actuali - zada por Raúl Carrancá y Rivas, _ _ _ _ Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición, México, 1982.
- 3.- Castellanos Tena Fernando "Lineamien - tos Elementales de Derecho Penal", _ Editorial Porrúa, S.A., 11a. Edición, México 1977.
- 4.- Cortes Ibarra Miguel Angel "Derecho _ Penal" Cardenas Editor y Distribui -- dor, 3a. Edición 1987.
- 5.- Cuello Calon, Eugenio. "Derecho Pe -- nal", Editorial Editora Nacional, _ _ _ S.A., 9a. Edición, Tomo I, México _ _ _ 1951.
- 6.- Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de _

- "Derecho Penal", Editorial Losada, S.A., 2a. Edición, Buenos Aires, 1958 y 1977.
- 7.- Jiménez de Asúa Luis. "La Ley y el Delito". Editorial A. Bello, Caracas Venezuela 1955.
- 8.- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición Tomo I México 1985.
- 9.- Maurach, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal", traducción de Juan Córdoba Roda, Editorial Talleres de Ediciones Ariel S.A., s/n Edición Barcelona 1962.
- 10- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Parte General Editorial Porrúa, S.A. 5a. Edición, México 1984.
- 11- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Breve Ensayo, Sobre la Tentativa". Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición 1972.

- 12- Porte Petit Candaudap Celestino. _ _
"Apuntamientos de la Parte General _
de Derecho Penal". Editorial Porrúa,
S.A., 3a. Edición México, 1977.
- 13- Porte Petit Candaudap Celestino. _ _
"Apuntamientos de la Parte General _
de Derecho Penal". Editorial Porrúa _
S.A., 7a. Edición Tomo I México _ _
1982.
- 14- Vela Triviño, Sergio "Antijuridicidad
y Justificación", México 1978. Edi -
torial Porrúa, S.A., 1a. Edición.
- 15- Villalobos Ignacio, "Derecho Penal _
Mexicano" Parte General. Editorial _
Porrúa 4a. Edición México 1983.