

661
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE VIOLACION NO REALIZADO
CON EL MIEMBRO VIRIL**

**TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

MA. DEL CARMEN PEREZ CERVANTES

**ASESOR DE TESIS:
LIC. ROBERTO MORALES MANZANARES**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, D. F. 1991.





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.

INDICE

EL DELITO DE VIOLACION NO REALIZADO CON EL MIEMBRO VIRIL

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I. EL DELITO DE VIOLACION	
1.1 Consideraciones Generales	4
1.2 Concepto de violación	13
1.3 El tipo del delito de violación (Artículo 265 párrafo primero del Código Penal)	15
1.4 Análisis dogmático del delito de violación propia	16
1.5 Conducta y Ausencia de Conducta	16
1.5.1 Conducta	17
1.5.2 Concepto de cópula, cópula normal y anormal ..	19
1.5.3 Clasificación en orden a la conducta	24
1.5.4 Clasificación en orden al resultado	24
1.6 Ausencia de Conducta	25
1.7 La Tipicidad y la Atipicidad	26
1.7.1 La Tipicidad	26
1.7.2 Clasificación en orden al tipo	26
1.7.3 Elementos típicos	27
1.8 Atipicidad	39
1.9 Antijuridicidad y las Causas de Justifica- ción	41
1.9.1 Antijuridicidad'.....	41
1.9.2 Causas de Justificación	43
1.9.3 Violación entre cónyuges?	44
1.9.4 Violación entre concubinos?	51

1.10	La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad	55
1.10.1	La Culpabilidad	55
1.10.2	Las Causas de Inculpabilidad	59
1.11	La Punibilidad y las Excusas Absolutorias	63
1.11.1	La Punibilidad	63
1.11.2	Excusas Absolutorias	67

CAPITULO II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION

2.1	Epoca Antigua	70
2.2	Epoca Clásica	71
2.3	Derecho Canónico	72
2.4	Legislaciones Europeas	72
2.4.1	Francia	72
2.4.2	Italia	75
2.4.3	Alemania	76
2.4.4	España	77
2.5	En América	82
2.5.1	En México	82
2.5.1.1	Derecho Precortesiano	82
2.5.2	Derecho Penal Maya	83
2.5.3	Derecho Penal Azteca	83
2.5.4	Derecho Penal Colonial	84
2.5.5	Derecho Penal Contemporáneo	84
2.5.5.1	Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871	84
2.5.5.2	Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929	86

2.5.5.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931	88
2.5.5.4 Código Penal para el Distrito Federal en vigor	90

CAPITULO III. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION NO REALIZADO CON EL - MIEMBRO VIRIL.

3.1	Cónsideraciones Generales	94
3.2	Estudio del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal	98
3.3	La Conducta y la Ausencia de Conducta	100
3.3.1	Clasificación del delito en orden a la Conducta	111
3.3.2	Clasificación del delito en orden al resultado	113
3.3.3	La Ausencia de Conducta	115
3.4	La Tipicidad y la Atipicidad	123
3.4.1	El Tipo	123
3.4.2	Tipicidad	128
3.4.2.1	Elementos Típicos	129
3.4.3	La Atipicidad	173
3.5	La Antijuridicidad y las Causas de Justificación	176
3.5.1	La Antijuridicidad	176
3.5.2	Las Causas de Justificación	181
3.6	La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad	205
3.6.1	La Culpabilidad	205
3.6.1.1	La Imputabilidad	212
3.6.1.2	La Inimputabilidad	215

3.6.1.3	Formas de Culpabilidad (dolo, culpa y preterintención)	224
3.6.2	Las Causas de Inculpabilidad	237
3.7	La Punibilidad y las Excusas Absolutorias	244
3.7.1	La Punibilidad	244
3.7.2	Las Excusas Absolutorias	250

CAPITULO IV. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

4.1	Iter criminis	253
4.2	Fase interna	256
4.3	Fase externa	265
4.4	Tentativa	271
4.5	Tentativa acabada	274
4.6	Tentativa inacabada	279
4.7	Tentativa inidónea y delito putativo	287
4.8	Consumación	290
4.9	Concurso de delitos	292
4.10	Concurso ideal o formal	294
4.11	Concurso real o material	297

CAPITULO V. AUTORIA Y PARTICIPACION

5.1	Autor inmediato	311
5.2	Coautor	313
5.3	Autor mediato	319
5.4	Instigador	323
5.5	Cómplice	328
5.6	Auxiliador	331
5.7	Encubridor	333
	CONCLUSIONES	336
	BIBLIOGRAFIA	351

INTRODUCCION

Por decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial los días 3 y 4 de enero de 1989 y vigente a partir del día 10. de febrero del mismo año, se modificó el artículo 265 del señalado ordenamiento legal, en los siguientes términos: "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"; adicionándose el párrafo siguiente: "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". Manifestándose en la iniciativa presidencial que se responde al "reclamo de la comunidad por una mayor seguridad y justicia, que garanticen con eficacia la paz pública y aseguren la protección de la sociedad, defendiéndola de la violencia", y en virtud del "incremento delictivo que afecta bienes jurídicos de especial relevancia", se consideró, que es indispensable profundizar la reforma jurídica que concierne a la Política Criminal del Estado por poner énfasis en la tutela de la paz colectiva, en un orden jurídico de libertad y democracia". Ante los reclamos populares, se sanciona con pena de prisión de uno a cinco años al que, por

medio de la violencia física o moral introduzca por vía anal o vaginal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

Nuevamente se reformó el numeral señalado por decreto publicado en el "Diario Oficial" el 21 de enero de 1991 en vigor a partir del día 22 del mismo mes y año, quedando en los siguientes términos: "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. Para efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

No dudamos de la buena fe por parte del Ejecutivo, por poner freno a la ola delictiva que venimos sufriendo; empero es cuestionable la necesidad de incluir un texto como el del párrafo tercero, y si lo es, si su ubicación es correcta, atentos a que la sistematización de los tipos de la Parte Especial del Código Penal debe hacerse con vista al interés jurídico que se tutela.

Se ha insistido que en épocas de especial temor generalizado hacia la delincuencia, el Estado incurre en el error de llevar a cabo una inflación legislativa creando tipos de delitos innecesarios que acriban el peligro de echar por tierra todos los esfuerzos que durante muchas décadas se han realizado por conformar un derecho penal con carácter científico. Por ello es que esperamos que esta adición del párrafo tercero al artículo 265 del Código Penal, no haya sido desatinada, si se piensa que se podían encuadrar los hechos en diversos dispositivos del mismo ordenamiento. Es por ello que estimo pertinente realizar el presente enfoque del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" a la luz de la teoría del delito.

CAPITULO I. EL DELITO DE VIOLACION

1.1 Consideraciones Generales

Es imprescindible en todo trabajo, establecer la sistemática a seguir, para un estudio completo y certero de la figura delictiva que pretendemos analizar, por ello, coincidimos con Porte Petit, en que:

el estudio de los delitos en especial debe efectuarse aplicándose la teoría del delito en particular pues aquélla no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática. Es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal. (1)

Las bondades del método que comentamos ha llevado a que Pavón - Vasconcelos exprese que:

es el único hoy poy hoy, que puede servirnos para - encontrar nuevos caminos en el examen de los tipos penales. (2)

-
- 1 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal; 6a. ed., Porrúa, México, 1980, p. XVIII.
 - 2 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Lecciones de Derecho Penal (Parte Especial Homicidio, Lesiones, etc.) 4a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 10.

Estimo que, aplicando la teoría del delito a los tipos en particular, podemos analizar exhaustivamente cualquier figura delictiva.

Existen en la doctrina diversidad de opiniones respecto a la concepción del delito. Así se habla de concepción bitómica, tritómica, tetratómica, hexatómica y heptatómica en razón del número de los elementos que lo conforman, de acuerdo con el criterio de los autores.

Concepción bitómica. De acuerdo con el contenido del artículo 7o. del Código Penal, se dice que a primera vista la definición de delito, corresponde a una concepción bitómica. En efecto, el numeral mencionado dice a la letra:

ARTICULO 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. (3)

Según el precepto transcrito, el delito es una conducta punible es decir, son dos elementos constitutivos, el elemento material del delito y su consecuencia (conducta-punibilidad). Sin embargo, los tratadistas indican que relacionando este artículo con los demás del ordenamiento punitivo, podemos obtener los elementos integrantes del delito, según la concepción que adoptemos.

3 Art. 7o. del Código Penal para el Distrito Federal; Andrade, México, 1987, p. 2-2.

Concepción tritómica. Actualmente, para Edmundo Mezger, famoso penalista que remplacea en la Universidad Munich a Ernesto Beling, los elementos comunes a todo delito son tres:

la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.(4)

Al refererirse a la tipicidad, nos dice que está:

no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial)del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: "acción típica", "antijuridicidad típica", "culpabilidad típica". (5)

El autor citado, no alude a las condiciones objetivas de punibilidad ni a la pena, siendo está ultima para él una consecuencia del hecho punible.

Concepción tetratómica. El maestro alemán Jürgen Baumann sostiene una concepción del delito tetratómica, al expresar que:

los elementos del hecho punible que se tienen en cuenta son la acción típica, la antijuridicidad y la culpabi

4 EDMUND MEZGER: Derecho Penal (Parte General)(trad.del alemán por Conrado A. Finzi); 6a. ed.,1955, Cárdenas Editor y Distribuidor. s.f., p. 80.

5 Ibid., p.80.

lidad. (6)

El jurista mencionado, al igual que Mezger, al referirse al primer elemento del edificio del crimen, sólo toma en cuenta la acción, la que para la mayoría de los tratadistas mexicanos es una forma de áquel, es decir, de la conducta.

Para este autor la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad y no del delito. (7)

En México, el penalista Fernando Castellanos, asume la misma postura respecto a la concepción del delito, al indicar:

los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. (8)

Al estudiar la imputabilidad nos dice que:

es un presupuesto de la culpabilidad o si se quiere del delito, pero no un elemento del mismo. (9)

6 JÜRGEN BAUMANN: Derecho Penal (Conceptos Fundamentales y Sistemas) (trad. del alemán por Conrado A. Finzi); 1a, reimp. de la 4a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 39.

7 Cfr. Ibid., p. 211.

8 FERNANDO CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General); 27a. ed., Porrúa, México, 1989, p. 132.

9 Ibid., p. 130.

En cuanto a la punibilidad, expresa que esta:

no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. (10)

Finalmente, al referirse a las condiciones objetivas de punibilidad, manifiesta que tampoco constituyen elementos esenciales del delito, pues sólo por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena. (11)

Concepción pentatómica. Para Muñoz Conde, tratadista español, los elementos del delito:

normalmente son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. (12)

Indica que:

Con la constatación positiva de estos elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al de

10 Ibid., p. 130

11 Cfr. Ibid., p. 132

12 FRANCISCO MUÑOZ CONDE: Teoría General del delito; Temis, Bogotá, 1984, p. 5.

lito en la ley. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como delito la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad. Así, por ej;- se exige para castigar la quiebra punible la previa declaración de insolvencia conforme al Código de Comercio, o la presentación de querrela en los delitos de calumnia o injurias etc. Se habla en estos casos de penalidad y se considera que está categoría es también un elemento perteneciente a la teoría general del delito. (13)

Expresa finalmente:

podemos definir el delito como la acción u omisión típica antijurídica, culpable y punible. (14)

A pesar de que el maestro citado, reconoce que son tres los elementos del delito, termina aceptando una concepción pentatémica, al señalar a la punibilidad como elemento constitutivo del delito.

En México, el maestro Pavón Vasconcelos, se adhiere a esta corriente al manifestar que:

Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatémico, por,

13 Ibid., p. 5.

14 Ibid., p. 5.

cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) una conducta o hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad. (15)

Pavón Vasconcelos, acepta que la punibilidad es un elemento del delito, pero la distingue de la pena, diciendo que la punibilidad es un amaneza de pena para quien cometa el delito y la pena es la consecuencia del mismo. (16)

Concepción hexatómica. Uno de los más grandes maestros alemanes, Ernesto Beling, define el delito como:

"la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". (17)

De aquel concepto se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: acción descriptiva objetivamente en la ley, es decir, tipicidad, contraria al derecho, esto es, que exista antijuridicidad; dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea que tenga fijada una penalidad; y que se den las condiciones objetivas de punibilidad. (18)

15 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General); 7a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 165.

16 Ibid., pp. 108 - 109.

17 ERNESTO VON BELING: Die Lehre vom Verbrechen; citado por -- LUIS JIMENEZ DE ASUA: La ley y el delito; 3a. ed., Hermes, México, 1986, p. 206.

18 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 206.

Concepción heptatómica. Para el ilustre penalista, Don Luis Jiménez de Asúa, las características del delito serian estas:

actividad; adecuación típica; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. (19)

Como se observa, el maestro Jiménez de Asúa, incluye a diferencia de Bebing, la imputabilidad como elemento del delito y considera a la penalidad (punibilidad) y a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos integrantes del delito. En suma, para Don Luis Jiménez de Asúa, son siete los elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

En el presente trabajo, seguiré la concepción tetratómica del delito, por cuanto considero de acuerdo a la moderna doctrina jurídico-penal, son cuatro los elementos constitutivos del delito, pues me adhiero a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad. Sin embargo, haré mención a la punibilidad pero como consecuencia del delito y no como elemento constitutivo del mismo, pues para conocer cuál es la pena que se aplica al que comete un delito, es necesario referirnos primero a la punibilidad.

19 Ibid., p. 207.

Ahora bien, a cada elemento constitutivo del delito, corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración.

Así tenemos:

Elementos	Aspecto negativo
Conducta o Hecho	Ausencia de Conducta o Hecho
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias
(como consecuencia y no como elemento).	

Es importante señalar que el aspecto negativo de los elementos del delito fue una de las aportaciones del filósofo jurista alemán Guillermo Sauer, pero en razón de que no expuso metódicamente los problemas que cada elemento negativo encierra, hubo necesidad de que Don Luis Jiménez de Asúa perfeccionara su doctrina explicando con claridad los elementos positivos del delito, y junto a ellos su aspecto negativo.

1.2 Concepto de violación

De los delitos más graves contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, contenidos en el Título Decimoquinto, Capítulo Primero de nuestro Ordenamiento Punitivo, es sin duda el de violación, por constituir predominantemente, un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra el derecho de la persona de disponer sexualmente de su cuerpo.

El término "violación", de acuerdo al diccionario de la lengua Española, proviene del latín violatio-ionis, que significa, acción y efecto de violar; y violar deriva de violarse, traducándose en cuatro diferentes formas: 1) Infringir o quebrantar una ley o precepto; 2) tener acceso carnal con una mujer por fuerza, o hallándose privada de sentido o cuando es menor de doce años; 3) Profanar un lugar sagrado, ejecutando ciertos actos determinados por el derecho canónico, y, 4) Ajar o deslucir una cosa. (20)

De las diferentes acepciones enumeradas en que se interpreta la palabra violación, la que interesa para el análisis del tipo en cuestión es la primera parte de la connotación aludida en segundo término, esto es, tener acceso carnal con una mujer por fuerza. Sin embargo, actualmente nuestra legislación penal como la corriente doctrinal predominante, acepta que

20 Cfr. Diccionario Carroggio de la Lengua Española; Carroggio Barcelona España, 1982, p. 1637.

el acceso carnal también se puede tener con un hombre por fuerza.

En efecto:

cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que resiste, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta, surge el título más grave de violencia carnal. (21)

Para el ilustre maestro Francisco Carrara (principal exponente de la Escuela Clásica, cuya obra intitulada "Programa del Curso de Derecho Criminal", Parte Especial, fue dictado en la Real Universidad de Pisa el uno de noviembre de 1863. (22)), la violencia verdadera o presunta utilizada para obtener el acceso carnal es la característica de este delito.

Es de observarse que el autor citado, no hace diferenciación alguna respecto a la "persona" sobre quién debe recaer el acceso carnal, por lo que entiendo que puede ser sobre un hombre o una mujer.

21 FRANCISCO CARRARA: Programa de Derecho Criminal Vol. II (Parte Especial) (trad. del Italiano por José J. Ortega y Jorge - Guerrero); 3a. ed., Temis Bogotá, 1973, p. 237.

22 Cfr. F. CARRARA: Programa del Curso de Derecho Criminal Vol. I (Parte Especial) (trad. del Italiano bajo la dirección del Dr. Sebastian Soler); IIa. ed., Depalma Buenos Aires, 1945, p. 1.

Como indique líneas arriba, la tendencia moderna aceptada tanto por la doctrina y nuestra legislación, es aquella que señala:

por violación propia debemos entender, al cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva. (23)

De acuerdo con nuestra Ley Penal y con la definición anotada, es requisito indispensable en la violación, no sólo la unión carnal, sino además la fuerza o intimidación, independientemente del sexo del individuo, pues también el hombre tiene derecho a la protección penal de su libertad sexual.

1.3 El tipo del delito de violación (Artículo 265 párrafo primero del Código Penal).

En numeral 265 párrafo primero de la Ley Sustantiva Penal, establece:

ARTICULO 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.(24)

23 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático sobre el delito de violación; 4a.ed., Porrúa, México, 1985, p.12.

24 Art. 265. del Código Penal para el Distrito Federal; Andrade, -México, 1987, p. 79.

De la redacción del precepto transcrito, se desprenden los siguientes elementos constitutivos del delito de violación propia.

- 1) Cópula;
- 2) que se realice en persona de cualquier sexo; y
- 3) empleo de la violencia física o moral.

Pasamos a analizar cada elemento que integra la forma típica de violación, descrita en el numeral mencionado.

1.4 Análisis dogmático del delito de violación propia.

Como manifesté líneas anteriores, para conocer en toda su integridad la figura delictiva, debe analizarse metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, con la finalidad de obtener una total visión del delito.

A continuación hare el análisis dogmático del delito de violación propia, contenido en el numeral 265 párrafo primero del Código Penal.

1.5 Conducta y Ausencia de Conducta.

1.5.1 Conducta. Sabemos que el elemento material u objetivo del delito, lo constituye la conducta o bien el hecho, según se trate de un delito de mera conducta o de uno de resultado material.

Existe opinión unánime en que tratándose del delito de violación a que alude el párrafo primero del artículo 265 del Ordenamiento Punitivo, estamos en presencia de un delito de mera conducta, pues no requiere de una modificación en el mundo exterior.

Ahora bien, de las formas en que se manifiesta la conducta, acción u omisión, nos interesa para el delito en análisis, la primera, o sea, la acción, pues es imposible que mediante una omisión, un no hacer se pueda realizar la cópula.

Respecto al primer elemento del delito de violación, contamos con las siguientes opiniones:

Para Fontán Balestra:

El acceso carnal con persona de uno u otro sexo es exigencia típica común a todas las formas de violación.(25)

25 CARLOS FONTAN BALESTRA: Derecho Penal (Parte Especial)(actualizado por Guillermo A.C.Ledesma); 20a.ed., Abeledo-Perrot, - Buenos Aires, p. 229.

Igualmente, el maestro Porte Petit expresa:

El acceso carnal es el elemento material en el delito de violación. (26)

El tratadista González de la Vega al referirse al elemento material del tipo en análisis, indica que la acción humana típica en la violación consiste en la "cópula". (27)

Por su parte el penalista González Blanco sostiene que:

en la violación, la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas. (28)

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que:

para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito. (29)

26 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op.cit., p.15.

27 Cfr. FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano;-- 20a.ed., Porrúa, México, 1979, p.385.

28 ALBERTO GONZALEZ BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 4a. ed., Porrúa, México, 1979, p. 146.

29 Semanario Judicial de la Federación, LXXX, p. 5274. 5a. época; cita de C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 16-17.

De lo anterior se desprende que, el elemento material en el delito de violación consiste en la cópula. Empero, se requiere que ésta se efectúe utilizando la fuerza o intimidación para que se configure el delito en comento.

1.5.2. Concepto de cópula, cópula normal y anormal.

Concepto de cópula. Renglones anteriores, indique' que el elemento material en el delito en análisis, consiste en la cópula, y el término cópula de acuerdo al diccionario de la Lengua Española significa atadura, ligamento de una cosa con otra, en fin cópula es sinónimo de unión, pues el verbo copular, proviene de "copulare", que en latín significa juntar o unir una cosa con otra.

A nuestro juicio, de acuerdo con lo establecido por el numeral 265 párrafo primero de la Ley Sustantiva Penal, la cópula puede ser normal y/o anormal. En efecto, al señalar "Al que ... realice cópula con persona de cualquier sexo...", se desprende que la cópula se puede realizar sobre un hombre o una mujer.

Concepto de cópula normal y anormal. En la doctrina contamos con las siguientes definiciones de cópula normal y anormal:

Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona sea por vía normal o anormal, de modo que de lugar al coito o a uno equivalente a él. (30)

Agrega el mismo autor que:

No es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa. (31)

Por su parte, González de la Vega, utiliza el término cópula y se refiere a la normal o anormal y nos dice que consiste en:

Cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual normal o contranatura con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia también, de las consecuencias posteriores a la cópula. (32)

De acuerdo con las definiciones de los ilustres penalistas destacados con antelación, por cópula o acceso carnal entendemos la introducción del miembro viril en la vagina o ano con eyaculación o sin ella.

30 C. FONTAN BALESTRA: op. cit., p. 230

31 Ibid., p. 230.

32 FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano; 20a. ed., Porrúa, México, 1973, p. 385.

El concepto anterior ha sido desvirtuado con la definición de cópula que ahora aparece en el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal.

En efecto, por decreto de fecha 21 de enero de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación que reforma y adiciona diversas disposiciones del Ordenamiento Punitivo, en vigor el día 22 del mismo mes y año, se adicionó un párrafo segundo, quedando en los siguientes términos:

"ARTICULO 265

Para efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. (33)

A nuestro juicio, constituye un grave error el desvirtuar la naturaleza del concepto cópula, al aceptar que la cópula puede ser oral, pues como quedó asentado renglones anteriores, la cópula consiste en la introducción del miembro viril por vía vaginal o anal con eyaculación o sin ella y si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal (cópula) de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconceptos, llegaremos a absorber tipos de los delitos de atentados al pudor y el de corrup-

33 Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 1991, p. 23.

ción en la cada vez más amplia figura del tipo del delito de violación. No será así si se produce la adecuación de la norma y del procedimiento mediante pensamiento razonado y no mágico de la justicia contemporánea, que en sus variantes jurisprudencias demuestra que interpreta con analogía, con lo cual las necesidades de la prueba, la argumentación y defensa del acusado entonces ya nada tienen que ver con el delito definido antes de cometerlo. Por ello, por esos excesos se discutieron la eyaculación en este delito, si había o no violación posible por la mujer (la llamada violación inversa), el probable embarazo sin considerar la menor impúber o la mujer estéril o con métodos anticonceptivos, la penetración de la totalidad o cuanto del conducto vaginal o cuánto del ano, etc. Además, debe observarse que la cópula, es expresión conceptual, equivalente al ayuntamiento carnal, concúbito, cópula carnal, yacer, coito, pero todos estos vocablos involucran la exigencia de penetración sexual como neutra, es decir, que puede ser normal o anormal. Ello difiere de "acopalamiento sexual" el que supone diferentes sexos y vía normal. Ahora bien, la cópula anormal como ya quedó establecido, sólo es admisible aceptándola como introducción del miembro viril en el orificio anal, en razón de que llevando a cabo una interpretación racional lógica o teleológica, se reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por la boca, lo cual tiene razón científica. Si bien el ano no es el órgano destinado por naturaleza para ser el vaso receptor

e la penetración copular natural por poseer, lo mismo que la vagina glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, la cual careciendo de este tipo de glándulas, no resulta apto como elemento constitutivo del concúbito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfoque libidinoso del actor y del pasivo. La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vaginal o el ano, resulta así incapaz de generar un coito aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento, no puede por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto del cuerpo ajeno. Si aceptamos el concepto de cópula que ha dado el legislador, llegaremos a extremos inadmisibles, ya que en el "afán de represión de la función sexual, se deja lo genitál y así se llega a fundamentos en que conducen por conductos auditivos o nasales la imaginación la hubieran llevado a más extremas posibilidades de represión, incluirían el mirar al pene ya que la imagen va hacia adentro.

Por lo anterior estimo que no era necesario definir la cópula en la forma que lo hizo el legislador, pues si la finalidad

era punir tal comportamiento, hubiese sido suficiente que dijera que la misma pena se impondrá al que introduzca el miembro viril en la vía oral, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

1.5.3. Clasificación en orden a la conducta

Clasificando el tipo del delito de violación en orden a la conducta se considera:

- a) De acción, porque el verbo copular implica forzosamente un hacer, siendo inconcebibles las formas de omisión y comisión por omisión;
- b) Unisubsistente, si se realiza por un sólo acto, y
- c) Plurisubsistente, si se efectúa por varios actos. (34)

1.5.4. Clasificación en orden al resultado

34 Cfr. A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., p. 140, y C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 21.

El delito en comento se estima en orden al resultado:

- 1) De mera conducta, por efectuarse por un hacer sin resultado material;
- 2) Instantáneo, porque tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación, y
- 3) De lesión y no de peligro, porque, al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley. (35)

1.6 Ausencia de conducta.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento material del delito.

Respecto al delito en estudio, se dice que:

Estariamos frente al aspecto negativo de la conducta, en el delito de violación, si se pudiese realizar la cópula en contra de las voluntades del sujeto violentado; problema que debe plantearse siendo sujeto el hombre, o bien, la mujer. (36)

35 Cfrs. Ibid., op.cit., p.140., y op.cit., pp.23 y 25.

36 C. PORTE PETIT CANDAUDAP:op.cit.,p.25.

Concluye exponiendo que:

no es posible que se presente este aspecto negativo en ninguno de los dos casos a que antes nos hemos referido. (37)

1.7 La Tipicidad y la Atipicidad.

1.7.1 La Tipicidad.

La tipicidad es otro elemento del delito y consiste en el encuadramiento o subsunción del hecho en la figura legal.

Habrá tipicidad en el delito de violaci3n, cuando exista adecuaci3n o encuadramiento a lo prescrito por el numeral 265 párrafo primero de la Ley Sustantiva Penal, o sea, que el sujeto realice la c3pula por medio de la violencia física o moral en persona de cualquier sexo.

1.7.2 Clasificaci3n en orden al tipo.

Por lo que se refiere al tipo del delito de violaci3n, los tratadistas manifiestan que en el orden al tipo se clasifica como un delito:

37 Ibid., op. cit., p. 25.

- 1) Fundamental o básico, en virtud de que no contiene ninguna circunstancia que aumente o disminuya la pena;
- 2) Autónomo, puesto que no deriva de ningún otro ni entra en su integración otro tipo de delito;
- 3) Con medios legalmente limitados o de formulación casuística, pues señala los medios productores del resultado;
- 4) Alternativamente formado en cuanto a los medios y a la persona, ya que puede realizarse por medio de la fuerza o intimidación, sobre un hombre o una mujer, y
- 5) Normal, al no contener elementos normativos ni subjetivos. (38) Esto conforme a la teoría causalista, porque para la teoría finalista el dolo y la culpa son elementos subjetivos del tipo.

1.7.3. Elementos típicos.

Los elementos del tipo del delito de violación, son los del tipo normal porque no contiene elementos normativos ni subjetivos, según la teoría causalista.

De acuerdo al tipo descrito en el artículo 265 párrafo primero del Ordenamiento Punitivo, desprendemos los siguientes elemen-

38 Cfrs. A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., p. 140., y C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 26.

tos típicos:

- a) Bien jurídico;
- b) Sujeto activo y pasivo;
- c) Objeto material, y
- d) Medios productores del resultado.

a) Bien jurídico. En relación al bien jurídico, los tratadistas - adoptan criterios diferentes, pues para algunos es la honestidad, el pudor individual, la inviolabilidad carnal, el objeto jurídico tutelado por la Ley Penal. Sin embargo, la corriente predominante es la que estima que la objetividad jurídica protegida es la libertad sexual. Entre quienes comparten esta opinión tenemos a:

Cuello Calón al referirse a los delitos contra la honestidad -Código Español- cuyo equivalente es la moralidad sexual, al analizar el delito de violación manifiesta:

De los hechos lesivos de la moralidad sexual que el Código sanciona unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo. (39)

Por su parte Don Mariano Jiménez Huerta expresa:

39 EUGENIO CUELLO CALON: Derecho Penal Parte Especial T. III. Vol. II; 13a. ed., Bosch, Barcelona, 1972, p. 574.

El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de cópular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado. (40)

En fin, el maestro González de la Vega, sostiene:

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar daños le impidan resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica. (41)

Estimo, es la libertad sexual, el bien jurídico protegido por el tipo de violación, y, aquella consiste en el derecho de la persona de disponer de su cuerpo sexualmente dentro del ámbito de nuestro derecho y la costumbre sexual individual.

b) Sujeto activo. Teóricamente se plantea la cuestión de que si sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito de violación

40 MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T. III; 2a. ed., Porrúa, México, 1974, p. 250.

41 FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano; -- 16a., ed., Porrúa, México, 1980, pp. 379 - 380.

o también la mujer.

Desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis verosímiles: a) cópula de hombre a mujer por la vía natural; b) cópula de hombre a mujer por vía contra natura, es decir, es vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito, c) cópula homosexual masculina, de varón a varón. (42)

Es de observarse que en las hipótesis anteriores, no se contempla la cópula de mujer a hombre, pues nos dice el autor que:

Aún cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos que en la práctica y en general el varón es posible sujeto activo del delito, ya que la cópula 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, decir que ha habido copulativa conjunción carnal. (43)

De la misma opinión es González Blanco al sostener que sí:

El elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 265 de nuestro Código Penal es "tener cópula" (44)

Y, agrega el mismo autor:

Tener cópula es una conducta eminentemente activa. Como la cópula consiste, en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone un órgano capaz de ser intro-

42 F. GONZALEZ DE LA VEGA: op. cit., pp. 379-380.

43 Ibid., p. 390.

44 ALBERTO GONZALEZ BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 2a. ed., Porrúa, México, - 1969. p. 162.

ducido 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. (45)

Nuestro punto de vista es en el sentido de que si bien es cierto que el verbo rector del tipo de violación es la "copula" y ésta consiste en la introducción del órgano viril en la vagina o ano y esta actividad sólo la puede realizar el hombre, también es que nada impide que la mujer pueda ser sujeto activo del delito en comento, pues a través de ciertas maniobras puede vencer los obstáculos fisiológicos hasta lograr la erección del pene y en consecuencia la introducción en la vía vaginal o anal claro por medio de la fuerza o intimidación.

Así lo sostiene Don Celestino Porte Petit, al expresar:

la mujer puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentra el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada. (46)

El anterior punto de vista, encuentra sustento en el tipo del delito de violación descrito en el párrafo primero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal. En efecto, al indicar el precepto mencionado "Al que...", no exige ninguna calidad en el sujeto activo, es decir, no requiere que el activo sea un hombre, por lo que estimo que puede ser un hombre o una mujer.

45 Ibid., p. 162.

46 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 37.

Por otra parte, como el tipo no requiere para su consumación la intervención de dos o más personas, se trata de un delito unilateral o monosubjetivo.

c) Sujeto pasivo. De acuerdo con la redacción del numeral mencionado, sujeto pasivo del delito de violación puede ser el hombre o la mujer. En efecto:

sujeto pasivo del delito de violación puede ser el hombre o la mujer, dada la redacción del precepto: "tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo", pero aclarando en el sentido de que puede ser sujeto pasivo el hombre, independientemente del sujeto activo; y sujeto pasivo la mujer con tal de que sea sujeto activo el hombre. (47)

De la misma postura es el maestro González Blanco al indicar que sujeto pasivo del delito de violación puede ser cualquiera pues:

el artículo 265 en forma expresa determina que puede serlo una persona de cualquier edad, estado civil y condición social, al no determinarse nada al respecto. (48)

Ahora bien, tratándose de sujeto pasivo mujer, es indiferente que ésta sea:

47 Ibid., p. 38.

48 ALBERTO GONZALEZ BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 4a. ed., Porrúa, México, 1979,- p. 161.

virgen o no casada o soltera, de buena o mala fama incluso una prostituta. (49)

También Porte Petit expresa:

Las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo (en tanto no se trate de determinada edad: menor de 12 años): casada, virgen, viuda, soltera, honesta, deshonesto, casta, etc; pero estas circunstancias servirán indudablemente para la individualización de la pena, de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal. (50)

Por otra parte, la doctrina señala que la imposición de la cópula debe ser sobre una persona viva, pues si se efectúa la conjunción carnal con cadáver (necrofilia), puede constituir el tipo del delito previsto en el artículo 281 fracción II del Ordenamiento Punitivo. (51)

Por último, como el tipo en cuestión no exige ninguna calidad en el sujeto pasivo, habida cuenta que la imposición de la cópula puede ser tanto en un hombre como en una mujer, se dice que es un delito impersonal. (52)

49 E. CUELLO CALÓN: op. cit., p. 577.

50 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 39.

51 Cfr. E. CUELLO CALÓN: op. cit., p. 577, y C. PORTE PETIT - CANDAUDAP: op. cit., p. 38.

52 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 39.

d) Objeto material. El objeto material es la persona o cosa - sobre la que recae la conducta típica.

Cuando el objeto material es una persona, esta tiene el carácter de sujeto pasivo del delito si es también titular del bien o interés tutelado en el tipo penal.

En el tipo de violación propia, la persona sobre la que recae la acción es contemporáneamente objeto material de la conducta y titular del bien jurídico protegido o lo que es lo mismo, sujeto pasivo del delito. En efecto:

si la conducta del sujeto activo, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto. (53)

De lo anterior se desprende que en este delito, coincide el sujeto pasivo con el objeto material.

e) Medios productores del resultado.

En líneas anteriores clasificamos el delito de violación en orden al tipo y dijimos que se trata de un delito de medios legalmente limitados o de formulación casuística, pues señala los medios productores del resultado y además es un tipo alter-

nativamente formado en cuanto a los medios, cuenta habida que puede realizarse por medio de la fuerza (violencia física) o la intimidación (violencia moral).

En efecto, el artículo 265 párrafo primero del Código Penal, a letra dice "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo..." desprendiéndose como medios de comisión, la violencia física o moral. Entonces:

Para que la cópula o acceso carnal, integre la conducta típica en la violación es preciso que en su realización medie la violencia. (54)

La violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, cuando ésta es psíquicamente o físicamente incapaz de oponerla. Estimamos que la violencia es el elemento fundamental del delito de violación, supuesto que a virtud de ella se ataca la libertad sexual, que como se indicó, constituye el bien jurídico objeto de la tutela. (55)

Respecto a la violencia física, contamos con las siguientes opiniones:

consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir. El empleo de la fuerza material-----

54 ALBERTO GONZALES BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 2a. ed., Porrúa, México, - 1969, p. 15.

55 Ibid., pp. 151-152.

(vis) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal. Además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva. (56)

Agrega el mismo autor que:

La fuerza material debe ser ejercida sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual. (57)

Para el maestro Porte Petit la violencia física o vis absoluta consiste:

en la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula. (58)

En fin, González Blanco indica que:

Para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima. (59)

Los tratadistas señalan como requisitos para la existencia de la fuerza material o violencia física, los siguientes:

56 FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano; 22ª. ed. Porrúa, México, 1988, p. 393.

57 Ibid., p. 393.

58 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit; p. 42.

59 A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., p. 152.

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto;
 - b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y
 - c) La resistencia debe ser seria y constante o continuada.
- (60)

Respecto al último requisito el maestro Carrara expresa:

para que haya violencia carnal la resistencia de la mujer debe ser seria y constante; seria es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese una voluntad decididamente contraria; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar concurso en el goce mutuo. (61)

Otro de los medios de comisión de este delito, es la violencia moral, intimidación o vis compulsiva que:

se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición, según Carrara, que sean serios y constantes. Esta forma de violencia aun cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa. Y a diferencia de lo que sucede en la violencia física no impone la resistencia (62)

60 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 43.

61 F. CARRARA: op. cit., p. 254.

62 A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., p. 155.

Y, agrega más adelante:

La violencia moral viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de construcción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetiva. En otras palabras, la violencia moral, por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en caso de que intimide. De otra forma, no existiría relación de causa a efecto entre violencia y la obtención de la cópula. (63)

Al respecto González de la Vega sostiene:

La violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. (64)

Y, agrega:

No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaeran en personas de su afecto. (65)

De la misma opinión es el maestro Porte Petit al manifestar que:

63 Ibid., p. 157.

64 F. GONZALEZ DE LA VEGA: op.cit., p. 397.

65 Ibid., p. 397.

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula.-- (66)

Considero que existe el delito de violación, cuando el activo se valga para la imposición de la cópula de la fuerza material-ejercida en el cuerpo del pasivo o cuando le anuncie que le causara un mal inminente o futuro en su persona o personas con las que tenga algún vínculo de parentesco, amistad o gratitud.

1.8 Atipicidad.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad y se da cuando no haya adecuación o encuadramiento del hecho real a lo descrito por el párrafo primero del artículo 265 del Código Penal.

Tratándose del tipo del delito de violación en análisis:

Se puede presentar el caso en que falten los medios exigidos por el tipo: vis absoluta o compulsiva, es decir, porque concurra el consentimiento del interesado originándose una "atipicidad".(67)

Al estudiar la atipicidad en el tipo en comento el profesor Gon

66 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 46.

67 Ibid; p. 48.

zález Blanco manifiesta:

En lo que se refiere a la atipicidad en la violación propia, puede presentarse por falta de empleo de los medios violentos. (68)

De lo anterior se concluye que si no concurre la fuerza o intimidación para la imposición de la cópula o acceso carnal, no puede configurarse el delito de violación propia pues:

el consentimiento del interesado funciona como causa de atipicidad, porque el tipo descrito en el artículo - 265- párrafo primero- del Código Penal, requiere que la cópula se realice contra la voluntad del sujeto pasivo. (69)

También:

Puede originarse la atipicidad de violación propia, no obstante la violencia, si se trata de un menor de doce años, encontrándose ante una violación impropia.- (70)

Por último:

no puede darse ninguna atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo, o pasivo, porque el tipo de violación descrito por la ley no exige a los sujetos mencionados calidad alguna. (71)

68 A. GONZALEZ BLANCO: op.cit., p.166.

69 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 48-49.

70 Ibid., p.50.

71 Ibid., p. 50.

Tampoco:

puede darse una atipicidad por falta de elementos - normativos o subjetivos, en tanto que igualmente no -- son requeridos por el tipo de violación. (72)

1.9 Antijuridicidad y las Causas de Justificación.

1.9.1 Antijuridicidad. Es otro elemento del delito y se traduce como:

un juicio valorativo, de naturaleza objetiva que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste - con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de -- cultura reconocidas por el estado. (73)

Por su parte, nos dice el maestro Porte Petit:

una conducta es antijurídica cuando siendo típica - no haya a favor del sujeto una causa de justificación. (74)

Ahora bien, tratándose del delito en comento:

Es indudable que la conducta en la violación, será - antijurídica cuando siendo típica no existe una causa - de licitud, en caso de que proceda. (75)

72 Ibid., p. 50.

73 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General); 7a.ed., Porrúa, México, 1985, p.303.

74 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Robo Simple Tipo fundamental, -simple o básico; 2a.ed., Porrúa, México, 1989, p.94.

75 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático... p.51.

Para Fontán Balestra:

El acceso carnal debe ser ilegítimo, entendido como hecho que el autor no tiene derecho a exigir ni la víctima obligación de soportar. (76)

El penalista español, Cuello Calón, expresa:

El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito. (77)

Por su parte González Blanco, manifiesta:

La violación es un delito de daño y no de peligro su puesto que se traduce en la injusta violación de la libertad sexual que constituye el bien jurídico objeto de tutela. (78)

De lo anterior, estimo que, habrá antijuridicidad en la violación cuando habiendo adecuación o subsunción a lo descrito por el numeral 265 párrafo primero de la Ley Sustantiva Penal, no existe a favor del sujeto activo una causa de justificación o licitud de las enumeradas por el artículo 15 en sus diversas fracciones, de la ley citada.

76 C. FONTAN BALESTRA: op. cit., p. 231.

77 EUGENIO CUELLO CALON: Derecho Penal Parte Especial T.II, Vol: II (revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández); 13a. ed., Bosch, Barcelona, 1972, p.579.

78 A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., 4a.ed., pp.168-169.

1.9.2 Causas de Justificación. El aspecto negativo de la anti-juridicidad lo constituyen las causas de justificación, también llamadas causas de licitud. Tienen su fundamento las causas de justificación en el artículo 15 del Código Penal, del cual se desprenden las siguientes:

- a) Legítima Defensa (fr. III);
- b) Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de menor cuantía que el salvado (fr. IV);
- c) Cumplimiento de un deber (fr. V);
- d) Ejercicio de un derecho (fr. V);
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer.), cuando se equipará al cumplimiento de un deber), y
- f) Impedimento legítimo (fr. VIII).

Respecto al delito de violación, considero, no se presenta ninguna causa de justificación de las enumeradas, habida cuenta de que:

Es indudable que en la violación no puede darse la legítima defensa, pues no se concibe que se tenga que realizar la cópula violenta para rechazar una agresión injusta. (79)

Con un esfuerzo de la fantasía, se podrá pensar en un concurso en el delito de violación carnal justificado por el estado de necesidad, como por ejemplo, en el caso de aquél que teniendo la obligación jurídica de intervenir en 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. (80)

Tampoco se concibe una violación justificada por el cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica o impedimento legítimo.

1.9.3 Violación entre cónyuges?

Líneas anteriores anotamos que a nuestro juicio, no se presenta ninguna causa de justificación en el delito en análisis. Sin embargo, en la doctrina se plantea la problemática relativa a que si existe violación entre cónyuges o se presenta una causa de justificación denominada Ejercicio de un derecho.

Las opiniones se dividen en los siguientes criterios:

- 1) Si existe violación;
- 2) No existe violación;
- 3) Hay violación tratándose de cópula contra natura, por enfermedades contagiosas o por estado de ebriedad;

80 VANNINI citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p.52.

4) Se presenta una causa de justificación denominada ejercicio de un derecho, y

5) Habrá otro delito, pero no violación.

1) Si existe violación. Entre quienes sostienen que sí existe violación esta González Blanco quien se basa en Groizard para dar su opinión en el sentido de que:

es indiscutible en cuanto al derecho derivado del matrimonio que permite al marido exigir a la esposa la realización del acto sexual, pero a condición de que ese derecho se haga valer en condiciones normales, es decir, sin recurrir a los actos violentos, pues de lo contrario, creemos con Manzini que sí se configura la violación. (81)

2) No existe violación. Al respecto Fontán Balestra nos dice:

El marido tiene derecho a exigir a su mujer el acceso carnal y ésta, correlativamente, el deber de acceder al concubito. Por esto decía ya Groizard que ningún derecho es atropellado en ella por el marido al obligarla, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene ella el deber de ejecutar. Si de la violencia resultaran lesiones u otras consecuencias, habrá un delito que castigar, pero no el de violación. (82)

3) Hay violación tratándose de cópula contra natura, por enfermedades contagiosas o por estado de ebriedad.

81 A. GONZALEZ BLANCO: op., cit., 4a.ed., pp. 169-170.

82 C. FONTAN BALESTRA: op. cit., p.231.

Hay violación tratándose de cópula contra natura. Entre quienes opinan que si hay violación, cuando la cópula se imponga contra natura, tenemos a los maestros Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas.

Si cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal y contra natura. (83)

Fontán Balestra, sostiene:

La cuestión se presenta cuando la exigencia marital se extiende a la realización de actos contra natura. En tal caso pensamos que la violación se configura, puesto que tales actos no están impuestos por el deber conyugal. (84)

3) Hay violación tratándose de cópula impuesta por enfermedades contagiosas o en estado de ebriedad. Fontán Balestra y Cuello - Calón opinan que si hay violación, pues el primero expone:

También se tipifica la violación cuando acceda violentamente a la mujer que se ha opuesto al acto por razones profilácticas para sí o para la prole como sería en el caso de padecer el marido una enfermedad venérea. (85)

83 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO-RAUL CARRANCA Y RIVAS: Código Penal Anotado; 12a ed., Porrúa, México, 1966, p. 642.

84 C. FONTAN BALESTRA: op. cit., p. 231.

85 Ibid., p. 237.

Y, el segundo expresa:

El acceso carnal violento dentro del matrimonio se rá ilícito y consitituirá violación cuando la mujer - tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la prole (en el caso del marido sifi lítico, ebrio, etc). (86)

Por su parte González Blanco no esta de acuerdo con esta postu- ra, pues dice:

cuando el marido sufra alguna enfermedad que pueda implicar un peligro para la salud de la esposa o de - los descendientes, en atención a que en este último - caso, no se lesiona la libertad sexual del cóny- uge que no existe frente al otro, sino un bien jurídi- co diferente, la salud. (87)

4) Se presenta una causa de justificación denominada "ejercicio de un derecho". Los que estiman que la cópula impuesta por me- dio de la fuerza o intimidación entre cónyuges no es constituti- va del delito de violación, sino que se presenta una causa de - justificación llamada "ejercicio de un derecho", son entre otros: Cuello Calón quien sostiene que el acceso carnal:

ejecutado por el marido con violencia o sin consenti- miento de la mujer, no constituye violación, pues a- qué!, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejer- cicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no

86 E. CUELLO CALON: op.cit., p.579.

87 A.GONZALEZ BLANCO: op.cit., 4a.ed., p.170.

puede invocar ,en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquél en ciertos casos, ser responsable de vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. (88)

Del mismo parecer es el maestro Carrancá y Trujillo - Carrancá y Rivas al sostener:

No es consuetudinario del delito el coito del marido - con su cónyuge sin el consentimiento de éste y aún empleando moderada violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir, ese - ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no -- hay agresión ilegítima. (89)

5) Habrá otro delito, pero, no violación. El maestro Porte Petit, es de la postura de que no existe violación entre conyúges, sino un delito diverso, y basa su razonamiento en el siguiente argumento:

El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, de recho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, - no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aun cuando lo ha ejercitado indebidamente, originándose o debiéndose originar en todo caso un diverso ilícito - penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los

88 E.CUELLO CALÓN: op.cit., p.579.

89 R. CARRANCA Y TRUJILLO Y R.CARRANCA y RIVAS:op.cit.,p.642.

cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y, consiguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque esta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose en consecuencia, el delito de violación. (90)

Nuestro punto de vista respecto a la cuestión planteada es en el siguiente sentido:

a) Tratándose de cópula normal impuesta por el cónyuge por medio de la fuerza o intimidación, no habrá violación, sino que se configura el delito de "Ejercicio indebido del propio derecho" que prevé el artículo 226 del Código Penal, pues si bien es cierto que de acuerdo con el matrimonio, el cónyuge tiene derecho a la cópula normal, sin emplear la violencia física o moral, también es que cuando realice la cópula violentamente, ejercita indebidamente ese derecho, esto es, cuando para copular con su cónyuge utiliza la vis absoluta o compulsiva no es dicha cópula constitutiva del delito de violación sino del tipo denominado "Ejercicio indebido del propio derecho". En efecto, el numeral mencionado dice textualmente:

Artículo 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, emplear vis

lencia, se aplicara prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida. (91)

b) En relación a la hipótesis de la cópula anormal, anal o contra natura impuesta por medio de la violencia física o moral entre cónyuges, estimo, si se configura el delito de violación, pues como anotamos arriba, si bien es cierto que uno de los fines del matrimonio es la reproducción de la especie, basta para llegar a él la realización de la cópula normal, es decir, vaginal, por lo que, cuando el marido efectúa la cópula por medio de la fuerza o intimidación si es constitutiva del delito de violación.

c) Por lo que respecta a la realización de la cópula por el cónyuge que padece alguna enfermedad contagiosa, creo que, no se configura el delito de violación sino el delito denominado "Del peligro de contagio" previsto en el numeral 199 bis del Código Penal, siempre que no se efectúe por medio de la violencia física o moral, pues si se realiza por alguno de estos medios y además padece alguna enfermedad contagiosa, estimo que habría un concurso de delitos, concurso ideal heterogéneo, pues estaríamos en presencia del tipo "Ejercicio indebido del propio derecho" que tipifica el artículo 226 del ordenamiento-

91 Art. 225.º del Código Penal; 1a. ed., Alco, México, 1990, p.96.

Punitivo, en la primera hipótesis y del delito de "Del peligro de contagio" que prevé el numeral 199 bis del mismo ordenamiento.

En efecto, cuando el sujeto sabe que padece alguna enfermedad contagiosa y sin utilizar la fuerza o intimidación realiza la cópula (vaginal o anal) con su cónyuge, se configura el tipo del delito "Del peligro de contagio" que describe el artículo 199 bis en los términos siguientes:

"ARTICULO 199 Bis.- El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Quando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido". (92)

d) Tampoco existe para nosotros violación cuando el cónyuge en estado de ebriedad realice la cópula (vaginal o anal) a la pasivo por medio de la fuerza o intimidación, pues estimo que, en esta hipótesis también se configura el delito de "Ejercicio indebido del propio derecho" y en caso de no darse los medios señalados, habrá otro delito, pero no violación.

1.9.4 Violación entre concubinos?

También se plantea la problemática en la doctrina respecto a que si puede darse la violación entre concubinos.

92 Art. 199 Bis.- Diario Oficial de la Federación; 21 de enero de 1991, México, D.F., p. 22.

Al respecto señala el maestro Porte Petit (93), contamos con dos criterios:

- 1) Que no existe el delito de violación entre concubinos.
- 2) Que si puede darse este delito entre concubinos al igual que entre cónyuges.

En relación al primer criterio, tenemos la opinión de Manfredini, quien expresa:

asimismo, tampoco es antisocial y, por ende, no es antijurídica la violación sobre la concubina de un hombre que vive en concubinato siendo obvio que las relaciones sexuales en esta hipótesis deben tener en el hecho aquella demostración de constancia de unión sexual consentida, que está insito en el matrimonio, y que justifica los principios expuestos. (94)

Entre quienes sostienen el criterio de que si puede darse la violación entre concubinos, tenemos a Vannini, quien manifiesta:

no es difícil responder a la pregunta, ya que la concubina no puede ser equiparada a la esposa, y, por tanto, es posible la violación carnal del hombre sobre la concubina, porque la concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al-

93 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 59.

94 MANFREDINI; citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., - p. 59.

amante; que el hecho de que la ley no prohíba convivencia more uxorio, no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien convive incluso porque sería extraño no admitir el delito de violación carnal del casado sobre la concubina, agregando: En este punto, toda cuestión se centra sobre el consentimiento, si se tienen presentes las relaciones especiales que obligan al sujeto activo con el sujeto pasivo, pero si pudiera probarse con certeza que el hombre violó a sabiendas a la mujer (concubina) y conociéndose el preciso y decidido disentimiento de ella, ¿cómo podrá negarse el delito de violación carnal? (95)

De igual manera piensa Gómez al afirmar:

el concubino, que por medio de la violencia llega al acceso carnal con su concubina, comete violación. (96)

Es interesante el punto de vista de Araujo Valdivia quien al referirse al concubinato sostiene que:

debe partirse de la base de que el acto sexual entre concubinos, es propio de la vida marital de convivencia pública requerida para que se produzca voluntariamente el estado jurídico del concubinato y que la mutua satisfacción de sus ímpetus carnales se satisface cumpliendo lo que podríamos denominar débito marital, que tiene las mismas características que objetivamente ofrece el débito conyugal matrimonial, por la íntima convicción de la entrega que mutuamente se hacen los concubinos, como si fuesen marido y mujer.

95 VANNINI; citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 59 - 60.

96 EUSEBIO GOMEZ; citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP; op. cit., p. 60.

En consecuencia, si la concubina se niega justificadamente al acto sexual, sin el propósito de terminar la vida marital y con ella el estado jurídico del concubinato, su negativa no será bastante para darlo por terminado, del mismo modo que la negativa de la esposa no es causa suficiente para el divorcio. Por tanto, si dentro de la realidad emocional que socialmente viven los concubinos, el varón recurre a la violencia física o moral para obtener el consentimiento de la mujer o sin obtenerlo realiza violentamente el ayuntamiento carnal, cometerá el delito de violación en perjuicio de su concubina, como lo cometería el esposo en perjuicio de la esposa, no porque aquélla no pueda ser equiparada a ésta ni tenga obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante, como expresa Vannetti sino porque se trata de la mujer con quien el hombre realiza voluntariamente el hecho continuando del maridaje en concubinato, creando así el estado jurídico que la ley ha previsto para determinar, los efectos de derecho que le atribuye. (97)

Por mi parte, considero, no se configura el delito de violación en el concubinato, habida cuenta que la conjunción carnal es propia de la relación entre concubinos, así como el débito conyugal lo es del matrimonio. Entonces, si el acto sexual es una característica del concubinato, y así como nuestra legislación civil otorga ciertos derechos a los concubinos reconociendo ese estado jurídico, creo que en este matrimonio por comportamiento denominado así por la doctrina. El concubi-

97 LUIS ARAUJO VALDIVIA: "El delito de violación en el matrimonio y en el concubinato"; en Revista Criminalia, Ediciones - Botas, México, Año XXXVIII, No. 5-6, May-Jun. 1972, p. 170.

no tiene derecho a la cópula, pero sin que medie la fuerza o intimidación, pues de lo contrario estaríamos frente al delito de "Ejercicio indebido del propio derecho" que describe el numeral 226 del Código Penal, mencionado líneas arriba.

1.10 La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad.

1.10.1 La Culpabilidad. La culpabilidad es un elemento del delito, sin el no es posible concebir su existencia.

Coincidimos con Don Edmundo Mezger en que la culpabilidad:

es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. (98)

Este elemento denominado culpabilidad, presupone para la acción culpable en la persona del autor:

- 1) Su imputabilidad;
- 2) Una determinada forma de la culpabilidad (dolo, culpa, preter-intención).
- 3) La ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad. (99)

98 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal Parte General; 6a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f., p. 189.

99 Cfr. Ibid., p. 199.

Ahora bien, aplicando lo anterior al delito en examen, tenemos:

a) Habrá imputabilidad en el delito de violación cuando el agente tenga capacidad de culpabilidad, es decir que el activo sea capaz de entender y de querer.

pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. (100)

Se dice que cuando exista ausencia de dicha capacidad, de culpabilidad, es decir, que el activo no sea capaz de entender y de querer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión, estaremos en presencia de la inimputabilidad, esto es, se origina:

una hipótesis de ininputabilidad, en este delito, cuando exista en el sujeto activo una de las hipótesis previstas en la fracción II del artículo 15 del Código Penal. (101)

Por otra parte, se plantea la cuestión de que si pueden darse en este delito de violación, las acciones libres en su causa, o sea:

100 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Parte General; 7a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 373.

101 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático....., p. 60.

cuando se produce un resultado contrario al Derecho por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad. (102)

Al respecto nos dice Don Celestino Porte Petit:

No se puede negar, que en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de violación, pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, sin querer -- realizar la cópula, o bien, se ha colocado culpablemente en tal estado, no puede responder del delito de violación, porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente. (103)

b) En cuanto a la forma de culpabilidad que admite el delito de violación que prevé el artículo 265 párrafo primero del Ordenamiento Punitivo, coinciden la mayoría de los tratadistas en que sólo acepta la especie de culpabilidad dolosa.

Fontán Balestra indica:

La violación es un delito doloso; por lo demás, no parecen imaginables acciones culposas que puedan adecuarse a las previsiones tipificadas en el artículo 119 ... El dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima, esto último como consecuencia del empleo de fuerza o intimidación o de las particulares condiciones del sujeto pasivo o de la situación en que el mismo se encuentre. (104)

102 VON LIZZF FRANZ. Citado por F. PAVON VASCONCELOS: op.cit, p. 383.

103 C.,PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático..., p.60.

104 C. FONTAN BALESTRA: op. cit., p. 258.

Por su parte, Osorio y Nieto y González Blanco, también expresan que el tipo de violación es un delito doloso, pues el primero manifiesta:

El delito de violación siempre es doloso, pues el uso de la violencia física o moral implica una actividad voluntaria, intencional, dolosa del sujeto, no puede estimarse, en ningún caso un acto de cópula violenta imprudencial o culposo. (105)

Y, el segundo expresa:

La violación en orden a la culpabilidad es un delito de dolo. Esto se infiere de los medios de comisión constitutivos de la conducta. (106)

Por su parte Cuello Calón afirma:

En general es elemento esencial de este delito la intención delictuosa, la voluntad de yacer. (107)

En fin, el maestro Porte Petit sostiene:

para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta compulsiva, 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 la culpabilidad. En cuanto al dolo eventual, pensamos que no puede presentarse, a virtud de que la exigencia de los medios físicos o morales implican el querer desde el inicio, la cópula.

105 CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO: La Averiguación Previa; 3a. - ed., Porrúa, México, 1985, p. 204.

106 A. GONZALES BLANCO: op. cit., ed., p. 170.

107 E. CUELLO CALÓN: op. cit., p. 580.

(108)

De lo anterior concluimos que el tipo de violación es de naturaleza eminentemente dolosa, pues:

Es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación, la concurrencia de las 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 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. (109)

1.10.2. Las Causas de Inculpabilidad.

El aspecto negativo de la culpabilidad se denomina inculpabilidad y con tal nombre se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Para los estudiosos, seguidores de la teoría normativa, son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta. Nosotros agregamos la inimputabilidad como una de las causas de exclusión de la culpabilidad, al constituir aquella un presupuesto de ésta.

La doctrina contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal

108 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 63

109 Ibid., pp. 64 - 65.

(el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante. (110)

Nuestro Código Penal, reglamenta el error esencial de hecho en la fracción XI del artículo 15, refiriéndose la primera parte al error de tipo, pues alude al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal. En la segunda parte consagra el error de licitud, también denominado de permisión o de prohibición, ya que por un error invencible el autor creó lícito su comportamiento acorde con el derecho. (111)

También señalan los penalistas como causas de inculpabilidad: La obediencia jerárquica y el estado de necesidad (cuando los bienes son de la misma entidad). Existen también, causas supra-legales que aun cuando no estan expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente del Código Penal, como la Legítima Defensa Putativa, Estado Necesario Putativo entre otras.

Ahora bien, de las causas de inculpabilidad mencionadas, intergresa para el tipo en cuestión, la denominada error de tipo que

110 FERNANDO CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General); 27a.ed., Porrúa, México, 1989,p.260.

111 Cfr. Ibid., p. 261.

prevé el numeral 15, fracción XI, primera parte del Código Penal, habida cuenta que considero, no se presenta ninguna otra en este delito.

Respecto al error como causa de inculpabilidad, Fontán Balestra nos dice:

El error de hecho sobre cualquiera de las circunstancias que determinan el contenido del dolo, es excluyente de responsabilidad; aun el error imputable, que tiene por efecto dejar un remanente culposo, porque la violación sólo se tipifica con la culpabilidad dolosa. El más frecuente caso del error eficaz en el delito que nos ocupa, es el que recae sobre las condiciones de la víctima. Así por ejemplo, la creencia equivocada razonable de que se tiene acceso carnal con una persona mayor de doce años o no privada de razón.. No tendría efecto excusante, en cambio, la simple ignorancia, que se traduce en una duda apta para configurar el dolo eventual (Gómez). El error sobre la edad de la víctima, si ésta es mujer honesta, puede tener la consecuencia de adecuar el hecho a la figura del estupro, que fija pena mayor de quince con consentimiento. (112)

El maestro Porte Petit, manifiesta que puede presentarse el error de licitud.

para quienes consideran que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir, cuando se llevara a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, una mu-

jer creyendola su cónyuge, pues estaríamos frente a -
na eximente putativa, al creer el cónyuge que existía
a favor suyo una causa de licitud. (113)

Es de mi parecer, que en el delito que nos ocupa, se puede
presentar el error de hecho esencial, pues:

produce inculpabilidad en el sujeto cuando es inven-
cible, pudiendo recaer sobre los elementos constituti-
vos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna -
circunstancia agravante de penalidad (calificativa del
delito). (114)

Ahora bien, tratándose del error esencial vencible (aquel
en el que el sujeto pudo y debió prever el error), si bien
es cierto que este tipo de error excluye el dolo pero no la
culpa, también es que de acuerdo con la estructura del tipo
de violación no admite la culpa, por lo que creo, estaríamos
frente a una causa de inculpabilidad. (115)

Por otra parte, en relación a la segunda causa de inculpabili-
dad denominada No exigibilidad de otra conducta, creo, no
puede darse en el delito en comento, pues es inconcebible
una violación cometida por un estado de necesidad (cuando
el bien sacrificando es de igual valor al salvado); por coa-
cción o violencia moral (temor fundado e irresistible), como

113 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático...p.65.

114 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 436.

115 Cfr. Ibid., p. 437.

auténticos casos de no exigibilidad de otra conducta que recoge nuestro Código Penal en su numeral 15 fracción IV.

1.11 La Punibilidad y las Excusas Absolutorias.

1.11.1 La Punibilidad.

Existen en la doctrina, diversidad de criterios respecto a que si la punibilidad es elemento o consecuencia del delito.

Algunas de las opiniones de distinguidos penalistas son las siguientes:

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito... punibilidad es: a) Merecimiento de pena; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley. (116)

El autor citado; a pesar de que hace el estudio del delito de acuerdo a la concepción heptatómica, siguiendo el sistema de Don Luis Jiménez de Asúa, a su vez tomado del maestro Guillermo Sauer, acepta una definición tetratómica del delito y al referirse a la punibilidad manifiesta que no alcanza el rango de elemento esencial del delito, y tomando una de

las acepciones del término punibilidad (punible) que nos da el Diccionario de la Lengua Española, expresa que aquélla consiste en el merecimiento de una pena, es decir que a un sujeto se le debe aplicar una pena cuando su comportamiento sea típico, antijurídico y culpable.

Otro autor que también sigue una postura heptatómica del delito, ha terminado por negarle el rango de elemento esencial del delito a la punibilidad, es Don Celestino Porte Petit, al sostener:

Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es elemento sino consecuencia del delito.(117)

El maestro citado, considera que la punibilidad es consecuencia del delito, en virtud de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

A nuestro juicio, no sólo por esta razón la punibilidad es consecuencia del delito, sino porque también al presentarse la ausencia de punibilidad, las denominadas excusas absolutorias se excluye la pena, es decir, dejan subsistente el carácter delictivo del comportamiento, empero impiden la aplicación

117 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntes de la Parte General de Derecho Penal (edición mimeográfica); México, 1960, p. 150., citado por F. CASTELLANOS; op.cit., p. 277.

de la pena, lo que corrobora el criterio sustentado en el sentido de que la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento esencial.

Por su parte el penalista Pavón Vasconcelos, estima que la punibilidad es un elemento del delito, sin embargo, distingue entre punibilidad y pena, pues no dice que la primera consiste en:

la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del Orden Social. (118)

Al referirse el mismo autor a la pena, expresa:

la pena sería la consecuencia del delito. (119)

De las notas anteriores, se desprende que cada tipo penal contiene el elemento punibilidad, es decir, la amenaza de pena para el caso de que se realice el delito y que la pena sería el castigo que se impone al activo por su comportamiento delictivo.

118 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS; Manual de Derecho Penal. Parte General; 7a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 453.

119 Ibid., p. 458.

En apoyo a lo anterior, en el sentido de que la pena es una consecuencia del delito, contamos con la opinión del ilustre penalista Edmundo Mezger quien expresa:

La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. (120)

Y,

La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. (121)

Ahora bien, como indique en las primeras líneas de este trabajo me adhiero a la corriente doctrinal que niega a la punibilidad el carácter de elemento esencial del delito, sin embargo, coincido con el razonamiento certero del maestro Pavón Vasconcelos quien a pesar de considerar que la punibilidad es un elemento del delito, hace la distinción entre esta y la pena.

Aplicando lo anterior al tipo del delito de violación, la punibilidad o amenaza de pena, la encontramos contemplada en el numeral 265 párrafo primero, del Ordenamiento Punitivo. En efecto, al artículo mencionado establece: "Al que por medio

120 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal Parte General; Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f., p. 353.

121 Ibid., p. 353.

de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años".

Entonces, se está amenazando que al que realice el comportamiento que describe el tipo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años, y, al que efectúe tal comportamiento, como consecuencia se le aplica la pena mencionada, es decir, el castigo será la imposición de ocho a catorce años de prisión.

1.11.2 Excusas Absolutorias.

Al aspecto negativo de la punibilidad se le denomina excusas absolutorias y:

Son aquellas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. (122)

Encontramos en nuestra legislación penal, las siguientes especies de excusas absolutorias: a) Excusas en razón de mínima temibilidad; b) Excusa en razón de la maternidad consciente;

c) Encubrimiento de parientes y allegados; d) Evasión de presos; e) Excusa por graves consecuencias sufridas por el delito. (123)

Por su parte el maestro Carrancá y Trujillo nos dice al respecto:

En general podemos decir que se apoyan desde el punto de vista subjetivo en la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela; pero al mismo tiempo este fundamento puede descomponerse sistemáticamente en las siguientes especies: a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados; b) Excusas en razón de la copropiedad familiar; c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela; d) Excusas en razón de la maternidad consciente; e) Excusas en razón del interés preponderante; y f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada. (124)

De lo anterior se concluye que el Estado no sanciona determinados comportamientos por razones de política criminal debido a las circunstancias que concurren en la persona del autor, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, pero por causas personales se excluye la pena.

123 Ibid., pp. 280-281.

124 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General. (Puesto al día por Raúl Carrancá y Rivas); 14a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 630.

Ahora bien, estimo que tratándose del tipo de violación que analizamos, no se presenta ninguna excusa absolutoria, es decir, no existe ninguna causa por la que se deje de aplicar la pena al activo del delito, pues sería absurdo imaginar que por razones de justicia o de equidad de acuerdo con una prudente política criminal, se dejara impune el comportamiento que describe el párrafo primero del numeral 265 del Código Penal.

CAPITULO II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.

2.1 Epoca antigua.

El delito de violación no siempre ha sido observado con un criterio estricto.

La forma como se ha considerado, en los distintos tiempos y entre los distintos pueblos, la cuestión sexual en el aspecto penal, constituye un testimonio expresivo del abismo existente entre la capa biológico-natural- del hombre y su existencia histórica. Es difícil que haya algo que, biológicamente, mancomune tanto a los hombres como el instinto sexual y sus formas de exteriorización. No obstante, en el aspecto ético y jurídico, difícilmente existen ámbitos en los cuales sean tan distintos, como lo son en éste, los criterios relativos a lo lícito y a lo prohibido, a lo que es impune y a lo punible, incluso entre los pueblos y en las épocas del ciclo cultural occidental... Así se explica la discrepancia siempre fluctuante de pareceres acerca del grado y de los límites de las intervenciones penales en materia sexual. (125)

En los pueblos antiguos este delito tenía un carácter indiferente dadas las condiciones de esclavitud que imperaban en ellos, pues el hombre no era libre para disponer de su propio

125 WELZEL citado por EDMUNDO MEZGER; Derecho Penal. Parte Especial. (Trad. Conrado A. Finzi); 4a. ed., Bibliográfica, - Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 105.

cuerpo, así como los amos disponían sexualmente de sus esclavas sin el consentimiento de éstas.

Es en la ciudad antigua de Asiria donde encontramos el delito de violación sancionado con pena capital, castigo propio de su derecho, pues se caracterizaba por ser un derecho penal militar. (126)

2.2 Epoca clásica.

En Roma, delitos como el adulterio "adulterium" y el estupro "stuprum" fueron considerados como la violación de la honestidad de la mujer. (127)

Una de las creaciones más eficaces y permanentes de la historia romana, lo fue la "Lex Julia de adulteriis" que ordenaba que fueran castigados en el interés público, varios casos como el "stuprum" (concubito con "femenina honesta") el adulterio, el lenoncinio y el incesto. (128)

126 Cfr. JORGE ENRIQUE GUIER: Historia del Derecho. Primera Parte: Costa Rica, San José, 1968, pp. 176-177.

127 MOMMSEN: citado por E. MEZGER; op. cit., p. 106.

128 Cfr. E. MEZGER: op. cit., p. 106.

2.3 Derecho canónico

Para el severo derecho canónico las relaciones sexuales no matrimoniales son un pecado, y, por lo tanto punibles. (129)

Se confunde el delito de violación con el de estupro, pues este se define como:

la violación de una doncella sin que preceda pacto esponsalicio y se considera a quienes lo realizaban como infames ipso facto, además de quedar sujetos a las otras penas que el Ordinario juzgue imponerles. (130)

2.4 Legislaciones Europeas

2.4.1 Francia.

Nos vamos a referir a los Códigos Penales posteriores a la Revolución Francesa por la enorme influencia que tuvieron en otras legislaciones.

129 Ibid., P. 106.

130 JUAN B. FERRERES, S.I.P.: Derecho Sacramental y Penal Español; 2a. ed., Pontificio Puerta Ferrisa, Barcelona, 1920,- pp. 480-481.

El Código Penal de 1791 castigó la violación, agravando la pena si se había cometido sobre una niña menor de catorce años cumplidos, o cuando el culpable había sido ayudado por una o varias personas.

No se castigaba la tentativa de violación, ni los abusos deshonestos, o mejor dicho, en el Derecho Francés "atentados al pudor" (131)

El Código Penal Francés de 10 de enero de 1810, llamado de Napoleón, bajo la rúbrica de "Atentados contra las costumbres", contiene muy reducidos preceptos sobre el delito de violación, cuya figura jurídica no fue deslindada de la de los abusos deshonestos hasta la ley de 28 de abril de 1832. (132)

El Código Penal de 1810 confundió en la misma disposición y castigó con la misma pena, la violación y el atentado violento al pudor (abusos deshonestos). (133)

El art. 331 expresaba: "El que cometa el crimen de violación o se haga reo de cualquier otro atentado al pudor, consumado o intentado con violencia, contra personas de uno u otro sexo, será castigado con la pena de reclusión. (134)

El art. 333 agravaba la pena si el delito se hubiera cometido en la persona de un menor de 15

131 ANTONIO BASCUÑAN VALDES: El delito de Abusos Deshonestos - Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, p. 35.

132 JOSE O. MENDOZA DURAN: El delito de violación; Colección - Nereo Madrazo, Barcelona, s.f p. 117.

133 A. BASCUÑAN VALDES: op. cit, p. 35.

134 Ibid, p. 35.

años cumplidos, y el art. 333 agravaba también la pena si el autor del delito era maestro, empleado público, etc., o si se hubiera valido de la ayuda de una o más personas. (135)

Una ley de 1832 introdujo varias reformas sustanciales al Código de 1810 en esta materia.

1) Distinguió nitidamente la violación del atentado al pudor, castigándolos en dos artículos diferentes.

2) Creó la figura de atentado al pudor sin violencia, que antes no existía, sobre un menor de once años.

3) Modificó el sistema y cuantía de la pena para los diversos delitos.

Con la importante reforma de 1832 el sistema del Código quedó de la siguiente manera:

El art. 331 castigó todo atentado al pudor, consumado o intentado sin violencia sobre la persona de un niño de uno u otro sexo, menor de 11 años.

El art. 332 castigó al que cometiera violación, sin distinguir entre tentativa o consumación y sin señalar los requisitos para que se produzca. El inciso 2o. agravaba la pena si el delito se había cometido sobre la persona de un menor de quince años.

El inc. 3o. del art. 332 volvía a referirse al "atentado al pudor" pero ahora consumado o intentado con violencia contra personas de uno u otro sexo. Se agrava la pena si el delito se había cometido sobre un menor de 15 años. (136)

La doctrina y la jurisprudencia francesa han estimado siempre que la violación sólo se refiere al acceso carnal normal. El resto de los actos libi-

135 Ibid., p. 36.

136 Ibid., p. 36.

dinosos (y entre ellos la sodomía), quedan comprendidos, o en el atentado al pudor, cuando se da el requisito de publicidad, o en el atentado al pudor cuando concurren los elementos de alguna de las diversas figuras descritas por el Código. (137)

La jurisprudencia ha admitido la violencia tanto efectiva como presunta, y también el acceso fraudulento logrado sobre una mujer por quien finge ser su marido, como lo establecen las sentencias de 31 de diciembre de 1858 y de 27 de diciembre de 1833 entre otras. (138)

Este Código cataloga un delito de violación dentro de las infracciones más graves, los crímenes. (139)

2.4.2 Italia.

El actual Código Italiano el Título IX lo dedica a los "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres", siendo el capítulo primero del anterior título el relativo a los delitos contra la "libertad sexual".

En el art. 519, en el que hace referencia a la violencia carnal, nos dice lo siguiente:

El que con violencia o amenaza constriñe a alguno a la conjunción carnal, es penado con la reclusión de tres a diez años....

137 J.O. MENDOZA DURAN: op. cit, p. 117.

138 Ibid, p. 118.

139 Ibid, pp. 118-119.

Características esenciales del delito son la violencia o la amenaza. La violencia puede ser física o moral, comprendiéndose en esta última lo que el legislador italiano llama amenazas.

La legislación italiana ha servido de modelo para legislar este delito en muchos países de Hispanoamérica. (140)

2.4.3. Alemania.

El derecho alemán del principio de la Edad media y de las épocas anteriores ignora, sustancialmente, el criterio del castigo público de los delitos contra la moralidad.

El 'stuprum' lesiona los derechos de la minoría de edad; la mujer libre que se acueste con su esclavo es castigada con la pena de muerte. En la Edad media más avanzada se pone de manifiesto, a pesar, de la lucha entablada por la Iglesia contra toda forma de prostitución y de lujuria, una gran degeneración de las costumbres (baños, prostíbulos y, por tanto, amplia difusión de la sífilis en el comienzo de la Edad moderna). La 'Carolina' de 1532 castiga, en los artículos 116-123, la impudicia contra la naturaleza, el incesto, el acceso carnal violento, el lenocinio; a manera de complemento, se aplican, especialmente respecto del concubinato y del lenocinio, las Ordenanzas policiales del Reich de 1530, 1548 y 1577. En la época de las luces del siglo XVIII se combaten algunos excesos en materia de sanciones fijadas por el Estado, el fanatismo religioso y sus tendencias antisexuales. (141)

En el aspecto sistemático, la doctrina primitiva unificada, dentro del concepto de delitos carnales,

140 Ibid, pp. 118-119.

141 E. MEZGER: op. cit., p. 106.

Toda satisfacción ilegal del instinto sexual. Así, el derecho común conoce la prostitución ('fornicatio', 'scortatio') como conjunción sexual de un hombre soltero con una prostituta, el 'stuprum' con una 'femina honesta', concubinato, y como impudicia cualificada, el lenocinio, sodomía, el acceso carnal violento y la desfloración contra la voluntad de la víctima y, además, el adulterio, la bigamia y el incesto. Ya se hablaba entonces de la sistemática del código penal. Para el derecho actual, el orden determinante de la vida sexual esta situado en la institución del matrimonio; pero no toda desviación de este orden es punible; mucho queda librado a la moral. Sería un error, a veces, condenar como tales el instinto sexual a la libidine ('libido'), en los que se basa, al fin y al cabo, la existencia del género humano. Sólo no se deben admitir ciertas formas en que se manifiestan. (142)

2.4.4. España.

De las legislaciones europeas, la que reviste para nosotros mayor importancia es la de España, por ser ésta no sólo nuestro ordenamiento penal, sino la fuente también de la mayoría de los Códigos Hispanoamericanos.

La primera regulación del delito de violación en el Derecho Histórico Español aparece en el Fuero Juzgo, Ley XIV, título IV, libro III, ordenamiento que decía:

"Si algun omme fisiera por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre, si el omme es libre reciba C azotes, o sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza, e si es siervo sea quemado en fuego. Hy el omme libre que por malfecho fuere metido en poder de la mujer, en ningun tiempo non pueda casar con ella. E si por ventura ella se casar con el en alguna manera; pues aquel recibiere por siervo por pena de este fecho sea siervo con todas de los herederos más propinquos".

Fuero que reservó sólo el último suplicio para el siervo que hacía el fornicio con una mujer libre, pero si el forzador no era siervo, sino libre, era condenado a recibir cien azotes y luego era dado por siervo a la mujer ofendida.

Singular era la condición que a esa servidumbre la ley imponía, contraria por cierto al espíritu que domina en las legislaciones modernas. Se prohibía al forzador y a la forzada bajo cuya servidumbre aquél caía, que en ningún tiempo se casasen, hasta el extremo de quedar siervos los que los contraían, con toda su hacienda, de los herederos más propincuos.

Con igual rigor pénase este delito en los Fueros Municipales y en el Fuero Viejo, libro II, título II, se castigó generalmente con la muerte o con la declaración de enemistad, que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del título X del libro IV están dedicadas a los que "fuertan, roban o engañan a las mujeres" y tratan conjuntamente del rapto y de la violación, imponiendo pena de muerte a la cometida en persona de mujer soltera, a la cometida con el concurso simultáneo de dos o más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer, y la de cualquier religiosa profesa; si la mujer raptada por varios era violada por uno sólo, los demás satisfacían sólo una pena pecuniaria, que se distribuía entre la ofendida y la Cámara del Rey.

Las Partidas dedican de su contenido la ley 3a. del título XX de la Partida VII, a la violación, involucrando su concepto con el rapto, pues dice que se comete "Robando algun omme alguna mujer buida de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juzio debe morir por ende, e demas deben ser todos sus bienes de la muger que assi oviesse robada, o forcada. Fuera ende, si después de su agrado, cassase con el que la robó, o forcó, non habiendo otro marido. Ca entonces los bienes del torcador, deben ser del padre e de la madre de la muger con que forcada, si ellos no consintiesen en la fuerza, ni en el casamiento; Ca si provado les fuese que avian consentido con ello, entonces deben ser todos los bienes del forcador de la Cámara del Rey. Pero destos bienes deben ser sacadas las dotes e las arras de la mujer del que fizó la fuerza. E

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

otrosí los debdos que avian fecha fasta aquel día en que fue dado juycio contra él. E si la muger que eviesse seydo robada o forcada, fuese monja o religiosa, entonces todos los bienes del forcador deuen ser del monasterio donde la sacó E la pena que diximos de su so, que deude aver el que forcare alguna de las mujeres sobredichas essa misma deuen aver los que le ayudaron a sabiendas a robarla o a forcarla, mas si alguno forcasse alguna muger otra, que no fuese ninguna destas sobredichas deuer aver pena por ende, según alvedrío del Judgador, catando quien es aquél que fizo la fuerca, e la mujer que forcó, e el tiempo, e el lugar en que le fizo".

Las Leyes de Partida igualaron en valor la violación y el rapto, castigándolas con idéntica pena, la muerte.

Es notable la distinción que hacen las Partidas entre el caso de que la robada o forzada sea viuda de buena fama o de una virgen o de una casada o una religiosa y el de una mujer que no reúna ninguna de estas cualidades.

La protección de la ley disminuye en tanto grado respecto de esta clase de mujeres que no gozan de buena fama que llega hasta convertir la pena de muerte señalada para delito consumado contra aquellas otras, en una pena indeterminada que se deja al arbitrio del Juzgador, con la obligación sólo de que al fijarla tome en cuenta quién era aquel que hizo la fuerza, quién la mujer a la cual forzó, el tiempo y el lugar en que se cometió el delito.

El espíritu del Fuero Juzgo a difcultar el matrimonio entre el violador y la violada, se hace sentir todavía en las Partidas. La confiscación a favor de la ofendida, que impone la ley como accesoria a la pena de muerte con que se castiga el delito, se convierte en beneficio de su padre o de su madre, cuando la forzada se casa con el que ejerció sobre ella la violencia. Pero si los padres hubiesen dado el consentimiento para el matrimonio, los bienes eran para la Cámara del Rey, y cuando la mujer ofendida hubiese sido una monja, los bienes del culpable pasaba a su convento.

LEGISLACION DE 1822.

Es a partir de 1822, año del Primer Código Penal Español, en que se abandonaron las severas penalidades del Derecho antiguo, castigando estos delitos con privación de libertad, pero esta figura de delito no está perfilada de modo preciso en el Código del 22, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 668. El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona y forzándola con igual violencia o amenazas o intimidándola de una manera suficiente para impedirle resistencia intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor y ocho años más de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso.

Artículo 669. Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza en cualquier caso de los artículos 664, 666 (rapto) y 688 o el engaño de que se trata en el 665, sufrirá el reo dos años más de obras públicas y el destierro en su caso, durará también mientras viva el marido.

Artículo 670. En todos los casos de dichos cuatro artículos, si se cometiere el delito contra la mujer pública conocida como tal se reducirá la pena a la mitad.

Artículo 671. El que abusare deshonestamente de niño o niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo donde more el ofendido y veinte leguas en contorno; si del abuso resultare al niño o niña una lesión o enfermedad que pasó de treinta días, se impondrá al reo cuatro años más de obras públicas. Si la enfermedad o lesión fuere de por vida, sufrirá el reo diez años de obras públicas, y después será deportado.

Artículo 673. El que cometa cualquier ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una reclusión de cuatro meses a un año, y dos meses más de destierro del lugar donde habita la persona ultrajada y diez leguas en contorno. Si fuese mujer pública conocida como tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses.

Artículo 686. El que abusare deshonestamente de una mujer casada o desposada, haciéndola creer sinceramente por medio de algún engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o su esposo legítimo, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de obras públicas y después la de destierro del pueblo y veinte leguas en contorno por el tiempo que vivan la mujer o su marido y esposo. El delito no podrá ser acusado sino por la misma mujer o marido, y por muerte de una y otros por los herederos de cualquiera de ellos. Si resultara connivencia de la mujer con el reo, se tratará el caso como simple adulterio.

Artículo 687. El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de ésta, privándola previamente para ello del uso de razón, con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella está sin sentido por accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia, sufrirá igual pena que la prescrita en el artículo precedente, no pudiendo ser acusado sino por la mujer o por su marido. El que cometa este propio delito contra cualquier otra persona que no sea mujer pública conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido.

Como se nota, en este primer Código español de 1822, el delito de violación no está completamente separado del raptó, ni separado bastante del de abusos deshonestos. En él se asimila por primera vez en España el abuso sobre niña o niño que no haya llegado a la pubertad, el delito de violación, castigando al culpable con la pena de diez años de obras públicas y con el destierro perpetuo del pueblo donde more el ofendido y veinte leguas en contorno. Se aumenta la pena si a resultas de la violación sufre la mujer algún daño en su integridad física o si es casada, y se disminuye si es prostituta.

Los atentados o abusos deshonestos contra las meretrices no son medidos en este Código con el mismo rasero que los que realizan contra mujeres de buena reputación; las penas que se aplican a los culpables de aquellas clases de excesos son siempre más mitigadas cuando el sujeto pasivo del delito resulta ser una mujer pública.

LEGISLACION DE 1848

La figura delictiva de la violación no aparece

perfilada de modo, preciso hasta el Código Penal de 1848, que eliminó la vaguedad con que la definió el Código de 1822.

Tal Código trataba del delito de violación en el art. 354, que decía:

Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación.
2. Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa.
3. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.

Los Códigos posteriores al de 1848 y a través de sus reformas en 1850, 1870, 1926 y 1932, reprodujeron sus preceptos en lo que a este delito se refiere, que aún se hallan en el vigente. (143)

2.5 En América.

2.5.1 En México.

2.5.1.1 Derecho Precortesiano.

El derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política (144)

143 J.O. MENDOZA DURAN: op cit, pp. 129-133.

144 J.KOHLER, DE BERLIN: El derecho de los aztecas. (trad. del alemán por Carlos Rovalo y Fernandez); Latino Americana, México, s.f, p. 57.

El sistema penal era casi draconiano: las penas principales eran la de muerte y la de esclavitud.

La capital era la más variada; desde el descuartizamiento y la cremación en vida hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asetamiento y otros más. (145)

2.5.2. Derecho Penal Maya.

En esa gran monarquía teocrática mexicana, la extrema dureza de las leyes se manifestaba en la prodigalidad con que se imponía y ejecutaba la pena de muerte. Román nos dice que bajo el brazo del verdugo caían el homicida, la mujer que abortaba y sus cómplices, el violador de menor. (146)

El derecho penal era severo; (147) existía la lapidación, pena de muerte para la violación y el estupro. (184)

2.5.3. Derecho Penal Azteca.

Entre los aztecas el delito de violación era castigado con la pena de muerte. (149)

Observamos un gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para homosexualidad (respecto de ambos sexos), violación, estupro, incesto y adulterio. (150)

145 Ibid., p. 57.

146 LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal I.T.; Losada, Buenos Aires, 1950, p. 706.

147 GUILLERMO S. FLORIS MARGADANT: Introducción a la Historia del Derecho Mexicano; UNAM, 1971, p. 27.

148 Cfr. Ibid., p. 16.

149 DE B.J. KOHLER: op. cit., p. 64.

150 G.S. FLORIS MARGADANT: op. cit., p. 27.

2.5.4 Derecho Penal Colonial.

La búsqueda de antecedentes históricos del delito de violación en las disposiciones aplicadas durante la colonia, en especial la obra jurídica denominada Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, conocida comunmente como Recopilación de las Indias, resultó negativa, pues a pesar de que regulaba otras figuras delictivas, entre ellas el adulterio, no encontramos algún dato sobre el tipo de violación.

2.5.6 Derecho Penal Contemporáneo.

2.5.6.1 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

En el Título Sexto de este Código, denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", Capítulo Tercero, intitulado "Atentados contra el pudor-Estupro-Violación", encontramos regulado el delito de violación, en el artículo 795 en los términos siguientes:

ARTICULO 795. Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea

cual fuere su sexo. (151)

La sanción para este delito la contemplaba el numeral 797 del mismo ordenamiento, al indicar:

ARTICULO 797.- 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. (152)

Creo que existía redundancia en la ley al establecer que la cópula se obtuviera por medio de la violencia física o moral con una persona sin la voluntad de ésta, pues al utilizar la fuerza o la intimidación para la imposición de la cópula, el consentimiento del pasivo se anula, por lo que sobraba la exigencia legal.

En cuanto a la pena, observamos que fijaba un límite al juzgador al establecer que la pena "será" de seis años,

151 Art.- 795; Leves Penales Mexicanas I; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p. 449.

152 Ibid., p. 449.

es decir; no señala un tramo o margen de libertad entre un mínimo y un máximo de pena para que el juzgador le impusiera al sujeto activo de acuerdo a la peligrosidad estimada según su arbitrio judicial.

Toma en cuenta para la pena, la edad del sujeto pasivo, pues era de seis años si pasaba de catorce años, empero, si es menor de dicha edad, el término medio de la pena será de diez años. Sin embargo, considero, no era claro el texto en cuanto a la pena para el caso de que la víctima fuera menor de catorce años, pues al señalar "el término medio" tenía que haberse referido a un mínimo y máximo para desprender el término medio, situación que no indicaba.

2.5.5.2 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929 en el Título Décimoquinto, intitulado "De los delitos contra la libertad sexual", capítulo I, bajo el nombre "De los atentados al pudor, del estupro y de la violación", establecía en el:

ARTICULO 860. 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. (153)

La pena para este delito la contenía el numeral 862, al señalar:

ARTICULO 862.- La sanción de la violación será hasta seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuere púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años. (154)

Observamos que al igual que el Código Penal de 1871, existía redundancia al exigir el tipo que la cópula se impusiera por medio de la violencia física o moral sin la voluntad del pasivo, pues como ya lo manifestamos líneas anteriores, al obtener la cópula por la fuerza o intimidación se anula el consentimiento del pasivo, por lo que no era necesario tal exigencia legal.

La pena a imponer era la misma que señalaba el Código de 1871, empero, ahora ya no toma en cuenta la edad, sino que se refiere a una calidad en el sujeto pasivo, pues al señalar que si este era púber la pena será de seis años, es

153 Art. 860; Leyes Penales Mexicanas 3; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p. 204.

154 Ibid., p. 204.

decir, si el ofendido presentaba características propias de la edad adulta, el activo era sancionado con la pena mencionada.

Elimina la expresión "el Término medio" a que se refería el Código de 1871, pues sólo indica que si el pasivo no es púber la pena será hasta por diez años, redacción poco clara, cuenta habida que las palabras "sera" quiere decir que la pena era de diez años, fijando un límite al juzgador; y el término "hasta", entiendo que la pena que podía imponer el juzgador era desde tres días hasta diez años, marcando un tramo penal de libertad al juez para imponer la pena de acuerdo a su arbitrio judicial.

2.5.5.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

En el Título Décimoquinto denominado "Delitos Sexuales", Capítulo I, con el nombre de "Atentados al pudor, estupro y violación", encontramos el delito de violación previsto en el artículo 265, redactado en los siguientes términos:

ARTICULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicaran las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuer impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos. (155)

155 Ibid., p. 341.

En una misma norma completa, señala el precepto y la sanción respecto al delito de violación, a diferencia de los Códigos de 1871 y 1929.

Elimina la exigencia del elemento "sin la voluntad del pasivo" que contenía los Códigos anteriores.

La pena a imponer tratándose del pasivo púber es de dos a ocho años de prisión, fijando con ello un mínimo y un máximo.

Por lo que respecta a la parte final, se trata de un delito complementado cualificado de violación, o sea, cuando se establece que si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro a diez años de prisión y multa de cuatro mil a ocho mil pesos.

Con las diversas reformas sufridas, el numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, en enero de 1967, diciembre de 1983 y enero de 1984, quedó en los siguientes términos:

ARTICULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años. (156)

Observamos que aumenta la pena, pues se aplica de seis a ocho años cuando la víctima sea púber.

Se estaba ante un delito complementado cualificado por lo que respecta a la segunda parte, pues exige una calidad en el pasivo, es decir, se requería que la víctima fuere impúber, circunstancia que aumentaba la pena, siendo de seis a diez años de prisión.

2.5.5.4 Código Penal para el Distrito Federal reformado en 1989 y 1991.

Con el Decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el "Diario Oficial" de 3 de enero de 1989 en vigor el día uno de febrero del mismo año, se reforma el artículo 265 y se adiciona un segundo párrafo creando un nuevo tipo quedando como sigue:

ARTICULO 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.

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. (157)

157 Art. 265; Código Penal para el Distrito Federal; 1a. ed., Alco, México, 1990, p. 115.

Queda el tipo de violación en el párrafo primero como tipo fundamental o básico, porque no contiene ninguna circunstancia que implique agravación o atenuación de la pena.

La pena que era de seis a ocho años, aumenta y ahora es de ocho a catorce años, para cumplir con las exigencias de la ciudadanía, según la exposición de motivos.

Desaparece el tipo de violación complementado cualificado a que se refería el precepto anterior en su segunda parte, por lo que ahora, la misma pena se aplica tratándose de sujeto pasivo púber e impúber.

Se adiciona un segundo párrafo que describe un nuevo comportamiento como delictivo, tipo al que hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", tema del presente trabajo.

Actualmente, con el decreto de fecha 21 de enero de 1991, publicado en el "Diario Oficial" en vigor a partir del 22 del mismo mes y año, se derogó la denominación del título Decimoquinto y del Capítulo Primero del mismo Título del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal y quedó en los siguientes términos:

TITULO DECIMOQUINTO Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.

CAPITULO I

Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estrupro y Violación. (157 bis)

Se adicionó un párrafo segundo y el párrafo segundo pasa a ser párrafo tercero también reformado, quedando 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.

Para efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. (157-3)

Estimo que la denominación del Título es correcta en razón de que precisa los bienes jurídicos tutelados y no como el nombre anterior que era inaceptable en virtud de que se basaba en la naturaleza de la conducta realizada y no en el bien jurídico tutelado.

157 bis Diario Oficial de la Federación; 21 de enero de 1991, México, D.F., p. 23.

157-3 Ibid., pp. 22 - 23.

Por lo que respecta a la adición del segundo párrafo, hemos dado nuestra opinión al estudiar el elemento material del tipo del delito de violación, relativo a la cópula.

En relación al tercer párrafo, antes segundo, se aumenta la pena y ahora es de tres a ocho años de prisión, pena que considero, debería de ser la misma que para el delito de violación del párrafo primero, por la gravedad del comportamiento descrito en el párrafo tercero.

El tipo previsto en el párrafo tercero del numeral señalado lo hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", cuyo análisis dogmático es el objetivo de este trabajo.

CAPITULO III. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION NO
REALIZADO CON EL MIEMBRO VIRIL.

3.1 Consideraciones Generales.

La búsqueda de precedentes legales en Códigos Penales que antecederan a la reglamentación, del tipo reciente, motivo de estudio, así como la revisión de proyectos de Leyes Sustantivas Penales, tanto federales como locales, nos ha reportado resultados negativos; pues el supuesto de hecho tipificado como delito, descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, es de reciente creación.

En efecto, con la finalidad de hacer congruente el viejo Código Penal de 1931, se han venido sucediendo en los últimos años, una serie de reformas, afortunadas unas y otras no tanto, siendo las últimas las del uno de febrero de 1989 y las del 21 de enero de 1991, pues por decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial los días 3 y 4 de enero de 1989, en vigor a partir del uno de febrero del mismo año, se modificó el artículo 265 del señalado Ordenamiento Legal, para quedar en los siguientes términos:

ART. 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.

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. (158)

Es de observarse que se aumenta la pena en la violación propia del párrafo primero, pues antes de las reformas se imponía una pena de seis a ocho años y ahora es de ocho a catorce años.

Se adiciona un párrafo - segundo - manifestándose en la iniciativa presidencial que se responde al "reclamo de la comunidad por una mayor seguridad y justicia, que garanticen con eficacia la paz pública y aseguren la protección de la sociedad, defendiéndola de la violencia", en virtud del "incremento delictivo que afecta bienes jurídicos de especial relevancia", se consideró que es indispensable profundizar la reforma jurídica que concierne a la política criminal del Estado por poner énfasis en la tutela de la paz colectiva, en un orden jurídico

158 Art. 265 del Código Penal para el Distrito Federal; la. ed., Alco, México, 1990, p. 115.

de libertad y democracia". Ante los reclamos populares, se sancionaba 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.

El artículo anterior fue nuevamente reformado y se le adicionó un párrafo que queda como párrafo segundo y el que era segundo pasa a ser párrafo tercero, por decreto publicado en el Diario Oficial el día 21 de enero de 1991, en vigor a partir del día 22 del mismo mes y año y quedó en los siguientes términos: ARTICULO 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.

Para efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. (158 bis)

158 bis. Cfr. Diario Oficial de la Federación; 21 de enero de 1991, México, D.F. pp. 22 - 23.

Es preciso destacar que el proceso de tipificación reclama una comprensión material de la antijuridicidad, jugando un papel determinante una serie de elementos que dotan a la descripción típica de un contenido social; porque, cuando una determinada conducta queda tipificada, adquiere ya un cierto sentido de desvaloración social que permite diferenciarla de otras conductas no es más, pues, que un proceso de "criminalización" de determinados hechos, y es evidente que éste proceso comparta un contenido desvalorativo, que se mide por lo que tales hechos tienen de perturbadores para el funcionamiento del sistema social. En consecuencia si los Tipos penales se crean, cambian y desaparecen en función de los cambios sociales y de la variable perturbación de la vida social por dicha conducta materialmente antijurídica que contienen; es claro, que la inclusión del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal que contiene el tipo que hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", se debió a lo frecuente de su comisión, obligando al legislador ha captarlo y establecerlo como formalmente prohibido. Así, es evidente que tal comportamiento tipificado - materialmente injusto se concibe como perturbador a tal extremo de la paz social, que requirió su prohibición, puesto que, su inclusión es un factor que político - criminalmente tiende a inhibir a sus destinatarios, e impedir su comisión, fomentando una prevención general.

3.2 Estudio del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

El tipo que hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", consiste según la descripción legal del párrafo tercero del numeral 265 del Ordenamiento Punitivo en que:

ART. 265

.....
 Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. (159)

Considero que una descripción mejor sería la siguiente:

ART. 265.- Se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal, el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. La misma pena se impondrá al que introduzca por vía oral, el miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

159 Diario Oficial de la Federación; 21 de enero de 1991, México, D.F., p. 22.

Se sancionará con la misma pena, al que sin utilizar la violencia física o moral, introduzcan por la vía vaginal o anal, el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, en persona de cualquier sexo, menor de doce años de edad, o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

Ahora bien, respecto a los elementos del tipo contenidos en el párrafo tercero del numeral citado, creo que contiene los generales de todo delito más los propios de dicho injusto. En tal virtud, al igual que al analizar el tipo de delito de violación previsto en el párrafo primero del mencionado artículo estudiaremos separadamente el aspecto positivo y negativo de cada uno de los elementos de esta figura delictiva, así como sus formas de aparición que son las dos esferas que clásicamente abarca la teoría del delito.

A primera vista se desprenden del tipo en comento, los elementos siguientes:

- a) Introducir un elemento o instrumento;
- b) por vía vaginal o anal;
- c) por medio de la violencia física o moral, y,
- d) sea cual fuere el sexo del ofendido.

Hago la aclaración que en virtud de que en la doctrina no encontramos antecedentes escritos sobre el tipo en cuestión que nos pudieran servir de sustento para emitir alguna opinión sobre el mismo, recurro a la teoría del delito aplicándola a la figura delictiva en análisis con el fin de efectuar un ensayo dogmático de la misma, objetivo de este trabajo.

Expuesto lo anterior, iniciamos a continuación el estudio del tipo denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril".

3.3 La Conducta y la Ausencia de Conducta.

Como es sabido la dogmática jurídico penal o ciencia del Derecho Penal, es la ciencia que estudia las normas jurídico-penales con base científica.

Siguiendo en este estudio la prelación lógica de los elementos del delito, procederemos al examen de los concernientes al "delito de violación no realizado con el miembro viril", previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

El método utilizado para el análisis de esta figura, es el analítico o atomizador, pues como expresa Zainz Cantero, este método:

constituye una obligada consecuencia del principio de legalidad formal y responde a las exigencias de certeza y seguridad jurídica que el principio propicia pues como recuerda. F. Mantovani, sólo individualizando los elementos constitutivos del tipo legal es posible establecer con seguridad lo que efectivamente esta prohibido por la ley y si la conducta en examen se adecúa al tipo y es punible. No resulta extraño, por ello, que el método analítico encontrará su origen en el pasado siglo por impulso del pensamiento penal liberal. (160)

Por lo anteriormente asentado, pasemos pues, a efectuar el estudio del primer elemento del delito.

3.3. La Conducta. Las denominaciones que ha recibido este primer piso del edificio del crimen han sido diversas. De tal manera que se le ha llamado acción, acto, acaecimiento, mutación en el mundo exterior o bien conducta. (161)

Como lo manifesté en el primer capítulo de este trabajo, aceptamos las denominaciones - para este primer elemento del delito - de conducta o hecho, según se trate de un delito formal o de mera conducta o de uno de resultado material;

160 JOSE. A. SAINZ CANTERO: Lecciones de Derecho Penal. Parte - General II; Bosch, Barcelona, 1982, p. 224.

161 Cfr. CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos de la - Parte General de Derecho Penal: 5a. ed., Porrúa, México, - 1980, p. 289.

pues coincidimos con Don Celestino Forte Petit cuando anota que:

no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo. (162)

Agregando que:

un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta mas resultado). En consecuencia, si el elemento objetivo del delito puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente apreciar que no se puede adoptar uno sólo de dichos términos, al referirnos al elemento objetivo, pues si se aceptará conducta sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla. (163)

El concepto que abordaremos en el presente trabajo será el de conducta, toda vez que considero, el "delito de violación no realizado con el miembro viril", no acarrea ninguna mutación en el mundo exterior.

162 Ibid., p. 287.

163 Ibid., pp. 293 - 294.

En el presente caso se trata de una simple conducta, primer elemento del delito en general, respecto de la cual se han elaborado tres teorías: la teoría causal o clásica; la teoría finalista de la acción, por último, la teoría social de la acción.

Nosotros, en el desarrollo de este punto, nos referimos única y exclusivamente a la teoría clásica o causal de la acción, más correctamente denominada conducta causal.

La conducta (término genérico), consiste en una actividad voluntaria (acción) o bien, en una inactividad voluntaria (omisión).

Respecto al contenido y alcance de la conducta, opinan algunos tratadistas lo siguiente:

por conducta humana comprendemos tanto las acciones en sentido positivo (hacer algo: causar la muerte de una persona, por ejemplo), como las omisiones (no hacer algo que se espera que el sujeto realice: no prestar auxilio a la persona que se encuentra necesitada de ayuda, pudiendo hacerlo sin riesgo del que lo presta o de otra persona). (164)

Y agrega el mismo autor:

la conducta humana individual para ser relevante en Derecho Penal ha de ser voluntaria, lo que equivale a decir que ha de estar conducida por la voluntad. (165)

Por su parte, el maestro Porte Petit expresa:

la conducta consiste en un hacer voluntario o no voluntario (culpa). (166)

Para el profesor Pavón Vasconcelos:

La conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntarias. Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta puede expresarse: acción u omisión. Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien una inactividad, una abstención, un hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada. (167)

165 *Ibid.*, p. 233.

166 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: *op. cit.*, p. 295.

167 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 5a. ed., Porrúa, México, 1982, p. - 180.

El maestro Carrancá y Trujillo comenta:

lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará resultado. (168)

Finalmente, Jescheck asevera que:

el concepto clásico de delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa. La base de este sistema fue el concepto de acción, concebido todavía por Beling y V. Liszt en términos totalmente naturalistas, como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Las insuficiencias de esta perspectiva anclada en lo externo se manifestaron en la omisión, que en el Derecho Penal debe incluirse en el concepto de acción junto al hacer positivo, pero que, evidentemente, no constituye movimiento corporal alguno, sino todo lo contrario, V. Liszt fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder. Y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Pero con ello se habían abandonado ya las bases de concepto naturalístico de acción. (169)

168 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; 13a. ed., Porrúa, México, 1980, p. 261.

169 HANS HENRICH JESCHECK: Tratado de Derecho Penal I.; Bosch, Barcelona, 1981, p. 274.

Consideramos que la conducta es una forma en que se traduce el elemento material, pues también puede consistir en un hecho (conducta, nexo causal y resultado) o solamente en una conducta (acción u omisión).

Ahora bien, si estamos de acuerdo en que el elemento material en este delito consiste en una conducta, se hace preciso averiguar cual o cuales de las formas de la conducta admite el "delito de violación no realizado con el miembro viril", si únicamente puede cometerse por medio de una acción, o de omisión, quizás, se pueda llevar a cabo por ambas formas de conducta.

Respecto a la acción (forma de la conducta) es concebida por nosotros como toda actividad o movimiento corporal voluntario (teoría clásica o causal) o en otros términos como movimiento corporal dependiente de la voluntad.

El maestro Porte Petit manifiesta:

La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género : conducta. (170)

Y, agrega:

la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición. (171)

Para el profesor Pavón Vasconcelos, la acción consiste en:

el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria. (172)

El penalista Castellanos Tena expresa:

el acto o la acción, estricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. (173)

En cuanto a los elementos de la acción, se han indicado los siguientes:

171 Ibid., p. 300.

172 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 192.

173 F. CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; 17a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 152.

- a) Voluntad o querer;
- b) La actividad, y,
- c) Deber jurídico de abstenerse.

a) Voluntad o querer. La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción, es entendida como la libre manifestación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención de un músculo.

b) La actividad. El elemento externo de la acción integrado por la actividad en si no constituye la acción, pues le falta el elemento voluntad.

c) Deber jurídico de abstenerse. En la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar; en consecuencia hay violación a una norma prohibitiva. (174)

Analizando el tipo de violación no realizado con el miembro viril, se llega a la conclusión de que sólo puede efectuarse por la forma de comisión llevada a cabo por medio de un hacer voluntario (acción), habida cuenta que el verbo "introducir"

174 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 302., M. JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T.I; 3a. ed., Porrúa, - México, 1980, pp. 107-108., L. JIMENEZ DE ASUA; La ley y el delito; 12a. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1981, pp. 210 y 216., F. CASTELLANOS TENA: op. cit., pp. 154-155., F. - PAVON VASCONCELOS; op. cit., pp. 192-193.

un elemento o instrumento a que alude el tipo. En efecto, de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, el término "introducir" proviene del Latín "introducesse", traduciéndose en siete diferentes formas:

- 1) Como dar entrada a una persona en un lugar;
- 2) Como meter o hacer entrar o penetrar una cosa en otra;
- 3) Como hacer que uno sea recibido o admitido en un lugar, o granjearle el trato, la amistad, la gracia, etc.;
- 4) Como hacer figurar, hacer hablar a un personaje de una obra de ingenio; como drama, novela, diálogo, etc.;
- 5) Como adoptar, poner en uso;
- 6) Como atraer, ocasionar, y
- 7) Como meterse uno en lo que no le toca. (175)

175 Diccionario de la Lengua Española; 16a. ed., Herrerias, México, 1941, p. 732.

De las diferentes acepciones enumeradas, en que se interpreta el verbo rector "introducir," la correcta a efectos del tipo en cuestión es la connotación aludida en segundo término, esto es, como meter o hacer entrar o penetrar una cosa en otra, en la especie un "elemento o instrumento" en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo, hombre o mujer. La interpretación precedente se sitúa en el ámbito de una de carácter gramatical, misma que se ajusta o coincide con una de tipo teleológico, traducida en la búsqueda de la voluntad de la ley.

Otro aspecto que debemos tomar en cuenta para reafirmar nuestro acerto de que el delito en estudio sólo admite la realización por acción; lo constituye el hecho de que en los tipos formulados con medios legalmente limitados o determinados, como el que se analiza, su naturaleza sólo incluye las modalidades activas o positivas de comisión, pues es inconcuso que mediante una inactividad voluntaria, además de la imposibilidad física que resultaría de la introducción del elemento o instrumento, al mismo tiempo dicha conducta configurara el medio, que sólo puede realizarse por un hacer, como lo es, la violencia física o moral.

Por lo anterior creo innecesario hacer el estudio de la omisión (forma en que se traduce la conducta), habida cuenta que como manifieste líneas arriba, el delito en comento, sólo puede

efectuarse mediante un hacer, dado que es fácticamente imposible se consume por una omisión simple o por una comisión por omisión, pues mediante un no hacer voluntario no es factible que exista penetración o introducción de un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal, y al mismo tiempo realizar el medio necesario de la violencia física o moral.

3.3.1. Clasificación en orden a la conducta.

El estudio del delito en orden a la conducta atiende a la actividad o inactividad y al número de actos en que se puede llevar a cabo la acción. (176)

La doctrina para realizar el estudio del delito en orden a la conducta los divide en delitos de acción, de omisión, de omisión mediante acción, mixto de acción y omisión, delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento, omisión de resultados, doblemente omisivos, unisubsistentes o plurisubsistentes y habituales.

Nosotros no vamos a entrar al estudio de cada una de las clasificaciones que se hacen respecto del delito en orden

176 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 371-378., F. - PAVON VASCONCELOS; op. cit., pp. 223-228.

a la conducta, sino sólo tomaremos la que pensamos admite el tipo en análisis.

Clasificando el "delito de violación no realizado con el miembro viril", en orden a la conducta, lo consideramos como un tipo:

- a) De acción
- b) Unisubsistente, o
- c) Plurisubsistente.

a) De acción. El tipo en estudio, es de los que sólo puede cometerse mediante un comportamiento activo voluntario, pues no se concibe, una omisión que implique introducción o penetración de un elemento o instrumento en vía vaginal o anal del sujeto pasivo, e igualmente lleve a cabo el medio típico violencia física o moral.

b) Unisubsistente. Es un delito unisubsistente, habida cuenta que se puede realizar el verbo rector del tipo "introducir" el elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal, en un sólo acto, -claro está, haciendo uso del medio típico, violencia (física o moral).

c) Plurisubsistente. Es un tipo plurisubsistente, porque si bien se puede llevar a cabo en un sólo acto, esto no obsta

para que también su ejecución violenta se verifique en varios actos que forman un sólo contexto de acción.

3.3.2 Clasificación en orden al resultado.

Los tratadistas en Derecho Penal, también clasifican el delito en orden al resultado, quedando el delito así dividido en instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, permanente, necesariamente permanente, eventualmente permanente, de simple conducta o formal, de resultado o material y de daño y peligro.
(177)

a) En atención al delito instantáneo, existen dos teorías que pretenden precisar su esencia, una fundándose en la instantaneidad de la consumación, la otra, basándose en la naturaleza del bien jurídico protegido.

Respecto a la teoría de la instantaneidad de la consumación, se fundamenta en que aquélla se concreta en la imposibilidad de la perdurabilidad de la consumación.

177 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS; op. cit., pp. 228-237. C. PORTE PETIT CANDAUDAP; Programa... pp. 212 a 229 y Apuntamientos ... pp. 379 a 396.

Por otra parte, la teoría que fundamenta la instantaneidad del delito en la naturaleza de la afectación del bien jurídico protegido, se hace consistir en que el delito instantáneo es aquel que tiene como objeto jurídico bienes destructibles o disminuíbles, y será permanente cuando se comprima al interés tutelado.

La teoría que consideramos correcta, es la que funda la instantaneidad del delito en la perdurabilidad o no de la consumación; principio recogido por nuestro ordenamiento punitivo en reciente reforma llevada a cabo al mismo, en el artículo 7o. disponiéndose en su fracción I, que el delito es "instantáneo" cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, modificación que es un paso trascendental, pues tienen importancia para resolver cuestiones de relevancia descollada, como las relativas a la competencia, la autoría y participación entre otras.

Ahora bien, por lo que se refiere al "delito de violación no realizado con el miembro viril", este es un delito instantáneo, pues tan pronto se penetra o introduce el elemento o instrumento en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, se agota su consumación, es decir, se termina, se acaba.

b) El tipo que se analiza es un delito de simple conducta o formal, toda vez que como ya mencione líneas arriba, sólo se requiere de un resultado típico, esto es, jurídico, y no de una mutación en el mundo exterior, que pudiera ser físico, psíquico, fisiológico, anatómico o económico.

c) Es un delito de daño en razón de que se lesiona el bien jurídico tutelado por el tipo en estudio, por razón de que el interés protegido consiste en la libertad sexual.

3.3.3 La Ausencia de Conducta.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento material. Existe ausencia de conducta cuando la actividad o inactividad desplegada por el sujeto sean involuntarios.

Cuando hablamos de la conducta establecimos como requisito fundamental para la existencia de la misma, que se tratara de un compartimiento voluntario, es decir, no sólo debía existir la actividad o inactividad, desvinculada del aspecto subjetivo caracterizado por la voluntad, porque entonces la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos producida de esa manera semejaría a puros y simples fenómenos causales como los originados por la naturaleza o por el comportamiento de los animales, y por tal motivo, no se le podría reprochar a un individuo esa causación de resultado, dado que ni siquiera

fueron queridos por el propio agente. Lo mismo sucede cuando existe únicamente la voluntad y falta el elemento objetivo de la conducta, esto es, la actividad o inactividad, pues se diría para tales casos, que "el pensamiento no delinque".

Del mismo parecer es Zaffaroni cuando expresa:

la conducta - como carácter genérico del delito-cumple dentro de la estructura teórica la función de cimiento de la misma, que se traduce, llevada a la analítica de los casos particulares, en una función de selección previa, por lo que desde comienzo del análisis se desechan algunos hechos que no son conducta y por cuya tipicidad resultaría absurdo interrogarse, toda vez que se sabe que el tipo traduce una prohibición y el derecho sólo puede prohibir conductas. (178)

Agrega el mismo autor:

ninguna duda cabe que no constituyen conducta los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre, perteneciendo a la historia de nuestra ciencia la punición de cosas y animales. (179)

A este respecto Sainz Cantero manifiesta:

la paralela construcción que de la acción y de la omisión acabamos de hacer, permite, a efectos

178 RAUL ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal. Parte General; 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, p. 379.

179 Ibid., p. 379.

prácticos dar un mismo tratamiento a las cuestiones de ausencia de ambas formas de conducta humana. La constatación por el intérprete de que falta alguno de los elementos que como esenciales indicamos, obligará a afirmar que no existe el primer elemento del delito - la acción u omisión que al Derecho Penal importa - y paralizará el análisis del supuesto sometido a la consideración del jurista. (180)

En México, el maestro Pavón Vasconcelos indica que por ausencia de conducta debemos entender:

cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad. (181)

Finalmente, Don Celestino Porte Petit afirma que la ausencia de conducta, es decir,

el aspecto negativo entraña la actividad o la inactividad no voluntarias. (182)

Actualmente, nuestro ordenamiento punitivo establece en la fracción I del numeral 15, que es circunstancia excluyente

180 J. SAINZ CANTERO: op. cit., p. 282.

181 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 248.

182 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 405.

de responsabilidad penal, incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias; fórmula que regula genéricamente el aspecto negativo de la conducta, quedando comprendidas en tan breve definición, cualquier supuesto donde llevando cabo un hacer o movimiento corporal o, un no hacer o inactividad, falta la voluntad.

Doctrinalmente las hipótesis que se mencionan como causas o clases de ausencia de conducta son:

a) Fuerza física irresistible o vis absoluta. Se presenta:

cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por violencia física humana e irresistible. (183)

Cuando se presenta la fuerza física irresistible, se dice que el individuo realiza un hacer o un no hacer que no quería ejecutar.

El maestro Pavón Vasconcelos apunta:

183 Ibid., op. cit., p. 406.

la vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física o la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse. (184)

El jurista Sainz Cantero nos dice al respecto:

en los casos de fuerza irresistible la conducta corporal externa se produce de modo mecánico, debido a una fuerza física exterior, a la que el sujeto materialmente no puede resistir, anula totalmente la voluntad de actuación (acción) o de no actuación (omisión). (185)

b) Fuerza mayor.

La vis mayor es una hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana. (186)

El penalista Pavón Vasconcelos es de parecer que:

184 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 249.

185 J. SAINZ CANTERO: op. cit., p. 283.

186 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 416.

en la fuerza mayor presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada por la naturaleza o en seres irracionales. La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor (vis maior), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. (187)

Finalmente, el maestro Zaffaroni asevera que:

la fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero. Hay fuerza física proveniente de la naturaleza cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por una corriente de agua, empujado por un árbol que cae, etc. (188)

Para nosotros, la fuerza maior es aquella proveniente de la naturaleza o de los animales que materialmente incide sobre el sujeto haciendo que éste realice una actividad o una inactividad sin voluntad.

c) Movimientos reflejos. Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay forma de ésta: acción porque falta la voluntad. Sin embargo, puede

187 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 251-252.

188 R. ZAFFARONI: op. cit., p. 381.

sucedir que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría o bien de que no lo previó, debiendo haberlo previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación. (189)

A este respecto, el maestro Sainz Cantero anota:

las conductas producidas por reacciones corporales, totalmente mecánicas sin participación alguna de la voluntad (los llamados movimientos reflejos). Esto ocurre en los supuestos en que se realiza una conducta externa, lesiva de bienes, jurídicamente realizados en un momento de sobresalto. En ellos un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la voluntad, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento. (190)

El ilustre penalista Jescheck enseña que:

los movimientos reflejos no pueden integrar el concepto de acción, porque no son controlables por la voluntad ni merecedores, por tanto, de atención en orden a la imputación jurídico-penal. (191)

189 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 417. F. PAVON - VASCONCELOS: Op. cit., p. 257, agrega que: en los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta.

190 J. SAINZ CANTERO: op. cit., p. 287.

191 H. HEINRICH JESCHECK: op. cit., p. 268.

d) Movimiento fisiológicos. Igualmente puede producirse un resultado típico o típico y material a causa de un movimiento fisiológico, originándose un aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad.

e) Por lo que respecta al sueño, sonambulismo e hipnotismo existe discusión si verdaderamente constituyen auténticas causas de ausencia de conducta o de inimputabilidad.

Ahora bien, por lo que se refiere al tipo en estudio; creo que no es posible se presente alguna hipótesis de las mencionadas como aspecto negativo del elemento material, en virtud de que la conducta debe estar coloreada por el medio típico "violencia" sea ésta física o moral, y no es posible que el sujeto realice un comportamiento por medio de aquella, relativo a introducir un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo, y al mismo tiempo este ausente la voluntad. La precedente afirmación podría ponerse a discusión solamente en las hipótesis que hemos mencionado como supuestos discutibles de ausencia de conducta, que para nosotros vendría a constituir verdaderos estados de inimputabilidad. Así, en los casos de hipnosis por ejemplo, se nos podría decir, que un sujeto en ese estado puede introducir utilizando la violencia física o moral, un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, de una persona.

3.4 La Tipicidad y la Atipicidad

3.4.1 El Tipo.

Los conceptos de tipicidad (elemento del delito) y tipo (presupuesto de la tipicidad), deben delimitarse de manera precisa, en virtud de que en ocasiones se les llega a confundir.

Se ha considerado a la tipicidad como uno de los requisitos que da vida a uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Democrático; nos referimos al principio de positividad, de reserva, de legalidad, de concentración legislativa o de predominio exclusivo de la ley. La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentalmente de las personas, el carácter de "última ratio" (192) que esa intervención tiene, impone necesariamente la

192 Cfr. NOVOA MONREAL, quien nos dice que: "por ser el derecho penal la última ratio en el obediencia de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir dentro de la función coactiva del Estado, se conecta directamente con dos extremos dentro de sus características propias: por una parte sólo entra en acción cuando la perturbación del orden social alcanza un grado considerable; por otra, las medidas que emplea afectan gravemente la libertad del perturbador y hasta su vida, comprometiendo así valores suyos que se tienen por derechos fundamentales de la persona humana. "La evolución del derecho penal en el presente siglo": publicado en el libro LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Vol. I. p. 95. UNAM, 1979.

búsqueda de un principio que limite el poder punitivo estatal y confirme su aplicación dentro de los cotos que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio es tradicionalmente conocido con el nombre de "principio de legalidad". Constituye una garantía de seguridad en un Estado Democrático Liberal respetuoso de los derechos del ciudadano, pues mediante esta máxima el individuo sabe lo que es lícito de lo que no lo es, así como las consecuencias jurídicas que su comisión acarrea.

Nos dice Sainz Cantero que:

el principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege), encuentra esta formulación: ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior a su perpetración haya considerado como tal (nullum crimen sine previa lege); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (nullum poena sine lege). Su envoltura latina se debe a Feuerbach quien lo enunció en conexión en su teoría de la coacción psicológica, en cuanto que para que a la pena le sea posible cumplir la función de coacción, psíquicamente sobre los ciudadanos, es preciso que el delito y la pena aparezcan claramente descritos en la ley. La idea que constituye el núcleo del principio de legalidad no encuentra su origen en el autor citado sino que es el fruto de una larga y apasionada evolución, donde se ha enfrentando, en lucha cruenta, con la arbitrariedad y los abusos del poder. (193)

En conclusión, nuestro Derecho Penal está regido por el principio de legalidad, el cual en esta materia da vida a lo que conocemos como "tipo". Nuestra idea en referencia al tipo es en el sentido de que éste constituye la descripción que hace el legislador respecto a una conducta o hecho que se consideran materialmente antijurídicos y, que con el establecimiento de un mandato (norma preceptiva) o una prohibición (norma prohibitiva) se le erige en formalmente ilícitos.

Algunos autores expresan su parecer respecto al concepto de tipo penal, así:

El maestro Rodríguez Mourullo indica:

Entendemos por tipo el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad. (194)

El penalista Wessels comenta, el tipo propiamente dicho:

se agota en la descripción de las características que dan al delito de que se trata. Su individualidad y su contenido típico de injusto. (195)

194 GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO. Derecho Penal. Parte General; - Civitas, Madrid, 1978, pp. 239-240.

195 JOHANNES WESSELS: Derecho Penal. Parte General; Depalma - Buenos Aires, 1980, p. 38.

Por su parte, el jurista Sainz Cantero observa:

puede definirse el tipo como el conjunto de las características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad. (196)

En México, el maestro Pavón Vasconcelos enseña, el tipo legal:

es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella una sanción penal. (197)

Finalmente, Don Celestino Porte Petit nos dice:

el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo, además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos. (198)

Al tipo se le considera actualmente por los especialistas en la disciplina jurídico-penal, como un modelo de conducta, esto es, el legislador describe comportamientos que de llevar

196 J. SAINZ CANTERO: op. cit., T.II, p. 292.

197 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 265.

198 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 423-424.

«cabo el sujeto activo infringe una prohibición u omite realizar una acción esperada que le exige la ley, o sea, viola normas prohibitivas o preceptivas.

Como he manifestado, se ha impuesto en la moderna política criminal el principio de legalidad, como garantía individual de los ciudadanos en un Estado Democrático Liberal de Derecho, en virtud del cual toda conducta para constituir delito y traer como consecuencia una pena o medida de seguridad deberá estar previamente establecida en la ley, lo mismo que las mencionadas sanciones.

El tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", esta previsto en el Título Decimoquinto, intitulado "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", en el Capítulo I, artículo 265, párrafo tercero que establece:

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. (199)

3.4.2 Tipicidad.

En otro orden de ideas, el tipo como ya hemos expresado, es distinto a la tipicidad, por lo que pasaremos a transcribir algunos comentarios de distinguidos tratadistas.

El profesor Pavón Vasconcelos opina, tipicidad es:

la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa. (200)

Por su parte, Don Luis Jiménez de Asúa argumenta:

la descripción legal, desprovista de carácter valorativo - según el creador de la teoría -, es lo que constituye la tipicidad. (201)

El penalista Sainz Cantero nos dice:

la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y el tipo penal (esto es: que es subsumible en un tipo penal)- decimos que es una acción típica. (202)

200 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 283.

201 LUIS JIMENEZ DE ASUA: La Ley y el Delito; 12a. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1981, p. 235.

202 J. SAINZ CANTERO: op. cit., p. 292.

Finalmente, el jurista Rodríguez Mourullo afirma:

la tipicidad como elemento esencial de la acción punible no es sino el precipitado técnico de la vigencia del principio de legalidad. (203)

Concluyendo, la tipicidad es la adecuación al tipo, no decimos la adecuación de la conducta al tipo, en razón de que no en todas las ocasiones los tipos sólo describen el elemento material "conducta" o "hecho", sino que en ocasiones requieren de diversas circunstancias, como medios, referencias temporales, especiales o de cualquier otra índole, elementos normativos de valoración jurídica o cultural, elementos subjetivos del injusto o especiales cualidades en los sujetos etc.

Habra tipicidad en el delito en análisis, cuando un sujeto lleve a cabo la conducta descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, esto es, cuando introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

3.4.2.1. Elementos Típicos

Respecto a los elementos del tipo contamos con las siguientes opiniones:

203 G. RODRIGUEZ MOURULLO: op. cit., p. 283.

El maestro Rodríguez Mourullo nos dice:

las piedras maestras sobre las que se edifica el tipo son: el sujeto activo, la acción, el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo. (204)

Por su parte, el maestro Carranca y Trujillo sostiene:

como elementos integrantes del tipo normal distingúense en nuestro derecho: el sujeto activo, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas "haga o deje de hacer" esto o aquello; y, por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquél sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro. (205)

El famoso penalista alemán, Don Edmundo Mezger, al referirse a la estructura interna de los elementos del tipo, señala a los elementos descriptivos del tipo (elementos típicos objetivos del mundo sensible externo y elementos típicos subjetivos del injusto); elementos típicos normativos

204 Ibid., op. cit., ed., 1977, p. 267.

205 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; 14a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 407.

(elementos del juicio cognitivo, elementos típicos de juicio valorativo - emocional -, "que exigen una valoración en sentido estricto; elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho (el sujeto de la acción - jurídico - penal); la acción y el objeto de la acción. (206)

Por último, Don Celestino Porte Petit indica que forma parte del tipo, el presupuesto del delito; el elemento material, que esta constituido por la conducta o hecho; las modalidades de la conducta: referencias de tiempo, lugar, "referencia legal a otro hecho punible" o "referencia de otra índole exigida por el tipo", y a los medios empleados; elementos del juicio cognitivo, elementos normativos de valoración jurídica o cultural y elementos subjetivos del injusto; el sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico o material o bien jurídico y el objeto y el objeto material. (207)

Nuestra opinión respecto a los elementos del tipo es en el siguiente sentido: tratándose de un tipo normal, esto es, cuando el legislador se refiere a situaciones meramente

206 Cfr. EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. - del alemán por Conrado A. Finzi); Cárdenas Editor y distribuidor, s.f., pp. 146-148.

207 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamiento de la Parte - General de Derecho Penal; 11a. ed., Porrúa, México, 1987, - p. 341.

objetivos, sus elementos serán: el sujeto activo, la acción (pudiendo concurrir ciertas modalidades respecto al tiempo, lugar y a los medios), el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo. Y, cuando estemos en presencia de un tipo anormal, sus elementos serán los integrantes del tipo normal y además elementos normativos (de valoración jurídica o cultural) y elementos subjetivos del injusto (pudiendo concurrir uno o ambos elementos).

Ahora bien, es de nuestro parecer que, el "delito de violación no realizado con el miembro viril", contiene los elementos del tipo normal, habida cuenta que estimo, no contempla elementos normativos ni subjetivos del injusto.

De lo escrito anteriormente, opino que los elementos integrantes del tipo en comento son los siguientes:

- a) Elemento material (conducta-acción);
- b) Modalidades de la acción (espaciales o de lugar y en cuanto a los medios);
- c) sujeto activo;
- d) el objeto de la acción (jurídico y material) y
- e) el sujeto pasivo.

Pasamos a estudiar cada uno de los elementos señalados, enfocados al tipo en análisis.

a) Elemento material (conducta-acción).

Forma parte del tipo, el elemento material, que esta constituido por la conducta o hecho, originándose los delitos de mera conducta o de resultado material. (208)

Al estudiar en el presente capítulo, el primer elemento del delito, hicimos referencia al elemento material, y concluimos que el tipo de violación no realizado con el miembro viril, sólo puede realizarse mediante la forma de comisión llevada a cabo por medio de un hacer voluntario (acción), habida cuenta que el verbo "introducir" un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal, implica forzosamente un hacer, un movimiento corporal voluntario.

Sólo cabe agregar que el sujeto activo del delito debe "introducir" por vía vaginal o anal un "elemento" o "instrumento" distinto al miembro viril, y, haciendo una interpretación gramatical, por "elemento" se entiende: a) Fundamento móvil o parte integrante de una cosa ; b) parte simple de una cosa; c) principio físico o químico que entra en la composición de los cuerpos, y d) cuerpo simple. (209)

208 Ibid., p. 342.

209 Cfr. Diccionario de la Lengua Española; Carrogio, Barcelona, España, 1982.

De las distintas connotaciones enumeradas, la correcta a efectos del tipo en cuestión, es la acepción aludida en primer término; esto es. "elemento" es el fundamento móvil o parte integrante de una cosa. En efecto, todo aquello que forme parte de una cosa se considera elemento, y, en forma ilustrativa, podemos citar el siguiente ejemplo, cuando el activo (hombre o mujer) introduzca un dedo (parte integrante del cuerpo) por la vía anal, tratándose de sujeto pasivo hombre o, por la vía anal o vaginal siendo víctima la mujer, claro tiene que concurrir la violencia física o moral para que exista tipicidad.

Ahora bien, la palabra "instrumento" a que se refiere el tipo en estudio, de acuerdo al diccionario de la lengua española, significa: 1) conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente que sirve con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios; 2) ingenio o máquina; 3) Aquello de que nos servimos para hacer una cosa; 4) escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa; 5) instrumento o músico; y 6) lo que sirve de medio para hacer una cosa o conseguir un fin. (210)

De los diferentes significados del término "instrumento", consideramos que el señalado en tercer lugar es el más cercano

210 Cfr. Ibid.

a la voluntad de la ley, es decir, "instrumento" será aquello de que nos servimos para hacer una cosa. Podemos señalar como ejemplo, cuando el autor del delito, introduzca una pluma por la vía vaginal o anal, por supuesto debe ser por medio de la fuerza o intimidación para que sea subsumible al tipo.

En conclusión, la diferencia entre "elemento" e "instrumento" dependerá de la naturaleza de la materia, es decir, de la cosa u objeto que se introduzca, pues cuando forme parte de algo, será elemento, de lo contrario se tratará de un instrumento.

Lo anterior, creo que es trascendente para evitar conculcar los derechos públicos de los agentes del delito, pues puede acontecer en la práctica, que el Ministerio Público ejercite acción penal por este delito, por la hipótesis de "introducción de un elemento"; el Juez Penal, dicte auto de formal prisión por la hipótesis de "introducción de un instrumento"; el Organo Técnico formule conclusiones acusatorias por la hipótesis de "introducción de un elemento" y finalmente, el Juez de "introducción de un elemento", vulnerando con ello las garantías individuales del acusado.

b) Modalidades de la acción.

1) Modalidades espaciales o de lugar.

El tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio. (211)

El maestro Pavón Vasconcelos anota:

la punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. (212)

En fin, el ilustre penalista alemán Edmundo Mezger indica que - en ocasiones exige:

la ley exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo. Por tanto, es necesario para que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas por el tipo. (213)

211 L. JIMENEZ DE ASUA: La Ley... p. 253.

212 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. - ed., Porrúa, México, 1987, p. 277.

213 EDMUNDO MEZGER citado por CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP : Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; 12a. - ed., Porrúa, México, 1987.

En relación al tipo que nos ocupa, estimo que exige una modalidad espacial o de lugar en cuanto a la conducta (acción), pues al mencionar "... al que introduzca por la vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril...", está exigiendo como requisito para que exista la tipicidad, que el sujeto activo del delito, lleve a cabo la conducta (acción), consistente como se dijo líneas arriba, en introducir un elemento o instrumento, pero, tal introducción o penetración debe realizarse sólo en la vía vaginal o anal esto es, el tipo indica en que lugar debe introducirse el elemento o instrumento (claro, debe efectuarse por medio de la vis absoluta o vis compulsiva), entendiéndose por vía anal, el orificio en que termina el conducto digestivo, y por el cual se expelle excremento; y por vía vaginal, el órgano copulador de las hembras. Se extiende desde la vulva hasta la matriz. (214)

Entonces, de no darse esta modalidad de lugar, no podrá integrarse el tipo, es decir, no habrá adecuación o conformidad al a lo descrito por el numeral 265 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal.

214 Cfr. Diccionario de la Lengua Española; Carrogió, Barcelona España, 1982.

Por otra parte, creo que el tipo es alternativo en cuanto a la modalidad de lugar, cuenta habida de que al expresar "... por vía vaginal "o" anal... "puede perpetrarse la conducta (acción) solamente en la vía vaginal (por medio de la fuerza o intimidación) y se dará la tipicidad, "o" en la vía anal (por supuesto también por medio de la violencia física o moral) para que haya adecuación o encuadramiento al tipo, empero, nada impide que puedan concurrir ambas hipótesis, esto es, la conducta puede perpetrarse tratándose de sujeto pasivo mujer, tanto en la vía vaginal como anal, pero no debe entenderse como la comisión de dos delitos (concurso de delitos), sino como un delito cometido en un sólo contexto de acción (integrado por varios actos), sin embargo, en el supuesto que la conducta se realice por una de las vías vaginal o anal debe señalarse con exactitud en el proceso judicial.

2) Modalidades en cuanto a los medios de comisión.

Algunos tipos, exigen para su integración, que la acción se realice sólo por determinados medios, y, en caso de no concurrir estos, no se dará la tipicidad, pues:

aun cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar

alguna agravación de la pena. (215)

Ahora bien, considero que el tipo en examen, es un delito de formulación casuística, en virtud de señalar los medios productores del resultado, es decir, sólo por medio de la violencia física "o" moral se debe efectuar la conducta (acción) para que pueda ser subsumible al tipo.

De lo anterior, se desprende que la violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia del pasivo, es decir, la violencia es el elemento fundamental del "delito de violación no realizado con el miembro viril", supuesto que a virtud de ella, se ataca la libertad sexual, que constituye para nosotros el bien jurídico tutelado.

Emplearemos en este apartado, los conceptos de violencia física y moral mencionados en el capítulo I de este trabajo, al analizar el delito de violación propia previsto en el párrafo primero del artículo 265 del Código Penal, en virtud de que estimo que los mismos podemos aplicarlos al tipo en estudio, claro, con algunas consideraciones que anotaremos a continuación.

1) Violencia física.

Respecto a la violencia física contamos con las siguientes definiciones:

El penalista González de la Vega manifiesta que la violencia física:

consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir. El empleo de la fuerza material (vis) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal. Además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva. (216)

Para Don Celestino Porte Petit, la violencia física o vis absoluta consiste:

en la fuerza de naturaleza material bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula. (217)

216 FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano; 22a. ed., Porrúa, México, 1988, p. 393.

217 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático... p. 42.

En fin, el profesor González Blanco indica que:

Para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima. (218)

Los tratadistas señalan como requisitos para la existencia de la fuerza material o violencia física, los siguientes:

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo;
- b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia,
y
- c) La resistencia debe ser seria y constante o continuada.
(219)

En relación al último requisito el maestro Carrara expresa:

218 A. GONZALEZ BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 2a. ed., Porrúa, México, 1969, p. 152.

219 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP; op. cit., p. 43.

para que haya violencia carnal la resistencia de la mujer debe ser seria y constante; seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese una voluntad decididamente contraria; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar concurso en el goce mutuo. (220)

Ahora bien, para efectos del tipo en análisis, estimo que por violencia física debe entenderse la fuerza material que ejerza el activo sobre el cuerpo del pasivo, al momento de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal, empero, es de nuestro parecer que los requisitos de la vis absoluta que señalan los maestros mencionados renglones anteriores, es decir, que debe ser seria constante o continuada, y no que exista al comienzo y que después se abandone para dar lugar a un concurso en el goce mutuo, no se aplican al tipo previsto en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, habida cuenta de que creo es suficiente que el activo ejerza la fuerza material en el cuerpo del pasivo para introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal, para que su conducta (acción) sea típica, pues dudamos que el pasivo resista al principio y después acepte dicha

220 FRANCISCO CARRARA: Programa de Derecho Criminal. Parte -- Especial V. II (Trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero); Temis, Bogotá, 1973, p. 254.

introducción en el ano o vagina, pues en tal situación, estaríamos ante un perverso sexual como sujeto activo y un enfermo mental como sujeto pasivo, al fin ambos enfermos.

2) Violencia moral.

Otro de los medios de comisión de este delito, es la violencia moral, intimidación o vis compulsiva que:

se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidación a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición, según Carrara, que sean serios y constantes. Esta forma de violencia aun cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa. Y, a diferencia de lo que sucede en la violencia física no impone la resistencia. (221)

La violencia moral viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de construcción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetiva. En otras palabras, la violencia moral, por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso de que intimide. De otra forma, no existiría relación de causa a efecto entre violencia y la obtención de la cúpula. (222)

221 A. GONZALEZ BLANCO: op. cit., p. 155.

222 Ibid., p. 157.

Al respecto el maestro González de la Vega sostiene que:

la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. (223)

Agrega el mismo autor:

No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaeran en personas de su afecto. (224)

De la misma opinión es Don Celestino Porte Petit al manifestar - que:

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculo de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula. (225)

223 F. GONZALEZ DE LA VEGA: op. cit., p. 397.

224 Ibid., p. 397.

225 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 46.

De los conceptos transcritos anteriormente, coincidimos con el maestro Porte Petit, al expresar que la violencia moral o vis compulsiva es la exteorización que el activo hace al pasivo o a un tercero con quien tenga vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo, y agregaríamos, como indica Carrara, el mal con que se amenaza puede recaer sobre cualquier ínteres jurídico como lo es la vida, integridad corporal, el honor, la libertad, el patrimonio, etc.

Creo, no presenta ningún problema el concepto de violencia moral a que nos hemos referido líneas arriba, por lo que el mismo lo podemos aplicar al "delito de violación no realizado con el miembro viril", siendo uno de los medios productores del resultado.

c) Sujeto activo.

Sabemos que las normas jurídico penales, contienen mandatos o prohibiciones y que se hallan encaminadas a la protección de la humana convivencia y sólo el hombre puede trasgredirlas. Debido a ello, solo la persona perteneciente a determinada sociedad organizada es quien incumple o realiza las prescripciones o prohibiciones de sus normas. En el ámbito punitivo son denominados sujetos activos o mejor aún, sujetos de acción típica, pues a través de sus conductas se adecuan a los

llamados tipos de injusto, figuras típicas de la parte especial de los Códigos Penales que estructura el legislador sobre la base precisamente del actuar humano. Es por ello, que, como expone el maestro Raúl Carranca' y Trujillo.

nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo (arts. 7, 8, 10 etc. c.p.). (226)

Por su parte el jurista Gonzálo Rodríguez Mourullo expresa:

sujeto activo es el que realiza la acción descrita en el tipo . A de ser siempre, como ya sabemos, una persona humana. (227)

Finalmente, Don Porte Petit anota sujeto activo, es:

el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. (228)

226 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; 14a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 250. -

227 GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO: Derecho Penal. Parte General; - Civitas, Madrid, 1977, p. 267.

228 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos... p. 346.

De lo anterior, se concluye que sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, habida cuenta que el hombre es el único provisto de capacidad y voluntariedad para infringir las disposiciones jurídico-penales.

En el tipo en examen, es sujeto activo, quien introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, de acuerdo con lo descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

Por otra parte, los tratadistas hacen una clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad, pues ciertos tipos de la parte especial del Código Penal, exigen determinada calidad en el agente del delito, y, así los dividen en tipos generales, comunes o indiferentes, cuando:

las disposiciones penales contenidas en la parte especial empiezan con las palabras "el que"... sinónimo de cualquiera. (229)

Sin embargo, en ocasiones, la configuración típica reviste de ciertas cualidades a dicho sujeto, en los que se prevé

229 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. Conrado A. Finzi); Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f. p. 148.

como posibles autores a personas especialmente caracterizadas:

originándose los llamados delitos propios especiales o exclusivos. (230)

Cuando el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo para que concurra el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito, se estará en presencia de los tipos, delito de propia mano, como precisa Don Edmundo Mezger, son delitos de propia mano aquellos:

en los que puede ser autor solamente la persona que actúa directamente. (231)

También en la doctrina se clasifica el sujeto activo en cuanto al número y se dice que si la adecuación típica puede realizarse por uno o más sujetos, el tipo será monosubjetivo en cuanto al número de activos, en cambio, si requiere la intervención de dos o más sujetos, estaremos en presencia del denominado plurisubjetivo o concurso necesario de personas. (232)

230 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos... p. 346.

231 E. MEZGER: op. cit., p. 148.

232 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos...p. 346.

Analizando el tipo en estudio, concluimos que se trata de un tipo en relación al sujeto activo:

1) General, común o indiferente. Pues al expresar el artículo 265 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal, "al que", no se desprende algún carácter especial, por lo que permite su comisión por cualquier persona. Empero, si bien es cierto que cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, también es que, tratándose de sujeto pasivo hombre, sólo puede ser activo un hombre, por evidentes razones anatómicas (a menos que se trate de un hermafrodita, o sea, aquél individuo que reuna en sí mismos los dos sexos), en el caso de la mujer como pasivo, creo no presenta ningún problema.

2) Es un delito de propia mano. Habida cuenta que el sujeto activo debe cometerlo directamente, esto es, personalmente, utilizando los medios exigidos por el tipo, sin que pueda cometerlo sirviéndose de otra persona como instrumento.

3) En cuanto al número de sujetos activos, es un tipo monosubjetivo, individual o de sujeto único, porque no exige para su comisión la intervención de varios sujetos.

d) El objeto de la acción.

También forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto jurídico o material. (233)

En la doctrina se hace la distinción entre objeto jurídico y objeto material, empero, el segundo ha recibido diversas denominaciones, de material o corporal, y de diferente terminología, pero de semejante contenido, como objeto de ataque y objeto de acción, objeto de la conducta. (234)

Nosotros en este punto, haremos referencia sólo al objeto material, pues respecto al objeto jurídico u objeto de protección, le dedicaremos renglones posteriores.

d.1 Objeto material.

Respecto al objeto material, contamos con las siguientes definiciones:

El objeto material o de la acción es toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley. (235)

233 C. FORNIE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 350.

234 Cfr. LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal T. III. El delito; 2a. ed., Losada, Buenos Aires, 1958, p. 109.

235 Ibid., p. 109.

el objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito. (236)

objeto material es la persona o cosa sobre la que recae el delito. (237)

El objeto material puede ser personal o real:

el primero puede ser tanto la propia persona, como la ajena, y tanto la persona en su aspecto físico, como en su aspecto psíquico. Y en este último caso, tanto la psique en su integridad, como en uno de sus aspectos (conciencia, sentimiento y voluntad. (238)

Y, en cuanto al objeto material real o también llamado objeto material natural, habida cuenta que se toma a:

la cosa en el sentido meramente natural; toda y cualquier parte del mundo externo. (239)

Por último:

236 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos... p. 351.

237 R. CARRANCA Y TRUJILLO: op. cit., p. 257.

238 GRISPIGNI; citado por L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 110.

239 Ibid., p. 110.

cuando el objeto material sobre el que recae la conducta típica es una persona, ésta tiene el carácter de sujeto pasivo del delito si es también titular del bien o interés tutelado en el tipo penal. Así, por ejemplo en el homicidio, la persona sobre la que recae la acción homicida es contemporáneamente objeto material de la conducta y titular del bien jurídico tutelado o lo que es lo mismo, sujeto pasivo del delito. Pero existen otros casos en los que no hay identidad alguna entre la persona sobre la que recae la acción material del sujeto activo y el sujeto pasivo. (240)

Nuestro punto de vista respecto al objeto material en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", es en el sentido de que se trata de un objeto material personal, pues la conducta (acción) sólo puede recaer sobre una persona independientemente del sexo, entonces, objeto material, será aquél sujeto (hombre o mujer) a quien se introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía anal (hombre o mujer) o vaginal (mujer) por medio de la violencia física o moral.

Por otra parte, en el tipo en análisis, la acción recae sobre el objeto material, y, como anotamos líneas arriba, se trata de un objeto material personal, por lo que en este caso el objeto material coincide con el sujeto pasivo del delito.

d.2 Bien jurídico.

Renglones anteriores, manifestamos que los tratadistas distinguen entre objeto jurídico y objeto material del delito, y así, respecto al primero lo denominan: bien jurídico, objeto de protección, objeto de ataque, objetividad tutelada, siendo términos sinónimos.

Pasamos ahora a analizar el objeto jurídico como elemento del tipo.

El ilustre maestro Jiménez Huerta nos dice que:

Las figuras "hallan su ratio essendi" en la necesidad de tutelar enérgicamente determinados bienes e intereses jurídicos, salta a la vista la vigencia de conocer y precisar de una manera exacta el bien o interés jurídico que cada tipo protege. El bien jurídico expresa en la forma más suscita el fin que se propuso el legislador al elaborar las diversas figuras típicas, y representa la síntesis con que el pensamiento jurídico trata de captar en forma comprimida el sentido y el fin de los diversos tipos penales. Sólo de la determinación del bien jurídico irradica la necesaria claridad para la comprensión de las diversas características del tipo que se trata de aplicar, pues la descripción de la conducta que se lesiona o pone en peligro el bien protegido ha de amoldarse a la naturaleza de éste. La peculiar esencia de los bienes jurídicos fundamentales, -vida, integridad, corporal, honor, libertad, patrimonio, etc.-, deja su indeleble huella en la arquitectónica estructura de la figura típica y se refleja forzosamente en su aspecto externo, ya que la descripción de conducta que cada tipo contiene se hace con la vista puesta en el bien jurídico que se quiere

proteger y en las formas en que pueda ser atacado. La adecuación e inadecuación de la conducta al tipo depende, pues, del bien o interés jurídico que el tipo protege y de la amplitud o estrictez de esta protección. (241)

Por su parte el penalista Zaffaroni anota:

hay ciertos entes por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos), y cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena "penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados. No se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más - o mucho más - que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico (de telos, fin) a la ley penal. Sin el bien jurídico, no hay un "¿para que?" del tipo y, por ende, no hay posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal. Sin el bien jurídico, caemos en un formulismo legal, en una pura jurisprudencia de conceptos. Por otra parte ya en la área de nuestro derecho positivo, no se admite una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. (242)

241 MARIANO JIMENEZ HUERTA; Derecho Penal Mexicano T.I.; 5a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 301.

242 RAUL ZAFFARONI; Manual de Derecho Penal. Parte General; 1a. ed., Cárdenas editor y Distribuidor, México, 1985, pp. 409-410.

Finalmente, el jurista Don Edmundo Mezger explica:

La determinación del bien jurídico no es siempre clara y terminante. A menudo, se ponen de manifiesto en la misma, también, diferencias profundas de pareceres acerca del verdadero fin de una disposición penal, que tienen, por su parte, una amplia influencia sobre la interpretación de la ley. De tal manera, el bien jurídico esta destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal. En virtud del bien jurídico, se reconoce siempre, con claridad y evidencia, cual es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley, frente a una situación determinada de relaciones sociales. (243)

Ahora bien, de las anteriores consideraciones, surge la necesidad de conocer y precisar *¿cuál* es el interés o bien jurídico protegido por el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal? *¿cuál* es la ratio essendi de esta figura delictiva? *¿cuál* fue el propósito del legislador al crear este tipo?

Antes de contestar estas interrogantes, haremos mención a algunos conceptos que dan los estudiosos del Derecho Penal en relación al objeto jurídico como elemento típico de la figura delictiva.

243 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. del alemán de la 6a. ed., por Conrado A. Finzi) Cárdenas. Editor y Distribuidor, México s.f., pp. 157-159.

El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten. Los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos. Cuando una conducta nos impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal. (244)

Al respecto el maestro Mezger nos dice que el bien jurídico:

es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla...el "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. (245)

En México, para el profesor Pavón Vasconcelos, el objeto jurídico es sinónimo de bien jurídico y dice:

Entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de una sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir este su esencia. (246)

244 R. ZAFFARONI: op. cit., pp. 409-410.

245 E. MEZGER: op. cit., p. 155.

246 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. - ed., Porrúa, México, 1985, p. 175.

De lo anterior se puede concluir que:

Las figuras típicas deben pues, su creación y existencia a los intereses y valores de la vida humana que específicamente han de proteger y tienen por objeto tutelar dichos bienes jurídicos mediante la protección enérgica que implica la pena. Las figuras típicas se determinan, precisan y definen por imperio del bien jurídico. El bien jurídico que cada figura tutela es parte integrante de su estructura y está latente en su integración, pues no es sólo la fría estructura mecánica de la figura típica lo que interesa al jurista, sino también su espíritu y metas, sus motivos y propósitos. No es posible concebir la idea, imagen o esquema rector de un tipo delictivo, por ejemplo, el de homicidio o el de robo, sin tener presente el bien jurídico que forja y preside la idea o esquema rector. Esto demuestra la extraordinaria importancia que reviste el concepto de bien jurídico en la elaboración penalista: trascendencia tan poderosa que permite afirmar que el origen y existencia, estructura y alcance, límites y fines de la figura típica sólo pueden hallarse en el bien jurídico tutelado. Negar al bien jurídico la condición de elemento integrante del tipo penal es incidir en la más voluminosa inconsecuencia lógica, pues no se concibe un tipo penal que no tutelé un bien jurídico. Y así lo admite Maurach, en cuanto afirma que "el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y el tipo", y que "todo delito amenaza un bien jurídico". (247)

Por último, sabemos que los bienes jurídicos tienen dos funciones que cumplir, que son las razones fundamentales por las que no podemos prescindir de las mismas, estas funciones se traducen en:

247 M. JIMENEZ HUERTA: op. cit., pp. 119-121.

una función garantizadora, que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y una función teleológica sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita, y agrega, ambas funciones son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno. (248)

Por nuestra parte, concebimos el bien jurídico como un elemento del tipo, imprescindible para su existencia y consiste en el derecho de disponibilidad de ciertos objetos que tiene el hombre, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, el honor, entre otros, que recoge el Estado y los protege mediante la amenaza de una sanción (pena o medida de seguridad) para el caso de que se lesionen o pongan en peligro.

De lo asentado anteriormente, toca ahora, desprender el bien jurídico de la figura delictiva en análisis y para ello es necesario plantear las cuestiones a que nos hemos referido líneas arriba: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el tipo en comento? ¿cuál es el fin que se propuso el legislador al elaborar la figura delictiva que analizamos? ¿A caso trata de tutelar la libertad sexual, el pudor, la libertad de amar, la seguridad sexual, la libertad individual, la inexperiencia sexual, la inviolabilidad sexual, la honestidad, la castidad, la salud?

248 R. ZAFFARONI: op. cit., pp. 414-415.

Antes de dar nuestro punto de vista, es necesario hacer las siguientes consideraciones.

El tipo en estudio, lo hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, en virtud que considero que al ubicarlo el legislador en ese numeral pretendió equiparar la conducta delictiva que describe este tipo al de violación propia que prevé el párrafo primero del mismo numeral. Ante esto surge la interrogante ¿es la libertad sexual el bien jurídico protegido por ambas figuras delictivas?

Creo que la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, el interés jurídico que tutela el tipo en análisis, consiste en la libertad sexual, entendida como el derecho que tiene la persona de disponer de su cuerpo para la realización de actos libidinosos ajenos a la cópula, es decir, tiene derecho a impedir la comisión de actos contrarios a la moral, en sus órganos sexuales.

e) Sujeto pasivo.

Los tratadistas distinguen entre sujeto pasivo genérico y sujeto pasivo específico o inmediato.

Nosotros nos vamos a referir al sujeto pasivo específico o inmediato por resultar irrelevante el primero.

Sujeto pasivo específico o inmediato,

o sujeto pasivo sin más, es el titular directo del bien protegido de la norma y ofendido por la acción descrita en el tipo (el titular de la vida en el homicidio, el titular del derecho real de propiedad en la apropiación indebida, etc). (249)

En México, el maestro Pavón Vasconcelos expresa que por sujeto-pasivo:

se conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. (250)

Don Celestino Porte Petit nos dice, sujeto pasivo es el,

titular del bien jurídico protegido por la ley. (251)

249 GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO: Derecho Penal. Parte General; - Civitas, Madrid, 1977, p. 282.

250 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. - ed., Porrúa, México, 1987, p. 171.

251 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos de la Parte-
General de Derecho. Penal; 11a. ed., Porrúa, México, 1987,
p. 349.

Por su parte, los maestros Raúl Carrancá y Trujillo y Fernando Castellanos, distinguen entre sujeto pasivo del delito con sujeto pasivo del daño y ofendido, y así el primero expone, sujeto pasivo del daño:

lo es el que sufre perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito.-aclarando-Aunque los dos sujetos generalmente coinciden-sujeto pasivo típico y sujeto pasivo del daño-, no son idénticos, como se advierte en el delito de homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido y pasivo de éste. (252)

El segundo de los autores citados, expresa:

el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o - víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso. (253)

Por sujeto pasivo, entiendo que es el titular del derecho u objeto protegido por el Estado a través de la norma jurídico-

252 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; 10a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 256.

253 FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; 26a. ed., Porrúa, México, 1989, pp. 151-152.

penal y se manifiesta como el derecho a la vida, a la propiedad al honor, al pudor, a la libertad sexual, etc.

En el "delito de violación no realizado con el miembro viril" en análisis, sujeto pasivo es el titular de la libertad sexual, explicada líneas arriba.

Por otra parte, el tipo exige en determinadas ocasiones una calidad en el sujeto pasivo, originando una clasificación en cuanto al pasivo, denominada personal, habida cuenta que de no darse esta calidad, se estaría ante una hipótesis de atipicidad. En cambio cuando el tipo no hace esa especial referencia en el pasivo estaremos en presencia de un tipo impersonal.

En el tipo en examen, considero, se trata de un tipo impersonal, pues, al señalar el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal "...sea cual fuere el sexo del ofendido", no exige ninguna calidad en el sujeto pasivo, por lo que éste puede ser tanto el hombre como la mujer.

3.4.2.2. Clasificación en orden al tipo.

En la doctrina, Don Edmundo Mezger, Don Luis Jiménez de Asúa y Don Mariano Jiménez Huerta elaboran cada uno, una clasificación de los delitos en orden al tipo, empero, el maestro Porte

Petit basándose en ellos, hace un estudio dividiéndolos en: tipos simples, fundamentales o básicos, especiales privilegiados o cualificados; independientes o autónomos; complementados circunstanciados o subordinados privilegiados o cualificados; presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado; de formulación libre, de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados; alternativamente formado por acciones, por omisiones, por acción u omisión, por omisión o acción, por omisión o acción o bien por omisiones; acumulativamente formados por acciones, por acción y omisión, de omisión más acción, por omisiones; de resultado cortado o mutilado o de resultado o consumación anticipada y por último, de ofensa simple o de ofensa compleja. (254)

Nosotros no vamos hacer el análisis de cada una de las divisiones que se dan respecto al delito en orden al tipo, sino sólo haremos mención a las que consideramos admite el tipo en estudio.

Clasificando el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", estimo que se trata de un delito en

254 Cfr. CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; 11a. ed., Porrúa, México, - 1987, pp. 355 y sigs.

orden al tipo:

- 1) Fundamental, simple o básico;
- 2) Autónomo o independiente;
- 3) De formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados;
- 4) Alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo;
- 5) Normal y
- 6) De ofensa simple.

- 1) Tipo fundamental, simple o básico.

Los diferentes tipos de la parte especial del Código Penal pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos fundamentales- (básicos) que constituyen por así decirlo, la espina dorsal del sistema en la Parte Especial del Código. (255)

Del mismo parecer es Don Luis Jiménez de Asúa al indicar:

En una buena sistemática legislativa, los tipos básicos han de presidir la exposición de la Parte Especial de los Códigos, puesto que constituyen su médula. (256)

255 EDMUNDO MEZGER: Tratado de Derecho Penal T-I (trad del alemán por José Arturo Rodríguez Muñoz); 2a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 324.

256 LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal T. III. El delito; 2a. ed., Losada, Buenos Aires, 1958, p. 906.

Por su parte el maestro Mariano Jiménez Huerta, define el tipo fundamental o básico como:

aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito. (257)

El penalista Pavón Vasconcelos expresa:

se estiman tipos básicos o fundamentales, a los que constituyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales. (258)

En fin, Don Celestino Porte Petit sostiene:

Tipo básico es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave a tenúe la penalidad. (259)

De lo anteriormente transcrito, estimo que el "delito de violación no realizado con el miembro viril", es un tipo fundamental o básico, habida cuenta de que no deriva de ningún otro tipo y además no contiene elementos accidentales

257 MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T.I; 3a. ed., Porrúa, México, 1980, P. 260.

258 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 285.

259 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 172.

que contribuyan a la elevación o disminución de la pena.

a) Tipo autónomo o independiente.

Los tipos autónomos o independientes:

Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo. (260)

Del mismo parecer es don Luis Jiménez de Asua al sostener:

Hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen absoluta autonomía. (261)

También, el maestro Porte Petit explica que tipo autónomo o independiente:

es el que tiene vida, existencia autónoma o independiente. (262)

Y, agrega el mismo autor:

260 FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; 24a. ed., Porrúa, México, 1987, p. 172.

261 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 909.

262 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 356.

tanto los tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean privilegiados o cualificados), son autónomos, tienen absoluta independencia. (263)

Considero que, el tipo fundamental o básico que prevé el parrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, es un tipo autónomo o independiente, pues tiene vida propia, esto es, existencia por si mismo al no depender de ningún otro tipo.

- 3) Tipo de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados.

Los delitos con medios legalmente determinados son:

aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina. (264)

Por su parte, Don Luis Jiménez de Asúa, manifiesta que en algunas hipótesis legales, la descripción:

263 Ibid., op. cit., p. 365.

264 E. MEZGER: op. cit., p. 315.

es detallada en cuento al objeto y a los medios.
(265)

Y, agrega que:

En éste último supuesto legal, el delito como dice (Carnelutti, se halla completamente diseñado por el legislador... y que a esta clase de delitos Antilosei los denomina de "forma vinculada". (266)

Los maestros Fernando Castellanos y Porte Petit, se refieren al tipo casuístico, y así el primero explica:

por tipo casuístico o vinculado, debe entenderse aquel en que se señala casuísticamente el medio productor del resultado típico. (267)

Y, el segundo expone, tipos:

De formulación casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. (268)

265 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 910.

266 Ibid., op. cit., p. 910.

267 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit. p. 358.

268 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 172.

Ahora bien, aplicando lo anterior al tipo en comento, considero es un tipo de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente determinados, pues al expresar que la conducta (acción) consistente en introducir por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, "por medio de la violencia física o moral", señala casuísticamente los medios por los que se debe llevar a cabo la conducta para considerarla típica.

4) Tipo alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo.

Es preciso destacar que esta clasificación la tomamos del maestro Porte Petit quien indica en su "Ensayo dogmático sobre el delito de violación" que este es un tipo:

Alternativamente formado en cuanto a los medios y a la persona, ya que puede realizarse por medio de la vis absoluta o vis compulsiva, o sobre un hombre o una mujer. (269)

Acorde con el punto de vista del autor citado, estimo que el tipo en examen, es un tipo alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo por lo siguiente:

269 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático sobre el delito de violación; 4a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 27.

a) El tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal, expresa que los medios de ejecución del ilícito son: la violencia física "o" la violencia moral, entonces, las hipótesis que se pueden presentar, según nuestra opinión son:

Que la conducta, consistente en introducir por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, se lleve a cabo por:

- 1) Medio de la violación física o vis absoluta;
- 2) Medio de la violencia moral o vis compulsiva, y,
- 3) Medio de la violencia física y moral.

En conclusión, basta que la conducta (acción) se realice por cualquiera de los medios que exige el tipo, pero, pueden concurrir, ambos empero, deben estar perfectamente determinados en el proceso penal para evitar conculcar los derechos públicos subjetivos del procesado.

b) También señala el tipo en análisis que la conducta se puede realizar en un sujeto sea cual fuere su sexo, esto es, en un hombre "o" una mujer, por lo que puede efectuarse en cualquiera de estos para que sea subsumible al tipo, claro esta, que es necesario que se de por cualquiera de los medios

determinados o por ambos como quedó asentado líneas arriba.

5) Tipo Normal.

La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. (270)

El ilustre maestro Jiménez de Asúa opina:

La ley, al definir los delitos, es decir, al establecer los tipos legales para que cumplan su predominante función ratio cognoscendi, suele limitarse a dar una descripción objetiva más o menos escueta y detallada. (271)

Agrega el mismo autor:

Los tipos no dejan de tener naturaleza normal, de mera descripción objetiva, por contener en lo dicho por la ley referencias y modalidades a la acción. (272)

270 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 170.

271 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 792.

272 Ibid., op. cit., p. 793.

Continúa diciendo:

Incluso no se adultera ese papel por los elementos subjetivos cuando estos son rigurosamente necesarios en el trazado descriptivo de la figura típica, la función del juez se reduce al proceso meramente cognoscitivo; es decir, a dejar sentadas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal. (273)

Finalmente nos dice:

a menudo nos ofrecen en la ley elementos subjetivos o elementos normativos que se hallan insertos en el tipo anormal. (274)

Por su parte el maestro Porte Petit indica, es un tipo:

Normal, al no contener elementos normativos ni subjetivos. (275)

Respecto al tipo en comento, estimo que se trata de un tipo normal, pues no contiene elementos subjetivos ni normativos (propios del tipo anormal).

273 Ibid., op. cit., p. 794.

274 Ibid., op. cit., p. 794.

275 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo... p. 27.

6) Tipo de ofensa simple.

Tipos de ofensa simple, nos dice Don Celestino Porte Petit:

son aquellos en los que se lesiona un sólo bien jurídico. (276)

Creo que el tipo en cuestión, es un tipo de ofensa simple, en virtud de que al realizarse lesiona sólo un bien jurídico, como lo es la libertad sexual.

3.4.3 La Atipicidad.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia de tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad: a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; b) cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo; c) cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; d) cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; e) cuando no se

dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley; y f) cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo. (277)

Del mismo parecer es el maestro Fernando Castellanos al expresar que:

cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictiva... el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan la conducta será atípica. Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, estas han de verificarse para la integración del ilícito, v.gr. por medio de la violencia física o moral...(278)

En fin,

la conducta del autor es "típica" sólo cuando realiza todas las características del tipo. Si falta una sola de ellas, no hay una acción típica y, en consecuencia, falta el primer presupuesto de un hecho punible.(279)

277 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 290.

278 FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; 24a. ed., Porrúa, México, 1988, - pp. 174-175.

279 JÜRGEN BAUMANN citado por MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho - Penal Mexicano T. I; 5a. ed., Porrúa, México, 1985, pp. - 299-300.

Para nosotros, la atipicidad consiste en la no adecuación o conformidad entre el hecho de la vida real a lo descrito por el tipo.

Pienso que habra atipicidad en el tipo en comento cuando se den las siguientes hipótesis:

- 1) cuando exista consentimiento por parte del pasivo; pues de existir no se puede considerar una acción como delictiva;
- 2) cuando no se de la referencia de carácter espacial o de lugar, cuenta habida que de no darse la introducción de un elemento o instrumento por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, no habra tipicidad;
- 3) cuando no concorra cualquiera de los medios productores del resultado, como son la violencia física o moral, existirá una atipicidad.
- 4) También,

no puede darse ninguna atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo, o pasivo, porque...el tipo descrito en la ley no exige a los sujetos mencionados calidad alguna. Ni, por último, puede darse una atipicidad por falta de elementos normativo-subjetivo, en cuanto que igualmente no son requeridos por el propio tipo...(280)

3.5 La Antijuridicidad y Las Causas de Justificación.

3.5.1 La Antijuridicidad.

La antijuridicidad es otro elemento del delito.

Para que haya delito se requiere de una conducta típica y además que sea antijurídica, es decir, se debe verificar en cada caso si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.

a) En la doctrina se habla de antijuridicidad formal y material.

al respecto:

Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. (281)

En relación a la antijuridicidad formal el maestro Porte Petinos dice que:

281 FRANZ VON LISZT citado por FERNANDO CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; 27a. ed., -Porrúa, México, 1989, p. 180.

La expresión "antijuridicidad formal", deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe. (282)

Continúa diciendo el mismo autor:

La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado. (283)

Al respecto el profesor Johannes Wessels expone que:

una acción es antijurídica si realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación. (284)

Acorde con el punto de vista anterior, el maestro Porte Petit - concluye sosteniendo que:

Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de "excepción, regla", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo. (285)

Y, agrega más adelante que:

282 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 376.

283 Ibid., p. 376.

284 JOHANNES WESSELS citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. - cit., p. 376.

285 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 376.

para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud. (286)

Ahora bien, aplicando el concepto de antijuridicidad formal al tipo en cuestión, de acuerdo al emitido por Don Celestino Porte Petit, el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", será formalmente antijurídico, cuando siendo típico, no esté amparado por alguna causa de licitud o también denominada causa de justificación de las que prevé el numeral 15 de nuestro Código Penal.

Por otra parte, también los penalistas se refieren a la antijuridicidad material, existiendo dos posturas que son:

a) La que trata de encontrar la esencia de la antijuridicidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo, y b) la que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material, fuera del área jurídica o sea la extra-jurídica, cuando se lesionan intereses de la colectividad. (287)

Respeto a la primera corriente, el ilustre penalista Hans Heinrich Jescheck nos dice que:

286 Ibid., pp. 376-377.

287 Ibid., p. 377.

una acción es antijurídica en sentido material en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente. (268)

En relación a la segunda postura, el maestro Eugenio Cuello Calón, acorde con el punto de vista del jurista Franz Von Liszt, citado líneas arriba, opina que:

hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). (289)

Por nuestra parte, coincidimos con la primera corriente apoyada con el criterio del maestro Jescheck en el sentido de que la esencia de la antijuridicidad material se encuentra en el menoscabo del bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.

De acuerdo con el punto de vista anterior, es de nuestro parecer que el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico consistente en el caso concreto, en la libertad sexual, o bien cuando sea puesto en peligro de lesionarlo.

288 HANS HENRICH JESCHECK citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP : op. cit., p. 377.

289 EUGENIO CUELLO CALON citado por F. CASTELLANOS: op. cit., - p. 180.

b) Antijuridicidad objetiva y subjetiva.

Al respecto nos dice Don Edmundo Mezger que:

Lo que contradice la norma objetiva de valoración es "antijuridicidad objetiva" o, como se acostumbra decir en la actualidad, "injusto". (290)

Por su parte el maestro Fernando Castellanos opina que:

el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. (291)

El maestro Pavón Vasconcelos, acorde con la tesis del penalista Max Ernesto Mayer manifiesta que la antijuridicidad se traduce como:

un juicio valorativo, de naturaleza objetiva que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. (292)

En fin, Don Celestino Porte Petit sostiene que:

290 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. del alemán por Conrado A. Finzi); 6a. ed., 1955, Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f., p. 134.

291 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 178.

292 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 7a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 303.

La antijuridicidad se dice que es objetiva, y que existe cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho. (293)

Nosotros en el presente punto, aceptamos el concepto de antijuridicidad objetiva, habida cuenta de que la corriente que seguimos en este trabajo es la tradicional o clásica de la acción, es decir, la teoría causal de la acción, pues como sostiene el maestro Gonzálo Rodríguez Mourullo:

La doctrina causal de la acción al desplazar el contenido de voluntad al marco de la culpabilidad conduce a una concepción predominantemente objetiva de la antijuridicidad. (294)

3.5.2 Las Causas de Justificación.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

El ilustre maestro Don Luis Jiménez de Asúa nos dice:

293 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos... p. 379.

294 GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 379.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. (295)

Por parte el penalista alemán Jürgen Baumann anota:

Existe una causa de justificación cuando la conducta del autor realiza no sólo la norma típica, sino también una norma justificante plenamente, o sea, en todos los pormenores. (296)

En México, el profesor Fernando Castellanos opina:

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber la antijuridicidad. (297)

En fin, Don Celestino Porte Petit prefiere denominar al aspecto negativo de la antijuridicidad, causas de licitud, pues dice que:

-
- 295 LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal. I. III. El delito; 3a. ed., Losada, Buenos Aires, 1958, p. 1035.
- 296 JÜRGEN BAUMANN: Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema (trad. de la 4a. ed., alemana por Conrado A. Finzi) Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 203.
- 297 FERNANDO CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; 27a. ed., Porrúa, México, 1989, p. 183.

si la conducta realizada por un sujeto es lícita, indudablemente no debe hablarse de que éste justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, es conforme a derecho. (298)

El autor citado sostiene que:

existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante. (299)

Como causas de justificación, Don Luis Jiménez de Asúa señala - las siguientes:

Esquemáticamente presentamos así las causas de justificación: a) Legítima defensa; b) Estado de necesidad; c) Ejercicio de un derecho, oficio a cargo (en que incluimos las vías de hecho, el derecho de corrección, el privilegio de los parlamentarios, cuando se pueda presentar como algo más que..un privilegio; d) Cumplimiento de un deber (ordenados por la ley o por la autoridad cuando el contenido es justo, etc). (300)

Por su parte el maestro Fernando Castellanos indica que las causas de justificación son las siguientes:

298 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; 12a. ed., Porrúa, México, 1989, - pp. 385-386.

299 Ibid., p. 386.

300 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., pp. 1059-1060.

- a) Legítima Defensa;
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado);
- c) Cumplimiento de un deber;
- d) Ejercicio de un derecho;
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber;
- f) Impedimento legítimo. (301)

En fin, Don Celestino Porte Petit expresa:

Dogmáticamente llegamos a la conclusión que como causas de justificación, contamos con las expresadas en las fracciones III, IV, (en una hipótesis), V y VIII del artículo 15, respectivamente: la legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor cuantía que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo. (302)

Una vez que hemos mencionado cual es el aspecto negativo de la antijuridicidad y cuales son las causas de justificación o también denominadas causas de licitud que prevé el artículo 15 de nuestro Código Penal en sus diversas fracciones, pasamos ahora a estudiar cada una de ellas para ver si en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" se puede presentar alguna que justifique la conducta típica del sujeto activo.

301 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 189.

302 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 389.

1) Legítima Defensa.

Una de las causas de justificación de mayor relevancia es sin duda la legítima defensa.

Respecto al concepto de legítima defensa, el ilustre penalista alemán Edmundo Mezger al referirse a la exclusión de la antijuridicidad en el Código Penal Alemán nos dice que:

Legítima defensa es aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico. (303)

Para Don Luis Jiménez de Asúa, la legítima defensa:

es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (304)

Por su parte el profesor Fernando Castellanos opina que la legítima defensa consiste en:

303 EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. de la 6a. ed., alemana, 1955 por Conrado A. Finzi); Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f., p. 168.

304 LUIS JIMENEZ DE ASUA citado por FERNANDO CASTELLANOS: op. cit., p. 191.

Repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección. (305)

En fin, Don Celestino Porte Petit expresa:

Se puede definir esta causa de justificación, como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente. (306)

El fundamento legal de la legítima defensa lo encontramos en el artículo 15 fracción III párrafo primero del Código Penal que a la letra dice:

ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I...

II...

III.. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

De la norma permisiva transcrita, podemos desprender los siguientes elementos de la legítima defensa:

305 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 192.

306 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 394.

- 1) Requisitos positivos: a) Agresión; b) Real; c) Actual;
d) Inminente; e) Sin derecho.
- 2) Requisitos negativos: Provocación suficiente.
- 3) Necesidad racional de la defensa empleada. (307)

Entrando particularmente al estudio de los elementos de la legítima defensa, encontramos en primer término:

- a) Una agresión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que por agresión debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiona bienes jurídicamente tutelados. (308)

- b) Real.

La agresión debe ser real y por real se entiende:

aquello que tiene positiva y verdadera existencia. (309).

307 Cfr. Ibid., p. 391.

308 Semanario Judicial de la Federación, CXIII, p. 369; cita de C. PORTE PETIT CANDAUDAP; op. cit. p. 395.

309 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 439.

El maestro Fernando Castellanos opina:

La agresión ha de ser Real: Objetiva verdadera, concretamente existente y no imaginaria. (310)

c) Actual.

La agresión además de ser real, debe ser actual para dar nacimiento a la justificante.

Al respecto, el profesor Pavón Vasconcelos que la agresión:

debe ser actual, queriendo con ello significarse que suceda en el presente. (311)

Don Celestino Porte Petit nos dice que:

La exigencia de ser actual la agresión, excluye dos momentos: el pasado y el futuro. Por consiguiente, no podrá haber legítima defensa contra una agresión "acabada o terminada", o bien, que "sólo amenaza en lo porvenir". Y si el peligro subsiste, indudablemente sigue existiendo la actualidad de la agresión. (312)

310 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 199.

311 FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano; 12a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 317.

312 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 399.

d) Inminente.

De acuerdo a la redacción del tipo permisivo de la legítima defensa, la agresión se presenta en forma alternativa al expresar que puede ser actual "o" inminente, de tal manera que el sujeto puede repeler la agresión en el momento que se presente o bien cuando sea próxima, cercana o inmediata. (313)

e) Sin derecho.

La agresión debe ser real, actual o inminente y además sin derecho, para dar origen a la causa de justificación.

Una ataque es antijurídico, expresa Wessels, cuando es objetivamente contrario a las normas jurídicas de valoración, no cubierto por una norma permisiva. (314)

Por su parte, el maestro Fernando Castellanos opina:

La agresión ha de ser sin derecho: Antijurídica, ilícita, contraria a normas objetivas del Derecho. (315)

313 Cfr. F. CASTELLANOS: op. cit., p. 199 y C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 398.

314 JOHANNES WESSELS citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 401.

315 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 199.

2) Requisitos negativos. Provocación suficiente.

Este requisito se enuncia en forma negativa al expresar la fracción III párrafo primero del artículo 15 del Código Penal "... no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende", lo que quiere decir en forma positiva que si el sujeto provocó suficientemente la agresión, esto es, que la provocación fue bastante y adecuada para originar la agresión, no podrá ampararse bajo la causa de justificación denominada legítima defensa.

En relación a la existencia de la provocación suficiente se ha sostenido por el ilustre maestro Don Luis Jiménez de Asúa lo siguiente:

Buscando la norma directriz, dijimos en 1922, que la provocación era suficiente cuando ella misma constituía una agresión. Fácil salida, ya que en este caso quien estaba en legítima defensa era el primer agredido y, puesto que no hay legítima defensa, el problema quedaba solucionado simplemente. Más la cuestión no es tal como lo vimos en aquella época. Puede haber provocación suficiente sin llegar a constituir una agresión. Este problema sólo se resuelve mediante un proceso empírico cultural. (316)

316 LUIS JIMENEZ DE ASUA citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP :
op. cit., pp. 405-406.

Por su parte, el profesor Francisco González de la Vega nos dice:

La defensa no es legítima cuando se pruebe: Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella. Por provocar la agresión se entiende que el agredido haya dado lugar a ella por realizar un acto indebido o injusto, siendo el verdadero responsable moral del ataque. (317)

3) Necesidad racional de la defensa empleada y de los medios -
empleados.

La necesidad en la defensa estará presente cuando haya inevitabilidad del peligro, o sea, cuando no se pueda evitar la agresión por otros medios, sin desconocer el punto de vista del mismo Jiménez de Asúa, de que la necesidad no consiste en la imposibilidad de usar otros medios, sino en la necesidad de usar otros cuando fueren eficaces. (318)

Continúa explicando el mismo autor:

para estructurar correctamente la legítima defensa, hay que considerar-como se expresa en la doctrina- "lo importante en esta materia, es conectar la necesidad y proporción de la defensa, a la entidad del bien jurídico amenazado, de modo

317 FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: El Código Penal Comentado; -
8a. ed., Porrúa, México, 1987, p. 82.

318 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos..... -
p. 410.

que guardadas dichas necesidad y proporción, no debe haber inconveniente en amparar legítimamente todos los derechos, tanto los de mayor rango como los de naturaleza ideal o puramente instrumental" - citando a Díaz Palos. (319)

En relación a la racionalidad del medio empleado se ha dicho lo siguiente:

La necesidad de la defensa debe estar complementada con la racionalidad del medio empleado, no pudiéndose negar la diferencia entre la necesidad de la defensa y su aditamento: racionalidad de los medios empleados en la defensa. (320)

Al respecto, el maestro Soler expresa:

con la expresión necesidad racional del medio empleado quiere significar no sólo que la agresión tiene que haber creado un estado de necesidad sino además, que la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o ser la reacción que el sujeto podía racionalmente suponer, que a tal efecto servía. (321)

Por su parte el profesor Francisco González de la Vega nos dice:

319 Ibid., pp. 410-411.

320 Ibid., p. 411.

321 SEBASTIAN SOLER citado por CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 411.

La calificación de la necesidad del medio empleado ha de hacerse según un doble criterio: objetivamente, de acuerdo con las modalidades características de la agresión; y subjetivamente, según la apreciación que de la necesidad haga personalmente el agente en vista de los datos objetivos del ataque; según Alimena; "la apreciación de tal necesidad es subjetiva, ha de apreciarla el que se defiende. (322)

En fin, el penalista Pavón Vasconcelos anota:

Al afirmar la necesidad de la defensa, se exige para su integración la inexistencia de otro medio utilizable para evadir el mal que amenaza con la agresión; esto equivale a considerar, en razón de las circunstancias de hecho, que el agredido no tuvo a su alcance, en el momento mismo de estarse verificando la agresión, la posibilidad del empleo de otro medio para superar el peligro. La necesidad racional del medio, significa, al decir de Soler, no sólo que la agresión cree un estado de necesidad, sino además que la repulsa sea efectivamente el medio o forma de evadir el peligro, o "la reacción que el sujeto podía racionalmente suponer que a tal efecto servía". (323)

Ahora bien, estimo que en el tipo del delito de "violación no realizado con el miembro viril" previsto y sancionado en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, no puede darse la legítima defensa, pues es inconcebible que un sujeto tenga que introducir un elemento o instrumento en la vía vagi

322 F. GONZALEZ DE LA VEGA: op. cit., p. 83.

323 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 318.

nal o anal por medio de la violencia física o moral para repeler una agresión antijurídica como lo prevé el numeral 15 fracción III del ordenamiento señalado anteriormente.

2) Estado de necesidad.

Otra de las causas de justificación es el Estado de Necesidad.

El tratadista Cuello Calón sostiene que:

el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona. (324)

Esta definición nos muestra con claridad de qué manera el estado de necesidad plantea y resuelve un conflicto de intereses, entre quien se enfrenta a un peligro que debe evitar y quien sufre las consecuencias de tal enfrentamiento.

El fundamento legal del Estado de Necesidad, lo encontramos en el artículo 15 fracción IV del Código Penal que a la letra nos dice:

324 EUGENIO CUELLO CALON citado por ALFONSO REYES ECHANDIA: De-
recho Penal. Parte General; 11a. ed., Temis, Bogotá, 1989,
p. 160.

Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance. (325)

De conformidad con la precedente disposición, son requisitos del estado de necesidad:

- 1.- Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno. El estado de necesidad se orienta esencialmente a tutelar un interés jurídico personal del cual sea titular la propia persona afectada o un tercero.
- 2.- Que exista un peligro real, actual o inminente.

Por peligro debemos entender un acaecimiento de tal naturaleza que de verificarse habrá de ocasionar lesión de un interés propio o ajeno. Aunque ordinariamente el hecho que genera el peligro es resultado de un acontecimiento natural (terremoto, incendio, huracán, inundación, etc), puede también provenir de un animal o ser ocasionado por obra humana, siempre que en esta última hipótesis no se trate de actividad dirigida sobre quien luego reacciona ante ella. (326)

325 Art. 15, fr. IV del Código Penal para el Distrito Federal ; 1a. ed., Alco, 1990, p. 11.

326 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 162.

Que el peligro sea real, significa que tenga verdadera y positiva existencia y que no sea imaginario. (327)

El peligro puede ser actual o inminente; este es el que está en potencia de actualizarse de un momento a otro, el que cierne amenazante; aquel es el que ya comenzó a causar daño, pero cuyos efectos perniciosos continúan afectando a un interés jurídico personal. (328)

3.- Que el agente no haya ocasionado el peligro intencionalmente ni por grave imprudencia.

Peligro causado intencionalmente es aquel que surge como resultado de un comportamiento del agente orientado hacia su producción, como cuando Diego prende fuego a la casa cercana de su enemigo y luego desentecha la de su vecino para evitar que las llamas alcancen la suya.

Peligro ocasionado por imprudencia es el que se produce en razón de una actuar sin la cautela necesaria que, según la experiencia, debemos emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún daño; situación de esta naturaleza se daría cuando alguien penetra en la jaula de un león y luego le da muerte porque se avalanza contra él. (329)

4.- Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

327 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 439.

328 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 162.

329 Ibid., p. 163.

Existen actividades profesionales (bombero, guía de alpinismo, etc) o cargos públicos (agente de policía), cuyo desempeño coloca a veces a quienes lo ejercen ante peligros ajenos a su función, que han de afrontar como un deber jurídico; en tales casos, no deben eludirlos, ni contrarrestar con acciones lesivas de ajenos e inocentes intereses; así, un médico no podría ampararse en estado de necesidad si deja morir a persona que sufre enfermedad contagiosa porque no la atendió ante el riesgo de contagiarse él mismo.

Aclárase, no obstante, que este deber jurídico de afrontar el peligro no es absoluto ni ciego; debe tenerse en consideración la calidad de los bienes puestos en conflicto: si la desproporción entre ellos es ostensible, no podrá exigirse al obligado que se inmole; para salvar cosa mueble de un incendio, por ejemplo, no podría pretenderse que un bombero sacrifique su vida, ni que un marino renuncie a la suya por rescatar mercancía de un naufragio. (330)

- 5.- Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Existe necesidad cuando hay inevitabilidad. Si existe posibilidad de rehuir, de evitar el peligro, es indudable, que, de no hacerlo el sujeto, no puede acogerse al estado de necesidad. (331)

También se ha sostenido que:

330 Ibid., pp. 163-164.

331 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., pp. 438-439.

El estado de necesidad funciona como causa de licitud o causa de inculpabilidad; afirmación que tiene su base doctrinal en la valuación de los bienes jurídicos en conflicto, pudiéndose originar tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, cuando es de igual valor y por último, cuando el bien sacrificado es de más valor que el salvado, debiéndose concluir que en la primera hipótesis, se trata de una causa de licitud con base en el principio del interés preponderante; en la segunda una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta que lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por no exigibilidad de otra conducta; y en fin en la tercera, la conducta realizada es delictiva, dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado. (332)

Ahora bien, considero, respecto al "delito de violación no realizado con el miembro viril" en análisis, es inconcebible que un sujeto se ampare bajo la causa de justificación denominada estado de necesidad, pues es imposible pensar que el agente tenga que introducir por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

332 Ibid., pp. 432-433.

3) Ejercicio de un derecho.

Respecto al ejercicio de un derecho como causa de justificación, el penalista colombiano, Alfonso Reyes Echandia, nos dice:

Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal. (333)

Por su parte, Don Celestino Porte Petit sostiene:

El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que preponderará sobre el interés es antagónico. (334)

Tiene su fundamento legal el ejercicio de un derecho en el artículo 15 fracción V del Código Penal que textualmente dice:

Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho. (335)

333 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 178.

334 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 461.

335 Art. 15 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal; la. ed., Alco, México, 1990. p. 11.

se desprende con claridad la fundamentación jurídica del ejercicio de un derecho, porque en verdad, no hay ninguna lesión al bien protegido por la ley penal, por la sencilla razón de que la disposición legal que permite o faculta, suprime el amparo a su vez a otra disposición penal que está protegiendo los bienes que aparentemente se están lesionando. (336)

La ley al hablar de un derecho, indudablemente que no alude a un derecho objetivo, sino subjetivo, entendiéndose por éste, "el poder perteneciente a un sujeto de obrar para la satisfacción de un interés propio o de la colectividad de la cual forma parte, en los límites de la protección acordada a la norma jurídica. (337)

Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación se origina: a) En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmente excluye la antijuricidad de la conducta o del hecho, pero la autorización extra o contra legem no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hechos conformes con el derecho. La facultad o autorización concedida requiere: 1) Que derive de una autoridad; 2) Que ésta actúe dentro del marco de su competencia, y 3) Que la autorización reúna los requisitos legales. (338)

El ejercicio de un derecho como causa de justificación, creo, no procede en el "delito de violación no realizado con el min broviril", habida cuenta que no existe alguna norma que permita al sujeto introducir un elemento o instrumento por vía vegi

336 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 462.

337 Ibid., p. 464.

338 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 345-346.

nal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido, para que pueda considerarse que su conducta está justificada por el ejercicio de un derecho, tampoco existe precepto alguno que señale que la autoridad competente puede conceder la facultad o autorización a un sujeto que reúna determinados requisitos para que introduzca un elemento o instrumento en vía anal o vaginal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.

4) Cumplimiento de un deber.

Esta causa de justificación tiene su fundamento en el artículo 15, fracción V del Código Penal que establece:

Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho. (339)

Al respecto, nos dice el maestro Porte Petit:

Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma. (340)

339 Art. 15, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal; 1a. ed., Alco, México, 1990. p. 11.

340 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 475.

Por su parte, el penalista Pavón Vasconcelos señala que en el caso del cumplimiento de un deber consignado en la ley:

Lógico es considerar que en tales casos, quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hecho típicos, acatando un mandato legal. (341)

El cumplimiento de un deber deriva de funciones públicas, o sea de deberes de servicio, y de un deber impuesto al particular, en tales casos el sujeto no actúa antijurídicamente, sino que su conducta es lícita por estar autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. (342)

Ahora bien, el numeral 15, fracción V exige que el sujeto debe obrar en cumplimiento de un deber, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber y al respecto el jurista Porte Petit opina:

pueden emplearse todos los medios que sean racionalmente necesarios para tal cumplimiento, pues de otra manera, habría exceso en el cumplimiento de un deber. (343)

341 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 341.

342 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 476 y F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 341-342.

343 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 478.

Por mi parte opino que tratándose del "delito de violación no realizado con el miembro viril" que analizamos, no es posible pensar que un sujeto se ampare bajo la causa de justificación denominada cumplimiento de un deber, habida cuenta que no existe alguna norma de la que se derive una función pública consistente en que el agente tenga que introducir un elemento o instrumento en la vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido. Tampoco contamos con alguna disposición que imponga un deber al particular consistente en que realice la conducta que exige el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal.

5) Impedimento Legítimo.

Además de las justificantes examinadas, la doctrina señala también como tal, el impedimento legítimo.

El impedimento legítimo está contemplado como "circunstancia excluyente de responsabilidad" en el artículo 15, fracción VIII del Código Penal que establece:

Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.
(344)

344 Art. 15, fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal; 1a. ed., Alco, México, 1990, p. 11.

De acuerdo con el contenido de la fracción transcrita anteriormente, se desprenden los siguientes elementos:

- 1) Contravenir lo dispuesto en una ley penal;
- 2) Dejando de hacer lo que manda; y
- 3) Por un impedimento legítimo.

Se dice que el impedimento legítimo:

opera cuando el sujeto teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. (345)

En fin, tratándose de esta causa de justificación denominada impedimento legítimo:

La conducta enjuiciada será siempre omisiva, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación se origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar. El impedimento, cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón la omisión típica no es antijurídica. (346)

345 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 215.

346 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 353.

Por mi parte considero que tratándose del tipo que prevé el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, tema de este trabajo, no puede el sujeto justificar su conducta argumentando que actuó por un impedimento legítimo, en razón de que no existe ninguna norma que le imponga el deber de introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral y que diga que no llevó a cabo tal acto por existir otra norma que se lo impedía legalmente.

3.6 La Culpabilidad y las Causas de Inculpabilidad.

3.6.1 La Culpabilidad.

Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe ser realizada con culpabilidad.

Entre los principios rectores de la legislación penal, destácase el de nulla poena sine culpa, que constituye una garantía de libertad personal porque sólo es culpable quien ha podido actuar inversamente al orden jurídico.

La culpabilidad es, pues, fundamento de pena porque a nadie se le puede deducir responsabilidad punitiva si no ha realizado culpablemente comportamiento típico y antijurídico.

Para que una determinada conducta humana pueda ser calificada como delictuosa no basta que ella se adecue a un tipo penal y además lesione o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante, el interés que el legislador quiso tutelar; es indispensable que a más de estos requisitos - tipicidad y antijuridicidad exista una voluntad dirigida a realizar dicha conducta. Solo entonces podría decirse que el comportamiento pertenece a alguien, que es suyo y que, por lo tanto, de él debe responder. (347)

La culpabilidad es un elemento del delito; sin él no es posible concebir su existencia.

Respecto al concepto de culpabilidad contamos con las siguientes opiniones:

El ilustre penalista alemán Edmund Mezger nos dice:

La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. (348)

De la misma opinión es Don Luis Jiménez de Asúa al expresar:

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (349)

347 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 203.

348 E. MEZGER: op. cit., p. 189.

349 LUIS JIMENEZ DE ASUA: La Ley y el delito; 2a. ed., Temis, - Bogotá, 1954, p. 379.

Por su parte, el penalista Alfonso Reyes Echandía anota:

La ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en las que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad; y porque tal fenómeno se origina en el siquismo del hombre que realiza la conducta, se habla de él como aspecto subjetivo del delito. (350)

Concluye diciendo el mismo autor:

Consideramos, pues, que la culpabilidad puede definirse como la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente. (351)

Entre las varias tesis expuestas para explicar la naturaleza jurídica de la culpabilidad destacaremos las siguientes: la teoría psicológica o naturalista, la teoría normativa y la finalista.

A continuación me voy a referir brevemente a cada una de ellas.

a) Teoría psicológica. De acuerdo con esta teoría, la culpabilidad es una relación de carácter puramente psicológico entre el agente y el resultado de su conducta, querido o no, pero al menos previsible. Esta concepción encuentra la esencia de la culpabilidad en la mera relación subjetiva que une al

350 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 203.

351 Ibid., p. 206.

sujeto-agente con el resultado doloso o culposo de su comportamiento. (352)

Respecto a esta teoría, el maestro Wessels opina:

la "concepción psicológica de la culpabilidad" reconoció la esencia de la culpabilidad en la relación psíquico-subjetiva del autor frente al hecho. Identificó este concepto con la situación psíquica (saber/no saber; querer/no querer) y así consideró como "formas de la culpabilidad" el dolo y la culpa. (353)

b) Teoría normativa. Con Reinhart Frank se inicia una corriente, llamada normativa, que implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes, por no existir entre ellos una verdadera unidad de pensamiento. Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, entre los autores alemanes. Esta doctrina, cuya aceptación crece día a día, hace de la culpabilidad psicológica su objeto, estructurando el concepto de reprochabilidad como esencia.

Esta tesis considera la culpabilidad como relación contradictoria y, reprochable, entre la voluntad del sujeto y la norma. (354)

El jurista alemán Edmund Mezger es uno de los sostenedores de esta teoría y la define como:

el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (355)

352 Cfr. *Ibid.*, p. 204

353 JOHANNES WESSELS: Derecho Penal. Parte General (trad. de la 6a. ed., alemana de 1976 por Conrado A. Finzi); Depalma, 1980, p. 112.

354 Cfr. A. REYES ECHANDIA: *op. cit.*, p. 204

355 EDMUND MEZGER citado por A. REYES ECHANDIA: *op. cit.*, p. 204.

c) Teoría finalista. Como un paso ulterior de la teoría normativa surgió la finalista, auspiciada por Welzel, para quien la culpabilidad" es el juicio de valor sobre una especie fáctica síquica (presente o ausente); es la reprobación del proceso volitivo; esto es, cuando se trate de acciones dolosas, la reprobación de la decisión de realizar el hecho; cuando, por el contrario, el evento sea producido sin dolo, el reproche por no haber evitado el evento mediante una actividad finalísticamente regulada. (356)

Característica fundamental de esta teoría es el desplazamiento del dolo, del ámbito de la culpabilidad al del injusto, entendiéndose por injusto" la conducta típica y antijurídica en cuanto tal. (357)

Señala el mismo autor:

Para los finalistas la culpabilidad estaría integrada por estos tres elementos: exigibilidad de una conducta conforme a la ley, imputabilidad de su autor y posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado. (358)

356 Cfr . A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 205.

357 ALFONSO REYES ECHANDIA: op. cit., p. 205.

358 Ibid., p. 205.

Ahora bien, en la actualidad, se admite en general el concepto normativo de la culpabilidad, pero las opiniones difieren en lo que respecta a los elementos que la componen.

Al respecto nos dice el tratadista Mezger que la culpabilidad presupone para la acción culpable en la persona del autor:

1. Su imputabilidad. Esta imputabilidad del autor es una característica auténtica de la culpabilidad (elemento de la culpabilidad) y no un simple presupuesto de esta.
2. Una determinada forma de la culpabilidad, (dolo, culpa o preterintención).
3. La ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad. (359)

El maestro Wessels apunta:

Conforme a la opinión sustentada por la mayor parte de los autores, el concepto, que es complejo, de la culpabilidad del derecho penal, abarca la capacidad de culpabilidad, las características previstas en casos determinados, la forma de la

culpabilidad (culpabilidad por dolo o culpa), la conciencia de lo injusto (posibilidad de comprender lo injusto) y (negativamente) la ausencia de causas de exculpación. (360)

En México, el profesor Pavón Vasconcelos comparte la postura de los penalistas alemanes Mezger y Wessels al señalar:

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos los siguientes:

- I. La imputabilidad
- II. Las formas de culpabilidad, dolo, culpa
- III. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto. (361)

Una vez analizando el concepto de culpabilidad como elemento del delito, las teorías que existen al respecto, la opinión respecto a los elementos que integran dicho concepto, a continuación haremos un estudio breve acerca de cada uno de sus elementos constitutivos con la finalidad de estar en aptitud de dar nuestro punto de vista respecto al "delito de violación no realizado con el miembro viril" previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal.

360 J. WESSELS: op. cit., pp. 112-113.

361 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 369.

3.6.1.1 La Imputabilidad.

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito, como elemento integral del mismo, como elemento integral del mismo, como presupuesto de la culpabilidad, y como elemento de la misma. (362)

Los que sostienen que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad señalan:

el hombre no podrá ser llamado culpable si antes no es imputable, es decir, si no está en posesión de un mínimo de condiciones síquicas y físicas en virtud de las cuales pueda atribuirsele el delito, con lo que el juicio de culpabilidad, presupone, pues, un juicio de imputabilidad. (363)

Entre quienes afirman que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, tenemos a los maestros Edmund Mezger y Jescheck.

El primero de los juristas mencionados sostiene:

es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad, con lo que la imputabilidad del autor es elemento constitutivo de la culpabilidad. (364)

362 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., pp. 189-190; y F. PAVON - VASCONCELOS: op. cit., p. 370.

363 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 190.

364 EDMUND MEZGER citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. - 190.

El segundo expresa:

La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) constituye el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad. (365)

Actualmente, la teoría finalista considera también que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad, creen que es imputable quien está en capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad de acuerdo con esa comprensión, pero aceptan, al propio tiempo, que el inimputable puede actuar dolosa o culposamente, como quiera que dolo y culpa no pertenecen a la culpabilidad. (366)

En México, el profesor Fernando Castellanos indica;

La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal. (367)

Agrega el mismo autor:

-
- 365 HANS-HEINRICH JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I. (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde); Bosch, Barcelona, 1981, pp. 593-595. -
- 366 HANS WELZEL citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit. p. 190.
- 367 F. CASTELLANOS: op. cit., p. 233.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. (368)

Por su parte el penalista colombiano Alfonso Reyes define a la imputabilidad como:

capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de la propia conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión. (369)

Ahora bien, de lo anteriormente transcrito, estimo que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pues para que un sujeto pueda ser culpable se requiere que al momento de realizar una conducta debe tener la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de la misma y para autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

Por otra parte, el fundamento legal de la imputabilidad, lo encontramos en el artículo 15, fracción II interpretada a contrario sensu de nuestro Código Penal.

368 Ibid., p. 233.

369 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 192.

En el caso concreto, tratándose del "delito de violación no realizado con el miembro viril" previsto en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, un sujeto será imputable cuando al introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido, tenga capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y de autorregularse de acuerdo con esa comprensión.

De acuerdo con el contenido de la fracción II del artículo 15 del Código Penal, interpretada a contrario sensu, un sujeto será imputable cuando al realizar la conducta que describe el párrafo tercero del artículo 265 del mismo ordenamiento, no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

3.6.1.2 La Inimputabilidad.

Líneas anteriores nos ocupamos de la imputabilidad, es decir, de las condiciones que permiten señalar a una persona como sujeto imputable; debemos estudiar enseguida la faceta negativa del fenómeno; aquella que se conoce con el nombre de inimputabi-

lidad.

La inimputabilidad, señala el profesor Pavón Vasconcelos:

supone incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión. (370)

Por su parte, el penalista colombiano, Alfonso Reyes Echandía, dice -

que una persona es inimputable cuando:

no está en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente o que pudiendo comprenderlo no está en condiciones de actuar diversamente. (371)

El jurista Juan Bustos explica que la incapacidad ha de tomarse:

como concreta imposibilidad de una persona determinada para darse cuenta que con su conducta esta vulnerando sin justificación alguna aquel interés jurídico que el legislador quiso penalmente tutelar de conformidad con sus propios valores, o como concreta imposibilidad de actuar de otra manera pese a tener conciencia de la ilicitud penal de la propia conducta. (372)

370 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 375.

371 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 193.

372 JUAN BUSTOS citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 193.

La regulación de los casos de inimputabilidad en los códigos penales puede seguir los criterios: psicológico, biológico, siquiátrico, sociológico; la fusión de varios de ellos de lugar a un quinto criterio que suele llamarse mixto. Adúcese la existencia de un criterio más, el jurídico, concretado a la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapáz de tal comportamiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho. La ley mexicana adopta un sistema biopsicológico-siquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica como psicosisiquiátricas. (373)

Ahora bien,

la inimputabilidad como fenómeno jurídico referido a la personalidad solo adquiere relevancia para el derecho penal en cuanto se lo ligue al momento mismo en que alguien realiza comportamiento de acción o de omisión subsumible en un tipo penal determinado; por fuera de esta fase temporal no tiene sentido afirmar que una persona es inimputable o imputable. (374)

373 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 376-377; A. REYES - ECHANDIA: op. cit., p. 193.

374 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 194.

La inimputabilidad como aspecto negativo de la imputabilidad tiene su fundamento legal en el artículo 15, fracción II del Código Penal, que a la letra dice:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

...
 Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;. (375)

Del contenido del precepto transcrito, se desprenden como fenómenos que generan la inimputabilidad, el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado.

Por trastorno mental:

ha de entenderse como una alteración sicosomática de tal magnitud que impida a quien la padece comprender la ilicitud de su conducta o autorregularse de conformidad con dicha comprensión. (376)

Lo que importa es que el trastorno afecte al sujeto en el momento en que realice hecho punible y que altere tan profundamente su personalidad que le impida darse cuenta de que actúa en forma

375 Art. 15, Fracción II del Código Penal para el Distrito Federal: la. ed., Alco, México, 1990, pp. 9-10.

376 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 196.

antijurídica o que aún comprendiéndolo, no le sea humanamente posible comportarse de otra manera. (377)

El trastorno mental como fuente de inimputabilidad pudo haber sido causado por muy diversos factores: traumáticos, hereditarios, psicológicos, orgánicos; lo que importa en el plano jurídico penal no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del autor y el nexa causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. (378)

En cuanto a sus efectos sicosomáticos, el trastorno mental puede ser permanente o transitorio, a su vez, puede subsistir cuando el juez deba decidir sobre la situación definitiva del procesado, o haber desaparecido ya, en cuyo caso se habla de un trastorno mental transitorio sin secuelas. (379)

Nuestro Código Penal, en el artículo 15, fracción II, no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes; por lo mismo, al intérprete no le es dable distinguir. Infiérese que puede operar la inimputabilidad tanto en un trastorno efímero como en uno duradero. Pero indudablemente no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente; la ley es cuidadosa al referirse a un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse

377 Ibid., p. 196.

378 Ibid., pp. 195-196.

379 Ibid., p. 197.

de acuerdo con esa comprensión. (380)

Además de los trastornos mentales transitorios o permanentes ya señalan a los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental. (381)

Por último, en cuanto a los menores de edad, para la legislación mexicana es, pues, inimputable la persona que en la fecha de comisión del hecho punible no han cumplido aún los dieciocho años de edad; en cuyo caso su inimputabilidad depende solamente de su minoridad cronológica y no admite prueba en contrario, como no sea la de que ya había llegado a los dieciocho años cuando realizó el hecho punible. Los menores de edad cuya particular situación es reconocida debido a su inmadurez mental, han quedado definitivamente al margen de la aplicación de normas penales, aplicándose actualmente la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores. (382)

Ahora bien, nuestra posición respecto al "delito de violación no realizado con el miembro viril" previsto en el párrafo

380 Cfr. F. CASTELLANOS TENA: op. cit., pp. 226-227.

381 Cfr. Ibid., P. 227.

382 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 381; A. REYES ECHAN DIA: op. cit., pp. 195-196.

tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, es en el sentido de que tratándose de la realización de este tipo, puede presentarse alguna de las causales de inimputabilidad a que nos hemos referido renglones anteriores, habida cuenta que un sujeto puede llevar a cabo la conducta (acción) a que se refiere el precepto mencionado, ser típica y antijurídica, empero, al momento de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del sujeto pasivo, puede actuar bajo un trastorno mental (transitorio o permanente), bajo un desarrollo intelectual retardado (sordomudos o ciegos) o bien ser menor de dieciocho años de edad que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente, pues es en tal caso se dice que estamos en presencia de las actio liberare-in causa, esto es de las acciones libres en su causa, es decir, de hechos cuya realización fue libremente ideada y querida o respecto de los cuales el agente previó o pudo haber previsto sus efectos antijurídicos, pero cuyo proceso consumativo se verifica en condiciones de anormalidad biosíquica por propia determinación suya, en tal situación, el sujeto responde penalmente por el dolo o culpa en que se hallaba en el momento de colocarse voluntariamente en situación de inimputabilidad respecto del hecho delictivo ejecutado en tal estado. La

circunstancia de que su voluntad hubiere obrado al comienzo y no en el momento de la consumación (o de la frustración) para nada influye en el juicio de responsabilidad, porque el dolo o culpa antecedentes se subsume la querida inimputabilidad subsiguiente.

Por otra parte, los tratadistas señalan como otra causa de inimputabilidad, el miedo grave, cuyo fundamento legal lo encontramos en el artículo 15, fracción VI que establece:

Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. (383)

Se dice que el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad:

porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial. (384)

383 Art. 15, fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal; la. ed., Alco, México, 1990, p. 11.

384 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 229.

El maestro Pavon Vasconcelos opina que el miedo grave es causa de inimputabilidad:

por caracterizarse como un trastorno mental transitorio que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas. (385)

Continúa diciendo el mismo autor:

Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de inimputabilidad. (386)

El ilustre penalista Carrancá y Trujillo define el miedo como:

la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación. (387)

Por mi parte, considero que tratándose del tipo en estudio, no puede presentarse esta causa de inimputabilidad, pues es inconcebible que el sujeto manifiesta que por un miedo grave

385 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 382.

386 Ibid., p. 382.

387 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO citado por F. PAVON VASCONCELOS: - op. cit., p. 382.

e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance, tenga que introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

3.6.1.3 Formas de Culpabilidad (dolo, culpa y preterintención)

De acuerdo con nuestro ordenamiento punitivo, las formas, especies o grados de culpabilidad son: el dolo, la culpa y la preterintención. (388)

En el presente apartado, sólo haré referencia a la forma de culpabilidad denominada dolo, en razón de que considero que el tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, sólo puede cometerse dolosamente, pues es inconcebible que un sujeto culposamente (negligencia, imprudencia o impericia), introduzca un elemento o instrumento en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral,

388 El artículo 8o. del Código Penal para el Distrito Federal señala: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales. Y el numeral 9o. establece: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o 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".

cuenta habida de que para la existencia del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" se requiere la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, lo que implica que desde el inicio se requiere el resultado, lo que no sucede en un tipo culposo.

Respecto al dolo, los tratadistas distinguen varias clases del mismo. (389)

Don Celestino Porte Petit, tomando en consideración las clases de dolo estudiados por la doctrina, formula la siguiente clasificación:

- A) En cuanto a su nacimiento:
 - a) Dolo inicial o precedente.
 - b) Dolo subsiguiente.

389 El maestro Alfonso Reyes Echandía, señala como especies del dolo: directo, indirecto y eventual, de lesión, de peligro, de ímpetu, de propósito, inicial, concomitante y genérico y específico. Cfr. Op. cit., pp. 211-214.
Por su parte Don Luis Jiménez de Asúa dice: "En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de dolo: a) dolus directus; b) dolo con intención ulterior, - mal llamado "dolo específico", c) dolo de consecuencias necesarias y d) dolo eventual". Cfr. La Ley y el Delito: 3a . ed., 1958, Abeledo-Perrot, Sudamericana, Buenos Aires, 1989 p. 365.

B) En cuanto a su extensión:

- a) Dolo determinado.
- b) Dolo indeterminado.

C) En cuanto a las modalidades de la dirección:

- a) Dolo directo.
- b) Dolo eventual.
- c) Dolo de consecuencia necesaria.

D) En cuanto a su intensidad:

- a) Dolo genérico.
- b) Dolo específico.

E) En cuanto a su duración:

- a) Dolo de ímpetu.
- b) Dolo simple.
- c) Dolo de propósito.

F) En cuanto a su contenido:

- a) Dolo de daño.
- b) Dolo de peligro.
- c) Dolo de daño con resultado de peligro.
- d) Dolo de peligro con resultado de daño.

G) En razón de su categoría:

- a) Dolo principal.
- b) Dolo accesorio.

H) En razón de su realización:

- a) Dolo posible.
- b) Dolo real. (390)

De la clasificación anterior, sólo me voy a dedicar los siguientes renglones al estudio del dolo directo señalado en el inciso a) de la letra c), en virtud de que estimo que es la modalidad del dolo que se presenta en el tipo previsto en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal.

Antes de dar la definición de dolo directo, mencionaré brevemente las tesis que existen para explicar la naturaleza jurídica del dolo.

Existen diversas teorías que explican la estructura del dolo.

390 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: citado por F. PAVON VAS - CONCELLOS: op. cit., pp. 395-396.

- a) La de la voluntad;
- b) La de la representación;
- c) La de la representación y de la voluntad en forma vinculada,
y
- d) La finalista. (391)

a) Teoría de la voluntad. El máximo exponente es el ilustre maestro de Pisa, Francisco Carrará quien define el dolo como:

la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley. (392)

Lo característico de esta teoría es que el maestro Carrara se refirió a la "intención como el ingrediente necesario que acompaña el acto delictivo. (393)

El maestro Alfonso Reyes señala que:

De acuerdo con esta teoría, para que exista dolo no es suficiente que el agente haya previsto como cierta o probable la verificación del resultado; es

391 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 207; y F. PAVON VAS -
CONCELOS: op. cit., pp. 388-390.

392 FRANCISCO CARRARA citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit., --
p. 208.

393 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 388.

necesario que el evento mismo sea voluntario.
(394)

b) Teoría de la representación. Uno de los sostenedores de esta tesis es el maestro Franz Von Liszt quien define el dolo como:

el conocimiento de todas las circunstancias fácticas que acompañan al hecho previsto por la ley.
(395)

De acuerdo con esta teoría, el dolo encuentra su naturaleza jurídica en la simple representación mental del evento, o lo que es lo mismo en su previsión. (396)

C) Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.

de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado. (397)

394 A. REYES ECHANDÍA: op. cit., p. 208.

395 FRANZ VON LISZT citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 207.

396 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 208.

397 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 390.

Don Edmundo Mezger es uno de los voceros de esta teoría al expresar que actúa dolosamente:

el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado. (398)

d) Teoría finalista.

Ubicado el dolo en el injusto como aspecto subjetivo de la acción, los finalistas no encuentran dificultad en aceptar que se trata de un hecho psicológico caracterizado por la intención de llevar a cabo el resultado de la conducta. (399)

Para el maestro Reinhart Maurach, actúa dolosamente:

quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo", trátase, pues, de un querer el hecho típico con representación mental del resultado. (400)

De las teorías examinadas, la de la representación y de la voluntad en forma vinculada es la correcta al adoptar una

398 EDMUNDO MEZGER citado por F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., - p. 391.

399 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 208.

400 REINHART MAURACH citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit., - p. 208.

postura ecléctica, pues para la definición del dolo da cabida tanto al fenómeno de la voluntad como al de la representación, sin descuidar, desde luego, su contenido jurídico. (401)

Ahora bien, en cuanto a la definición de dolo directo que es la especie que nos interesa en este punto, contamos con las siguientes opiniones:

Para Don Luis Jiménez de Asúa el dolo:

existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere oratifica. (402)

El maestro Alfonso Reyes expresa:

entendemos por dolo la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica. (403)

401 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 208; y F. PAVON VAS - CONCELOS: op. cit., p. 391.

402 LUIS JIMENEZ DE ASUA: La Ley y el Delito; 3a. ed., 1958, - Albeledo-Perrot, Sudamericana, Buenos Aires, 1989, p. 365.

403 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 208.

Concluye diciendo el mismo autor:

Esa actitud es reprochable porque el sujeto decide conscientemente actuar en sentido típicamente antijurídico, cuando podía y debía hacerlo diversamente. (404)

En México, el penalista Pavón Vasconcelos señala que existe dolo directo:

cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado. (405)

La definición de dolo, la encontramos en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en los artículos 8, fracción I, al establecer que los delitos pueden ser intencionales, en relación con el numeral 9o. párrafo primero del mismo ordenamiento que textualmente dice:

Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley. (406)

404 Ibid., p. 209.

405 F.PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 396.

406 Art. 9. párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal; la. ed., Alco, México, 1990. p. 7.

De las definiciones transcritas, se desprenden los siguientes elementos del dolo:

- a) Un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber),
- y b) Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado. (407)

Para el jurista Alfonso Reyes:

son dos los aspectos o momentos que integran el fenómeno del dolo, a saber: uno cognoscitivo o intelectivo y otro volitivo o intencional. (408)

En cuanto al aspecto cognoscitivo, señala el mismo autor:

Tener conocimiento del hecho significa: que el agente conozca la naturaleza de su comportamiento de acuerdo con la descripción que de él hace el legislador en el respectivo tipo legal, y que tenga conciencia de su antijuridicidad.

En cuanto a lo primero, debe conocer cada uno de los elementos que conforman el tipo legal (sujetos activo y pasivo, objetos jurídico y material y conducta).

407 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 395.

408 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 209.

En cuanto a lo segundo, el sujeto activo ha de tener conciencia del carácter ilícito del hecho que realiza, vale decir, ha de saber que su conducta lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que no le pertenecen. (409)

Respecto al elemento volitivo nos dice lo siguiente:

No basta la representación mental del resultado de su comportamiento típico y antijurídico para que pueda hablarse de dolo; es necesaria, además, la voluntad de ocasionarlo, el llamado momento volitivo del dolo.

Este aspecto del dolo consiste, pues, en querer el resultado de la propia conducta que se sabe antijurídica. (410)

Concluye diciendo el mismo autor que:

este querer el resultado de la propia conducta solo es predicable de los tipos penales de resultado; respecto de los de mera conducta, basta la voluntad del comportamiento, lo que significa que es en ellos suficiente que el agente quiera ejecutar la acción u omisión descritas en el respectivo tipo lega. (411)

409 Ibid., pp. 209-210.

410 Ibid., p. 210.

411 Ibid., pp. 210-211.

Ahora bien, renglones anteriores manifesté que el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, sólo puede cometerse bajo la forma de culpabilidad más grave, esto es dolosamente. Una vez examinados las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del dolo, su concepto y sus elementos, estamos en condiciones de dar nuestra opinión respecto al tipo en comento.

Al estudiar la clasificación de los delitos en orden a la conducta en el punto 3.3.2.1 de este capítulo, concluimos que se trata de un tipo de mera conducta, esto es, de un delito formal, sin resultado material, por lo que de acuerdo con el punto de vista del maestro colombiano Alfonso Reyes Echandia, es suficiente el elemento volitivo del dolo, es decir, basta la voluntad de realizar el comportamiento descrito en el tipo, lo que significa que es suficiente que el agente quiera ejecutar la acción descrita en el tipo legal en análisis, pero ello no significa que no se requiera el aspecto cognoscitivo del dolo, pues como señala el penalista Pavón Vasconcelos, en todo caso, la misma conducta (acción) es objeto de representación y de la voluntad como resultado específico, (412) en consecuencia, para poder determinar que el sujeto

412 Cfr. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 395.

activo ha actuado dolosamente, debe conocer las circunstancias del hecho típico, querer y aceptar el resultado prohibido por la Ley. Esto significa que deben concurrir los dos elementos del dolo, el cognoscitivo o intelectual, conforme al cual el agente debe saber que realiza el comportamiento descrito en el tipo penal, consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido; además, debe tener consciencia de la anti-juridicidad de su conducta, es decir, que al realizar tal comportamiento debe saber que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, (en el caso concreto la libertad sexual) sin que lo justifique una norma permisiva o también denominada causa de justificación o causa de licitud.

También debe concurrir el aspecto volitivo del dolo, pues no basta que el sujeto sepa que su comportamiento es típico y antijurídico sino además que tiene la voluntad de realizarlo, que quiere efectuarlo a pesar de la anti-juridicidad de su conducta.

3.6.2 Causas de Inculpabilidad.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son denominadas también causas exculpatorias, causas de exclusión o excluyentes de la culpabilidad.

Se dice por la mayoría de los autores que las causas de inculpabilidad son aquellas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. (413)

La presencia de cualquiera de las causas de inculpabilidad trae como secuela la de que una conducta típica y antijurídica no constituye, sin embargo, delito por ausencia de culpabilidad.

Los estudiosos de la materia coinciden en que son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

1) El error, y

413 Cfr. L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 389; F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 433; F. CASTELLANOS: op. cit., p. 257.

2) La no exigibilidad de otra conducta.

1) El error. Comprende como especies al error de hecho y al error de derecho o de prohibición, eximentes putativas y obediencia jerárquica. (414)

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial).

Por error de hecho se entiende:

la equivocación que versa sobre uno cualquiera de los elementos de la conducta descrita en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material. (415)

El error de hecho esencial tiene su fundamento legal en el numeral 15, fracción XI del Ordenamiento Punitivo, que a la letra dice:

Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. (416)

414 Cfr. L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., pp. 389-390; F. PAVON - VASCONCELOS: op. cit., p. 438.

415 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 232.

416 Art. 15. fracción XI del Código Penal para el Distrito Federal: la. ed., Alco, México, 1990, p. 11.

Del contenido de la fracción transcrita se desprende además del error de hecho esencial (error de tipo), el error de prohibición indirecto (error de permisión= eximentes putativas).

Ahora bien, el error de tipo o error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). Si el error es vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad. (417)

Es interesante el punto de vista del maestro Castellanos Tena quien explica que para que un sujeto sea culpable:

precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. (418)

417 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 436-437.

418 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 258.

Por mi parte considero de acuerdo con las opiniones enunciadas que el error de tipo se presenta cuando el sujeto desconoce alguno de los elementos de la figura delictiva, faltando por tanto, el elemento cognoscitivo del dolo, lo que trae como consecuencia la inculpabilidad del sujeto, debiendo absolversele en el juicio de reproche.

Es de mi parecer que en el tipo en cuestión, existe la posibilidad de que se presente el error de hecho esencial sobre los medios de ejecución del delito, puede ser que un sujeto al realizar el comportamiento consistente en introducir un elemento o instrumento por vía vaginal o anal crea que es con el consentimiento del pasivo y aún cuando tal error fuere vencible, su proceder sería culposo, pero, en razón de que el tipo que estudiamos no admite esta forma de culpabilidad, tal error anula el dolo y produce inculpabilidad en el sujeto.

2) No exigibilidad de otra conducta.

De la índole normativa de la culpabilidad, que constituye un juicio de reproche, se deduce que cuando no es exigible otra conducta, nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad. (419)

Una de las causas legales de no exigibilidad de otra conducta es la coacción o violencia moral (vis compulsiva), llamada por la ley "Temor fundado e irresistible", cuyo fundamento legal es el artículo 15, fracción VI, del Código Penal que establece:

Obrar en virtud de...temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. (420)

La coacción, violencia moral, vis compulsiva o "temor fundado" se define como la fuerza psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría.

Quien realiza un comportamiento típico y antijurídico constreñido moralmente, no es responsable por falta de culpabilidad, en efecto, el sujeto no actuó con voluntad libre, no quiso el resultado antijurídico, pero ni siquiera la conducta que la ocasionó; el hecho no es relevante suyo porque no fue producto de un acto soberano de su voluntad.

420 Art. 15, fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal: la. ed., Alco, México, 1990, p. 11.

La operancia del temor fundado e irresistible (vis compulsiva) fundaméntase en la coacción moral sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, siguiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta, la voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, lo cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una auténtica "no exigibilidad", reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de un propio sacrificio. (421)

Ahora bien, nuestro punto de vista en relación al tipo en examen es en el sentido de que un sujeto se puede amparar bajo esta causa de inculpabilidad "No exigibilidad de otra conducta", denominada coacción, violencia moral, vis compulsiva o como la consagra nuestro Código Penal, temor fundado e irresistible", habida cuenta que un individuo puede introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, empero sin haber concurrido el elemento volitivo del dolo, esto es, su voluntad puede estar viciada en razón de que se le puede amenazar con causarle

421 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., pp. 230-231; F. PAVON - VASCONCELOS: op. cit., p. 447.

un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, por ejemplo: se puede dar el caso de que se le coaccione diciéndole que si no realiza el comportamiento típico y antijurídico que describe el párrafo tercero del numeral 265 del Ordenamiento Punitivo, se priva de la vida a su cónyuge, concubina, ascendiente, descendiente o a cualquier otra persona con quien tenga algún vínculo de parentesco, amistad o gratitud, y en tales circunstancias, el agente tenga que efectuar tal comportamiento, en este caso, su conducta (acción) es típica, antijurídica e imputable, pero no culpable porque no concurre el elemento volitivo del dolo, pues a pesar de haber tenido conocimiento de su proceder típico y antijurídico no le es reprochable porque su voluntad estaba viciada, pudiendo ampararse bajo la causa de inculpabilidad "No exigibilidad de otra conducta" en su especie o modalidad de coacción, violencia moral, viscompulsiva o "temor fundado e irresistible" cuyo fundamento legal es el artículo 15 fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal.

Por otra parte, estimo, es innecesario referirme en este punto al error accidental, error de derecho o prohibición (eximentes putativas), así como a la no exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad y obediencia jerárquica) pues considero, son improcedentes en el tipo que analizamos.

3.7 La Punibilidad y las Excusas Absolutorias.

En el punto 1.11 del primer capítulo de este trabajo, hicimos referencia a la punibilidad y las excusas absolutorias. Creo no hay inconveniente en repetir las citas y comentarios en este apartado para dar nuestro punto de vista acerca del tipo en examen.

3.7.1 La Punibilidad.

Dijimos que existen en la doctrina, diversidad de criterios respecto a que si la punibilidad es elemento o consecuencia del delito.

El maestro Fernando Castellanos opina:

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito... punibilidad es: a) Merecimiento de pena; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley. (422)

422 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 275.

El autor citado, a pesar de que hace el estudio del delito de acuerdo a la concepción heptatómica, siguiendo el sistema de Don Luis Jiménez de Asúa, a su vez tomado del maestro Guillermo Sauer, acepta una definición tetratómica del delito y al referirse a la punibilidad manifiesta que no alcanza el rango de elemento esencial del delito, y tomando una de las acepciones del término punibilidad (punible) que nos da el Diccionario de la Lengua Española, expresa que aquélla consiste en el merecimiento de una pena, es decir, a un sujeto se le debe aplicar una pena cuando su comportamiento sea típico, antijurídico y culpable.

Otro autor que también sigue una postura heptatómica del delito, ha terminado por negarle el rango de elemento esencial del delito a la punibilidad, es Don Celestino Porte Petit, al sostener:

Quando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es elemento sino consecuencia del delito. (423)

423 CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntes de la Parte General de Derecho Penal (edición mimeográfica); México, 1960, p. 150.; citado por F. CASTELLANOS; op. cit. p. 277.

El maestro citado, considera que la punibilidad es consecuencia del delito, en virtud de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

A nuestro juicio, no sólo por esta razón la punibilidad es consecuencia del delito, sino porque también el presentarse la ausencia de punibilidad, las denominadas excusas absolutorias se excluye la pena, es decir, dejan subsistente el carácter delictivo del comportamiento, empero, impiden la aplicación de la pena, lo que corrobora el criterio sustentado en el sentido de que la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento esencial.

Por su parte el penalista Pavón Vasconcelos, estima que la punibilidad es un elemento del delito, sin embargo, distingue entre punibilidad y pena, pues nos dice que la primera consiste en:

la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del Orden Social. (424)

Al referirse el mismo autor a la pena, expresa:

la pena sería la consecuencia del delito. (425)

De las notas anteriores, se desprende que cada tipo penal contiene la punibilidad, es decir, la amenaza de pena para el caso de que se realice el delito y que la pena sería el castigo que se impone al sujeto activo por su comportamiento delictivo.

En apoyo a lo anterior, en el sentido de que la pena es una consecuencia del delito, contamos con la opinión del ilustre penalista alemán Edmundo Mezger quien expresa:

La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. (426)

Continúa explicando el mismo autor:

425 Ibid., p. 458.

426 EDMUNDO MEZGER: op. cit., p. 353.

La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. (427)

Por mi parte, me adhiero a la corriente doctrinal que niega a la punibilidad el carácter de elemento esencial del delito, sin embargo, coincido con el razonamiento certero del maestro Pavón Vasconcelos quien a pesar de considerar que la punibilidad es un elemento del delito, hace la distinción entre esta y la pena.

Aplicando lo anterior al tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", la punibilidad o amenaza de pena, la encontramos contemplada en el artículo 265, párrafo tercero del Código Penal.

En efecto, el párrafo mencionado establece:

Se sancionará con prisión de tres a ocho años -
(428)

427 Ibid., p. 353.

428 Diario Oficial de la Federación; 21 de enero de 1991, México, D.F. p. 22.

De acuerdo con la norma anterior, la sanción, en el caso concreto, la pena que se impone al sujeto que introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, es de tres a ocho años de prisión.

Creo, la pena que se impone a quien realiza el comportamiento descrito en el tipo en examen, es baja, pues tal conducta, estimo, es más grave que la que describe el párrafo primero del mismo numeral, relativo a la violación propia, en la que la pena aplicable es de ocho a catorce años.

Estimo, debe modificarse el párrafo tercero del artículo 265 del Ordenamiento Punitivo y señalar que:

La misma sanción se impondrá...

Además, considero, la pena se debe aumentar, tratándose de sujeto pasivo menor de doce años de edad, que no tenga capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta que se ejecuta en su persona o que por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa. En tales circunstancias, se debe aumentar la sanción en una mitad de la señalada en el primero y segundo párrafo del mismo numeral.

A nuestro juicio, es necesario modificarse el precepto y quedar

en los siguientes términos:

Art. 265.- Se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por medio de la violencia física o moral, por la vía vaginal o anal, el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste en persona de cualquier sexo. La misma pena se impondrá a quien introduzca por vía oral el miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

la misma pena se aplicará al que sin utilizar la violencia física o moral, introduzca por la vía vaginal o anal, el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, en persona de cualquier sexo, menor de doce años de edad, o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

3.7.2 Las Excusas Absolutorias

Al aspecto negativo de la punibilidad se le denomina excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias:

Son aquellas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad,

de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho típico, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. (429)

Encontramos en nuestra legislación penal, las siguientes especies de excusas absolutorias: a) Excusa en razón de mínima temibilidad; b) Excusa en razón de la maternidad consciente; c) Encubrimiento de parientes y allegados; d) Evasión de presos; e) Excusa por graves consecuencias sufridas por el delito. (430)

Por su parte, el maestro Carrancá y Trujillo nos dice al respecto:

En general podemos decir que se apoyan desde el punto de vista subjetivo en la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela; pero al mismo tiempo este fundamento puede descomponerse sistemáticamente en las siguientes especies: a) Excusas por razón de los móviles afectivos revelados; b) Excusas en razón de la copropiedad familiar; c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela; d) Excusas en razón de la maternidad consciente; e) Excusas en razón del interés preponderante; y f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada. (431)

429 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., pp. 278-279.

430 Cfr. Ibid., pp. 280-281.

431 RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano, Parte General. (puesto al día por Raúl Carranca y Rivas); 14a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 630.

De las notas anteriores, se concluye que el Estado no sanciona determinados comportamientos por razones de política criminal debido a las circunstancias que concurren en la persona del autor, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, pero por causas personales se excluye la pena.

Ahora bien, nuestro punto de vista del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", en análisis, es en el sentido de que no se presenta ninguna excusa absoluta, es decir, no existe ninguna causa por la que se deje impune el comportamiento que describe el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, pues sería absurdo pensar que por razones de justicia o equidad de acuerdo con una política criminal, se dejara de aplicar la pena señalada en el numeral citado, al sujeto que introduzca en vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

CAPITULO IV. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

Las figuras jurídico-penales de la tentativa y del concurso de delitos, de las que me ocupare a continuación, constituyen formas especiales de aparición del delito, considerado desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma reducida o ampliada. En la tentativa, el delito se limita a una parte; en el concurso de delitos, existe una pluralidad de criterios que se aplican a una acción, o una pluralidad de hechos punibles.

Se trata por consiguiente, de una contraposición entre consumación y tentativa y entre unidad del enjuiciamiento o del hecho y pluralidad de enjuiciamientos o de hechos. (432)

4.1 Iter criminis

Desde que el delito, como cualquier acción humana, nace como idea hasta que culmina como obra plenamente objetivizada en el mundo exterior, recorre un proceso, que puede ser más o menos largo y que es conocido con el nombre de iter criminis. (433)

432 Cfr. EDMUNDO MEZGER: op. cit., p. 275

433 Cfr. NELSON R. PESSOA: La Tentativa; Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1987, p. 27.

Los clásicos o también conocidos como los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, denominaron el "iter criminis" como el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, es decir, el proceso antes de la perpetración de un hecho descrito en la ley como delito. (434)

Al respecto contamos con la opinión del maestro Gustavo Melo Camacho quien expresa:

Como unánimemente expresan los autores penalistas al referirse al análisis del delito tentado, éste es una figura jurídica que se presenta en la vida del iter criminis, generado con la ideación del delito por parte del sujeto agente y finalizado con la consumación de la conducta que produce el resultado jurídico material o exclusivamente jurídico, relevante para el derecho penal. Si por iter criminis debe entenderse camino al delito o como refieren los italianos, con el expresivo y preciso término de andamento criminale, es evidente suponer que tal "andamento" encuentre su principio en la ideación, con el surgimiento de la idea criminosa en la mente del futuro delincuente y su fin con la consumación del delito puesto en mira. (435)

De acuerdo con el autor citado, el iter criminis es el camino

-
- 434 Cfr. RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. - Parte General (puesto al día por Raúl Carranca y Rivas); - 14a. ed., Porrúa, México, 1984, p. 639; A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 121.
- 435 GUSTAVO MELO CAMACHO: Tentativa del delito; 1a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1971, p. - 24.

del delito y comprende desde su ideación hasta la consumación del mismo.

Por su parte, Don Luis Jiménez de Asúa, al referirse al concepto de "iter criminis", señala:

El iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. (436)

También el maestro de referencia, es del parecer que el iter criminis es el camino que recorre el delito, comprendiendo desde la ideación hasta el agotamiento.

Ahora bien, existe unanimidad de opiniones en la doctrina en el sentido de que en el proceso de generación del delito, es posible observar dos fases o etapas fundamentales: 1) fase interna, subjetiva o psíquica, y 2) fase externa, objetiva o física. Así, tenemos:

436 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 459.

Iter criminis	Fase interna, subjetiva o psíquica.	Idea criminosa o ideación Deliberación Resolución
	Fase externa objetiva o física	Manifestación Preparación Ejecución (tentativa o consumación). (437)

De las fases del iter criminis mencionadas anteriormente, nos ocuparemos en seguida, con la finalidad de dar nuestro punto de vista en relación al tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

4.2 Fase interna

La fase interna, subjetiva o psíquica del iter criminis, se integra por tres etapas o períodos:

- 1) Ideación
- 2) Deliberación
- 3) Resolución

437 Cfr. RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: op. cit., p. 639; F. PAVON VASCONCELOS: op. cit. p. 467; L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 459; G. MELO CAMACHO: op. cit., p. 26; F. CASTELLANOS - TENA: op. cit., p. 284.

1) Ideación. La ideación es el primer momento que se presenta en la fase subjetiva y surge cuando nace en el individuo la idea de cometer el delito.

Respecto a este elemento de la fase interna, contamos con las opiniones de los penalistas Gustavo Melo Camacho y Francisco Pavón Vasconcelos.

El primero de los maestros citados expone:

Se presenta la ideación cuando nace en el sujeto agente la ideación de cometer un delito; cuando se origina en la mente del futuro autor, la posibilidad de dar salida a su ánimo negativo a través de una conducta que en su objetividad se manifestará como contraria al interés social en un momento histórico determinado; es el momento que se presenta cuando bajo la presión de un sentimiento negativo, en función de un quid cualquiera, un individuo hace nacer en su mente la posibilidad de cometer una conducta que de verificarse se presentará como delictiva. Es un momento que tiene su plena vigencia en la esfera psíquica; es el sujeto mismo quien lo determina como consecuencia del impulso externo o interno originado como resultado de una determinada situación que lo motiva, en manera voluntaria o involuntaria. No se refiere aún, la ideación, a ningún momento siguiente, es sólo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene desencadenado bien con el impulso externo que provoca el desarrollo normal del proceso de elaboración generativo directamente en la memoria. (438)

De acuerdo con el autor citado, la ideación sólo se presenta en la esfera psíquica del individuo al nacer la idea de cometer un delito originada por algún impulso externo o interno, pero no se refiere a ningún momento siguiente.

Por su parte, el segundo de los penalistas Pavón Vasconcelos sostiene:

El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede ser que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en un principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada deliberación. (439)

También el profesor de referencia, coincide en que la ideación surge en la mente del sujeto y se presenta cuando aparece la tentación de delinquir, tal idea puede ser acogida o desairada por el individuo. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí surge el segundo momento o período de la fase subjetiva, denominada deliberación. (440)

Ahora bien, es de nuestro parecer que tratándose del tipo en cuestión, puede darse el primer fenómeno (ideación), pues, en un sujeto, impulsado por móviles externos o internos, apare-

439 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 467.

440 Cfr. F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 284.

ce la idea en su mente de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. Esta idea puede ser aceptada o rechazada por el individuo, si es desairada, la idea se anula en la esfera psíquica, empero, si es acogida, surge el segundo momento de la fase subjetiva llamada deliberación.

2) Deliberación. Una vez que la idea de delinquir es acogida por el sujeto, delibera sobre la posibilidad de su logro, existiendo una lucha entre la idea críminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

En relación a este período de la fase psíquica del iter críminis, el penalista Melo Camacho nos dice:

El segundo momento de la deliberación se presenta cuando el sujeto agente, una vez surgida la idea críminosa en su mente, en lugar de rechazarla delibera sobre sus posibilidades de éxito; estudia los aspectos positivos y negativos derivados de su realización y después de haberlo, considerado todo en balance, actividad que constituye precisamente la deliberación acerca de la conducta críminosa y sus consecuencias, obtiene la conclusión que habrá de integrar el tercer momento de la resolución. Este segundo momento de la deliberación supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo; implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana, para quienes se manifiestan seguidores determinismo; corresponde al momento en que el sujeto agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá

de optar entre los caminos que se representa lo socialmente bueno y lo socialmente malo, y en donde en un primer encuentro de observar frente a frente los frenos psíquicos de la conducta derivados de la vida en sociedad y la manifestación, aún interna, de los distintos. (441)

El profesor Castellanos Tena, señala que la deliberación:

Consiste en la meditación sobre la idea criminal, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminal y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias. (442)

En fin, el maestro Pavón Vasconcelos, dice que por deliberación se entiende:

el proceso psíquico de lucha entre la idea criminal y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella. Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la idea criminal, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir. (443)

441 G. MELO CAMACHO: op. cit., p. 27.

442 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 284.

443 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., pp. 467 - 468.

De las notas destacadas con antelación, nuestro punto de vista respecto al "delito de violación no realizado con el miembro viril" en estudio, es en el sentido de que la deliberación consistiera en la meditación sobre la idea surgida en la psique del sujeto relativa a la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, existiendo un conflicto entre esta idea criminosa acogida en su mente y los factores de carácter moral, religioso o social.

3) Resolución. Una vez que el sujeto ha superado el conflicto entre la idea criminosa y aquellos factores que pugnan contra ella, surge en su mente la intención y la voluntad de delinquir, dando paso al tercer período de la fase interna del iter criminis, llamada resolución.

Al respecto, el profesor Castellanos Tena sostiene:

A esta etapa corresponde la intención y la voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente. (444)

De acuerdo con el punto del autor citado, en el sentido de que la intención y la voluntad corresponden al momento de la resolución, el penalista Melo Camacho, opina, que la idea-ción y la deliberación encuadran en el denominado elemento de la "representación" del dolo, y la resolución da vida al aspecto interno del "elemento volitivo" que habrá de continuarse en la fase externa del iter criminis. (445)

La resolución como tercer momento de la fase psíquica, tratándose del tipo en comento, se presenta cuando una vez que el sujeto ha superado el conflicto entre la idea criminosa y los factores que pugnan contra ella, surge en su mente la intención y la voluntad de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, pero esa voluntad no sale al exterior, queda sólo como propósito en la psique del sujeto.

Existe unanimidad de criterios en la doctrina en el sentido de que la fase interna, subjetiva o psíquica del iter criminis, estudiada anteriormente no tiene trascendencia jurídico-penal.

445 G. MELO CAMACHO: op. cit., p. 27.

pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado de la impunidad de las ideas no sólo en las Partidas, sino que el jurista Ulpiano ya había dicho: "cogitationis poenam nemo patitur", principio hoy dominante en las legislaciones penales. Con base en este principio se sostiene que en la fase interna no es posible hablar de delito, ni por ende, de penalidad. (446)

En esta fase psíquica, opina el maestro Carrancá y Trujillo:

... no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso, el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y ésta la acción, convirtiéndose sólo por medio de ésta en incriminable. (447)

De la misma postura es el jurista Melo Camacho, al expresar:

446 Cfr. L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 460; F. PAVON VASCON CELOS: op. cit., p. 468.

447 R. CARRANCA Y TRUJILLO: op. cit., p. 639.

La suspensión del iter al transcurso de la fase interna, durante el período en que se desarrollan los elementos internos, no se considera que pueda encuadrar la tentativa punible, y ello, como expresan varios estudiosos, no tanto por la dificultad que se presenta desde el punto de vista de la prueba, es decir, de la dificultad de probar la actividad subjetiva, sino con mayor precisión, en aras del principio de la libertad individual que obliga a observar el largo camino por ser recorrido, para llegar a la consumación del hecho delictuoso y la consiguiente aún fuerte posibilidad de que el sujeto, detenido y obstaculizado por el cada vez más sensible poder coactivo, físico y moral de la ley penal, suspenda la materialización de la posible conducta ilícita. (448)

En resumen de lo anotado es de aceptación plena, el principio de que el pensamiento no delinque.

Tratándose del tipo en análisis, puede presentarse esta fase interna del iter criminis, en la mente de un sujeto nace la idea, delibera y resuelve realizar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, empero, no ejecuta ningún acto externo que lesione o que ponga en peligro el bien jurídico protegido, en la especie, la libertad sexual, y en razón de que sólo queda como propósito en la mente del sujeto se dice que no es delictiva porque el pensamiento no delinque.

448 G. MELO CAMACHO: op. cit., pp. 27 - 28.

4.3 Fase externa

La fase externa, objetiva o física se integra por tres momentos, etapas o períodos:

- 1) Manifestación
- 2) Preparación.
- 3) Ejecución (Tentativa o consumación)

1) Manifestación. Existe discrepancia en la doctrina respecto a que si la manifestación es o no un período de la fase externa del iter criminis. Nosotros, adoptamos la postura de los maestros Carrancá y Trujillo y Castellanos Tena, para quienes la manifestación si es un de los momentos de la fase objetiva.

Para el primero de los penalistas citados:

En la fase externa el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se juzga insuficientemente para ello buscará coordinar sus fuerzas con otras afines: propondrá, inducirá conspirará. También puede ofrecerse la manifestación de la idea por medio de una confesión espontánea del propósito, para no realizarlo, o bien de esa misma confesión, pero producida para dar entender que ese propósito se realizará en daño de alguien. (449)

El segundo de los profesores de referencia, expresa:

La manifestación no es incriminable. Por excepción existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. (450)

De lo anterior, se concluye que la manifestación es impune, salvo cuando esta sea suficiente para encuadrarla en algún tipo penal cuando así lo exija el ordenamiento punitivo.

Nuestro parecer tratándose del tipo en cuestión, es en el sentido de que puede presentarse en el sujeto la manifestación de la idea criminosa sobre la que ha deliberado y resuelto ejecutar, consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía anal, por medio -- de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo de

450 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 286. Agrega: El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo no integra delito. Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito (Art. 6).

del ofendido, sin embargo, tal manifestación no es incriminable, habida cuenta que el tipo en estudio, requiere de la realización del comportamiento que describe para que sea punible y con la simple manifestación de la idea criminal no se lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado de la libertad sexual.

2) Preparación. Constituye el segundo elemento de la fase externa y se produce después de la manifestación y antes de la ejecución.

El maestro Carrancá y Trujillo expresa que la preparación:

consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. (451)

Para el penalista argentino, Sebastian Soler, la preparación

451 R. CARRANCA Y TRUJILLO: op. cit. p. 641. Dice además: Aquí puede darse la preparación putativa, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer (adquirir sal común por arsénico para ejecutar un envenenamiento ya decidido). La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equivoco no puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco (la de la escalera no lo es; pero si la de la máquina para falsificar moneda), caso que más bien es sancionable por considerarse como un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa.

se refiere a los actos preparatorios de ejecución del delito, y estos los define como:

aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado. (452)

Por su parte, el maestro Castellanos Tena, opina:

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. (453)

En fin, Don Luis Jiménez de Asúa, nos dice que los actos preparatorios:

son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución; son por ejemplo, el hecho de procurarse una arma para cometer el delito, de armarse de ganzúas y rondar la casa, etc. En la práctica son muy difíciles de distinguir de los actos de ejecución, y se ha dicho, para lograrlo, que si son de naturaleza inocente, que igual

452 SEBASTIAN SOLER citado por F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 286.

453 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 286.

pueden ser practicados por un individuo que tenga propósitos delictivos, que por aquél que vaya a cometer un acto ilícito (el que compra una escopeta puede ser para realizar un homicidio o para ir a una partida de caza), entonces son preparatorios, y si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga ánimo de delinquir, son actos de ejecución. (454)

De las opiniones de los destacados penalistas mencionados anteriormente, se concluye que los actos preparatorios son equivocados, pues como señala el ilustre maestro Carrancá y Trujillo, citando a Rossi, Manzini y Hippel, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos; no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal; revelan muy escasa peligrosidad, pero, cuando esos mismos actos concurren a integrar un tipo legal delito pueden ser sancionados, también cuando están comprendidos, en la figura de la tentativa. (455)

Por mi parte, considero con apoyo en las notas anteriores, en el tipo en estudio, puede presentarse este segundo momento de la fase externa u objetiva del iter criminis, pues, puede

454 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 471.

455 Cfr. R. CARRANCA Y TRUJILLO: op. cit., p. 641.

acontecer que en el sujeto nazca al idea criminosa, delibere, resuelva, (fase interna), manifiesté en el mundo exterior esa idea y prepare la ejecución del evento típico, sin embargo, los actos preparatorios para tal efecto pueden ser equívocos, a menos que de acuerdo a una valoración correcta de las pruebas en el caso concreto, se determine que esos actos eran unívocos, es decir, que eran suficientes para realizar el comportamiento que describe el tipo contenido en el párrafo tercero del numeral 265 del Ordenamiento Punitivo, empero, en tal situación, esa preparación de ejecución sería impune en razón de que no ha realizado ningún principio de ejecución que ponga en peligro el bien jurídico tutelado, como lo es la libertad sexual, para encuadrar su conducta en la tentativa punible a que se refiere el artículo 12 del Código Penal.

3) Ejecución (tentativa o consumación).

El tercer momento de la fase externa, objetiva o física del iter criminis, se denomina ejecución y se dice que este es el momento pleno de ejecución del delito.

El momento de la plena ejecución de la acción violatoria de la norma penal puede ofrecer dos distintas formas: la tentativa y la consumación. De estas figuras nos vamos a referir en seguida.

4.4 Tentativa

La tentativa de delito es una figura jurídica presentada en el marco de la esfera del iter criminis que se ubica entre los actos preparatorios y la consumación, que cierra el camino del delito.

El ilustre maestro de Pisa, Don Francesco Carrara (máximo exponente de la escuela clásica), define la tentativa, conato o atentado como:

cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar. (456)

De la definición anterior, se desprenden los siguientes elementos:

- 1) Cualquier acto externo.
- 2) Que unívocamente conduce al delito.
- 3) Que conduce por su naturaleza a un resultado criminoso.

456 FRANCESCO CARRARA: Programa de Derecho Criminal. Parte General Vol. I. (Trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero); Temis, Bogotá, 1956, p. 246.

- 4) Que el agente dirige a este resultado.
- 5) Con explícita voluntad.
- 6) Al cual no le sigue el mismo cuento.
- 7) Ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar. (457)

En México, para el maestro Pavón Vasconcelos:

Tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa. (458)

Para el autor citado, los elementos de la tentativa son los siguientes:

- a) Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito; b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. (459)

En nuestro Código Penal, el artículo 12 párrafo primero establece:

457 Cfr. Ibid., pp. 247 - 258

458 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 475.

459 Ibid., p. 475.

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. (460)

Del precepto transcrito, se desprenden los siguientes elementos de la tentativa:

- a) Querer o voluntad de cometer un delito.
- b) Una conducta (acción u omisión) que debería producirlo o evitar el delito.
- c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Cuando concurren los tres elementos señalados anteriormente, estamos en presencia de la tentativa punible.

En el "delito de violación no realizado con el miembro viril" se puede presentar la tentativa cuando un sujeto ejecute voluntariamente una conducta (acción) encaminada a la realización del delito, pero, que este no se consume por causas ajenas a su voluntad.

460 Art. 12. párrafo primero del Código Penal del Distrito Federal; la. ed., Alco, México, 1990. p. 8.

La tentativa se presenta en dos formas:

- 1) Tentativa acabada.
- 2) Tentativa inacabada.

De estas figuras nos ocuparemos a continuación.

4.5. Tentativa acabada.

La tentativa acabada, conocida también como tentativa impropia o como delito frustrado, se observa:

cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad. (461)

De la misma postura, es el maestro Castellanos Tena al señalar:

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.(462)

461 G. MELO CAMACHO: op. cit., p. 13.

462 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 289.

Por su parte, el penalista alemán Wessels, sostiene:

La tentativa es acabada cuando el autor ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado típico. (463)

De las definiciones anteriores se desprenden los siguientes elementos constitutivos de la tentativa acabada:

1. Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la intención dirigida a cometer el delito;
2. Un elemento material u objetivo, consistente en la total realización de los actos de ejecución, y
3. No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

En el tipo que nos ocupa, estaremos en presencia del "delito de violación no realizado con el miembro viril" en grado de tentativa acabada, cuando el sujeto:

- a) Quiera introducir un elemento o instrumento distinto al

miembro viril en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

b) Lleve a cabo una total realización de los actos de ejecución, por ejemplo, que amenace al pasivo con causarle un mal en su persona si no permite que se le introduzca un instrumento en la vía vaginal y una vez desvestida, intervenga un tercero e impida tal introducción, no logrando la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad.

Por otra parte, se puede presentar el llamado arrepentimiento activo o eficaz en la tentativa acabada, no así el desistimiento. (464)

El arrepentimiento activo o eficaz, nos dice el maestro Pavón Vasconcelos:

Sólo puede presentarse en la tentativa acabada cuando el agente ha agotado todo el proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias ... supone una actividad desarrollada por el mismo autor que impide la consumación del delito interrumpiendo el curso causal de la acción. (465)

464 Cfr. CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa de Derecho Penal. Parte General; 3a. ed., Trillas, México, 1990, p. - 766; F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 290.

465 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 491.

De acuerdo con el profesor citado, el arrepentimiento activo o eficaz como causa que exime la pena, sólo puede presentarse en la tentativa acabada en los delitos de resultado material, no así en los de mera conducta, pues, para que pueda presentarse el arrepentimiento, tiene que existir la posibilidad del resultado material.

Son elementos del arrepentimiento activo o eficaz:

1. Querer el resultado
2. Una total ejecución de los actos productores del resultado.
3. No consumación del delito por voluntad del propio agente. (466)

El fundamento legal del arrepentimiento activo o eficaz, lo encontramos en el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal que establece:

Si el sujeto... espontáneamente... impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere... (467)

466 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: op. cit., p. 766.

467 Art. 12, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal: 1a. ed., Alco, México, 1990, p. 8.

Con apoyo en el punto de vista del maestro Pavón Vasconcelos, estimo que en el tipo que nos ocupa, tratándose de la tentativa acabada, no puede operar el arrepentimiento activo o eficaz por tratarse de un delito formal o de mera conducta al no exigir ningún resultado material o mutación en el mundo exterior, pues como mencione anteriormente, para que pueda presentarse el arrepentimiento, tiene que existir la posibilidad del resultado, y en el tipo en estudio, un sujeto puede realizar todos los actos ejecutivos, empero, una vez realizados todos los actos de ejecución y no lográndose la introducción del elemento o instrumento, no existe la posibilidad de consumación de la misma por los mismos actos ejecutivos y, en consecuencia, no puede de propia voluntad impedir un resultado que ya no puede efectuarse.

En apoyo a lo anterior, cabe citar la resolución de los Tribunales respecto al arrepentimiento en la tentativa acabada en el tipo de violación propia que prevé el párrafo primero del artículo 265 del Código Penal, pues estimo que es aplicable también al tipo en examen previsto en el párrafo tercero del mismo numeral.

"El arrepentimiento consiste en una vez realizados todos los actos de ejecución, impedir la consumación del delito. Esto quiere decir que el sujeto ha llevado a cabo, en forma total, los actos de ejecución productores, en todo caso, del resultado. Por ello, para que pueda presentarse el arrepenti-

miento, tiene que existir la posibilidad del resultado, y en el caso a estudio, una vez realizados todos los actos de ejecución y no realizándose como fue, la cópula, no había ya la posibilidad de consumación de la misma por los mismos actos ejecutivos y, en consecuencia, no podía el sujeto de propia voluntad impedir un resultado que ya no podía efectuarse. En otros términos, la posibilidad del arrepentimiento sólo puede presentarse en los delitos de resultado material. Y así, se observa que la afirmación de la Corte sentenciadora no tiene fundamento alguno, ya que en el caso presente no cabe el arrepentimiento porque el sujeto realizó todos los actos de ejecución sin que se produjera el delito, y no había la posibilidad de propia voluntad impedir un resultado que ya no se iba a producir, como hemos manifestado, por los mismos actos ejecutivos por el realizados." (468)

4.6. Tentativa inacabada.

La tentativa inacabada o delito intentado, es otra de las formas de la tentativa.

El maestro colombiano Reyes Echandía, nos dice que la tentativa inacabada:

Consiste esencialmente en dar principio a la ejecución de un hecho punible, sin que su consumación se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. (469)

468 Anales de Jurisprudencia, T. CXXI, pp. 231 - 232; cita de C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo... p. 81.

469 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 120.

Por su parte el ilustre penalista alemán, Don Edmundo Mezger, sostiene que hay tentativa inacabada, cuando:

el autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario que hiciera de acuerdo con su proyecto (470).

De la misma postura es el profesor Wessels, al apuntar:

la tentativa es inacabada cuando el autor no ha hecho todo o cree no haber hecho todo lo que, según su representación del hecho, es necesario para su consumación. (471)

Para el jurista Nelson R. Pessoa, esta forma de tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha, se presenta, cuando:

el autor, por razones ajenas a su voluntad, no puede concluir toda la actividad productora de la finalidad, que había seleccionado para obtener el resultado, el cual lógicamente, no se obtiene precisamente por interrumpirse la actividad destinada a producirlo. (472)

En fin, en México, el maestro Castellanos Tena, explica:

470 E. MEZGER: op. cit., p. 291.

471 J. WESSELS: op. cit., p. 184.

472 N.R. PESSOA: op. cit., pp. 81 - 82.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución. (473)

Agrega el mismo autor:

La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto. (474)

De las definiciones destacadas con antelación, desprendemos como elementos de la tentativa inacabada, los siguientes:

- 1) Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la intención, en el querer cometer un delito;
- 2) Un elemento objetivo o material, relativo a un principio de ejecución de un hecho típico, y
- 3) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

473 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 289.

474 Ibid., p. 290.

Cuando se presenten los elementos señalados con anterioridad, se dice que estamos ante la tentativa inacabada.

Nuestro punto de vista en relación al tipo en comento, es en el sentido de que se puede presentar esta forma de tentativa inacabada cuando el sujeto:

a) Tenga la intención de realizar la acción a que se refiere el verbo rector del respectivo tipo, es decir, cuando quiera introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido;

b) Cuando lleve a cabo un principio de ejecución del hecho típico, esto es, que realice aquellos actos que la experiencia demuestra aptos, es decir, potencialmente suficientes para lograr el resultado apetecido, e implica igualmente que tales actos se dirijan precisamente en la dirección del evento querido, por ejemplo, que el sujeto efectúe actos utilizando la violencia física o moral a que se refiere el tipo como modalidades de la conducta, orientados inequívocamente a introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, sea cual fuere el sexo del pasivo (tarea encomendada sin duda al juzgador quien a través de un razonamiento lógico jurídico - doctrinario, podrá determinar si concurren tanto el elemento subjetivo como objetivo).

c) Cuando concurren el elemento subjetivo y objetivo, no se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto, esto es, que una vez que el sujeto quiera e inicie actos tendientes a realizar el comportamiento descrito en el tipo que nos ocupa, no se consume por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, vale decir, por causas objetivas que lo determinan contra su querer a suspender el proceso ejecutivo de su actuar que ya se había puesto en marcha, por ejemplo, un sujeto que tenga la intención de efectuar la acción, realiza actos idóneos, unívocos, tendientes a introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, empero, que tal introducción o penetración no se lleve a cabo porque un tercero interrumpa el proceso ejecutivo y por tal circunstancia ajena a la voluntad del sujeto no se consume el "delito de violación no realizado con el miembro viril" que prevé el numeral 265, párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal.

Por otra parte, existe unanimidad de criterios en el sentido de que en la fase de la tentativa puede el sujeto detenerse (tentativa inacabada), por lo que su conducta debe ser favorecida con una excusa total de la pena por razones de política criminal.

En el caso de la tentativa inacabada la causa que opera como

eximente de la pena, se denomina desistimiento.

Respecto a esta causa especial de supresión de la pena, nos dice Don Edmundo Mezger:

el desistimiento consiste en abandonar las acciones ulteriores necesarias para terminar el hecho. El desistimiento es espontáneo... cuando el autor ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución, por circunstancias independientes de su voluntad. (475)

Se habla de desistimiento cuando el sujeto interrumpe la conducta criminosa.

Para el maestro Nelson R. Pessoa:

en la tentativa inacabada, el desistimiento se produce por interrupción que el propio autor hace de su actividad productora de la finalidad, por eso, en esta modalidad no será necesaria una conducta con dirección contraria a la productora de la finalidad, sino que será suficiente con la inactividad o mejor dicho, la interrupción del acto productor de la finalidad. (476)

En fin, el penalista alemán Wessels, nos dice:

475 E. MEZGER: op. cit., p. 292.

476 N.R. PESSOA: op. cit., p. 82.

En la tentativa inacabada no procede la punibilidad del autor, si éste abandona espontáneamente la ulterior ejecución del hecho. (477)

Continúa explicando el mismo autor:

"Abandonar" significa renunciar a la ulterior ejecución de la decisión tomada con anterioridad realizando la correspondiente "contradecisión". (478)

Termina afirmando que:

El desistimiento es espontáneo si no está provocado por motivos forzosos; debe surgir de un motivo autónomo, no siendo necesario que sea eticamente valioso (por ejemplo, remordimientos, arrepentimiento, vergüenza, piedad para con la víctima, conmoción espiritual, temor de ser descubierto, miedo a la pena. El impulso para desistir también puede venir por fuerza (por ejemplo, persuasión de parte de la víctima); lo que sólo decide es que, a pesar de esta actuación, el autor siga siendo dueño de sus decisiones, a saber, que no esté impedido por una situación externa o interna para consumar la realización de su decisión que se le presenta como posible. (479)

De las notas señaladas anteriormente y acorde con el punto de vista de Don Celestino Porte Petit, los elementos de la tentativa desistida son:

477 J. WESSELS: op. cit., p. 185.

478 Ibid., p. 185.

479 Ibid., p. 186.

- a) Querer el resultado.
- b) Un comienzo de ejecución.
- c) Cesación de los actos ejecutivos por voluntad - del propio agente, y
- d) No consumación del delito. (480)

Ahora bien, tratándose del tipo en cuestión, considero, que estaremos en presencia de la tentativa desistida cuando concurren los elementos mencionados renglones anteriores, es decir habrá tentativa desistida del "delito de violación no realizado con el miembro viril" cuando el sujeto quiere cometer el delito, inicie actos indóneos e inequívocamente dirigidos a la introducción de un elemento o instrumento por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, empero, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución, esto es, que abandone los actos necesarios ulteriores para consumar el hecho, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos, como lo establece el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal.

4.7 Tentativa inidónea y delito putativo

a) Tentativa inidónea.

La tentativa inidónea denominada así en Alemania y conocida como delito imposible en México, se da, nos dice el penalista alemán Wessels:

cuando la ejecución de la decisión de cometer el hecho no puede producir, en contra de la representación del autor, por razones de hecho o jurídicas, la realización completa del tipo objetivo de lo injusto. Esto ocurre en caso de que el autor no reconozca la inidoneidad del sujeto..., del objeto del hecho o del medio para llevarlo a cabo. (481)

Por su parte, el maestro Blasco Fernández Moreda, define así la tentativa inidónea:

El delito imposible se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad de origen de los medios empleados para realizarla, o bien por la inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean. (482)

481 J. WESSELS: op. cit., p. 180.

482 FRANCISCO BLASCO FERNANDEZ MOREDA citado por L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 490.

En México, el jurista Pavón Vasconcelos, sostiene:

el delito es imposible por inexistencia del objeto cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente. (483)

De acuerdo con las opiniones anteriores, la característica doctrinal de la tentativa inidónea o delito imposible, radica en que el delito no se consuma debido a la inidoneidad de los medios empleados para alcanzar el fin propuesto por el sujeto, o a la inexistencia del objeto jurídico (bien jurídico tutelado), o material (real o personal).

Por mi parte, me adhiero al punto de vista sustentado por el maestro colombiano Alfonso Reyes Echandía quien señala:

esta figura debe ubicarse como causal de atipicidad, dado que si la conducta del autor es inodónea para producir el resultado previsto en el tipo legal o si se verifica sobre objeto material inexistente, en una y otra hipótesis tal comportamiento no encuadra en la descripción típica. (484)

483 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 484.

484 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 127.

Acorde con lo anterior, estimo que en el tipo en estudio, más que de una tentativa inodónea o delito imposible, se presenta una causa de atipicidad cuando el sujeto replica la acción descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, consistente en introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, cuando, los medios utilizados no sean la violencia física o moral que exige el tipo, o que tal comportamiento no se realice sobre una persona, en tales hipótesis considero existe atipicidad y no una tentativa inodónea o delito imposible.

b) Delito Putativo

Por otra parte, los estudiosos de la materia, se refieren a la figura jurídica denominada delito putativo o imaginario, respecto del cual el maestro Wessels nos dice:

En el delito putativo, el autor cree erróneamente que su conducta cae bajo una norma prohibitiva, la que sólo existe en su imaginación o que extiende excesivamente en perjuicio suyo a causa de una interpretación falsa (error de prohibición, de subsunción o acerca de la punibilidad invertido). (485)

485 J. WESSELS: op. cit., p. 181.

El profesor Castellanos Tena, señala:

En el putativo no hay infracción a la Ley Penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe ... no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria: el sujeto cree erroneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente. (486)

De conformidad con la opinión sustentada por los penalistas citados, el delito putativo existe cuando el sujeto realiza un comportamiento, no punible, por no estar previsto como delito en la Ley Penal, empero, el agente cree que su conducta esta tipificada y por lo tanto es punible.

Nuestro punto de vista respecto al delito putativo, es en el sentido de que, aun cuando el sujeto cree erroneamente que la conducta desplegada es punible, y no hay infracción a la Ley Penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe como explica el maestro Castellanos Tena, creo que no se debe hablar de un delito putativo, puesto que si no existe la norma penal, habría entonces una ausencia de tipo.

4.8 Consumación.

La consumación es el último momento, o mejor, el anteúltimo,

486 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 291.

en el iter criminis o camino que recorre el delito.

Para el ilustre maestro de la escuela clásica, Carrara, la consumación:

consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado. (487)

Al respecto, Don Luis Jiménez de Asúa señala que la consumación se refiere al delito perfecto y que este no lo definen los Códigos Penales en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto:

aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal. (488)

Agrega el mismo autor:

Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado. (489)

487 FRANCESCO CARRARA citado por L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 492.

488 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 492.

489 Ibid., op. cit., p. 492.

En fin, para el maestro Castellanos Tena:

Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. (490)

Con apoyo en las citas anteriores, podemos decir que el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", estara consumado o perfeccionado, cuando la ejecución del sujeto reuna todos los elementos constitutivos del tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

4.9 Concurso de delitos

Como exprese en las primeras líneas de este capítulo, el concurso de delitos, constituye una de las formas especiales de aparición del delito.

La teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamientos jurídico - penales frente a un solo delito y de la pluralidad de delitos.

En el concurso se mantiene la unidad de la persona del

autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico - penales frente a un solo delito del autor, o bien una pluralidad de delitos que ésta sola persona ha cometido.

La teoría del concurso concierne tanto a la estructura del delito y de los delitos como tales, cuanto, por otra parte, a las consecuencias del delito, esto es, a la pena en sentido amplio.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varios delitos; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

El concurso de delitos puede darse en dos hipótesis:

- 1) Concurso ideal o formal
- 2) Concurso real o material

De tales figuras nos ocuparemos a continuación.

4.10 Concurso ideal o formal

En esta forma de concurso se habla de unidad de acción y pluralidad de resultados.

Al respecto, el maestro Castellanos Tena, opina:

En este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal - y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto -, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho. (491)

Por su parte, el penalista colombiano Alfonso Reyes, explica:

Se da el concurso ideal o formal cuando un mismo comportamiento humano se subsume simultáneamente en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí. (492)

De la opinión sustentada por los juristas citados, se desprende que la característica esencial de esta figura estriba en que

491 Ibid., pp. 307 - 308.

492 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 143.

una misma conducta orientada a la obtención de un determinado evento naturalísticamente entendido, lesiona o pone en peligro intereses jurídicos protegidos en diversos tipos penales, y porque tal hecho presenta una complejidad de elementos de tal manera ubicados que una parte de ellos encuadra coetáneamente en varios tipos penales y el resto corresponde a elementos propios de cada uno de ellos. (493)

EL fundamento legal del concurso ideal o formal, lo tenemos en el artículo 18, primera parte del Código Penal, que establece:

ART. 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos (494)

Existe unanimidad de criterios en la doctrina en el sentido de que el concurso ideal o formal se divide en:

- 1) Concurso ideal o formal homogéneo
- 2) Concurso ideal o formal heterogéneo.

- 1) Concurso ideal o formal homogéneo. Se presenta esta forma

493 Cfr. Ibid., p. 143.

494 Art. 18, primera parte del Código Penal para el Distrito - Federal; 47 a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 13.

de concurso cuando con una conducta se violan varias disposiciones penales iguales y compatibles entre sí.

Se señalan como requisitos de esta figura:

1. Una conducta (acción u omisión)
2. Varias lesiones jurídicas iguales, y
3. Compatibles entre sí. (495)

Ahora bien, nuestro punto de vista respecto al tipo que nos ocupa, es en el sentido de que no puede darse la figura del concurso ideal o formal homogéneo en razón de que al realizarse la acción consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofrendado, sólo se lesiona un bien jurídico tutelado, como lo es la libertad sexual, siendo por tanto imposible que con la misma acción se lesione algún otro interés protegido por el Derecho, requisito indispensable del concurso ideal o formal.

2) Concurso ideal o formal heterogéneo. Se presenta esta figura cuando con una conducta (acción u omisión) se producen varias lesiones jurídicas distintas compatibles entre sí.

Los requisitos del concurso ideal o formal heterogéneo son:

1. Una conducta (acción u omisión)
2. Varias lesiones jurídicas distintas, y
3. Compatibles entre sí. (496)

Es de nuestro parecer que tampoco se da esta figura del concurso en el tipo en análisis, sin embargo, creo es necesario aumentar la pena en virtud de que al efectuar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Penal, es posible que se lesione el bien jurídico protegido de la salud al introducir un elemento o instrumento por vía vaginal o anal, pero, para no recolorificar la conducta, es suficiente que se imponga la misma pena impuesta para el tipo del delito de violación que prevé el párrafo primero del mismo artículo, como lo sostengo en el tercer capítulo de este trabajo al analizar la punibilidad en el tipo en estudio.

4.11. Concurso real o material

Esta forma de concurso se da, al decir del maestro Pavón Vasconcelos, cuando:

496 Cfr. Ibid; p. 820.

Una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita. (497)

Al estudiar esta figura, el jurista Castellanos Tena, se refiere a la pluralidad de acciones y de resultados, sosteniendo que:

Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que en relación a tipos diversos (homicidios, lesiones, robos, cometidos por un mismo sujeto). (498)

En fin, para el profesor Reyes Echandía:

Esta modalidad se presenta cuando varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en el mismo tipo. (499)

497 F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 530.

498 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 310.

499 A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 143.

El artículo 18, segunda parte del Código Penal, es el fundamento del concurso real o material, al indicar:

ART. 18.- ...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. (500)

De las notas destacadas anteriormente, se desprende como característica esencial del concurso real o material, la independencia estructural de los delitos ejecutados por el autor y de su encuadramiento típico.

Al igual que el concurso ideal o formal, el concurso real o material se divide en:

- 1.- Concurso real o material homogéneo.
- 2.- Concurso real o material heterogéneo.

1.- Concurso real o material homogéneo. Se presenta cuando los delitos cometidos por el mismo sujeto son de la misma especie o, por mejor decir, cuando sus conductas se subsumen dentro de un mismo tipo legal o dentro de una misma categoría de tipos (básicos o especiales). (501)

500 Art. 18, segunda parte del Código Penal para el Distrito - Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 13.

501 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 145.

Los requisitos del concurso real o material homogéneo son:

- 1.- Unidad de sujeto activo. Los delitos deben ser cometidos por la misma persona.
- 2.- Pluralidad de conductas. El sujeto debe efectuar varias conductas (acciones u omisiones); han de realizarse en momentos diversos y pueden serlo o no en lugares distintos.
- 3.- Pluralidad de adecuaciones a un mismo tipo penal o a tipos distintos. Las conductas (acciones u omisiones) del autor han de subsumirse varias veces en el mismo tipo penal (concurso monolítico). (502)

Por mi parte, estimo que esta modalidad de concurso real o material homogéneo puede presentarse en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", habida cuenta que un sujeto puede realizar varias veces el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, en diversos momentos y en lugares o no distintos, por ejemplo, "A" introduce el lunes a "B" un elemento por vía anal por medio de la violencia física; el martes introduce

502 Cfr. Ibid., p. 146.

a "C" un instrumento por vía vaginal por medio de la violencia moral; siendo dos acciones realizadas en momentos diversos y en lugares distintos, empero, tales comportamientos son subsumibles en el mismo tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", estando en el caso concreto, en presencia del denominado concurso real o material homogéneo de acuerdo con la doctrina y con nuestra legislación penal en los artículos 18 en relación con el 64 párrafo segundo (respecto a la punibilidad).

2.- Concurso real o material heterogéneo. Se presenta cuando los delitos perpetrados son de distinta especie; es decir, cuando se encuadran en diversos tipos penales.

Los requisitos de esta modalidad del concurso real, son:

1.- Unidad de sujeto activo. Las conductas (acciones u omisiones) constitutivas de delito, deben ser efectuadas por la misma persona.

2.- Pluralidad de conductas. El sujeto ha de realizar varias conductas (acciones u omisiones), en momentos diferentes y pueden ejecutarse o no en lugares distintos, empero, a diferencia del concurso real homogéneo, dichos comportamientos delictivos deben ser subsumibles en diversos tipos penales.

3.- Pluralidad de adecuaciones a tipos distintos. Es requisito indispensable que los varios comportamientos del sujeto se subsuman en tipos penales distintos (concurso pluritípico).

Por mi parte, considero que tratándose del tipo en comento, puede presentarse el concurso real o material heterogéneo, por ejemplo, "A" penetra a una casa sin el consentimiento de quienes la habitan, con ánimo de cometer el "delito de violación no realizado con el miembro viril"; en este caso se dice que estamos en presencia del concurso real heterogéneo, en razón de que el sujeto ha ejecutado dos conductas (acciones) constitutivas de los delitos de "Allanamiento de morada" y "delito de violación no realizado con el miembro viril", siendo sus comportamientos subsumibles en diferentes tipos penales y distintos también los bienes jurídicos tutelados.

CAPITULO V. AUTORIA Y PARTICIPACION

La autoría y participación constituyen una de las formas especiales de aparición del delito.

Existe diversidad de opiniones respecto al nombre que debe llevar este instituto jurídico penal. Así, las denominaciones que se han dado, son de participación, concurso de personas en el delito, pluralidad de delincuentes, autoría y participación y codelincuencia. (503)

De las denominaciones anotadas, me adhiero al punto de vista del maestro Graf Zu Dohna quien entre otros, prefiere llamar a esta forma especial de aparición del delito "Autoría y Participación", pues como señala Don Celestino Porte Petit, resulta difícil encontrar un término générico que abarque ambas figuras. (504)

503 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa..., p. 857.

504 Cfr. ALEXANDER GRAF ZU DOHNA: La Estructura de la Teoría del Delito (trad. de la 4a., ed., alemana por Carlos Fontán Balestra); Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1958, p. - 93; C. PORTE PETIT CANDAUDAP; Programa..., p. 857.

El delito puede ser obra de una o de varias personas que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal. Cuando la participación de una pluralidad de personas forma parte de la esencia misma del tipo según la descripción legal, se habla de un concurso necesario de personas; tal ocurre en los llamados tipos plurisubjetivos, como la rebelión, la bigamia, la riña, el duelo, asociación delictuosa. Cuando la intervención de varias personas no es requisito indispensable para la existencia del tipo y esta de todos modos se produce, se presenta la figura del concurso eventual o de la participación en sentido amplio, cuando fuera de los casos de concurso necesario, concurren varias personas para la producción de un delito. (505)

Respecto a este instituto jurídico penal, el maestro Raúl Zaffaroni, señala:

En un sentido amplio, a la concurrencia de personas en el delito se le llama "participación", pero en un sentido estricto, participación es sólo la concurrencia de quienes participan sin ser autores. Este doble sentido de la palabra "participación" obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito. (506)

505 Cfr. L. JIMENEZ DE ASUA: La Ley... p. 601; A. REYES ECHAN DIA: op. cit., p. 128.

506 EUGENIO RAUL ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal. Parte - General; 2a., ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 601.

De acuerdo con este autor, la participación en sentido amplio, abarca tanto a los autores, instigadores y cómplices y en sentido estricto, comprende sólo a los instigadores y cómplices.

Por otra parte, se han sostenido diversos criterios que pretenden desentrañar la naturaleza jurídica de la participación.

1. Teoría del autor único
2. Teoría formal-objetiva
3. Teoría subjetiva
4. Teoría del dominio del hecho

De estas teorías no ocuparemos brevemente a continuación.

1. Teoría del autor único. De acuerdo con esta corriente, al decir del penalista alemán Wessels:

Cualquiera que haya cooperado en forma causal a la realización del tipo, se le considera como autor, sin tener en cuenta la trascendencia concreta de su cooperación. Criterio decisivo de la autoría unitaria es únicamente la causalidad; la forma y significación de la contribución del hecho se tienen en cuenta solamente en el ámbito de la graduación de la pena. (507)

507 J. WESSELS: op. cit., p. 149.

Se sostiene que esta teoría debe rechazarse en virtud de que se basa en un concepto extensivo de autor, pretendiendo equiparar a los partícipes con los autores, siendo únicamente trascendente la contribución del hecho para los primeros, en la individualización de la pena.

Al respecto, el maestro Zaffaroni, opina que el concepto extensivo de autor, base de esta teoría unitaria de autor:

Se funda en la causalidad y en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si se quiere fundar la autoría en la causalidad, todo el que aporta algo es autor y no hay manera de distinguir objetivamente entre autor y partícipe. (508)

Concluye diciendo el mismo autor:

Esta teoría extensiva del autor debe ser rechazada, entre otras razones, por una que es fundamental y obvia: Si la participación es una forma de atenuar la pena de la autoría, no puede ser partícipe quien no tiene los requisitos para ser autor. (509)

Acorde con el criterio sustentado por el penalista citado, la teoría del autor unitario no es aceptable en razón de es imposible distinguir entre la autoría y la participación en

508 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 605

509 Ibid., p. 605.

base a criterios objetivos, siendo necesario acudir a criterios también subjetivos para delimitar la naturaleza de la participación.

2. Teoría formal-objetiva. De acuerdo con esta teoría, afirma el maestro Wessels:

es autor quien realiza por si solo, total y parcialmente, la acción típica de ejecución. Es partícipe quien colabora en la realización del tipo únicamente con una acción preparatoria o de auxilio. (510)

Según esta teoría, nos dice el profesor Zaffaroni:

Sólo puede ser autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el tipo. (511)

Esta teoría formal-objetiva es inaceptable por los maestros Wessels y Zaffaroni sosteniendo el primero que:

Su debilidad reside en que no puede aclarar la figura jurídica de la autoría mediata y no está en condiciones de concebir como coautor, en caso de comisión mancomunada del hecho, al jefe de la banda relegado a segundo plano. (512)

510 J. WESSELS: op. cit., p. 153.

511 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 606

512 J. WESSELS: op. cit., p. 153.

El segundo de los penalistas explica:

Esta teoría resulta también insostenible, porque si alguien encañona a un paseante con un arma mientras otro se apodera de su billetera, en lugar de ser un robo con arma sería un delito de coacción cometido por el actor... tampoco sería sostenible, porque quedaría fuera de su ámbito todos los casos de autoría mediata. (513)

Sin duda, esta teoría debe ser descartada por no resolver los problemas de la autoría mediata y de la coautoría, siendo por ello ineficaz para deslindar la naturaleza entre la autoría y la participación.

3. Teoría subjetiva

Conforme a esta teoría, la autoría y participación se basa en un criterio eminentemente subjetivo, es decir, en el ánimo o voluntad del sujeto para cometer el delito.

Este criterio subjetivo ha sido sustentado por la jurisprudencia alemana, el cual, señala el maestro Wessels:

513 E. R. ZAFFARONI: op. cit., p. 606.

se asocia a la dirección de la voluntad y a la actitud interna de quienes colaboran en el hecho: es autor quien actúa con voluntad de autor (animus auctoris) y quiere el hecho "como propio". Es simple partícipe (animus socii) y quiere causar o promover el hecho "como ajeno". (514)

De acuerdo con este criterio subjetivo, explica el profesor Zaffaroni:

sería autor el que quiere el hecho como propio (animus auctoris). Como criterio para saber cuando se quiere el hecho como propio se suele echar mano del interés que el autor tiene para obtener el resultado o de la voluntad que tiene en dominar el hecho. (515)

Esta teoría subjetiva, tampoco ha tenido éxito, en razón de que solo se basa en la voluntad o ánimo del sujeto, sin tomar en cuenta aspectos objetivos, siendo por ello rechazada por dar soluciones absurdas.

4. Teoría del dominio del hecho.

Actualmente, la teoría que predomina para diferenciar entre autores y partícipes, es la denominada teoría del dominio

514 J. WESSELS: op. cit., p. 153.

515 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 606.

del hecho por sustentarse en criterios tanto objetivos como subjetivos.

Conforme a esta teoría, sostiene el penalista Wessels:

autor es quien, como "figura central" (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo. Participe es quien, sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como "figura marginal" del suceso real, la comisión del hecho. (516)

Según esta teoría, es autor quien tiene el dominio del hecho, y tener el dominio del hecho, significa, sostiene el mismo autor:

tener en las manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo". (517)

Por su parte, el maestro Zaffaroni, explica:

El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el "si" y el "como" del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; dicho

516 J. WESSELS: op. cit., pp. 154 - 155.

517 Ibid., p. 154.

mas brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho (Samson). Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado. (518)

Sin duda, me adhiero al punto de vista sustentado por los autores citados anteriormente en el sentido de que la teoría dominante para deslindar la autoría y la participación es la del dominio del hecho conforme a la cual, no basta que el sujeto al realizar la conducta o hecho, llene objetivamente el tipo, sino que también lo debe llenar subjetivamente.

Con base en la teoría del dominio del hecho, me ocupare en seguida de la autoría (inmediata, mediata, coautoría) y participación (instigador, cómplice), con la finalidad de saber quien es autor y quien es partícipe en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" en análisis.

5.1 Autor inmediato

Una de las formas de la autoría es la inmediata, también denominada directa o material.

518 E. R. ZAFFARONI: op. cit., p. 607.

Respecto al concepto de esta forma de autoría, tenemos la opinión del maestro Wessels, quien nos dice:

Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente. (519)

El penalista Zaffaroni; afirma:

Es autor directo el que realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta. (520)

En México, Don Celestino Porte Petit, apunta:

autor es el que realiza los elementos del delito en particular. (521)

El fundamento legal de esta forma de autoría inmediata, directa o material, lo encontramos en el artículo 13, fracción II del Código Penal, que establece:

ART. 13.- Son responsables del delito:

I....

II... Los que lo realicen por sí; (522)

519 J. WESSELS: op. cit., p. 156

520 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 609.

521 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa ... p. 875.

522 Art. 13, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal; 47 a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

5.2 Coautor

Otra de las formas de la autoría, es la denominada coautoría.

La coautoría, nos dice el penalista alemán Wessels:

es la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida. (523)

Agrega el mismo autor:

La coautoría se basa en el principio de la división de las tareas y del reparto funcional de los roles. Cada partícipe es aquí, como compañero con iguales derechos, cotitular de la resolución común y de la realización mancomunada del tipo, de modo que las distintas contribuciones se completan en un todo unitario y el resultado total debe atribuirse a cada partícipe. (524)

Concluye explicando:

Sólo puede ser coautor quien viene al caso como autor idóneo del hecho punible correspondiente y, al llevar a cabo el tipo, realiza en su persona las intenciones especiales mencionadas en la ley, por ejemplo, la intención de apoderamiento. (525)

523 J. WESSELS: op. cit., p. 157.

524 Ibid., p. 157.

525 Ibid., pp. 157 - 158.

De acuerdo con las definiciones de los estudiosos de la materia y la que se da en nuestro Ordenamiento Punitivo, respecto al autor inmediato directo o material, es autor el que comete el delito personalmente, aquél sujeto que conforme a la teoría del dominio del hecho, como figura central (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.

Tomando como sustento el punto de vista anterior, sera autor inmediato, directo o material del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", aquél sujeto que realice personalmente la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, es decir, aquél individuo que introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, en este caso, se dice que el autor, tuvo en sus manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo, que estuvo en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la comisión del tipo que nos ocupa, siendo en consecuencia, responsable del delito en términos del artículo 13, fracción II del Código Penal.

Por su parte, Don Edmundo Mezger, sostiene:

Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y querida. A cada uno de ellos se le imputará... el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado al hecho, ni muy especialmente, el punto a que se haya llegado la realización personal del mismo. (526)

También es ilustrativo el punto de vista del maestro Zaffaroni, quien al referirse a la coautoría, explica:

Puede suceder que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todos lesiones, habrá una coautoría que no admite dudas pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que le es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea... La explicación para estos casos se da por el llamado "dominio funcional del hecho", es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho no podría haberse realizado, tenemos un supuesto de coautoría y no un supuesto de participación. Esto debe juzgarse conforme a cada hecho concreto y teniendo en cuenta el plan del mismo. (527)

De las notas destacadas con antelación, se desprende que la

526 E. MEZGER: op. cit., p. 311.

527 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 611.

característica esencial de la coautoría radica en que varios sujetos deben actuar como autores en la realización del delito para que se de este fenómeno de la coautoría, empero, puede ser que cada uno de los coautores desarrolle de manera integral y simultáneamente la misma conducta típica, en este caso se esta en presencia de una coautoría propia, y ante una coautoría impropia cuando un mismo acontecimiento típico es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo, siendo requisitos de forma de autoría impropia:

el cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico. (528)

El artículo 13, fracción III del Ordenamiento Punitivo, es el fundamento legal de la coautoría, al establecer:

ART. 13.- Son responsables del delito:

I...

II...

III... Los que lo realicen conjuntamente; (529)

528 REINHART MAURACH citado por A. REYES ECHANDIA: op. cit. p. 133.

529 Art. 13, fracción III del Código Penal para el Distrito - Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

A simple vista, se pudiera aceptar esta forma de autoría en el "delito de violación no realizado con el miembro viril", cuando varios sujetos realicen conjuntamente el tipo que nos ocupa, que hayan cooperado querida, consciente y con división de trabajo en la empresa criminal, por ejemplo, "A" y "B" quiere llevar a cabo la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, para ello, se dividen el trabajo, de tal manera que "A" introduce un elemento (un dedo) en la vía vaginal a "C", y "B" por su parte, utiliza la violencia moral, amaga a "C" con un arma; en tal hipótesis, se diría que estamos en presencia de la coautoría, a cada uno de ellos se le imputará... el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado en la comisión del delito, ni muy especialmente, el punto a que se haya llegado la realización personal del mismo.

Una cuestión importante que podemos plantear es la siguiente: ¿Si el tipo en examen, es un delito de propia mano, es decir, es un tipo en que la conducta delictuosa la debe realizar personalmente el sujeto, como lo sostengo en el tercer capítulo de este trabajo, es posible admitir la coautoría en un delito de propia mano?

A este respecto, el penalista alemán Jescheck sostiene que:

como la coautoría representa una forma de autoría sólo puede ser coautor quien pueda ser un autor idóneo en relación a las demás contribuciones del hecho, y por ello, no cabe coautoría en los delitos de propia mano. (530)

A pesar de la postura del destacado penalista, acepta que tratándose del tipo de violación, si puede presentarse la coautoría, pues sostiene que:

en una violación en la que uno de los intervinientes aplica la violencia mientras el otro realiza el acto sexual, ambos son coautores. (531)

No estoy de acuerdo con el autor citado, en razón de que si bien es cierto que en el tipo en análisis se pudiera aceptar que tanto el sujeto que introduce un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal, como el individuo que colabora utilizando la violencia física o moral, son coautores, también es que siendo un tipo de propia mano excluye la realización en común, como lo sostiene Don Edmundo Mezger al apuntar que:

la coautoría aparece excluida en los delitos de

530 H. H. JESCHECK: op. cit., pp. 940 - 941.

531 HANS - HEINRICH JESCHECK citado por C. PORTE PETIT CANDAU-DAP: Ensayo ... p. 88.

propia mano, pues este delito, precisamente a causa de su exigencia de una realización personal del tipo conjunto, excluye la realización en común. (532)

En consecuencia, estimo que aquél sujeto que colabora en el evento típico, aplicando la violencia física o moral sobre el pasivo, mientras otro sujeto introduce un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, su contribución es la de un partícipe (cómplice) y no la de un coautor, aun cuando se nos pudiera hacer la crítica en el sentido de que en este caso estamos admitiendo un punto de vista meramente objetivo, si hemos aceptado líneas anteriores la teoría del dominio del hecho que da cabida tanto a criterios objetivos como subjetivos, no obstante ello, considero que se debe sancionar la conducta como la de un simple partícipe (cómplice) y no como un coautor con la finalidad de que se atenué la pena al momento de individualizar la misma.

5.3 Autor mediato

La autoría mediata es una forma de autoría y, al igual que la autoría inmediata se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho.

532 EDMUNDO MEZGER citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa... p. 881.

A esta forma de autoría mediata, también se le denomina, autoría indirecta, autoría de mano ajena o autor tras el autor. (533)

Es autor mediato, nos dice el maestro Zaffaroni:

el que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. (534)

Para el penalista Maggiore, autor mediato es el que:

se sirve de una persona no imputable o no punible como longa manus, para cometer un delito. (535)

Por su parte, el jurista Edmundo Mezger señala:

Autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible. (536)

Explica el mismo autor:

-
- 533 Cfr. E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 608; C. PORTE PETIT CAN-DAUDAP: Programa p. 88.
- 534 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 608.
- 535 MAGGIORE citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa... p. 887.
- 536 E. MEZGER op. cit., p. 309.

"Instrumento" es una persona que actua voluntariamente y que es, a veces, incluso, punible; si se la utiliza como objeto sin voluntad propia, si, por ejemplo, se la maneja recurriendo a la 'vis absoluta' existe, en el autor, autoría inmediata. (537)

El artículo 13, fracción IV del Código Penal, indica:

Art. 13.- Son responsables del delito:

I ...

II ...

III...

IV ... Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
(538)

Del contenido anterior, señala Don Celestino Porte Petit:

se desprende que el legislador optó, en relación con la autoría mediata, por el criterio de emplear una expresión general, exhaustiva, es decir, utilizando una expresión que comprendiera a cualquier individuo como instrumento del autor mediato, desechándose, consecuentemente, precisar a los sujetos de que se puede servir el autor mediato. (539)

Al igual que en la coautoría, en la autoría mediata, se plantea

537 Ibid., p. 309.

538 Art. 13, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal: 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

539 C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa ... p. 886.

el problema relativo a que si puede presentarse el autor mediato en los delitos de propia mano, es decir, cuando el tipo exige que el delito se realice personalmente por el sujeto.

Sobre este punto, contamos con las opiniones de los maestros Maurach, Graf Zu Dohna y Wessels.

El primero de los autores citados nos dice, que:

la autoría mediata es imposible en los delitos de propia mano. (540)

EL segundo de los penalistas, explica:

La autoría mediata tiene su límite allí donde el tipo requiere un obrar de propia persona y excluye toda intermediación en el hecho. (541)

En fin, el último, sostiene:

La autoría mediata también resulta excluida en los delitos de propia mano. (542)

540 MAURACH citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa.... p. 890.

541 GRAF ZU DOHNA: op. cit., p. 97.

542 J. WESSELS: op., p. 161.

Con base en las opiniones de los ilustres penalistas mencionados, estimo que tratándose del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", es imposible la autoría mediata por tratarse de un delito de propia mano, pues el sujeto no puede cometer el delito sirviéndose de otro como instrumento en razón de que debe cometerlo personalmente el autor, por ende, dada la naturaleza del delito de propia mano, no admite la autoría mediata, habida cuenta que es imposible la ejecución del delito por otra persona.

5.4 Instigador

La instigación es una de las formas de la participación.

Al instigador también se le llama determinador o autor intelectual.

Respecto al concepto de instigador, contamos con las siguientes opiniones.

Para Don Edmundo Mezger:

Instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor. (543)

El maestro Wessels, nos dice que:

Instigador es quien dolosamente ha determinado a otro al hecho antijurídico cometido dolosamente. (544)

De la misma postura es el maestro Zaffaroni, al expresar:

Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica. (545)

En fin, para Don Luis Jiménez de Asua:

Es instigador el que induce o determina a otro a cometer el hecho. (546)

Nuestro Código Penal, en el artículo 13, fracción V, establece:

ART. 13.- Son responsables del delito:

I ...

II ...

III ...

IV ...

V ... Los que determinen intencionalmente a otro -
a cometerlo; (547)

544 J. WESSELS: op. cit., p. 166.

545 E. R. ZAFFARONI: op. cit., p. 632.

546 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 507.

547 Art. 13, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal; 47 a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

Como elementos de la instigación se señalan los siguientes:

1. Determinar un sujeto a otro;
2. Dolosamente, y
3. A la realización de un delito.

1. Determinar un sujeto a otro. EL determinador o instigador puede actuar sobre el ejecutor material, mediante uno de los siguientes mecanismos:

- a) orden
- b) mandato
- c) coacción
- d) consejo
- e) convenio o asociación. (548)

a) Orden. Es la imperativa manifestación de voluntad que un superior jerárquico dirige a su inferior para que realice determinado comportamiento positivo o negativo.

b) Mandato. Es el contrato entre dos o mas personas, en

548 Cfr. A. REYES ECHANDIA: op. cit., p. 132; FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 9a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 503.

virtud del cual una de las partes - el mandatario - ejecuta la prestación que otra - el mandante le ha confiado, en beneficio exclusivo de ésta.

e) Coacción. Es la violencia moral que una persona emplea sobre otra para coartar su voluntad y lograr de esa manera que actúe conforme a sus deseos.

d) Consejo. Es la instigación dirigida a otro con el fin de inducirlo a realizar conducta de acción u omisión que se supone lo beneficiará.

c) Convenio o asociación. Es el concierto de voluntades entre dos o más personas para hacer o dejar de hacer algo en beneficio común. (549)

2. Dolosamente. A este respecto, el maestro Cuello Calón, expresa:

la inducción ha de ser intencional, el inductor, como el autor material ha de tener conocimiento de las circunstancias del hecho así como de la ilicitud del acto que induce. (550)

549 Cfr. A. REYES ECHANDÍA: op. cit., p. 132.

550 EUGENIO CUELLO CALON citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa... p. 900.

Por su parte, el profeser Zaffaroni, apunta:

La instigación es dolosa, pero como se trata de una tipicidad accesoria, el dolo del instigador está necesariamente referido al dolo del autor, aunque se distingue del mismo: el dolo de instigación es el querer que otro realice dolosamente el tipo. (551)

Señala el mismo autor que:

La instigación debe tener por resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya esta decidido a realizarlo no puede haber instigación. La contribución que se hace cuando el autor está ya decidido, aportando ideas para la realización, es cooperación o complicidad psíquica. (552)

Concluye explicando:

la instigación no es aún punible cuando ha decidido al sujeto (autor) a cometer el injusto, sino que requiere que el autor lo haya intentado, como consecuencia de la accesoriedad de la participación, de la que la instigación no pasa de ser una de sus formas. Si la instigación no ha dado por resultado decidir al autor a la ejecución y que la misma tenga un comienzo efectivo, la instigación quedará atípica. (553)

551 E. R. ZAFFARONI: op. cit., pp. 633 - 634.

552 Ibid., p. 633.

553 Ibid., p. 633.

3. A la realización de un delito. El instigador debe determinar dolosamente a otro sujeto para que cometa un delito de los contenidos en el libro segundo de nuestro Código Penal.

Tomando como sustento las opiniones de los destacados penalistas sobre la instigación como una de las formas de la participación así como la definición dada en el artículo 13, fracción V de nuestro Ordenamiento Punitivo, estimo que se puede presentar esta figura de la participación en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", pues un sujeto puede determinar dolosamente a otro para que realice la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, en tal hipótesis, se equipara para efectos de la pena al instigador y al autor material.

5.5 Cómplice

La complicidad es otra de las formas de participación:

Respecto al concepto de cómplice, contamos con las siguientes opiniones:

Para el maestro Zaffaroni:

Cómplice es quien auxilia o coopera dolosamente al injusto doloso de otro. La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro, también sea cómplice. (554)

Por su parte, Don Luis Jiménez de Asúa, señala que:

objetivamente se puede definir el cómplice diciendo que es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario. (555)

En fin, el penalista alemán, Wessels, explica que:

Se castiga por complicidad a quien ha prestado dolosamente auxilio a otro para el hecho antijurídico cometido dolosamente. La complicidad se diferencia de la autoría por faltarle el dominio del hecho; el cómplice se limita a promover el hecho principal - amparándolo física o psíquicamente. Cualquier colaboración en un hecho que haya posibilitado o facilitado el hecho principal o agravado la lesión de los bienes jurídicos cometida por el autor, contiene una "prestación de auxilio". (556)

Nuestro Código Penal vigente, en el artículo 13, fracción VI, expresa:

554 E.R. ZAFFARONI: op. cit., pp. 636 - 637.

555 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 509.

556 J. WESSELS: op. cit., p. 169.

ART. 13.- Son responsables del delito:

I ...

II ...

III ...

IV ...

V ...

VI. Los que intencionalmente prestan ayuda o auxilios a otro para su comisión; (557)

De acuerdo con las definiciones anotadas anteriormente, para que un sujeto sea considerado como cómplice se requiere que haya cooperado o auxiliado a otro dolosamente en la realización de un delito, es decir, la complicidad en el aspecto objetivo, exige un doble elemento: una cooperación o auxilio al delito, y la ejecución del delito por otro. (558)

A nuestro juicio, la complicidad como una de las formas en que se traduce la participación, puede presentarse en el tipo en análisis, pues como lo manifieste en el punto 5.2 de este capítulo, al referirme a la coautoría, un sujeto puede auxiliar a otro, dolosamente en la comisión del "delito de violación no realizado con el miembro viril", por ejemplo. "A" introduce un instrumento a "B" por vía anal, mientras "C"

557 ART. 13, fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

558 Cfr. C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa ... p. 911; FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 9a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 508.

utiliza la violencia moral; "C" debe ser considerado como cómplice en razón de que contribuye objetivamente en la comisión del delito cometido por "A".

5.6 Auxiliador

El auxiliador denominado en la doctrina auxiliador subsequens es otra de las formas de participación.

Es auxiliador subsequens aquél sujeto que participa prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido el delito. (559)

Esta figura de auxiliador subsequens se distingue del encubridor, nos dice Don Luis Jiménez de Asúa, porque:

En encubridor no tiene nexo causal alguno con la ejecución del delito. En cambio, el auxiliador sub-sequens, sí. Y es que a pesar de que los actos son subsiguientes, la promesa es previa. Se trata, por tanto, de una actividad anterior al delito en la que es probable que se haya amparado el autor, que sin esa esperanza de facilidad en la fuga, por ejemplo, no se hubiese lanzado a la ejecución del crimen. Se trata, pues, de conducta previa, y por ello nos encontramos en presencia de cómplices y no de encubridores. (560)

559 Cfr. L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 509.

560 L. JIMENEZ DE ASUA: op. cit., p. 509.

Nuestro Código Penal en el artículo 13, fracción VII, prevé esta forma de participación al disponer que:

ART. 13.- Son responsables del delito:

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilian al delincuente, en cumplimiento de una -- promesa anterior al delito; (561)

De la definición dada por Don Luis Jiménez de Asúa, así como la contenida en el numeral anterior, se desprenden como elementos de este instituto jurídico, denominado auxilio subsecuente, los siguientes:

1. Que un sujeto realice un delito;
2. Que un sujeto auxilie a otro después de la ejecución del delito, y
3. Que el auxilio sea en cumplimiento de una promesa anterior.

Nuestro punto de vista respecto al tipo en comento, es en el sentido de que se puede presentar esta forma de participa-

561 ART. 13, fracción VII del Código Penal para el Distrito - Federal: 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

ción, pues un sujeto puede auxiliar en cumplimiento de una promesa previa al individuo que ha realizado el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, en consecuencia, será responsable del delito en términos de la fracción VII del artículo 13 del mismo ordenamiento.

5.7 Encubridor

La figura del encubrimiento fue considerada una forma de participación en nuestro Código Penal en la parte general, junto con las disposiciones sobre instigación y complicidad hasta antes de la reforma de 1983 al artículo 13, fracción VII del Ordenamiento Punitivo.

Actualmente se sostiene tanto en la doctrina como en los Códigos Penales modernos como el nuestro, que el encubrimiento no es una forma de participación en razón de que es una conducta que tiene lugar cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hace que adquiera el carácter de un tipo independiente, pues cómo señala el maestro Zaffaroni:

sólo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y sólo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de alguno de los supuestos típicos de encubrimiento. (562).

Por su parte, el profesor Castellanos Tena opina:

Si se considera a la participación como la vinculación de los sujetos en la preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquella, salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente. (563)

No estoy de acuerdo con el autor citado, ya que cuando un sujeto contribuye con una acción posterior a la comisión del delito en virtud de un acuerdo previo a este, estamos en presencia del auxilio subsequens cuyo fundamento legal es el artículo 13, fracción VII del Código Penal, y no del encubrimiento como lo sostiene el destacado penalista.

Como manifieste renglones anteriores, nuestro ordenamiento represivo hasta antes de la reforma de 1983, contemplaba el encubrimiento como una forma de participación al establecer en la fracción VII del artículo 13, que eran responsables

562 E.R. ZAFFARONI: op. cit., p. 626.

563 F. CASTELLANOS TENA: op. cit., p. 299.

del delito: "Los que en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictiva", esta fórmula no hacía referencia a la promesa anterior a la ejecución, con lo que creo serían confusiones en los encargados de su aplicación. Ahora, el contenido de la fracción citada da cabida a la figura del auxilio subsequens al incluir la promesa anterior al delito, contemplando el encubrimiento como un tipo autónomo y no como forma de participación. (564)

El fundamento legal del encubrimiento como tipo autónomo lo encontramos en el artículo 400 del Código Penal en cuyas diversas fracciones se contienen supuestos típicos de encubrimiento cuyo análisis debe efectuarse por separado con la amplitud debida, sin embargo, estimo que un sujeto sin duda puede ser encubridor en el tipo que nos ocupa, por ejemplo, puede prestar auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del "delito de violación no realizado con el miembro viril", con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; en tal hipótesis, su conducta es subsumible el supuesto típico de encubrimiento que prevé la fracción II del artículo 400 del Código Penal.

564 Cfr. F. PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 516.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De los delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, contenidos en el Título Decimoquinto, Capítulo Primero del Código Penal para el Distrito Federal, los más graves sin duda, son los previstos en el párrafo primero y tercero del artículo 265 del Ordenamiento señalado, por constituir predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra el derecho de la persona de disponer sexualmente de su cuerpo.

SEGUNDA.- No existe violación entre cónyuges tratándose de cópula normal impuesta por medio de la violencia física o moral, sino que se configura el tipo del delito de "Ejercicio indebido del propio derecho" contemplado en el numeral 226 del Ordenamiento Punitivo, pues el cónyuge tiene derecho a la cópula exenta de violencia y al utilizar ésta, ejercita indebidamente su derecho.

TERCERA.- El delito de violación entre cónyuges se tipifica tratándose de cópula anormal, anal o contra natura, impuesta por medio de la fuerza o intimidación, pues si bien es cierto que uno de los fines del matrimonio es la reproducción de la especie, también es que basta para llegar a él,

la realización de la cópula normal o vaginal.

CUARTA.- La realización de la cópula (vaginal o anal) por el cónyuge que padece alguna enfermedad contagiosa no es constitutiva del delito de violación sino del tipo del delito "Del peligro de contagio" previsto en el numeral 199 bis del Código Represivo, siempre que no se efectúe por medio de la vis absoluta o compulsiva, pues si se realiza por alguno de estos medios, habrá un concurso ideal heterogéneo, estaremos en presencia del tipo "Ejercicio indebido del propio derecho" y del tipo "Del peligro de contagio" previstos en los artículos 226 y 199 bis del Código Penal, respectivamente.

QUINTA.- Tampoco existe violación cuando el cónyuge en estado de ebriedad realice la cópula vaginal por medio de la fuerza o intimidación, pues en esta hipótesis también se configura el delito de "Ejercicio indebido al propio derecho" y en caso de no darse los medios señalados habrá otro delito, pero no violación.

SEXTA.- No se configura el delito de violación entre concubinos, habida cuenta que la conjunción carnal (cópula vaginal) es propia del concubinato así como el débito conyugal lo es del matrimonio. En este matrimonio por comportamiento, denominado así por la doctrina, el concubino tiene derecho a la cópula, pero sin que medie la fuerza o intimidación pues de lo contrario

estaremos frente al delito de "Ejercicio indebido del propio derecho" previsto en el numeral 226 del Ordenamiento Punitivo.

SEPTIMA.- En los pueblos antiguos, el delito de violación tenía un carácter indiferente dadas las condiciones de esclavitud que imperaban en ellos, pues el hombre no era libre de disponer de su propio cuerpo, así como los amos disponían sexualmente de sus esclavas sin el consentimiento de éstas.

OCTAVA.- No encontramos ningún antecedente histórico del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril". Este aparece por primera vez al adicionar el legislador un segundo párrafo al artículo 265 del Código Penal, creando un nuevo tipo con el decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1989, en vigor el día uno de febrero del mismo año. Actualmente fue reformado el 21 de enero de 1991 en vigor el día 22 quedando como párrafo tercero.

NOVENA.- Se debe reformar el numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal y quedar de la siguiente forma. "Se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca mediante la violencia física o moral, por la vía vaginal o anal el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, en persona de cualquier sexo. La misma pena se aplicará al que introduzca el miembro viril por la vía oral, por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.

La misma pena se impondrá al que sin utilizar la

violencia física o moral, introduzca por la vía vaginal o anal el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, en persona de cualquier sexo, menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

DECIMA.- Los elementos constitutivos del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", son: a) Introducir un elemento o instrumento, b) por vía vaginal o anal c) por medio de la violencia física o moral; y d) en persona de cualquier sexo.

DECIMO PRIMERA.- El elemento material del tipo analizado consiste en una conducta y en la especie, sólo puede efectuarse por una acción en razón de que el verbo rector del tipo "introducir" implica un hacer, siendo inconcebible pensar en que se pueda llevar a cabo por una omisión o no hacer.

DECIMO SEGUNDA.- El tipo examinado, se clasifica en orden a la conducta, como un tipo de acción, unisubsistente o plurisubsistente y en orden al resultado, como un tipo instantáneo, de simple conducta o formal y de daño o de peligro.

DECIMO TERCERA.- En el tipo comentado, es imposible que se presente alguna hipótesis de ausencia de conducta, en virtud de que la conducta debe estar coloreada por el medio típico "violencia", sea ésta física o moral, y no es posible que el sujeto realice un comportamiento por medio de aquélla, relativo a introducir un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo y al mismo tiempo este ausente la voluntad.

DECIMO CUARTA.- Habrá tipicidad en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" cuando la conducta del sujeto sea subsumible a lo descrito por el párrafo tercero del artículo 265 del Ordenamiento Punitivo.

DECIMO QUINTA.- El tipo analizado, contiene los elementos del tipo normal, habida cuenta que no contempla elementos normativos ni subjetivos del injusto.

DECIMO SEXTA.- El tipo estudiado, exige una modalidad espacial o de lugar en cuanto a la conducta, pues indica en que lugar debe introducirse el elemento o instrumento distinto al miembro viril, esto es, la introducción o penetración debe efectuarse en la vía vaginal o anal, siendo alternativo en cuanto a la modalidad espacial o lugar.

DEIMO SEPTIMA.- El tipo comentado, es un tipo de formulación casuística vinculado o de medios legalmente determinados y alternativamente formado en cuanto a los medios, en virtud de señalar los medios productores del resultado, pues sólo por medio de la violencia física "o" moral se debe realizar la conducta para que sea subsumible al tipo.

DECIMO OCTAVA.- EL tipo examinado, se clasifica en orden al sujeto activo como un tipo general, común o indiferente en razón de que cualquiera puede ser sujeto activo. Es un delito de propia mano, habida cuenta que el sujeto activo debe cometerlo directamente, esto es, personalmente, utilizando los medios exigidos por el tipo, sin que pueda cometerlo sirviéndose de otra persona como instrumento. En cuanto al número de sujetos activos, es un tipo monosubjetivo, individual o de sujeto único, porque no exige para su comisión la intervención de varios sujetos.

DECIMO NOVENA.- Respecto al objeto de la acción en el tipo estudiado, se trata de un objeto material personal, en razón de que la conducta debe recaer sobre una persona independientemente del sexo, coincidiendo en este caso el objeto material con el sujeto pasivo del delito.

VIGESIMA.- El bien jurídico tutelado por el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril",

es la libertad sexual, entendida como el derecho que tiene la persona de disponer de su cuerpo para la realización de actos libidinosos ajenos a la cópula, es decir, tiene derecho a impedir la comisión de actos contrarios a la moral en sus órganos sexuales.

VIGESIMO PRIMERA.- El sujeto pasivo en el tipo analizado, es el titular del bien jurídico protegido de la libertad sexual. En orden al sujeto pasivo se clasifica como un tipo impersonal al no exigir ninguna calidad.

VIGESIMO SEGUNDA.- En orden al tipo, el "delito de violación no realizado con el miembro viril", se clasifica como un tipo: fundamental o básico, autónomo o independiente, de formulación causuística, vinculado o de medios legalmente limitados, alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo, normal y de ofensa simple.

VIGESIMO TERCERA.- Habrá atipicidad en el tipo examinado, cuando se de alguna de las siguientes hipótesis: 1) cuando exista consentimiento por parte del sujeto pasivo; 2) cuando no se de la referencia de caracter espacial o de lugar y 3) cuando no concurra cualquiera de los medios productores del resultado.

VIGESIMO CUARTA.- De acuerdo al concepto de antijuridicidad formal, el "delito de violación no realizado con el miembro viril", será formalmente antijurídico, cuando siendo típico, no este amparado por alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 15 del Código Penal. El tipo mencionado, será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico consistente en la libertad sexual, o bien cuando sea puesto en peligro de lesionarlo.

VIGESIMO QUINTO.- En el tipo comentado no se presenta ninguna causa de justificación, pues es inconcebible que un sujeto realice el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Represivo, alegando que lo ampara una norma permisiva.

VIGESIMO SEXTA.- De acuerdo a la teoría normativa de la culpabilidad, se debe reprochar el comportamiento del sujeto activo en el tipo estudiado, cuando concorra la imputabilidad, el dolo y además que haya ausencia de las causas de exclusión de la culpabilidad.

VIGESIMO SEPTIMA.- La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. En el tipo analizado, un sujeto será imputable cuando tenga capacidad para comprender la antijuridicidad de su conducta y de autorregularse de acuerdo con esa comprensión. De acuerdo con el contenido de la fracción II

del numeral 15 del Ordenamiento Punitivo, interpretado a contrario sensu, será imputable cuando al momento de realizar la conducta no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún en los casos en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

VIGESIMO OCTAVA.- Puede presentarse alguna de las hipótesis de inimputabilidad que prevé la fracción II del artículo 15 del Código Penal, como el trastorno mental transitorio o permanente, desarrollo intelectual retardado (sordomudos o ciegos) o ser menor de dieciocho años que le impidan comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente, pues en tal caso estamos en presencia de las *actio liberare in causa* o acciones libres en su causa.

VIGESIMO NOVENA.- No se presenta el miedo grave como causa de inimputabilidad, pues es inconcebible que el sujeto alegue que por un miedo grave e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance, tuvo que realizar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal.

TRIGESIMA.- En el tipo examinado sólo se presenta la forma de culpabilidad denominada dolo y actúa dolosamente de acuerdo con la doctrina y con el contenido de la fracción I del artículo 8 y párrafo primero del numeral 9 del Código Penal, el que conoce las circunstancias del hecho típico, quiere y acepta el resultado prohibido por la ley. Deben concurrir los elementos del dolo, el cognoscitivo, el volitivo y además debe tener consciencia de la antijuridicidad de su conducta.

TRIGESIMO PRIMERA.- Puede presentarse la causa de inculpabilidad denominada error de hecho esencial o error de tipo sobre los medios de ejecución del delito y aún cuando su error fuere vencible, su proceder sería culposos, pero, en razón de que el tipo no admite esta forma de culpabilidad, tal error anula el dolo y produce inculpabilidad en el sujeto.

TRIGESIMO SEGUNDA.- También como causa de inculpabilidad puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta en la hipótesis de coacción, violencia moral o temor fundado de acuerdo con la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, pues un sujeto puede llevar a cabo la conducta bajo violencia moral, en tal caso no concurre el elemento volitivo del dolo, no siendo culpable el sujeto.

TRIGESIMO TERCERA.- La punibilidad o amenaza de

pena, la encontramos en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Represivo que es de tres a ocho años de prisión. Debe modificarse y aplicarse la misma pena que la prevista para el tipo de violación previsto en el párrafo primero del mismo numeral y aumentarse en una mitad cuando se ejerciere violencia en sujetos menores de doce años de edad, cuando no tengan capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta que se ejecuta en su persona o que por cualquier causa no puede resistir la conducta delictuosa.

TRIGESIMO CUARTA.- No se presenta ninguna excusa absolutoria en el tipo analizado, pues no existe ninguna causa que por razones de justicia o equidad de acuerdo con una política criminal se deje impune el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

TRIGESIMO QUINTA.- Pueden presentarse las tres etapas de la fase interna, subjetiva o psíquica del iter criminis en el tipo examinado, como son la ideación, deliberación y resolución, no teniendo trascendencia jurídico penal, pues es de aceptación unánime que el pensamiento no delinque, habida cuenta que no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras, no llega a lesionar ningún interés jurídico protegido.

TRIGESIMO SEXTA.- El tipo comentado puede presentar-

se en grado de tentativa acabada cuando concurren el elemento subjetivo y objetivo, cuando un sujeto quiera realizar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, lleve a cabo una total realización de los actos de ejecución y no logre la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad.

TRIGESIMO SEPTIMA.- No procede el arrepentimiento activo o eficaz tratándose de tentativa acabada en el tipo estudiado por tratarse de un delito formal o de mera conducta, por exigir el arrepentimiento un resultado material o cambio en el mundo exterior.

TRIGESIMO OCTAVA.- La tentativa inacabada se presenta en el tipo analizado, cuando un sujeto tenga la intención de realizar la conducta, lleve a cabo un principio de ejecución y que no se consume por causas ajenas a su voluntad.

TRIGESIMO NOVENA.- Puede presentarse el desistimiento en el tipo del delito de violación no realizado con el miembro viril en grado de tentativa inacabada, cuando el sujeto desista espontáneamente de la ejecución, cuando abandone los actos necesarios ulteriores para consumar el hecho, en tal hipótesis no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere sin perjuicio de aplicar la que corresponda a los actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos

delito, como lo establece el párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal.

CUADRAGESIMA.- No se presenta el concurso ideal homogéneo ni heterogéneo en el tipo examinado, en razón de que con la realización del comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Represivo sólo se lesiona un bien jurídico protegido, como lo es la libertad sexual, siendo por tanto imposible que con la misma acción se lesione algún otro interés jurídico tutelado, requisito indispensable del concurso ideal o formal homogéneo o heterogéneo.

CUADRAGESIMO PRIMERA.- Se puede dar el concurso real o material homogéneo, habida cuenta que un sujeto puede realizar varias veces el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Ordenamiento Punitivo, en diversos momentos y en lugares o no distintos.

CUADRAGESIMO SEGUNDA.- Se presenta el concurso real o material heterogéneo al efectuar un sujeto varias conductas subsumibles en diferentes tipos penales y distintos también los bienes jurídicos tutelados, siendo uno de estos, el interés jurídico protegido por el tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

CUADRAGESIMO TERCERA.- De acuerdo a la teoría del

dominio del hecho, será autor inmediato, directo o material en el tipo comentado, aquél sujeto que realice personalmente la conducta, en este caso, se dice, que el autor tuvo en sus manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo, que estuvo en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la comisión del tipo, siendo en consecuencia, responsable del delito en términos del artículo 13, fracción II del Código Penal.

CUADRAGESIMO CUARTA.- No se da la coautoría en el tipo analizado por tratarse de un delito de propia mano, por lo que aquél sujeto que colabora en el evento típico debe ser considerado como un partícipe (cómplice) y no como coautor del hecho típico.

CUADRAGESIMO QUINTA.- Tampoco se da la autoría inmediata por ser un delito de propia mano, pues el sujeto activo no puede cometer el delito sirviéndose de otra persona como instrumento, habida cuenta que siendo un tipo de propia mano, lo debe cometer el autor personalmente.

CUADRAGESIMO SEXTA.- Se puede presentar la figura del instigador en el tipo estudiado, pues un sujeto puede determinar dolosamente a otro para que realice la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal, en tal hipótesis se equipara para

efectos de la pena al instigador y al autor material.

CUADRAGESIMO SEPTIMA.- la figura del cómplice puede darse en el tipo examinado, cuando un sujeto intencionalmente preste ayuda o auxilie a otro en la comisión del hecho típico contenido en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Penal.

CUADRAGESIMO OCTAVA.- También se puede presentar el auxiliador sub-sequens, cuando un sujeto auxilie a otro en cumplimiento de una promesa previa al individuo que realice el evento típico descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Represivo.

CUADRAGESIMO NOVENA.- El instituto jurídico-penal del encubrimiento se presenta en el tipo analizado pero no como una forma de participación sino como un delito autónomo, cuyo fundamento legal es el artículo 400 en sus diversas fracciones.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA:

Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990.

OBRAS CONSULTADAS:

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: Derecho Penal. Parte General; 14a. ed., Porrúa, México, 1982 (958 páginas).

CARRARA, FRANCESCO: Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I (trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero); Temis, Bogotá, 1956 (383 páginas).

CASTELLANOS TENA, FERNANDO: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; 26a. ed., Porrúa, México, 1989 (359 páginas).

CUELLO CALON, EUGENIO: Derecho Penal. T. II (Parte Especial); 8a. ed., Bosch, Barcelona, 1952 (978 páginas).

DICCIONARIO CARROGGIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Carroggio, Barcelona, España, 1982 (1092 páginas).

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO S.: Introducción a la Historia del Derecho Mexicano; UNAM, 1971 (268 páginas).

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: Derecho Penal Mexicano. Los delitos; 13a. ed., Porrúa, México, 1975 (469 páginas).

- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO: Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano; 3a. ed., Porrúa, México, 1974 (234 páginas).
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: El Código Penal Comentado; 8a. ed., Porrúa, México, 1987 (529 páginas).
- GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER: La estructura de la teoría del delito (trad. de la 4a. ed., alemana por Carlos Fontán Bales-
tra); Abeledo Perrot, Buenos Aires (108 páginas).
- GUIER, JORGE ENRIQUE: Historia del Derecho. Primera Parte. T. I.; Costa Rica, San José, 1968 (583 páginas).
- GUIER, JORGE ENRIQUE: Historia del Derecho. Segunda Parte; Costa Rica, San José, 1968 (1245 páginas).
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO: Derecho Penal Mexicano. T. III; 2a. ed., Porrúa, México, 1974 (408 páginas).
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS: Tratado de Derecho Penal. T. I: Losada, Buenos Aires, 1950 (1128 páginas).
- JIMENEZ HUERTA MARIANO: Derecho Penal Mexicano. T. III (La tutela penal del honor y de la libertad); 2a. ed., Porrúa, México, 1974 (408 páginas).
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS: La ley y el delito; 3a. ed., 1958, Abeledo Perrot, Sudamericana, Buenos Aires 1989 (578 páginas).
- JURGEN, BAUMANN: Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema (trad. de la 4a. ed., alemana por Conrado A Finzi), Depalma, Buenos Aires, 1981 (270 páginas).

- MALO CAMACHO, GUSTAVO: Tentativa del delito; 1a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971 (252 páginas).
- MENDOZA DURAN, JOSE O.: El delito de violación; Colección Nereo Madrazo, Barcelona, s.f. (185 páginas).
- MEZGER, EDMUND: Derecho Penal. Parte General (trad. de la 6a. ed., alemana de 1955, por Conrado A. Finzi); Cardenas, Editor y Distribuidor (459 páginas).
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Teoría General del Delito; Temis, Bogotá, 1984 (243 páginas).
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: La Averiguación Previa; 3a. ed., Porrúa, México, 1985 (473 páginas).
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: Derecho Penal Mexicano; 9a. ed., Porrúa, México, 1990 (558 páginas).
- PESSOA, NELSON R.: La tentativa; Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1987 (126 páginas).
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: Robo Simple tipo fundamental, simple o básico; 2a. ed., Porrúa, México, 1989 (254 páginas).
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; 11a. ed., Porrúa, México, 1987 (508 páginas).
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: Ensayo dogmático sobre el delito de violación; 4a. ed., Porrúa, México, 1985 (233 páginas).

- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO: Programa de Derecho Penal. Parte General; 3a. ed., Trillas, México, 1990 (954 páginas).
- REYES ECHANDIA, ALFONSO: Derecho Penal Parte General; 11a. ed., Temis, Bogotá, 1989 (328 páginas).
- RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO: Derecho Penal. Parte General; 1a. ed., Civitas, Madrid, 1977 (357 páginas).
- SAINZ CANTERO, JOSE A.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. T. I; Bosch, Barcelona, 1981 (278 páginas).
- SAINZ CANTERO, JOSE A.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General; 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1990 (887 páginas).
- WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal. Parte General (trad. de la 6a. ed., alemana por Conrado A. Finzi), Depalma, Buenos Aires, 1980 (263 páginas).
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Manual de Derecho Penal. Parte General; 2a. ed., Cardenas, Editor y Distribuidor, México 1988 (857 páginas).