



37
240
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

EVALUACION JURIDICA DEL ARTICULO 265
DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN
PARA TODA LA REPUBLICA EN
MATERIA FEDERAL.

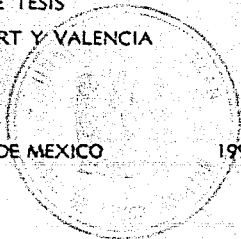
TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTHA SILVIA BUENDIA ROBLES

ASESOR DE TESIS
LIC. TOMAS GALLART Y VALENCIA

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1991

TESIS CON
FALLA DE ORGEN





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

EVALUACION JURIDICA DEL ARTICULO 265
 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE
 FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

I N D I C E

	Pág.
Introducción.....	3

CAPITULO I

I.- BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION	6
------------------------------------------------------------------	---

CAPITULO II

II.- LA VIOLACION	24
a).- MARCO CONCEPTUAL	24
b).- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	26
1.- ELEMENTO MATERIAL	41
2.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN A LA CONDUCTA	43
3.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN AL RESULTADO	45
4.- TIPICIDAD	47
5.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN AL TIPO	49
6.- ELEMENTOS DEL TIPO	51
7.- ANTILURICIDAD	56

8.- IMPUTABILIDAD	60
9.- CULPABILIDAD	61
10.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	69
11.- PUNIBILIDAD	70
c).- LOS SUJETOS	72

CAPITULO III

III.- DEFINICION JURIDICA DE ATENTADOS AL PUDOR Y DE VIOLACION	78
a).- LA COPULA	82

CAPITULO IV

IV.- EVALUACION JURIDICA DEL ARTICULO 265	84
-------------------------------------------------	----

CAPITULO V

V.- RECONSIDERACION A LA PENA APLICABLE AL DELITO DE VIOLACION (ARTICULO 265, PARRAFO PRIMERO)	86
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPITULO VI

VI.- REUBICACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 265	91
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	97
LEGISLACION CONSULTADA	100

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación y análisis jurídico que hoy presento como tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho que se denomina "Evaluación Jurídica del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia federal", reviste en mi concepto, particular interés, porque la violación sexual es tan antigua como el hombre mismo en la faz de la tierra; pero no así su tipificación y penalidad en nuestro Derecho Penal Mexicano. Debido especialmente a que es una figura delictiva recién llegada a nuestro derecho represivo, pues por vez primera aparece en el catálogo de delitos de nuestro primer código penal que data de 1871.

El tema que presentamos debe considerarse de tratamiento delicado y a la vez complejo, representa para nuestra sociedad un aspecto de gran importancia y trascendencia. Constituye un problema tan actual como cotidiano el que con sorpresa y por desgracia, algunos estudiosos de la conducta humana consideran como el producto normal de una sociedad en crisis.

El ilícito que pretendo analizar constituye uno de los actos delictivos más degradantes que puedan darse y lamen-

tablemente de mayor incidencia en las últimas décadas; fenómeno éste que se presenta no sólo en México, sino en la mayoría de los países del mundo occidental.

En efecto, la materia del presente estudio la constituye un delito cuya comisión no representa para algunos una lesión física especialmente significativa, pero que indudablemente impone al que la sufre una agresión anímica cuyas graves secuelas gravitarán física y mentalmente en la persona ofendida y más aún cuando son menores de edad.

A pesar del aumento en la penalidad relativa a este ilícito de naturaleza sexual, las estadísticas oficiales reflejan que su comisión no ha disminuido y que desafortunadamente el índice de violaciones alcanza promedios altísimos, verdaderamente alarmantes.

Así pues, llevando a cabo una evaluación del artículo 265 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal y sus reformas que entraron en vigor el 19. de febrero de 1989, no son aún suficientes en su penalidad; pues nuestros legisladores mexicanos como legislan "al vapor" y "con traumas e ignorancia" en materia de los indebidamente llamados delitos sexuales, los resultados no se hacen esperar.

Por ello, en este trabajo, propongo una mayor penalidad en la violación propia; y la urgente necesidad, por técnica-jurídica, de reubicar el segundo párrafo del artículo 265 del citado ordenamiento penal, además del incremento de la pena --- cuando los sujetos pasivos sean menores de edad.

Por último, quiero dejar constancia de mis limitaciones humanas e intelectuales al abordar el presente estudio, por que sé, con sobrada razón, que aún queda mucho por reflexionar - jurídicamente sobre este fenómeno. Y que estas páginas sirvan - de fácil consulta o bien para abrir nuevas brechas para los -- ius-penalistas que se preocupan por estudiar y proponer nuevos modelos hipotéticos para la solución este grave problema, que - ahoga cada día a la ciudadanía mexicana.

CAPITULO I

I.- BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Antes de entrar en estudio sobre el delito de violación en sí, de lo que debe entenderse por él jurídicamente, de sus variaciones y elementos constitutivos, haremos en lo posible una síntesis de los antecedentes históricos del mismo. Por tal motivo, permítaseme desarrollarlo de la siguiente manera:

I.a.)- EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CODIGO DE HAMMURABI.

"Es sabido que en la Mesopotamia, varios reyes se --- preocuparon por legislar. Así, aun cuando el Código de Hammurabí sea considerado como el antecedente legislativo más antiguo en el mundo, y sea en realidad el más vasto de todos los del Antiguo Oriente, es necesario señalar la existencia de otros más re motos, que se conservan y estudian actualmente en diferentes -- países, y que son dignos de figurar al lado de legislaciones co mo la de Hammurabí, Moisés, Licurgo, Solón y Justiniano."(1)

Los asirios-babilónicos eran los pueblos más grandes y poderosos de la tierra entonces conocida; su existencia, su ci vilización y su cultura fue sorprendente. Esta civilización y su máxima obra jurídica nacieron "en terrenos donde el clima y la naturaleza facilitaron la vida humana: el Tigris y el Eufrate

1.- Baumhauer Hernán y Hein Hans. Historia Universal. (Traducción de Hilario Gómez). Editorial Labor. 2a. edición. - Barcelona, 1956. Pág. 22.

tes fueron ríos bienhechores que fertilizaron la tierra y facilitaron la vida del hombre."(2)

El Código de Hammurabí es una institución que ha dejado de vivir jurídicamente por lo que no hay que buscar lo -- que debió haber sido, sino lo que fue, lo cual se logra gracias a que está grabado en una estela que se encuentra en el Museo del Louvre en París.

El Código de Hammurabí, escrito en lengua arcadio-semitica, es una colección de leyes entonces vigentes en Babilonia. Es un conjunto de 285 preceptos legales más o menos bien ordenados bajo los títulos de bienes personales, bienes raíces, comercio y negocios, la familia, daños y trabajo.

Ahora bien, para los fines de nuestra exposición, atenderemos a la figura delictiva en estudio. De tal suerte, que es en el numeral 130 del Código de Hammurabí donde se tipificaba el delito de violación, dicho precepto dice textualmente lo siguiente: "Si un hombre ha abusado de una virgen, que vive con su padre, él será condenado a muerte y ella quedará libre."

Pijoan, respecto a este precepto nos comenta que la violación era "brutalmente castigada, pues al violador, una vez

2.- Cressey B., George. Tierras y Pueblos de Asia. (Traducción de Miguel de Hernandi). Editorial Sudamericana. 1a. edición. Buenos Aires, 1977. Pág. 448.

que se le comprueba su responsabilidad es arrojado a las turbu-
lentas aguas de los ríos, no sin antes atarlo de pies y manos."

(3) Y más adelante nos dice "que el Rey podía salvar al hombre que había dilinguido, pero en el caso de la violación con donce lla, virgen o mujer libre o esclava, nada podía hacer, pues al -- violador se le consideraba un ser infernal, inculto y con pocos valores humanos, que con esta conducta no justificaba su exis-- tencia en el mundo." (4)

Dentro de este catálogo de delitos, no había más pena que el perdón o la muerte. El perdón se hacía valer públicamen- te y prácticamente el delincuente quedaba marginado de la so-- ciedad, pues era repudiado; y la muerte, que ponía fin a la exis-- tencia misma del infractor.

I. b).- EL DELITO DE VIOLACION EN EL DERECHO ROMANO.

En los orígenes de Roma, como ocurre en la mayoría de los antiguos pueblos, el Derecho guardaba vínculos estrechos -- con la moral y la religión; sin embargo, el Derecho Romano de -- los primeros tiempos hasta nuestra era contemporánea se le --- acredita el mérito de haber delimitado el campo específico de los preceptos religiosos y de las normas jurídicas.

3.- Pijoan, José. Historia de la Cultura Babilónica. Salvat Edi- tores. Barcelona, 1958. Pág. 240.

4.- Pijoan, José. Ob. Cit. Pág. 241.

Los romanos legaron a la posteridad un conjunto - de principios jurídicos, construcciones, sistemas y clasificaciones legales que han conformado los aspectos clásicos del derecho moderno; por considerar conveniente su conocimiento previo al desarrollo de nuestra exposición histórica, nos referiremos especialmente al Derecho Penal Romano, y específicamente a la tipificación del delito de violación así como su penalidad correspondiente.

Del primer monumento de derecho penal romano conocido son las Doce Tablas pertenecientes al siglo V antes de la Era Cristiana. Estas tablas norman la organización judicial y el procedimiento (penal y civil) romano, con precisión la iniciación y tramitación del juicio, así como la ejecución de sentencias. Sientan las bases de las acciones de la ley, dividiendo el proceso en dos fases: la primera, que se sigue ante el magistrado, denominado "in iure"; y la segunda, ante el juez, que se titula "in iudicio".

Así pues, en la Tabla VIII se encontraba todo lo referente a los delitos, así como los aspectos de su correspondiente penalidad. Bien señala el maestro Lemus García que la "Ley de las XII Tablas, indudablemente, constituye una compilación de leyes y costumbres jurídicas más importantes, que habían norma-

do la vida del pueblo romano durante los tres primeros siglos de su existencia."(5)

Los delitos partieron, en privados y públicos, resolviéndose la responsabilidad penal nacida de aquéllos por una especie de composición; pero los "crimina pública" cuya persecución incumbe a todos los ciudadanos, son sancionados con penas que se imponen a nombre de la Sociedad Romana. Con el tiempo -- fueron desapareciendo los "delicta privata" y extendiéndose la acción pública y el procedimiento ante los magistrados a toda clase de infracciones penales.

Ahora bien, en materia de delitos de naturaleza ---- sexual, como es el caso de la violación, en el Derecho Romano, no se estableció una categoría específica respecto a este delito, sino que se le ubico y sancionó como delito de coacción y generalmente como delito de injuria.

En sentido amplio, "injuria es término expresivo de - antijuricidad de un acto (de cualquier acto); quod non iure fit En sentido restringido, es una ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona, asumiendo entonces figura de deli to.

En el régimen de las XII Tablas, la injuria se refiere únicamente a casos de violencia corporal: como las lesiones leves y graves, así como la violación cometida en contra de mujeres doncellas o casadas."(6)

El delito de violación era considerado como un delito público, y en su penalidad se observó, como era natural, la brutalidad y el salvajismo contra el delincuente, según atestigua Marciano: "Presterea punitor huius legis poena, qui puerum, vel feminam, vel quem quam per vim strupraverit."

El maestro González de la Vega, citando a Mommsen, hace referencia al delito de violación en cuanto era tipificado y sancionado como delito de coacción y, a veces de injurias, y se refiere a ello en los siguientes términos: "...vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum. La Lex Julia de Vis Pública igualmente le reservaba la penalidad de muerte como muestra de la estricta severidad de la Ley."(7)

-
- 6.- Varela Zamora, Luis. Nociones Generales de Derecho Público-Romano. Editorial Mar del Plata. 2a. edición. Argentina, - 1988. Págs.267 y 268.
- 7.- Mommsen. Citado por González De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 23a. edición. México 1990. Pág.383.

En este mismo orden de ideas, podemos considerar que los legisladores romanos tipificaron y sancionaron al delito de violación como un delito público, puesto que ponía en peligro a toda la sociedad y atacaba principalmente la libertad sexual de las mujeres, y por consiguiente, era perseguido por los representantes del Estado y ejercer la acción penal (actio poenalis) y a su vez imponer la única pena: la muerte.

I.c).- EL DELITO DE VIOLACION EN EL DERECHO CANONICO.

En el Derecho Canónico, "solamente se consideró a la violación en el caso de que hubiera desfloración y se obtuviera ésta en contra de la voluntad de la mujer pero propiamente lo que aceptaba era el "Stuprum Violentum" como lo demuestra la Decretal "De Adulteris el Stupro." (8)

Así pues, el Derecho Canónico, distinguió muy débilmente la violación, admitiendo más bien la existencia de la seducción, como lo demuestra el citado Decretal, y por lo tanto entendía la violación (Stuprum Cum Vi) como una forma agravada.

Canónicamente, la condición de la mujer se tenía muy en cuenta, y era especialmente grave la violación cometida en persona religiosa profesa, pues, según los comentaristas, encerra

8.- Montesinos Escalante, José Juan. Derecho Canónico. Editorial Reus. 5a. edición. España, 1971. Pág. 96.

ba tres distintos delitos:incesto (quia monialis sponsa dei -- est qui est pater noster);sacrilegio (quid est res sacra);y -- adulterio (quid sponsa alterius est).

"El culpable debía dotar a la víctima y casarse con ella;si no se casaba y por ser pobre no podía dotarla,era excomulgado y encerrado en un monasterio para hacer penitencia;si era religioso,como no se podía casar,se le deponía en el fuero externo;si la violación la cometió en la persona de una penitente suya,se le imponía doce años de penitencia y degradación si la víctima era religiosa,y si era lega,-concluye Montesinos Escalante-,además se le imponía la obligación de repartir sus bienes entre los pobres."(9)

I.d).- EL DELITO DE VIOLACION EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A través de la Historia del Derecho Español encontramos, en un ordenamiento legal denominado Fuero Juzgo tipificado el delito de violación;partiremos de este cuerpo jurídico para los fines de nuestro estudio.

En el Fuero Juzgo,"Libro III,Título V se castigaba -- al "forzador",si era hombre libre,con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo a la mujer a quien forzaba y --

9.- Ob. Cit. Pág.98.

si era siervo se le quemaba. Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio y si esa prohibición se infringía, quedaban en calidad de siervos con todos sus bienes de los herederos más próximos.

En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Libro II, Título II, Tres Leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigan al ofensor con la pena de muerte.

En el Fuero Real, las Cuatro Primeras Leyes, del Libro IV, Título X, hacen referencia a la violación sin distinguirla - del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas cualquiera que fuera su condición social o en religiosa -- profesas; igual pena se estableció en las Leyes de Estilo.

Y en las Siete Partidas del Rey, Don Alfonso El Sabio La Ley Tercera, del Título XX de la Partida VII que también involucraba la violación con el rapto al prescribir que "robando algún omme alguna mujer viuda de buena fama, o virgen o casada, o religiosa y yacunido con alguna de ellas por fuerza", se les confiscaban sus bienes en favor de la víctima, sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido."(10)

10.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa, S.A.- la. edición. México, 1969. Pág.45.

En el Código Penal de 1822 el delito de violación no parece aún deslindarse del rapto y diferenciada de los abusos-deshonestos; se equipara por primera vez en España el abuso sobre niño o niña impúber a la violación; se aumenta la pena si - a resultas de la violación sufre la mujer daño en su integri--dad física o si es casada, y se disminuye si es prostituta.

En 1848 se promulga un segundo Código Penal, inspirado en su totalidad en la legislación penal brasileña de 1830; - esta legislación después de algunas reformas volvió a editarse en España en el año de 1850, compuesta de una parte general; un libro sobre delitos y otro sobre faltas.

En 1869 se expidió una nueva ley penal fijando las - bases para organizar el sistema penitenciario; en ese año fue - publicada una nueva Constitución Política, y en el año siguiente se puso en vigor, por tal causa se promulga otro ordenamiento penal con carácter provisional que luego rigió durante 58 - años consecutivos.

El 8 de septiembre de 1928 se da otro nuevo código - penal, llamado el Código de la Dictadura por el período de tiempo que ocupó como gobernante el dictador Miguel Primo de Rivera. Establecida la República en 14 de abril de 1931, se eliminó-

el código de la dictadura, pero teniendo vigencia por un año; pero el 8 de septiembre de 1932 se da otro nuevo código penal. Y no es hasta 1944, cuando se expide el último Código Penal Español. A este ordenamiento jurídico se le designa oficialmente: Código Penal Reformado, Texto Refundido de 1944.

En síntesis, podemos concluir "que las leyes antiguas españolas castigaron siempre el delito de violación con la pena de muerte, fue hasta el Código de 1822 que la substituye por la prisión; y la figura de este delito de orden sexual aparecía sin confusión posible con el estupro, perfilándose de modo preciso en el Código Penal de 1848 hasta el actual que rige en España."(11)

I. e).- EL DELITO DE VIOLACION EN EL DERECHO MEXICANO.

Toda vez que este tema ha sido sumamente explotado y sin pretender hacer una historia legislativa de este delito, en el presente apartado me ceñiré a hacer una sinopsis histórica de las formas en que el legislador mexicano ha regulado el mismo.

México prehispánico, dividido en reinos y señoríos, entre los que el azteca acabó por sobresalir, tuvo una dispersa y severa legislación penal, donde a menudo se preveía la aplica

11.- Pelayo Linch, Eduardo. Evolución Legislativa del Derecho Penal Español. Ediciones Universales, S.A. 7a. edición. Madrid, 1973. Pág. 1368.

ción de la pena de muerte. Cada delito tenía su pena y era aplicado en diversas formas, la más interesante por su forma de --- aplicación era la pena de muerte, que variaba según fuera el delito, y la calidad del delincuente. Por ejemplo, si el sumo pontífice era hallado con una mujer lo mataban con garrote y lo quemaban; los culpables de adulterio eran sancionados con la pena de muerte en el mercado, aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras; a los culpables de homosexualidad se les aplicaba pena de muerte, al activo empalándolo y al pasivo le extraían sus entrañas por el ano.

Ahora bien, por lo que respecta al delito de violación "los aztecas lo sancionaban sin miramiento alguno, pues lo consideraban el más nefasto y repudiado de todos los delitos, al que cometía este delito, no se le esperaba más que la muerte y esta sanción para privarlo de la vida se llevaba a cabo de las siguientes maneras, según fuera el caso: 1º.- La horca; 2º. A palos; 3º.- A pedradas; 4º.- Con garrote; 5º.- En la hoguera 6º.- Ahogándolo; 7º.- Aplastándole la cabeza entre dos grandes piedras; y 8º.- Por descuartizamiento.

Salvo excepciones, en que el pueblo mataba a los violadores a pedradas o el padre o marido autorizado por los jueces, las penas eran ejecutadas por el Teachcauhtin, que era el -

comandante militar; pero era además el ejecutor de la justicia-auxiliado de subalternos que él mismo nombraba." (12)

La Colonia, representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. Como ejemplo tenemos la ley 2, del Título I, del Libro II, de las Leyes de Indias, que dispuso que "en todo lo que no estuviere decidido ni declarado... por las Leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar (1530)."

En este mismo orden de ideas, durante la época colonial el delito de violación era castigado sin ninguna variante con las mismas penas que en el la época prehispánica.

Al que cometía el delito de violación, le esperaba como sanción la muerte, no sin antes ser juzgado por los Tribunales del Santo Oficio, donde se les torturaba y finalmente se les privaba de la vida.

12.- Navarrete Rodríguez, David y Mendoza Aguilar, Jorge. Visión Histórica del Derecho Azteca en Nuestro Siglo XX. Ediciones Tauro. 2a. edición. México, 1986. Págs. 45 y 46.

Sin embargo, las leyes españolas eran más severas para los indígenas, los mestizos y los nacidos en la Nueva España de padres españoles. Los españoles ibéricos eran juzgados levemente y solamente amonestados. En este caso concreto, la aplicación de la ley penal siempre favoreció a los españoles.

Las razones de este fenómeno jurídico, era, primeramente la absoluta desorganización en materia legislativa; y en segundo lugar, una desimilitud de criterios y de la doctrina a veces alarmante; además de los abusos cometidos por los juzgadores en la aplicación de la ley.

Sobre el particular, "no se debe perder de vista que se trataba, entonces, de una legislación eminentemente pragmática, que se hacía al compás de la misma vida criminal. No era, sin embargo, una legislación improvisada." (13)

El Código Penal de 1871, en el Título VI de su Libro II, bajo el rubro de "Delitos Contra el Orden de las Familias, - la Moral o las Buenas Costumbres", describía y sancionaba el delito de violación. Su artículo 795 decía que "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 artículo 796 equiparaba a la violación la -

13.- Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Editorial - Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1981. Pág. 193.

cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad." La cópula con mujeres menores de catorce o diez años solamente se podía sancionar como estupro (Artículo 794). Se ha dicho reiteradamente que el Código Penal de 1871 tomó como ejemplo próximo el Código Español de 1870. Esta afirmación no es exacta con relación al delito de violación, cuya configuración, al no diferenciar el sexo del sujeto pasivo, que la ley española extiende únicamente a la mujer, acusa más bien la influencia italiana.

El Código Penal de 1929 describía y sancionaba este delito, en su Libro III, Título XIII, denominado "De los Delitos Contra la Libertad Sexual", Capítulo I, denominado "De los Atentados al Pudor, del Estupro y de la Violación."

En su artículo 860, decía: "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." Se equipara a la violación y se sancionará como tal, la cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad. (Artículo 861) La sanción de la violación será hasta de 6 años de segregación y multa de 15 a 30 días de utilidad, si la persona ofendida fuese púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por-

diez años (Artículo 862). Si la violación fue procedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de la acumulación. (Artículo 863).

El Código Penal de 1931 fue publicado el 14 de agosto de 1931 y puesto en vigencia a partir del 17 de septiembre del mismo año. Este ordenamiento legal es el que actualmente se encuentra en vigor. El código en mención, trata el delito a estudio en su Libro Segundo, Título Decimoquinto, denominado "Delitos Sexuales", en su Capítulo I, denominado "Atentados al Pudor, Estupro y Violación."

Dispone el artículo 265 del ordenamiento citado que: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de --- ocho a catorce años.

Se sancionará con prisión de uno a cinco años 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."

Así el artículo 266 reza que: "Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce-

años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad"

Dice el artículo 266 Bis que: "Cuando la violación -- fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas previstas en los artículos anteriores -- se aumentarán hasta en una mitad.

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

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

Sin embargo, hay que hacer notar, que nuestro Código Penal que actualmente nos rige y que data de 1931, ha sufrido - numerables reformas en casi todos los delitos que tipifica, y - que dichas reformas también han recaído en el delito de violación, por tal motivo, su estudio y análisis lo trataremos oportunamente en un apartado especial.

Así pues, continuamos con nuestro análisis jurídico - en el siguiente punto a exponer.

CAPITULO II

II.- LA VIOLACION.

a).- MARCO CONCEPTUAL.

"Violar es tanto como profanar. Violar una mujer equivale a despojarla del carácter sagrado que le da la virginidad. La violación es, en este sentido, una reminiscencia de la sociedad patriarcal en que la calidad de virgen de la mujer, era una garantía de que el derecho dominical de un hombre sobre ella no había sido objeto de transgresión."(14)

Con el avance del tiempo, el primitivo concepto de violación sufre hondas modificaciones. De una parte, cuando el sexo va perdiendo el carácter sagrado que en un principio tenía. La violación se circunscribe a la ejecución de actos de violencia sexual. De otro, el carácter respetuoso del sexo, propio de la mujer, se transforma de manera tal que el hombre y los menores de edad reciben también la protección jurídica, que en un principio la sociedad otorgaba únicamente a la mujer.

Sin desbordar el ámbito de la sociedad patriarcal, el castigo de la profanación de la mujer, de los hombres y menores de edad se limita a aquellos casos en que se ha ultrajado el cuerpo de cualquier persona mediante un acto de violencia. Este

14.- Conde Torres, Miguel Angel. El Delito de Violación en el Derecho Penal Mexicano. 2a. edición. U.N.A.M. México, 1969 Pág.1.

somero concepto predomina en las definiciones clásicas y se am
plia a partir de Carpzovio, quien introduce en la doctrina el -
concepto de violencia presunta.

El delito de violación es el más grave de los sexua-
les. "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendi-
do, -nos dice el maestro González De la Vega- por medio de la -
coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la -
historia de las instituciones penales como en la doctrina y en
las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del ver
dadero delito sexual de violación." (15) Claramente se advierte
que el bien jurídico que protege la ley penal es la libertad -
sexual, sin dejar a un lado y que también es parte de nuestro -
estudio los subtipos de violación. El sujeto pasivo, del delito -
sufre en su cuerpo el máximo ultraje, que le impone el agente -
del delito, con el uso de la violencia física o de la violencia
moral, que lo constriñen y le impiden hacer uso de su derecho -
de resistencia y de libertad. Todos los medios posibles de coac
ción física o moral pueden ser empleados por el delincuente pa
ra lograr sus propósitos criminosos. Se agrega, pues, a la ofensa
de la imposición de un acto erótico, odioso para la víctima, que
la resiste en su psique y en su cuerpo, la de los medios compul
sivos que la colocan a merced de su victimario, en completo es-
tado de indefensión.

15.- Ob. Cit. Pág. 381.

Así pues, con esta semblanza, pasamos ahora al estudio analítico del delito de violación en nuestro derecho positivo-penal mexicano.

b).- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

En este rubro, seguiremos las ideas del siempre distinguido y polémico maestro Jiménez Huerta, que nos señala acertadamente que los "elementos constitutivos de esta figura típica son: a) La Cópula; y b) La violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir." (16)

En este mismo orden de ideas, llevaremos a cabo su desarrollo:

a).- La Cópula.

En el delito de violación, la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando ésta se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas.

La Cópula, en su sentido gramatical es: "Atadura, liga-

16.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Tomo III. 4a. edición. México, 1982. Pág. 252.

mento de una cosa con otra. Acto sexual. En sentido etimológico es sinónimo de unión." (17) El verbo copular, proviene de "copulare", que en latín significa juntar o unir una cosa con otra.

En el campo jurídico, como veremos en seguida, no existe uniformidad de criterios sobre lo que debe entenderse por cópula, y esto hace necesario precisar su concepto, para poder dar solución a los diferentes problemas que se derivan de la misma.

Para los Doctores Arturo Baledón y José Torres Torija, citados por el maestro González De la Vega, por cópula "debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer, precisamente por la vía vaginal o sea el coito normal." En cambio, González De la Vega no acepta ese concepto y -- nos dice que por cópula "debe entenderse todo ayuntamiento, -- unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna. Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual la que implica necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no se puede con propiedad decirse, que ha habido copulativa conjunción carnal. Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales. De esta manera concluimos en su aceptación erótica general, la acción de cópula --

17.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado Vanidades Continental. Ediciones Foto-Repro, S.A. 3a. edición. España, 1974 Pág. 357.

comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer, precisamente por la vía vaginal, y a los anormales sean estos homosexuales masculinos, o sea, de varón a varón, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural, lo mismo de varón a mujer en forma anormal por la vía anal. Intencionalmente-excluimos del amplísimo concepto de cópula en el acto homosexual femenino, inversión efectuada de mujer a mujer, en el tratamiento lésbico no existen propiamente el fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril."(18)

No cabe duda, que el concepto expuesto por los Doctores Torres Torija y Baledón Gil, es el que fisiológicamente corresponde a la cópula. Pero partiendo del significado latino de la palabra copular, que significa unirse o juntarse carnalmente González De la Vega acepta como cópula de la violación tanto a la normal, como a la anormal, porque además, opina, fisiológicamente existe actividad sexual tanto en los actos normales, como en los actos contra natura.

Interesante comentario doctrinal nos expresa el maestro Enrique Cardona, al hacer hincapié acerca de las acepciones del concepto cópula, y nos menciona dos: "La acepción restricta, y la acepción amplia.

18.- Ob. Cit. Pág. 386.

Restrictaamente, cópula debe entenderse como la introducción del miembro sexual masculino en la vagina de la mujer, mientras que en un sentido más amplio se entiende la introducción del miembro en cualquier cavidad natural, aunque no sea la vagina. La cópula en sentido más amplio comprende, entonces, la cópula normal como la cópula anormal, misma que puede ser de dos clases.

Anal o rectal, que es la introducción del miembro en el recto o bien oral o bucal, que es la introducción del miembro en la cavidad bucal."(19)

Ahora bien, se admite, por lo general que la cópula -- puede ser ejecutada tanto por la vía normal (vagina) como por la vía anormal (empleando el ano o la boca) y respecto a esta última se acepta casi sin discusión la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene, y que posee glándulas de proyección erógena, pero en cambio se discute la posibilidad de que la cópula pueda ser realizada por la boca (Fellatio in Ore) aún meditando la violencia manifiesta o presunta.

Uno de los autores que se resiste a aceptar la posibilidad de que la "fellatio in ore" puede configurar el delito

19.- Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal Cárdenas, Editor y Distribuidor. 2a. edición. México, 1976. Págs. 156 y 157.

de violación es Eusebio Gómez porque, según él, en la fellatio in ore, falta propiamente el acceso carnal que requiere la violación y estima ese acto más bien como abuso deshonesto.

Por el contrario el maestro argentino Sebastián Soler sí admite esta posibilidad, pues dice que aún cuando el sentido tradicional de la expresión acceso carnal descarta la posibilidad de considerar como violación los actos de malicia; los torpes desahogos, mientras no importe unión sexual, conjunción o penetración normal, no requiere en su concepto, un acto carnal completo o perfecto, bastando que tan sólo haya penetración.

La opinión de Soler, es compartida por Fontán Bales--tra, cuando expresa que la conjunta carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico, sino jurídico, y así entender --por conjunción carnal, toda actividad directa del líbido humano en cualquier manifestación sexual por extraña que parezca.

En la doctrina penal mexicana, el ilustre maestro González Blanco, encuentra correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen que el caso de la "Fellatio in Ore", sí se --configura la violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna -

restricción al respecto.

Así pues, concluimos que la cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el vaso receptor por el que se produzca la introducción.

Ente mismo orden de ideas, no hay discusión alguna sobre la problemática de la cópula anormal conocida como Fello in Ore, porque nosotros "consideramos que basta con que se trate de una cavidad natural y del miembro sexual masculino, para que podamos decir que dos individuos se han unido sexualmente, no importa que la cavidad natural no sea fisiológica y natural la destinada para la recepción del miembro, lo que sucede es que estaremos en presencia de una cópula contra natura, pero al fin y al cabo cópula." (20)

En el mismo sentido opina el maestro Jiménez Huerta al señalar que: "La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso -- que se efectúe la inmisio seminis, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen." (21)

20.- Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. Cit. Pág.157.

21.- Ob. Cit. Pág.253.

b).- La Violencia Física o Moral.

La violencia consiste en los medios comisivos que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, cuando ésta es psíquica o físicamente incapaz de oponerla. Estimamos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, supuesto que en razón de ella, se ataca el bien jurídico de este delito.

Nuestra ley penal habla de la violencia física y de la violencia moral. "La violencia física implica el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica.

La violencia moral es la manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño o de determinar una situación de peligro, si el amenazado no consiente en la conjunción carnal.

No se puede negar las diferencias que entre ellas -- existe: la primera es energía física ya consumada; -y concluye- el maestro Jiménez Huerta diciendo- la segunda energía física- simplemente anunciada."(22)

De lo anterior, estimamos jurídicamente, que la violencia física es la fuerza material encaminada a vencer una resistencia que entraña un obstáculo para la comisión del delito; en este caso es una resistencia de carácter físico, que entraña un obstáculo para realizar la cópula.

La violencia moral, como bien sabemos, es la coacción psicológica que se ejerce sobre la víctima para vencer su oposición a la realización de la cópula, que por lo general se traduce concretamente en amenazas de carácter conminatorio o condicionado; esto es, en el anuncio de un mal, que se efectuará en caso de que la víctima no cumpla una determinada condición o conducta. En otras palabras, "la violencia moral consiste en la amenaza o amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz de producir intimidación. Debe existir esta relación causal entre la violencia aplicada y la cópula, para que pueda integrarse cuerpo del delito y presunta responsabilidad."(23)

22.- Ibidem. Págs. 263 y 264.

23.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1983. Pág. 153.

Ahora bien en cuanto a la resistencia, que es el elemento objetivo de la fuerza, Carrara exige que sea seria y constante, entendiendo por seria que sea realmente verdadera, es decir, que no se halle afectada de engaño, y por constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la violencia física y moral ha establecido lo siguiente:

a).- Violencia Física.

1.- "El delito de violación se integra por la violencia y no requiere la existencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, dado que basta la coacción física o moral que conduzca a la realización de la cópula contra la voluntad de la ofendida." (24)

2.- "Para que se tenga por existente la violencia... basta para tal efecto, la coacción física o moral conducente a la realización de la cópula y la ausencia de la voluntad de la ofendida." (25)

24.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Primera Parte. Tomo C. Pág. 666.

25.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Segunda Parte. Tomo XCV. Pág. 958 y 959.

b).- Violencia Moral.

1.- "Aunque el sujeto activo no haya hecho uso de la violencia física en el momento de la cohabitación, basta que la violencia física se haya empleado antes, repercutiendo en el ánimo de la ofendida al grado de que por la intimidación no pudo resistir al ayuntamiento, máxime si también se empleó la violencia moral al amenazarla con males mayores." (26)

2.- "Aun admitiendo que no intervino violencia física en la comisión del delito de violación, basta que concorra la moral, para que el cuerpo del delito se configure, con todos los elementos que requiere la Ley." (27)

c).- Comprobación de la Violencia.

1.- "Si el uso de la violencia no está comprobado, tampoco puede estarlo la existencia del delito de violación." (28).

2.- "Para comprobar la violencia no se requiere la presencia de lesiones corporales, sino únicamente la prueba de que hubo coacción física o moral para llegar a la cópula, por parte del infractor y la falta de voluntad en la ofendida." (29)

-
- 26.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. 2a. Parte. Tomo XIX. - Pág. 225.
 27.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca 4a. Parte. Tomo LXXXIV. Pág. 3862.
 28.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. 3a. Parte. Tomo LXXXVI Págs. 2226 y 2227.
 29.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Tomo LXXXI. Pág. 6766.

- c).- Sujeto pasivo de doce años;
u otras causas que impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir.

En el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, tenemos los casos de violencia equiparada, en donde el legislador se refiere concretamente a delitos que en estricto rigor ya no son la violación, pero en virtud de que guardan --- cierta similitud con la misma, lo ha querido sancionar con idéntica pena. Estos delitos no reúnen los requisitos, ni las circunstancias de la violación propia, porque no es necesario que se exteriorice la resistencia de la víctima y por ende ya no es necesario su vencimiento por medio de la violencia física o moral, sino que la ley habla de "...al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa."

La legislación vigente parece haberse inspirado en el comentario de Groizard, con respecto a la violación presunta que señala: "La acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica y corporalmente el acto, debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o análogas -- condiciones de indefensión." y además afirma que: "Un acto car-

nal sin violencia, parécenos que puede ser justo que sea castigado del mismo modo que un acto con violencia; pero lo que no encontramos en su lugar es que violación se llame y como violación se castigue." (30) En este sentido, el maestro Antonio De P. Moreno, nos comenta que "la violencia es lo que da nombre al delito. Pero no se declara en el precepto equiparable la violación impropia o presunta al delito mismo, sino equiparable a la violencia la acción que describe. Entonces es menester forzar el precepto para llegar a la conclusión de que la ley equipara la acción dicha al delito de violación, para los efectos de aplicarle la pena destinada a esta figura típica." (31)

Así pues, como delito equiparado a la violación, se establece la cópula con persona incapacitada para resistir física o psíquicamente el acto, por razones de padecimientos físicos o mentales, edad u otras condiciones o situaciones de indefensión.

A continuación, y antes de agotar este inciso, explica someramente las hipótesis que plantea el artículo en estudio.

1.- Con persona menor de doce años.- La naturaleza jurídica de esta hipótesis o "modalidad es muy discutible. Pensemos, sin embargo, que no constituye una modalidad de violencia -

30.- Groizard. El Código Penal de 1870. Tomo V. Pág. 112. Citado por González De la Vega, Francisco. Ob. Cit. Pág. 404.

31.- Moreno, Antonio De P. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Tomo I. 2a. edición. México, 1968. Pág. 253.

presunta, como dice Garraud, pues la ley no presume que el sujeto pasivo no quiere, sino, por el contrario, que no conoce. El vicio del consentimiento, a nuestro juicio, más que en la voluntad radica en la mente -concluye Conde Torres, Miguel Angel-" (32)

Sin embargo, apunta González De la Vega, que "...siendo la impubertad aquella temprana edad en que el sujeto no es apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, este estado impide al menor resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y posibles consecuencias ignora racionalmente." (33)

También hay que apuntar que desde tiempo atrás siempre y en gran porcentaje han sido atacados menores de edad del sexo femenino, debido principalmente a su tierna edad y a su inocencia.

2.- Cuando la persona está privada de razón.- Esto significa que su capacidad de comprender que se encuentra anulada completamente le impide resistirse, porque es un individuo que padece una enfermedad mental; por ende si el sujeto activo tiene cópula con esta persona, aun cuando ésta consienta en realizarla, la ley penal estima este delito equiparado al de violación, porque ante la ausencia de capacidad de comprensión, la --

32.- Ob. Cit. Pág. 42.

33.- Ob. Cit. Pág. 406.

ley penal considera que el sujeto activo se aprovecha de esta circunstancia para la realización de la cópula.

El maestro argentino Baltazar hace un breve comentario acerca de esta hipótesis en los términos siguientes: "Es -- completamente criminal el aprovechamiento de una persona enferma mentalmente y llevar a cabo el ultraje en su cuerpo; la ley no nada más argentina sino universalmente debería unificar penalidades en contra de este acto que es totalmente injusto en la vida y el cuerpo de estas personas." (34)

3.- Cuando la persona esta privada del sentido.- En este caso la ley hace alusión a aquellos casos en donde exista una inconsciencia plena del sujeto, derivada ya no de una enfermedad mental, si no de cualquier otra causa, como cuando la víctima se encuentra desmayada, anestesiada, intoxicada, sonámbula o simplemente dormida.

4.- También la imposibilidad de resistencia de la -- víctima derive de una enfermedad que no incida en una enfermedad mental en la conciencia, esto es, que el sujeto este consciente y que sin ser enfermo mental no pueda resistir, como serían los casos de parálisis, de atonía muscular y todos aquellos supuestos en que la resistencia física no pueda represen-

34.- Baltazar Monzón, Guillermo. La Violación en el Derecho Argentino. Editorial Marcos Wilson, Hnos. la. edición. Argentina, 1978. Pág. 75.

tarse a pesar de que la víctima esté consciente.

5.- O bien, por cualquier otra causa no pudiere resistir, por ejemplo, en el caso de que a la víctima se le suministraran estimulantes sexuales, para evitar la natural resistencia. -- Lo cual es sumamente discutido. Así no lo hace saber el polémico maestro Jiménez Huerta al expresarnos que: "... algunos autores señalan como causa que priva al sujeto pasivo de la posibilidad de resistir, el hecho de habersele suministrado afrodisíacos de elevado poder exitante. Sin embargo, el suministrar a otro algún agente o droga que existe su actividad sexual, no priva a éste de la posibilidad fáctica de resistir, pues la existencia de afrodisíacos de tan alta potencia sólo es sostenida por quienes intentan hacer del Derecho Penal un enflautador -- que encubra entregas sexuales, a base de morbosa literatura." (35) Por nuestra parte compartimos el criterio del citado tratadista universitario.

De esta forma para concluir, podemos decir que "las hipótesis que nos plantea el artículo 266 implican situaciones en las cuales no hay violencia, tampoco existe consentimiento o anuencia para la relación sexual y por razones semejantes a las expresadas en torno al delito de violación, se estima su tipificación y su penalidad." (36)

35.- Ob. Cit. Págs. 269 y 270.

36.- Osorio y Nieto, César Augusto. Ensayos Penales. Editorial Porrúa, S.A. 1a. edición. México, 1988. Pág. 265.

1.- ELEMENTO MATERIAL.

El legislador hace consistir la conducta típica en el tener cópula, entendiéndose por cópula, como sinónimo de coito, de ayuntamiento, de unión carnal o de carácter sexual; y para que exista es indispensable la presencia de un elemento sexual masculino o activo y de un elemento sexual femenino o pasivo. El primero no puede ser sino el órgano sexual del hombre; esto es, el pene, mientras que el elemento de carácter pasivo viene a ser el vaso natural de la mujer (la vagina), en el cual el elemento sexual masculino se introduce para que la cópula pueda darse biológica y fisiológicamente hablando.

Pero para el estudio de este delito de naturaleza sexual es incompleto, pues la cópula - como ya lo dijimos con an telación - en la violación se entiende en su sentido más amplio esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre hombre y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el vaso por el que se introduzca la introducción.

Ahora bien, "hablar única y exclusivamente de cópula, no tiene importancia jurídica penal alguna, puesto que ella debe ir relacionada a los medios empleados si se trata de violación propia, o a otras situaciones, en cuanto a la violación im-

propia."(37) En este mismo orden de ideas, para la configuración del delito de violación, la imposición de la cópula debe ir forzosamente acompañada de los medios comisivos que exige la ley, esto es, la violencia, bien sea física o moral, lo cual sin excusa ni pretexto dará origen al elemento material.

El maestro argentino Goldstein comenta acerca del elemento objetivo o material lo siguiente: "La cópula debe haber sido lograda mediante violencia en su más amplio sentido, comprensivo tanto de fuerza física como de la coacción y de todo medio de compulsión moral y psíquica, es decir, que abarca el empleo material de la fuerza para vencer la resistencia o el logro del consentimiento por medio de la amenaza de un mal grave."(38)

Debe tratarse de una verdadera violencia o intimidación para vencer la fuerza opuesta, que es te caso es la del sujeto pasivo; lo cual va a caracterizar a esta figura ilícita.

Así pues, la cópula violenta es el elemento material en el delito de violación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al elemento objetivo o material ha dicho que "...para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso -

37.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa, S.A. 3a. edición México, 1980. Pág.15.

38.- Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal. Editorial Bibliográfica Argentina, S.A. 3a. edición. Argentina, 1962. Pág.664.

carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito, y que sea contra la voluntad de la misma, es decir, con violencia, que es lo que imprime carácter delictuoso al hecho." (39)

2.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

La conducta es la célula misma del delito y algunos autores, como Maurach, la llama "conductio sine qua non" para su existencia, concluyendo, si no hay acción humana no habrá delito y resultaría absurdo pretender estudiar sus demás elementos esenciales. Todo delito es obrar humano voluntario.

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, el maestro Castellanos Tena define la conducta como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito." (40) Como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

Sin entrar en intrincados problemas doctrinarios, podemos decir que la acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana. La omisión es la abstención de acción para que produzca un resultado de--

39.- Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Tomo LXXX Pág. 2688.

40.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Edición. México, 1984. Pág. 149.

lictivo o ilícito.

Así pues, en este mismo orden de ideas, en cuanto a la clasificación de la violación en orden a la conducta, la doctrina jurídica establece que: a).- Se trata de un delito de acción, y b).- Es Unisubsistente o Plurisubsistente.

En el delito de violación la conducta es una acción, porque representa un movimiento corporal, un hecho voluntario - del hombre, que produce un resultado; esto es, "dada la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse la violación por un hacer. Es imposible una realización omisiva, pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo." (41)

En este mismo sentido se expresa el maestro González Blanco, al señalar que "en orden a la conducta, el delito de violación se clasifica como de acción, por no presentarse las formas de omisión y comisión por omisión." (42)

Además es unisubsistente o plurisubsistente, en razón de que el delito de violación se consume con la realización de un solo acto o varios, evidentemente que su descripción típica se compone de un solo acto o de varios.

41.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. Pág. 27.

42.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Ob. Cit. Pág. 136.

3.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN AL RESULTADO.

Por el resultado que producen los delitos se dividen en formales y materiales, los primeros son aquellos que agotan el tipo con la acción u omisión del sujeto activo, sin que sea menester para su consumación, la consecuencia de un resultado - que altere el mundo exterior, en tales delitos se sanciona la - conducta activa u omisiva en sí misma, sin atención a resultados externos, tal es el caso del delito de injurias, la portación de armas, etc. Los delitos materiales requieren para su integración una mutación, un cambio en el mundo exterior, un resultado material objetivo apreciable por los sentidos, como el homicidio, las lesiones y otros.

Ahora bien, en el delito de violación, por lo que respecta al resultado, es: a).- De mera conducta o formal; b).- Es Instantáneo, y c).- De Lesión y No de Peligro.

a).- De mera conducta o formal, porque el tipo evidentemente se integra en cuanto al elemento objetivo o material - por la realización o ejecución de la cópula violenta - que ya - analizamos -; es decir, por un hacer sin resultado material, sin - modificación en el mundo exterior.

Sin embargo, respecto a este rubro, hay opiniones diversas. Así, Pannain nos enseña que es un delito formal, "porque se agota con la conducta criminosa sin una modificación del mundo exterior..." Mientras que Manfredini y en el mismo sentido Frías Caballero, estiman que es un delito material porque al llevarse a cabo "la violencia carnal, requiere para su consumación la producción de un resultado material, es decir, un cambio en el mundo exterior." (43)

Sin embargo, por nuestra parte, consideramos que se trata de un delito de mera conducta o formal y coincidimos con el maestro Porte Petir, que nos expresa que "...para la configuración del delito de violación no se requiere una mutación en el mundo exterior, o sea que no se exige un resultado material. El texto legal, únicamente señala la conducta y los medios por los cuales ésta puede ser realizada. Es por ello que concluimos sosteniendo que se trata de un delito formal o de mera conducta, de cuya realización se desprende solamente un resultado jurídico." (44)

b).- Es Instantáneo, porque tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación. O bien, porque en la acción que los verifica se perfecciona en un solo momento.

43.- Pannain, Manfredini y Frías Caballero. Citados por Porte - Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. Págs. 29 y 30.

44.- Ob. Cit. Pág. 31.

c).- De lesión y no de peligro, porque, al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado o protegido por la ley penal. Esto es, que es de lesión porque ocasiona un menoscabo, deterioro o mal efectivo, real y directo en el bien jurídico. Y no de peligro, porque éstos únicamente ponen en riesgo, en la posibilidad de producir un daño al bien jurídico-tutelado por la norma.

4.- TIPICIDAD.

Al estudiar la tipicidad, no debemos confundirla con el tipo; existe entre ambas nociones jurídicas una clara diferencia, el tipo es la descripción de una conducta delictiva contenida en la ley penal, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuoso, en cambio la tipicidad es el juicio por el cual se infiere la adecuación de la conducta al tipo. El maestro Rojas Valseca, citando a algunos autores, hace referencia a este punto a tratar: "afirma Jiménez Huerta, que " el tipo es el injusto recogido y escrito en la ley penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida a la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función", Pavón Vasconcelos estima al tipo como "la descripción completa hecha por la ley de una conducta y en

ocasiones se suman al resultado, refutada como delictuosa al -- asociarse en ella una sanción penal." (45)

En este mismo orden de ideas, la tipicidad "consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los códigos penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción." (46)

Así pues, la tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal.

De tal suerte que el "tipo viene a ser el marco o -- cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo. El tipo es abstracto y estático en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica." (47)

La tipicidad es ingrediente esencial del delito porque éste es el resultado de una valoración jurídica realizada por el juez sin la cual no se configura. Nuestra Constitución Política Federal tiene esta disposición en su artículo 14, al decirnos lo siguiente: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente

45.- Rojas Valseca, Roberto. Comentarios de Derecho Penal Mexicano. Editorial América. 3a. edición. México, 1984. Págs. 173 y 174.

46.- Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A. la. edición. México, 1986. Pág. 2163.

47.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Editorial Trillas, S.A. de C.V. la. edición. México, 1984. Pág. 57.

aplicable al delito de que se trate."

Ahora bien, en cuanto al delito de violación, la tipicidad consistirá en la adecuación a lo precrito por el artículo relativo al delito en estudio, esto es, que exista una cópula realizada por los medios comisivos que la integran, ya sea una violencia física o una violencia moral, en persona de cualquier sexo. Así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al expresar que: "El delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Así, tratándose del delito de violación --- sexual tipificado en el artículo 265 del Código Penal, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio de la violencia física o moral, la cópula a una -- persona de cualquier sexo, por la vía idónea o contra natura, -- sin el consentimiento de la víctima." (48)

5.- CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN AL TIPO.

Siguiendo las ideas del maestro Porte Petit, la clasificación de la violación en orden al tipo es la siguiente:

- a).- Fundamental o básico "en cuanto a la primera -- parte del artículo 265, porque el tipo no contiene ninguna cir-
- 48.- Semanario Judicial de la Federación. 6a. Epoca. 2a. Parte Tomo XXIV. Pág.132.

cunstancia que implique agravación o atenuación de la pena, -- pues, por lo que respecta a la parte final, se trata de un com-- plementado cualificado de violación, o sea, cuando se establece-- que si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años."(49) Sin embargo hay que apuntar y dejar bien claro que dicho artículo a sufrido importantes reformas que en su -- oportunidad analizaremos y vertiremos los comentarios al res-- pecto.

b).- Es autónomo o independiente, en razón de que el tipo de violación tiene vida autónoma o independiente, es decir existencia por sí mismo.

c).- Alternativamente formado en cuanto a los medios ya que puede realizarse por medio de la violencia física o por la violencia moral.

d).- Normal, al no contener elementos normativos ni - subjetivos.

e).- Con medios legalmente limitados o de formula--- ción casuística.

f).- Congruente, porque hay relación entre lo que el sujeto activo o agente quería y el resultado producido.

49.- Ob. Cit. Págs. 32 y 33.

Consideramos por nuestra parte, que dicha clasificación se explica por sí misma, puesto que durante nuestro desarrollo hemos visto gran parte de lo expuesto.

6.- ELEMENTOS DEL TIPO.

En este punto nos vamos a referir a los siguientes elementos del tipo en el delito de violación: a).- El Objeto Jurídico Tutelado o Protegido; b).- Los Sujetos, y c).- El Objeto Material.

a).- El Objeto Jurídico Tutelado o Protegido.

En términos generales corresponde al Estado, por medio de normas jurídicas, definir los actos nocivos para la vida social y conminarlos con la privación de intereses particulares. Esta labor supone, desde el punto de vista filosófico la creación de axiomas, entendidos éstos como principios que resguardan los bienes necesarios para la realización de los individuos. En Derecho, dichos postulados reciben el nombre de bienes jurídicos.

En otras palabras, existen ordenamientos jurídicos, y en especial, el Derecho Penal; un número de tipos, que es la des-

cripción de una conducta o del resultado de la misma, previstas en un ordenamiento legal en forma general y abstracta y que -- convencionalmente llamamos "Delito" que protege o tutela un -- bien jurídico (que es un valor social que debe proteger todo -- tipo; por ejemplo, el bien jurídico tutelado o protegido en el -- delito de homicidio es la vida; en el delito de amenazas, los -- bienes jurídicos protegidos son la paz y la tranquilidad de -- las personas, entre muchos delitos y bienes jurídicos protegi-- dos); y por otra parte una tipicidad, -- que como ya dijimos -- es -- la exacta coincidencia de una determinada y concreta conducta -- humana con lo descrito por el tipo, es decir, la adecuación de -- la conducta al tipo.

Ahora bien, por lo que toca al bien jurídico protegido en el delito de violación propia, tanto la doctrina extranjera como la nacional se ha inclinado -- acertadamente -- por señalar que es la libertad sexual.

"Manfredi anota que el bien jurídico penalmente protegido por la norma, es decir, el objeto del delito, es el derecho a la libertad de disposición carnal. En el mismo sentido -- Saltelli y Romano Di Falco, al sostener que se tutela el bien -- jurídico de la libertad sexual, relativamente a la inviolabilidad carnal." (50)

Porte Petit, nos afirma: "A nuestro parecer, en realidad, el bien jurídico que protege la ley es, como se estima por la corriente doctrinal, la libertad sexual..." (51)

González de la Vega, dice: "El bien jurídico objeto de la tutela penal en este concierne primordialmente a la libertad sexual, contra lo que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje..." (52)

Cardona Arizmendi, señala que: "...de acuerdo a la definición legal, vemos con claridad que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, toda vez que la puesta en juego de la violencia física o moral entraña siempre una agresión a la libertad, ya sea física o psicológica, según la naturaleza de la violencia que se ponga en juego." (53)

González Blanco, nos comenta que "el objeto jurídico-protegido en el ilícito que estamos estudiando es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula, impiden a la víctima determinarse libremente." (54)

Osorio y Nieto, considera que "la libertad sexual, entendida como la facultad del sujeto de optar por la ejecución-

51.- Ob. Cit. Pág.36.

52.- González De la Vega, Francisco. Ob. Cit. Pág.381.

53.- Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. Cit. Pág.167.

54.- González Blanco, Alberto. Ob. Cit. Pág.135.

o abstención de cópula, es el bien jurídico que se tutela en el delito de violación."(55)

De lo anterior, no encontramos ningún problema y unánimemente la doctrina admite que en esta figura el bien jurídico que se tutela, es la libertad sexual. Y de igual forma, estamos de acuerdo.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinando que: "El delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual."(56)

De igual modo: "El bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción."(57)

Sin embargo, no hay que olvidar existen otros subtipos de violación que también poseen bienes jurídicos y tienen tutela penal. Tal es el caso del delito equiparado a la violación que nos señala el artículo 266 -y que ya tratamos en los elementos constitutivos-, así pues de acuerdo a este numeral y a las hipótesis planteadas, la seguridad sexual constituye el -

-
- 55.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Ob. Cit. Pág.204.
 56.- Semanario Judicial de la Federación. 6a. Epoca. 2a. Parte Tomo XXV. Pág.117.
 57.- Semanario Judicial de la Federación. 6a. Epoca. 2a. Parte Tomo XX. Pág.180.

bien jurídico que se tutela mediante el establecimiento de este ilícito penal. Las personas que por razones de salud o de edad (menores de doce años) no pueden producirse voluntariamente en su vida sexual, que no pueden oponer resistencia suficiente para evitar la cópula, requieren de la protección del Estado que en este caso se actualiza mediante una norma que previene y sanciona este tipo de conductas.

b).- Los Sujetos.

Atendiendo a los sujetos activo y pasivo de la violación, señala Goldstein, "que el sujeto activo sólo puede ser el hombre, es decir, la persona de sexo masculino, en virtud de la conformación de sus órganos genitales, puede realizar la penetración en que consiste el acceso carnal.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, resultando indiferente su sexo." (58)

Respecto al sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal, de manera que la violación puede cometerse en persona del sexo masculino o femenino, menor de edad o adulto, de conducta digna o indigna (como en el caso de las prostitu-

58.- Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. -- Pág. 664.

tas y de homosexuales), en fin, en cualquier sujeto. Mientras que el sujeto activo será fundamentalmente el hombre.

De acuerdo con lo anterior expresado el criterio de los tratadistas está unificado. Pues, "en la determinación del sujeto pasivo no hay la menor disidencia en la doctrina al considerar unánimemente que puede ser cualquier persona, así como tampoco en cuanto al activo, cuando éste es hombre." (59)

c).- El Objeto Material.

El objeto material en este ilícito penal no presenta problema alguno, pues si la conducta del sujeto activo, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto. Pues así lo determina el primer párrafo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo,..."

7.- ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad "es oposición al Derecho -nos enseña el distinguido maestro Villalobos-; y como el Derecho puede-

59.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1982. Pág. 242.

ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo de contenido o material, también de la antijuricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley."(60)

Así pues, podemos entender la antijuricidad, desde el punto de vista penal -que es el que nos interesa-, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella -- que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico tutelado o protegido. En otras palabras, la antijuricidad, es un elemento del delito y entendiendo por ella a la conducta adecuada a un tipo penal, cuando no existe causa de justificación.

La descripción típica del delito de violación contenido en el numeral 265 del Código Penal para el Distrito Federal y ampliada en los siguientes artículos presupone conceptualmente la ilicitud de la cópula violenta o, de otra manera, la antijuricidad de la conducta, como en todos los delitos, su figura presupone en cada caso concreto, la ilicitud del hecho cometido.

Bien puede afirmarse que en el delito de violación - la falta de consentimiento es el eje de la figura delictiva. El

60.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 4a. edición. México, 1983. Pág.258.

artículo 265 condiciona la integración de este ilícito a que la cópula se obtenga por medios comisivos (violencia física o moral) que conceptualmente descartan la voluntad del sujeto pasivo; y el numeral 266 amplía la base típica del artículo 265 a situaciones en las que la voluntad de la persona ofendida no tiene ningún valor jurídico o no puede expresarse debido a situaciones especiales o estados en la que la misma se haya.

Apunta Antolisei "que la violencia debe ser ilegítima. El yacimiento o acceso carnal ha de ser ilícito, expresa Cuello Calón. Para Pannain, el hecho es ilegítimo todas las veces que concurren todos los extremos del hecho abstracto y no concurren causas de exclusión del delito. En fin, para Fontán Balestra, el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona de la cual no tenga el agente derecho al coito." (61)

Es indudable que la conducta en la violación será antijurídica cuando, siendo típica, no exista una causa de licitud en caso de que proceda. Pero ¿habrá causas de licitud? Sobre este planteamiento, "Pannain sostiene que, excepto el ejercicio del derecho y el consentimiento, no parece que pueda presentarse causas de exclusión del delito. Vannini, en el sentido de que puede en la violación presentarse el ejercicio de un derecho, como en el caso del coito violento entre casados.

61.- Citado por Porte Petit C, Celestino. Págs. 47 y 48.

En cuanto a la existencia de una legítima defensa -- con relación a la violación, responde Vannini, y con razón, que no se puede presentar. Su pensamiento exacto es el siguiente: "No es posible imaginar una violación carnal justificada por legítima defensa. Con un esfuerzo de la fantasía, se podrá pensar en concurso en el delito de violación carnal justificada por el estado de necesidad, como, por ejemplo, en el caso de aquél que, teniendo la obligación jurídica de intervenir en la defensa de la persona agredida con el fin de conjunción carnal, no pudiese intervenir por la necesidad de defenderse de una agresión actual e injusta.

Es indudable que en la violación no puede darse la legítima defensa, pues no se concibe que se tenga que realizar una cópula violenta para rechazar una agresión injusta. Para Alimena, "se concederá la legítima defensa a la mujer que mata al marido, que quería obligarla a complacencias no naturales, -- porque hay una violencia y una violencia injusta; pero aquí se trata de otra hipótesis." (62)

La doctrina jurídica extranjera rotundamente expresa que en este delito no se da ninguna causa de licitud en la violación sexual, y por lo tanto existe jurídicamente la antijuricidad. Del mismo modo lo sostienen los maestros Porte Petit, Jil

62.- Citado por Porte Petit C, Celestino. Ob. Cit. Págs. 48 y 49.

ménez Huerta, González De la Vega Francisco y Cardona Arizmendi Enrique. Opiniones a la cual nos adherimos.

8.- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es presupuesto psicológico de la culpabilidad, según lo ha sostenido el tratadista Jiménez de Asúa, apoyado en la idea de la naturaleza psicológica de aquélla. "En efecto, conforme a este punto de vista la imputabilidad es psicológica y la capacidad en que consiste ha de ser psicológicamente concebida." A nuestro entender -dice Jiménez de Asúa-, la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. "lo cual indica que la capacidad es madurez y salud mentales, en tanto que la determinación es libre, por cuanto existe la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos." (63)

También la imputabilidad "es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal." (64) Como se aprecia, esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitivo, es decir, desear un resultado. Podemos afirmar categóricamente que la imputabilidad en el delito-

63.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1989. Pág. 68.

64.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Ob. Cit. Pág. 231.

de violación es la capacidad psicológica de entender y querer en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental.

El maestro Porte Petit, nos ilustra este rubro en los términos siguientes: "Acercas de la imputabilidad... el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad." (65) Esto es, el estar conciente de la conducta y el resultado de su proceder. Por lo tanto el sujeto responsable del delito de violación es imputable del mismo. De tal suerte, que la imputabilidad "debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto; capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad." (66)

9.- CULPABILIDAD.

Tratando de establecer el concepto de culpabilidad, como sabemos, la doctrina del derecho penal, adopta fundamentalmente dos posiciones: la llamada corriente sicologista y la llamada corriente normativista; para la primera, la culpabilidad -- consiste en el nexos psicológico entre la gente y el acto exterior o sea la relación psicológica que liga al autor con su hecho, es decir, su posición psicológica frente a él; entendiendo -- así la culpabilidad en sus dos formas, el dolo y la culpa son -

65.- Ob. Cit. Pág. 57.

66.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 286.

formas de vinculación admitidas por la ley entre el autor y el hecho ilícito y constituyen la imputabilidad como un presupuesto de la misma.

Sebastián Soler, señala que la vinculación del sujeto con su acto desde el punto de vista psicológico supone dos cosas: "En primer término, la vinculación misma del sujeto con el orden jurídico y la vinculación subjetiva si bien atiende a -- fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración" y agrega que "la culpabilidad proviene de la comprobación de -- la discordancia subjetiva entre la valoración de vida y el del valor creado, con conciencia de la criminalidad del acto." (67)

Jiménez de Asúa define la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." (68) Pero, la definición del -- maestro y penalista mexicano Ignacio Villalobos la supera y se -- ñala magistralmente que la "culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el -- desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos -- y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo." (69)

Por lo que hace a la teoría normativa, esta presupone

-
- 67.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Temis Tomo II. Argentina, 1956. Pág. 78.
 68.- Jiménez de Asúa, Luis. Derecho Penal. Editorial Reus. 9a. edición. México, 1929. Pág. 379.
 69.- Ob. Cit. Pág. 292.

la existencia de una conducta o hecho antijurídico y que la -- culpabilidad agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la anti- juricidad es la relación entre la acción y el orden jurídico -- que establece la divergencia objetiva entre uno y otro, la cul- pabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la -- acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla.

La culpabilidad para esta corriente no consiste en - la mera relación psicológica, pues ésta solo representa el punto de partida, teniendo presente un hecho psicológico concreto, debe precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del - sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa; es el camino- necesario que no agota la investigación del concepto de culpa- bilidad, pues determinando los motivos y la personalidad del au- tor, le era exigible una conducta acorde con el Derecho.

Por lo anterior se puede señalar brevemente que los- elementos de la culpabilidad según la teoría psicológica son: la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y señalándo- se como contenido de ésta; el puro elemento psicológico, por cuan- to que de ella nace la necesaria relación entre la acción anti- jurídica y su autor.

Por lo que se refiere a la teoría normativa, se señalan como elementos de la culpabilidad los siguientes: la imputabilidad y las formas de culpabilidad que son el dolo y la culpa que para algunos autores constituyen las partes integrantes de la culpabilidad en relación a su referencia síquica entre la conducta o el hecho del autor y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

En atención a la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos o intencionales, culposos o imprudenciales, y preterintencionales.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su numeral 9o., los define de la siguiente manera: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera y acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

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

Así pues, podemos considerar que el delito doloso o intencional es cuando la voluntad se dirige a la consecución de un resultado típico; es culposo o imprudencial cuando el agente no desea el resultado delictivo, más éste acontece por actuar falto de atención, de cuidado, de prudencia. Se considera preterintencional cuando el resultado va más allá de lo querido por el sujeto activo, es decir, rebasa la intención original.

De tal manera, que la culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma penal.

La culpabilidad presenta dos formas básicas, que son el dolo o intención y la culpa o imprudencia.

El dolo opera cuando en el sujeto activo se ha presentado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

El dolo tiene como elemento el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber, el volitivo o psicológico es-

la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

El dolo puede presentarse de diferentes formas -nos explica el maestro Osorio y Nieto-, pero podemos considerar que existen "cuatro principales que son:

- a).- Directo.- El resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo.
- b).- Indirecto.- Existe cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.
- c).- Indeterminado.- Es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto.
- d).- Eventual.- El sujeto se propone un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran."(70)

La culpa o imprudencia la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de aten-

70.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág.66.

ción, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

En este mismo orden de ideas, el penalista mexicano - nos menciona dos clases o especies de culpa, que a continuación citamos:

a).- "Conciente, con prevención o con representación. Existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico.

b).- Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación. Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente - del sujeto." (71)

Así pues, con lo anteriorente expresado, sólo es preciso señalar que la especie de culpabilidad que se presenta en el delito de violación es el dolo. Pues, si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la violencia física o moral, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de culpabilidad. En cuanto al do-

71.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 67.

lo eventual, consideramos que no puede presentarse, a virtud de que la exigencia de los medios de violencia física o moral implican el querer, desde el inicio de la cópula impuesta con violencia.

La doctrina penal en este sentido es unánime en el criterio anterior. Apunta el maestro Porte Petit que "es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación, la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, no puede concebirse la realización de la cópula sino dolosamente y, por tanto, no es posible una violación culposa, que requeriría no querer la cópula, hipótesis antagónica a la esencia de la violación." (72)

Es este mismo sentido se expresa el penalista Osorio y Nieto, al decirnos que "el delito de violación siempre es doloso, pues el uso de la violencia física o moral implica una actitud voluntaria, intencional, dolosa del sujeto, no puede estimarse en ningún caso un acto de cópula imprudencial o culposa" (73) Asimismo, Carranca y Trujillo dice: "El delito de violación es doloso." (74) Por lo tanto, sobre este aspecto, no cabe duda alguna en afirmar categóricamente que este ilícito de naturaleza sexual es doloso.

72.- Ob. Cit. Págs. 61 y 62.

73.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Ob. Cit. Págs. 154 y 155.

74.- Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Antigua - Librería Robredo. 1a. edición. México, 1962. Pág. 616.

10.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

En ciertos casos, la punición se supedita a la existencia de determinadas condiciones, bien especificadas, consignadas en los tipos, bien de alcance general, como aquéllas a que se refiere la fracción III del artículo 4o., cuando reclama para sancionar a quien delinquirió en el extranjero, "que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecuto y en la República," o sea, que haya identidad de la norma penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad las define el maestro Castellanos Tena como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación." (75)

De lo anterior podemos concluir que la condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues solo en contados casos se presentan tales condiciones, tal sucede, por ejemplo, en los delitos fiscales, en los cuales se requiere una declaración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto a la existencia de un perjuicio fiscal; de igual forma sucede con los demás delitos de or--

75.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 275.

den federal contenidos en leyes de la misma naturaleza y que -
tienen estrecha relación con las Secretarías de Estado.

De esta manera, con estas nociones previas, en el delito
de violación no se requiere en el tipo ninguna condición ob
jetiva de punibilidad, pues primeramente se trata de un delito-
del fuero común; y segundo, se esta lesionando un bien jurídico-
en la persona de un ser humano como persona física.

11.- PUNIBILIDAD.

La punibilidad, sea que se le entienda como elemento-
del delito, sea que se le considere como consecuencia de éste, -
es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, an
tijurídico, imputable y culpable. La exigencia de la nota se de-
riva del principio "nulla poena sine lege", consignado en el ar
tículo 14 constitucional, e implícitamente en el artículo 7o. -
del Código Penal para el Distrito Federal.

El maestro universitario Castellanos Tena ilustra --
aún más el concepto de punibilidad al considerar que "consiste
en el merecimiento de una pena en función de la realización de
cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace --
acreedor a la persona. Tal merecimiento acarrea la conminación-

legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito... en resumen, punibilidad es:

- a).- Merecimiento de penas;
- b).- Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;
- c).- Aplicación práctica de las penas señaladas en la Ley." (76)

En tal sentido, nuestro Código Sustantivo señala perfectamente la pena para el delito de violación y los subtipos que tipifica. Así pues, la pena para la violación propia que señala el numeral 265 es la siguiente: "...se le impondrá prisión de ocho a catorce años." Para la violación impropia dispone el artículo 266 que: "Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior,..." Pero si se ejerciera violencia, "la pena se aumentará en una mitad." En la violación tumultuaria o agravada se aplicarán, "...las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad." (artículo 266 bis. Primer Párrafo). Si la violación fue cometida por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el -

padrastra o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro; en estos supuestos hipotéticos, dice la ley que: "Además de las sanciones que se señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años..." (artículo 266 bis. Segundo Párrafo) Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, "será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión." (artículo 256 bis. Tercer Párrafo).

c).- LOS SUJETOS.

Como ya sabemos, los sujetos han quedado plenamente identificados en el delito de violación: el sujeto activo puede ser cualquier persona del sexo masculino, únicamente puede ser el hombre. El sujeto pasivo del delito no requiere ninguna condición, sin embargo la indeterminación del sujeto pasivo lleva al planteamiento de diversas hipótesis, y los tratadistas de esta disciplina jurídica se han ocupado de su problemática.

De acuerdo con las ideas del maestro González de la Vega, "desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis ve

rosímiles en el delito de violación: a).- Cópula de hombre a - mujer, por la vía natural; b).- Cópula de hombre a mujer por -- vía contra natura, es decir, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concúbite; c).- Cópula homosexual masculina, de varón a varón. Excluimos de la posibilidad del delito el acto homosexual femenino, porque en el frotamiento lésbico no existe - propiamente fenómeno copulativo."(77)

En lo concerniente al sujeto pasivo, "es común o indiferente, puede ser tanto un hombre como una mujer, e incluso podemos tomar en consideración también a un ser del sexo femenino, al que por su escaso desarrollo todavía no consideramos mujer, de tal manera que la conducta de copular puede referirse a las relaciones siguientes:

- a).- Cópula entre un hombre y una mujer o sea una cópula heterosexual, ya sea normal o anormal.
- b).- Cópula homosexual masculina, es decir, violación - de un hombre a otro hombre."(78)

Para el gran penalista mexicano Carrancá y Trujillo, el sujeto pasivo del delito de violación "puede serlo cualquiera, sin distinción de sexo. Si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena fama pública o no, incluso puede ser una prostituta. No es constitutivo del delito -

77.- Ob. Cit. Pág. 393.

78.- Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. Cit. Pág. 169.

el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando la violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima; en cambio sí cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura." (79)

Así pues, de los comentarios expuestos de autorizados tratadistas en la materia, por nuestra parte podemos señalar lo siguiente:

Las hipótesis acerca de la problemática de la indeterminación del sujeto pasivo son bien claras y definidas. Así pues, en los términos del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, el sujeto pasivo de este ilícito es una persona de cualquier sexo, es decir, es un sujeto común no calificado o ha de ser un ser humano vivo, pues la cópula con cadáver constituye, como acertadamente expresa Cuello Calón, actos de necrofilia, que en nuestro código sería subsumible en la figura descrita en la fracción II del artículo 281 del mismo ordenamiento penal (profanación de cadáver).

En resumen las hipótesis planteadas acerca del sujeto pasivo son:

79.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Ob. Cit. Pág. 616.

1a.- Violación de mujer por hombre.- No ofrece dificultad alguna. Es la hipótesis más frecuente.

2a.- Violación de hombre por hombre.- Tampoco ofrece dificultad alguna. Como la cópula puede ser anal o bucal, es inquestionable que el hombre puede ser violado por el hombre.

3a.- Violación de hombre por mujer.- Hay que diferenciar la posibilidad biológica de la posibilidad jurídica. En -- opinión personal, "la violación de mujer a varón no es factible de realizarse por la naturaleza propia de los hechos." (80)

Esta violación, llamada violación al revés, no se ha -- considerado digna de represión por la doctrina, toda vez que la característica diferencial de los sexos no es otra, para casi -- todos los autores, que la agresividad masculina y la pasividad -- femenina, correspondiendo a la movilidad del elemento sexual -- masculino, el espermatozoide, y a la fijeza del elemento femenino, el óvulo. Sin embargo, su posibilidad biológica es evidente. -- Esta posibilidad es tanto mayor en aquellos casos en que la mu -- jer copulara con algún hombre que se encontrara en alguno de -- los supuestos del artículo 266 del Código Penal para el Distri -- to Federal.

80.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Ob. Cit. Pág. 154.

Empero, a nuestro juicio, esta violación no es concebible jurídicamente, pues la conducta de la mujer que forzara a un hombre a tener cópula con ella, o la tuviera en alguno de los casos del artículo 266, no sería subsumible en la norma penal. Sebastián Soler escribe al respecto: "...el problema de circunstancias a resolver sí (la mujer) puede ser autora inmediata. Esta solución está impuesta a nuestro criterio por el sentido de la expresión "tener acceso carnal" (que emplea el Código Argentino), ya que acceso quiere decir "entrada o penetración" y no compenetración." (81) De acuerdo con esta autorizada opinión, como la mujer, por carecer de órgano penetrante, no puede acceder, sino que es accedida, no puede ser sujeto activo del delito de violación.

En la doctrina penal mexicana, el maestro González -- Blanco, ha sostenido opinión análoga, pues dice que "tener cópula es una conducta eminentemente activa. Como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 265 del Código Penal." (82)

81.- cfr. Soler, Sebastián. Ob. Cit. Pág. 344.

82.- Cfr. González Blanco, Alberto. Ob. Cit. Págs. 159 y 160.

4a.- Violación de mujer a mujer.- No es concebible, - en modo alguno, por carecer la mujer de órgano con que penetrar o llevar a cabo la cópula. En el supuesto de que una mujer, cuyo clítoris, excesivamente desarrollado, pudiera penetrar en la vagina de otra, no sería subsumible en la figura del artículo 265 del citado cuerpo legal. La Ley se da para la generalidad de -- los casos, no para las excepciones.

Se discute si el cónyuge del sujeto activo puede ser pasivo de la violación. No es posible, a este respecto, postular una solución válida con carácter universal. En aquellos códigos en que el bien jurídico lesionado por la violación es la honestidad, es incuestionable que la violación conyugal no lesiona - bien jurídico alguno. En cambio, en aquellos otros en que el --- bien jurídico protegido o tutelado es la libertad sexual, cabe dilucidar si el cónyuge conserva o no esa libertad frente al - otro o si, por el contrario, la perdió con el matrimonio.

La mayoría de los autores, Carrancá y Trujillo, Portet-Petit, sostienen que el esposo obra en el ejercicio legítimo de un derecho, y por lo tanto no se configura el delito de violación. Y por otra parte, si se ejecuta en condiciones anormales o contra natura, si se configura. Sin embargo, dichas tesis son bas tantes controvertidas, y más aun en el campo doctrinal. Por el -

contrario, González De la Vega, piensa, en síntesis, que prohibiendo el artículo 17 constitucional hacerse justicia por propia mano, la conducta del marido es delictuosa. Por nuestra parte -- consideramos que hay apoyo más que suficiente para considerar que efectivamente, la cópula obtenida por medios violentos tipificados en este ilícito de carácter sexual, si hay y existe jurídicamente el delito de violación entre cónyuges.

Por último, queda en resolver si la mujer prostituta es sujeto pasivo del delito de violación. Sobre este punto, no hay problema alguno, pues a pesar de que su conducta es inmoral y comercie con su cuerpo, los elementos del tipo de este ilícito la protegen jurídicamente y en nuestro sistema penal mexicano no tiene tutela legal. En el mismo sentido lo consideran los -- maestros, González De la Vega, González Blanco, Martínez Roaro, -- Carrancá y Trujillo y Cardona Arizmendi.

CAPITULO III

III.- DEFINICION JURIDICA DE ATENTADOS AL PUDOR Y DE VIOLACION.

Legalmente el artículo 260 del Código Penal del Distrito Federal define el delito de Atentados al Pudor en los siguientes Términos: "Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un ac

to sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo a favor de la comunidad.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión."

Además expresa el artículo 261 que: "Al que sin el -- propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad o en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión."

Someramente citamos los elementos del tipo que -- desprenden del artículo 260 del delito en estudio, y que son: - a).- Acto sexual distinto a la cópula; b).- Ausencia de propósito inmediato y directo de cópula; c).- Ausencia del consentimiento o falta de él en personas menores de doce años o en personas que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo; y d).- Animo lúbrico.

El núcleo del tipo de este delito es la ejecución -- de un acto sexual con intención lasciva distintos de la cópula sin el fin inmediato y directo de copular.

Ahora, el delito de atentados al pudor doctrinalmente se ha definido "como el conjunto de actos de carácter sexual y de naturaleza impúdica, que excluyendo la conjunción carnal normal, se comete sobre personas de uno u otro sexo en forma atentatoria." (83)

Por nuestra parte lo entendemos en términos generales, como los actos de contenido libidinoso, necesariamente distintos de la cópula y carentes totalmente de finalidad inmediata y directa de llegar a ella, efectuados con o sin el consentimiento de personas menores de doce años o incapacitadas por -- cualquier causa para resistirla.

Toca ahora, definir el delito de violación, que legalmente esta contenida en el artículo 265 del código en mención y que textualmente dice: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años." En cuanto a su estudio de elementos ya hemos agotado el tema, y sería como mera referencia citarlos nuevamente como un acto repetitivo.

83.- Bascuña Valdez, Antonio. El Delito de Abusos Deshonestos. Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal. Editorial -- Jurídica de Chile. Chile, 1961. Pág. 16. Citado por Martínez Roaro, Marcela. Ob. Cit. Pág. 217.

La definición doctrinal de este ilícito penal es --- abundante, solamente nos concretaremos a citar algunas opiniones de destacados tratadistas que tratan sobre la materia.

Por violación debemos entender "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva." (84)

Para Cardona Arizmendi "la violación no es sino la cópula impuesta a una persona por medio de la violencia física o moral." (85)

Osorio y Nieto, opina que la "violación es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total del consentimiento del pasivo y la utilización de la fuerza física o moral." (86)

De las definiciones apuntadas con antelación, son totalmente válidas, pues involucran los elementos que constituyen el delito de violación.

84.- Porte Petit C, Celestino. Ob. Cit. Pág. 12.

85.- Ob. Cit. Pág. 167.

86.- Osorio y Nieto, César Augusto. Ensayos Penales. Ob. Cit. - Pág. 265.

a).- LA COPULA.

Como ya lo dejamos expresado en páginas anteriores - durante el desarrollo de nuestro tema, en el delito de atentados al pudor se ejecuta un acto sexual con intención lasciva - sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula. Sin embargo en el delito de violación si se -- ejecuta la cópula en forma normal o contra natura, con eyacuación seminal o no, en persona de cualquier sexo, empleando la -- violencia física o moral.

Con estas ideas ya bien definidas, podemos afirmar categóricamente que en el delito de violación se ejecuta la cópula y en el delito de atentados al pudor no. Se ha discutido si la tentativa desistida de violación constituye un delito de -- atentados al pudor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, - ha resuelto lo siguiente: "VIOLACION. ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE. El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el -- propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula -- que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo." (87)

87.- Semanario Judicial de la Federación. 6a. Epoca. Segunda - Parte. Volumen XXIV. Pág. 187.

También nuestro máximo Tribunal señala que: "El delito de atentados al pudor que define el artículo 260 del Código Penal vigente, tiene presupuestos distintos respecto del delito de violación en grado de tentativa, ya que en aquél, quien realiza un acto erótico sexual excluye la posibilidad de la realización de la cópula -entendida ésta como toda forma de ayuntamiento sexual, con eyaculación o sin ella-. Esto es, constituye -aquel delito una acción lujuriosa que el agente realiza físicamente en el cuerpo del pasivo de la infracción, como puede serlo una caricia o un tocamiento corporal, obsceno o que el agente haga ejecutar a la ofendida, pero lo que es esencial es que el agente no tuviera el propósito de realizar la cópula, en tanto que la violación sexual fue tentada por el quejoso, si quedó plenamente probado que se proponía realizar la cópula, la que no llegó a término por causas ajenas a su voluntad, dada la pequeña edad de la ofendida." (88) De acuerdo con este criterio, -la tentativa desistida no puede ser atentados al pudor, puesto que el elemento subjetivo es diverso en ambos. Sin embargo, pensamos firmemente que como la violación es un delito de dolo específico, correspondiendo el género al atentados al pudor, que es suponer que quien quiso lo más (copular), querrá lo menos -- (atentar).

Ahora bien, el maestro Porte Petit, respecto a la dis-

tinción entre los atentados al pudor y la tentativa de violación, opina que en los dos ilícitos el elemento objetivo -ejecución de actos eróticos-sexuales o acto sexual- es el mismo y lo que les distingue es el fin con se ejecutan; en el segundo es con el fin de copular; en el primero no llevan ese fin como propósito directo e inmediato.

Para este destacado tratadista, la tentativa de violación se configura por la violencia ejercida y no por los actos erótico-sexuales realizados; "para demostrar que son totalmente irrelevantes los segundos, bastaría comprobar que hay tentativa de violación cuando se realiza solamente la violencia con el fin de consumar la cópula, así como no hay tentativa de violación si se lleva a cabo actos erótico-sexuales con el fin de realizar la cópula sin existir la violencia."(90)

CAPITULO IV

IV.- EVALUACION JURIDICA DEL ARTICULO 265.

Por lo que respecta a la evaluación jurídica del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, consideramos categóricamente lo siguiente:

1º.- Que están jurídicamente justificados los elementos constitutivos que integran el delito de violación, tanto --
90.- Cfr. Porte Petit C, Celestino. Ob. Cit. Pág. 76.

en la ley penal, como en la doctrina y en los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

29.- Que dichos elementos que integran este ilícito de naturaleza sexual se encuentran contemplados en todos los códigos penales de las diversas entidades federativas que componen a los Estados Unidos Mexicanos.

30.- Pero que sin embargo, muchos de ellos no gozan de una buena técnica jurídica ni contemplan modalidades específicas del delito de violación, y me refiero a los subtipos; además de que la penalidad en dichos cuerpos legales y globalmente analizado no tienen una penalidad unificada.

40.- Por lo tanto mi evaluación personal desde el punto estrictamente jurídico del artículo 265 que tipifica el delito de violación es que se eleve por una necesidad jurídica a DELITO FEDERAL, apoyado esto en las siguientes ventajas:

a).- Serviría para que se uniformara ya no los elementos que la constituyen, sino la penalidad sobre este delito.

b).- Impediría al presunto responsable sustraerse a la acción penal de la justicia federal con relativa facilidad.

al cambiarse de entidad federativa.

c).- El Ministerio Público del fuero común auxiliaría valiosamente al Ministerio Público Federal en la investigación, persecución y consignación del sujeto activo de este delito.

d).- Se unificarían los criterios respecto a la tipificación y penalidad que debe merecer el infractor. De esta manera los presuntos responsables ya sabrán la infructuosa tarea de trasladarse de una entidad federativa a otra o andar a "salto de mata". Esta propuesta responde a que sean localizados más fácilmente entre amigos y familiares que viven geográficamente lejos de donde se cometió la violación, y de esta manera impedir la lentitud de la impartición de justicia por causas de incompetencia de jurisdicción territorial.

CAPITULO V

V.- RECONSIDERACION DE LA PENA APLICABLE AL DELITO DE VIOLACION (ARTICULO 265, PARRAFO PRIMERO).

Antes de exponer la reconsideración de la pena aplicable al delito de violación en su primer párrafo, permítaseme hacer una reseña acerca de la penalidad, para poder emitir un juicio correcto con sentido jurídico. Así, tenemos que:

a).- El Código Penal de 1871, en su numeral 797 disponía que: "La pena de la violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años."

Si fuere menor de esa edad, el término medio de la pena será de diez años."

b).- El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, en su artículo 862 expresaba que: "La sanción de la violación será hasta de 6 años de segregación y multa de 15 a 30 días de utilidad, si la persona ofendida fue se púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años."

c).- Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1930, en su artículo 258, disponía que: "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 fuere impúber, la pena será de dos a ocho años."

En este anteproyecto, se advierte la propuesta de reducción de penalidad al precepto que regulaba el delito de viola-

ción que estudiamos, por la fijación de penalidad diferente, y aunque no pasó de ser un mero intento legislativo su texto sirvió de base para la elaboración del Código de 1931.

d).- El Código Penal de 1931, en su numeral 265 establecía que: "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 fuere impúber, la pena será de dos a ocho años."

Como vemos en este artículo se da un aumento en la -- penalidad, en relación con el Código Penal de 1929.

Este último código que comentamos, que actualmente nos rige, ha sufrido diversas reformas, atendiendo a la oportunidad-cronológica en que ellas se produjeron:

1º.- Decreto de reformas de fecha 12 de diciembre de 1966, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 1967.

Este decreto reformó el artículo relativo a la violación, para incrementar la penalidad tanto en lo relativo a la -

segregación del reo para imponerle una multa, así vemos:

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

29.- Decreto de reformas de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984.

El artículo 265 disponía que: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber la prisión será de seis a diez años."

Como se observa el cambio se refirió únicamente a la penalidad que sanciona el ilícito, dado que con ello ya no se alcanza libertad bajo fianza, debido a que el término medio --- aritmético entre ambas penanalizaciones es mayor de cinco años.

30.- Decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en

el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de enero de 1989 en vigor desde el día 12. de febrero de 1989, para quedar como sigue:

"Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años."

Revisando la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas al Código Federal, del 14 de diciembre de 1988, el Ejecutivo Federal "en unas sencillas palabras justifica su propuesta, y lo expresa así: "En atención a los reclamos populares se aumenta el máximo de la pena para el delito de violación -- simple, previsto en el artículo 265."

En este mismo orden de ideas, y reconsiderando a la pena aplicable al delito de violación en su numeral 265 en su párrafo primero, podemos señalar que es notable el aumento de penalidad en éste dispositivo que se había fijado de 6 a 8 años, y que ahora lo es de 8 a 14 años. El "tipo" permanece inalterable en cuanto a la verificación del delito de violación.

Sin embargo la expresión "si la persona ofendida fuera impúber, la pena de prisión será de 6 a 10 años" desaparece

del supuesto jurídico, y con ello se entenderá que no importa - que la persona sea púber o impúber; siempre y cuando se verifique la cópula por medio de la violencia física o moral, se considerará cometido el delito. Las excepciones deben ser expresas y aquí se derogó la excepción.

Como hemos apreciado, a través de la reforma legislativa en el delito de violación propia, se ha dado escasamente y únicamente a la penalidad que al correr del tiempo y de las -- exigencias de la misma sociedad y del derecho penal, mismo ha -- ido incrementando la sanción para los sujetos activos de este ilícito. Por otro lado, como ya lo he manifestado que este delito se eleve a "Delito Federal", también es necesario una penalidad aún mayor y ejemplar para aquellos individuos enfermos --- sexualmente que han ultrajado el cuerpo de personas inocentes y faltas de toda noción sexual, como es el caso de los menores de edad, y cuyas consecuencias son gravísimas.

CAPITULO VI

VI.- REUBICACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 265.

También por Decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de enero de 1989, en vigor desde el 1º de febrero de 1989, se agrega a -- la reforma del artículo 265, un segundo párrafo, que textualmente dice así:

"Se sancionará con prisión de uno a cinco años al -- que introduzca por 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."

Respecto a esta reforma y adición al artículo 265 -- del código citado, el maestro Guerra Aguilera nos comenta acertadamente que: "En éste supuesto, con penalidad que permite li-- bertad caucional, se prevé esta opción, cuya referencia es bas-- tante gráfica, y que debe ser considerada en función de que el elemento primordial de esa conducta sea verificada por medio - de la violencia física o moral, sin referencia al sexo, y, obviamente también, sin referencia a la edad del sujeto ofendido.

Podría aducirse que quizás debió haberse legislado - con mayor severidad ésta hipótesis, cuando el ofendido fuere -- "impuber", precisamente por las consecuencias psicológicas que - deje la conducta en el ofendido, y, la perversión del sujeto en - ese evento." (91)

Ahora bien, por los elementos que presenta el tipo de esta modalidad de violación, estamos firmemente convencidos juridicamente, que se trata de una "Violación Impropia". Del mismo criterio es la licenciada Rebeca M^a. de Guadalupe Castropare--

91.- Guerra Aguilera, José Carlos. Código Penal Federal. Editorial Pac. Tomo I. 5a. edición. México, 1990. Pág. 306.

des que afirma que: "Con esta reforma, el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal, es claramente identificable que se trata de una violación impropia, mientras que su primer párrafo se entiende como una violación propia." (92)

Tal aseveración la apoyamos en los siguientes elementos del subtipo que son: a).- La integración de la cópula, cuando se introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril. Porque, "si aceptamos - otras vías distintas a la vaginal para integrar la cópula violenta, no hay razón para no aceptarlas cuando lo que se substituye es el órgano sexual masculino." (93); b).- Imposición para la ejecución de la cópula por violencia física o mora; y c).- Sea cual fuere el sexo del ofendido.

De acuerdo con estos razonamientos, el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, debe quedar reubicado por estricta técnica jurídica como segundo párrafo del artículo 266 del mismo ordenamiento penal, y que dar así de la siguiente manera:

Artículo 266. Se impondrá la misma pena a que se refiere el artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier cau

92.- Castroparedes Carillo, Rebeca M^a. de Guadalupe. La Tutela Penal de la Víctima en el Delito de Violación. Escuela Libre de Derecho. México, 1990. Pág. 59.

93.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Ob. Cit. Pág. 243

sa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.-
Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

Se sancionará con prisión de cinco a ocho años al --
que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o
instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violen--
cia física o moral, sea cual fuere el sexo del individuo. Y se -
aumentará en una mitad cuando sea menor de edad.

Lo que hemos apuntado con letras remarcadas, son las-
observaciones que proponemos como reformas a la reubicación de-
este supuesto jurídico en estudio. Y poner más atención, cuando
dicha conducta se ejecute en menores de edad, pues el bien jurí
dico que tutela este subtipo es la seguridad sexual, esto es, -
la necesidad de proteger el correcto desarrollo psicosexual de
los menores de edad o de los impúberes evitando actos que, apro
vechando la inexperiencia, inocencia o indefensión de los cita-
dos ofendidos, pueda ocasionar daño en su correcto desarrollo -
físico e intelectual. Por tal motivo sugerimos una justa penali-
dad para esta violación impropia que solo puede ser cometida -
por sujetos depravados y desprovistos de toda moralidad humana
en el ámbito social y familiar en el cual están integrados.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- A través del análisis histórico del delito materia del presente estudio, hemos observado como ha ido variando su tratamiento, sobre todo en lo relacionado con el incremento de la penalidad que sanciona el mismo, para concluir por desgracia que su comisión no ha disminuído, ya que sus indicios de su incidencia en vez de disminuir aumentan. Sin que este fenómeno tenga el menor impacto en la conciencia de jueces ni legisladores.

SEGUNDA.- Como elementos constitutivos del delito de violación encontramos su integración con la cópula violenta, y los medios comisivos que son la violencia física o moral.

TERCERA.- El bien jurídico protegido o tutelado en este delito es la libertad sexual, entendida como la facultad del sujeto de optar la ejecución o abstención de cópula.

CUARTA.- En cuanto a los sujetos, queda bien claro, que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, resultando indiferente su sexo; mientras que el sujeto activo lo puede ser única y exclusivamente el hombre.

QUINTA.- En el delito de atentados al pudor se ejecuta un acto sexual con intención lasciva sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula. Y en el delito de violación si se ejecuta la cópula, empleando la violencia física o moral.

SEXTA.- Propongo reformas a este figura ilícita, pues se debería elevar a rango federal el delito de violación, apoyado esto en las siguientes ventajas:

- a).- Serviría para que se uniformara la penalidad sobre el ilícito en comento.
- b).- Impediría al reo sustraerse a la acción de la justicia con relativa facilidad al cambiarse de entidad federativa.
- c).- La protección y aplicabilidad de la pena se extendería a todos los Estados Federativos de nuestra República Mexicana.

SEPTIMA.- Proponemos, por una buena técnica jurídica, la reubicación del párrafo segundo del artículo 265, al artículo 266, porque se trata de una violación impropia, además de un considerable aumento en su penalidad.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- 1.- Baltazar Monzón,Guillermo. La Violación en el Derecho Argentino. Editorial Marcos Wilson,Hnos. 1a. edición. Argentina,1978.
 - 2.- Baumhaeur Hernan y Hein Hans. Historia Universal. (Traducción de Hilario Gómez) Editorial Labor. 2a. edición. Barcelona,1956.
 - 3.- Cardona Arizmendi,Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Cárdenas,Editor y Distribuidor. 2a. edición. México, 1976.
 - 4.- Carrancá y Rivas,Raúl. Derecho Penitenciario. Editorial Porrúa,S.A. 2a. edición. México,1981.
 - 5.- Carrancá y Trujillo,Raúl. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robredo. 1a. edición. México,1962.
 - 6.- Castellanos Tena,Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa,S.A. 20a. edición. México,1984.
 - 7.- Castroparedes Carillo,Rebeca Ma. Guadalupe. La Tutela Penal de la Víctima en el Delito de Violación. Escuela Libre de Derecho. México,1990.
 - 8.- Conde Torres,Miguel Angel. El Delito de Violación en el Derecho Penal Mexicano. U.N.A.M. 2a. edición. México,- 1969.
 - 9.- Cressey B,George. Tierras y Pueblos de Asia. (Traducción - de Miguel de Hernandi). Editorial Sudamericana. 1a.- edición. Buenos Aires,1977.
-

- 10.- Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A. 1a. edición. México 1986.
 - 11.- Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal. Editorial - Bibliográfica Argentina, S.A. 3a. edición. Argentina, 1962.
 - 12.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. -- Editorial Porrúa, S.A. 23a. edición. México, 1990.
 - 13.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 1a. edición. México, 1969.
 - 14.- Guerra Aguilera, José Carlos. Código Penal Federal. Editorial Pac. Tomo I. 5a. edición. México, 1990.
 - 15.- Jiménez de Asúa, Luis. Derecho Penal. Editorial Reus. 9a.- edición. España, 1929.
 - 16.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Tomo III. 4a. edición. México, 1982.
 - 17.- Lemus García, Raúl. Derecho Romano. Editorial Limsa. 1a. - edición. México, 1979.
 - 18.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1982.
 - 19.- Montesinos Escalante, José Juan. Derecho Canónico. Editorial Reus. 5a. edición. España, 1971.
 - 20.- Moreno, Antonio de P. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Tomo I. 2a. edición. México, 1968.
 - 21.- Navarrete Rodríguez, David y Mendoza Aguilar, Jorge. Visión Histórica del Derecho Azteca en Nuestro Siglo XX. -- Edit. Tauro. 2a. edición. México, 1986.
-

- 22.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1983.
 - 23.- Osorio y Nieto, César Augusto. Ensayos Penales. Editorial Porrúa, S.A. 1a. edición. México, 1988.
 - 24.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal.- Editorial Trillas, S.A. de C.V. 1a. edición. México, 1984.
 - 25.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1989.
 - 26.- Pelayo Línch, Eduardo. Evolución Legislativa del Derecho - Español. Ediciones Universales, S.A. 7a. edición. Madrid, 1973.
 - 27.- Píoan, José. Historia de la Cultura Babilónica. Salvat Editores. Barcelona, 1958.
 - 28.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre - el Delito de Violación. Editorial Porrúa, S.A. 3a. -- edición. México, 1980.
 - 29.- Rojas Valseca, Roberto. Comentarios de Derecho Penal Mexicano. Editorial América. 3a. edición. México, 1984.
 - 30.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial Argentina. Tomo II. Argentina, 1956.
 - 31.- Varela Zamora, Luis. Nociones Generales de Derecho Público Romano. Editorial Mar del Plata. 2a. edición. Argentina, 1988.
 - 32.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 4a. edición. México, 1983.
-

LEGISLACION CONSULTADA.

- 1.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1930.
 - 2.- Decreto de Reformas de fecha 12 de diciembre de 1966. Publicado en el D.O. del 20 de enero de 1967.
 - 3.- Decreto de Reformas de 30 de diciembre de 1983. Publicado en el D.O. del 13 de enero de 1984.
 - 4.- Decreto de 30 de diciembre de 1988. Publicado en el D.O. - de fecha 3 de enero de 1989, y puesta en vigor desde el 1º de febrero de 1989.
 - 5.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de - 1871.
 - 6.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de - 1929.
 - 7.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en - Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Publicado el 14 de Agosto de 1931 y vigente a partir del 17 de Septiembre del mismo año.
 - 8.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - 9.- Semanario Judicial de la Federación.
-