



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS DE VIOLACION"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :

ARACELI JASSO RAMIREZ



FALLA DE ORIGEN



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE

### INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### EL DERECHO PENAL Y LA TEORIA DEL DELITO

##### A. EL DERECHO PENAL

- 1.- El Derecho Penal como instrumento de control social
- 2.- El Derecho Penal en sentido objetivo y subjetivo.

##### B. LA TEORIA DEL DELITO

- 1.- Concepto de Delito
- 2.- Clasificación de los Delitos
- 3.- Conducta ó Hecho
  - 3.1) Concepto y Función
  - 3.2) Estructura de la Conducta o Hecho
  - 3.3) Ausencia de Conducta
- 4.- Tipicidad
  - 4.1) Concepto
  - 4.2) Elementos del Tipo
  - 4.3) Clasificación de los tipos
  - 4.4) Ausencia de tipo y tipicidad
- 5.- Antijuridicidad
  - 5.1) Concepto
  - 5.2) Antijuridicidad formal y material
  - 5.3) Contenido de lo antijurídico
  - 5.4) Ausencia de Antijuridicidad

## **6.- Culpabilidad**

- 6.1) Concepto de culpabilidad
- 6.2) Teorías conceptuales de la culpabilidad
- 6.3) Capacidad de Culpabilidad
- 6.4) Formas de Culpabilidad
- 6.5) Inculpabilidad
- 6.6) Distinciones Fundamentales entre error e ignorancia.
- 6.7) Eximentes Putativas

## **7.- Imputabilidad**

- 7.1) Concepto y Contenido
- 7.2) Acciones Liberae in Causa
- 7.3) Inimputabilidad

## **8.- Punibilidad**

- 8.1) Concepto y Función
- 8.2) Ausencia de Punibilidad

## **CAPITULO II**

### **ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION PROPIA PREVISTA EN EL ARTICULO 265 PARRAFO PRIMERO DEL CODIGO PENAL**

#### **A. CONCEPTO**

##### **1.- Elementos de la violación propia**

- 1.1) El Elemento Cópula
- 1.2) Medios Empleados en el Delito de Violación Propia

## B. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION PROPIA

### 1.- Clasificación en Orden a la Conducta

#### 1.1) Clasificación en Orden al Resultado

### 2.- Tipicidad

#### 2.1) Clasificación en Orden al Tipo

#### 2.2) Elementos del Tipo

#### 2.3) Atipicidad

### 3.- Antijuridicidad

#### 3.1) Causas de licitud

### 4.- Imputabilidad e Inimputabilidad

### 5.- Culpabilidad

#### 5.1) Inculpabilidad

### 6.- Punibilidad y su aspecto negativo

## CAPITULO III

### ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION PROPIA QUE DEFINE EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO SUSTANTIVO.

#### A. CONCEPTO

#### B. ANALISIS DOGMATICO

### 1.- Clasificación en orden a la conducta

#### 1.1) Clasificación en orden al resultado

### 2.- Tipicidad

#### 2.1) Clasificación en orden al tipo.

#### 2.2) Elementos del Tipo

#### 2.3) Atipicidad

**3.- Antijuridicidad**

3.1) Causas de justificación

**4.- Imputabilidad e Inimputabilidad**

**5.- Culpabilidad**

5.1) Inculpabilidad

**6.- Punibilidad y su aspecto Negativo**

**CAPITULO IV**

**ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA PRECEPTUADA EN EL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL**

**A. CONCEPTO**

**1.- Elementos del delito**

1.1) Cópula

1.2) Modalidades del delito de acuerdo a los estados de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo

1.3) Elemento psicológico

**B. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO**

**1.- Clasificación en orden a la conducta**

1.1) Clasificación en orden al resultado

**2.- Tipicidad**

2.1) Clasificación en orden al tipo

2.2) Elementos del tipo

2.3) Atipicidad

**3.- Antijuridicidad**

4.- Imputabilidad e Inimputabilidad

5.- Culpabilidad

5.1) Inculpabilidad

6.- Punibilidad y su Ausencia

## CAPITULO V

### CONSUMACION, MODALIDADES CONCURRENTES Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN LOS DELITOS DE VIOLACION

#### A. CONSUMACION

1.- Tentativa

2.- Participación

#### B. CONCURSO DE DELITOS

1.- Violación y atentados al Pudor

2.- Violación y Lesiones

3.- Violación e Incesto

4.- Violación y Corrupción de Menores

5.- Violación y Amenazas

#### C. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN LOS DELITOS DE VIOLACION

## CAPITULO VI

### PROBLEMATICA QUE SE PRESENTA EN LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACION

#### A. LA PENA Y SUS FINES

## **B. TEORIAS DE LA PENA**

- 1.- Teoría Absoluta
  - 1.1) Formas de Retribución
- 2.- Teoría Relativa
  - 2.1) Teoría de la Prevención General
  - 2.2) Teoría de la Prevención Especial
- 3.- Teorías Mixtas
- 4.- Medidas de Seguridad
- 5.- Caracteres de la Pena
  - 5.1) Clasificación de las Penas
- 6.- Sustitutivos penales

## **C. PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA EN LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACION**

- 1.- Artículo 265
- 2.- Artículo 266
- 3.- Artículo 266 BIS
- 4.- Inconstitucionalidad de las Penas Capitales

BREVE REFERENCIA A LAS REFORMAS Y ADICIONES EFECTUADAS A LOS ARTICULOS 265, 266 Y 266 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL PUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE PUERO FEDERAL, PUBLICADAS EN DECRETO DE FECHA 21 DE ENERO DE 1991, EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

La violación en sus diferentes formas normativas, atenta contra la libertad y seguridad sexual; la víctima de este delito sufre en su cuerpo el máximo ultraje, ofendiéndose de esta manera, el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

El sujeto pasivo, sufre un trauma psicológico del que en ocasiones no logra reponerse, además del daño físico producido por la violencia empleada en su comisión y, en ocasiones de las consecuencias materiales que de manera objetiva le recuerdan el hecho, como lo es el embarazo.

"En la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de los medios coactivos o impositivos al daño causado específicamente contra la libertad sexual se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y, aún homicidio.

Además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intentos peligrosos o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes".(1)

Por lo expuesto, no es difícil comprender porqué este delito se considerado como el de mayor gravedad dentro de los delitos sexuales; y de ahí el repudio hacia el violador, que al consumir su conducta antisocial, rompe con las normas establecidas por una sociedad en la cual no tiene cabida por su alta peligrosidad.

Para la víctima (que no olvida ), el castigo impuesto a su agresor, nunca será suficiente.

La ciudadanía reacciona frente a este delito con indignación, reproche y temor a ser sujeto pasivo del mismo; su disgusto se deja notar, pide el peor de los castigos para el delincuente, al que considera un ser indeseable y abyecto, ya que únicamente a través de medios violentos es capaz de doblegar la resistencia del ofendido, sometiéndolo así, a sus bajos instintos.

Este trabajo contiene un análisis de la Punibilidad y su aplicación en cada uno de los delitos de violación, desprendiéndose del mismo, diversas interrogantes que se tomaron como base para desarrollar la presente tesis; algunas de las cuales son las siguientes:

1.- ¿Son adecuadas las penas previstas en el primero y segundo párrafo del artículo 265?

2.- ¿Para evitar la comisión del delito de violación, ¿ Se debe atender únicamente al incremento de sanción, o tomar en

consideración otro tipo de medidas? si es así, ¿Cuales y en que hipótesis?.

3.- ¿Se presenta o no el problema de concurrencia de normas entre las figuras delictivas de violación propia y la equiparada, prevista en el artículo 266 del Código Sustantivo?.

4.- ¿El artículo 266 del Código Penal recalifica una misma conducta ante la posibilidad de ser sancionada dos veces?

5.- ¿ Es correcta la inclusión realizada por el legislador del segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal?.

6.- ¿La conducta descrita por el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal Vigente, es constitutiva del delito de violación impropia, o de otro distinto a éste?.

7.- ¿Para el incremento de sanción en la violación plurisubjetiva se tomará en cuenta la pena del fundamental, solo la calificativa de la violación impropia del 266 o ambas?.

La finalidad primordial del presente trabajo, es tratar de encontrar una respuesta adecuada a cada una de las interrogantes planteadas con antelación. Partimos de la teoría del delito, se estudia su integración; se abarca lo relativo a la naturaleza jurídica del delito de violación, las distintas concepciones que se tienen sobre éste, así como el análisis dogmático de cada uno de los elementos constitutivos de los distintos delitos de violación, en su doble aspecto; positivo y negativo.

## CAPITULO I

### EL DERECHO PENAL Y LA TEORIA DEL DELITO

#### A.- EL DERECHO PENAL

##### 1.- El Derecho Penal como instrumento de control social.

"Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello, y mediante procedimientos formales una selección de comportamientos desviados que serán objeto del Derecho Penal. Pero además, inciden también en el momento en que los órganos de control social aplican las normas legales que prescriben las sanciones para dichos comportamientos." (2)

El Derecho Penal es uno de los mecanismos sociales que busca obtener de los individuos, determinados comportamientos en la vida social, procura alcanzar sus fines calificando ciertas conductas como indeseables, y amenaza con sanciones su realización. Estas sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos sancionados son los más intolerables.

En este sentido el Derecho Penal es un instrumento de control social, que se distingue de otros instrumentos de este tipo, por la forma en que aplica la sanción o el castigo, y por la fundamentación racional de la misma.

Desde este punto de vista, el Derecho Penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de

control en las sociedades modernas), amenaza con sanciones concretas.

El concepto de comportamiento desviado se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculado al de control social; sin embargo esta clase de comportamientos no siempre son materia del Derecho Penal.

"El Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas" (3)

Jurídicamente se han elaborado definiciones de Derecho Penal tanto en sentido objetivo como subjetivo.

## 2.- El Derecho Penal en sentido objetivo y subjetivo.

En sentido objetivo se le ha considerado como: "El conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación" (4)

Como un "sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, y a la pena como su legítima consecuencia" (5)

"Conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, las mismas a los casos de incriminación" (6)

"El conjunto de principios relativos al castigo del delito" (7)

Así como "un conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados." (8)

El Derecho Penal en sentido subjetivo "se identifica con el Jus puniendi: el derecho de castigar." (9)

"Es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y de más medidas de lucha contra la criminalidad ." (10)

Se hace consistir en la "facultad del Estado (mediante leyes), de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas; es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deban imponerse las penas y las medidas de seguridad." (11)

Nosotros nos unimos a lo manifestado por Julio Klein (12) quien considera que la sanción penal es un deber del Estado, el único deber que se contiene en la norma primaria penal y no como un derecho.

Las definiciones anteriores están ubicadas dentro del llamado Derecho Penal Objetivo, que viene siendo la manifestación concreta del derecho de sancionar del Estado, en tanto que el Derecho Penal Subjetivo es la expresión con que se designa el derecho de penar correspondiente al Estado. Son las condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y la aplicación de las penas por parte del Estado.

Estas consideraciones tienen carácter Constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal.

La concepción moderna del quehacer punitivo se consagra en nuestro artículo 17 Constitucional, que fija un doble derecho: ante los demás particulares que no podrán asumir para sí la función de juzgar y sancionar al infractor y, ante el Estado, que es el encargado de juzgar y sancionar.

## **B.- LA TEORIA DEL DELITO**

### **1.- Concepto de delito**

Para entender que es el delito, se hace necesario recurrir a la "Teoría del Delito", que es la parte de la Ciencia del Derecho Penal que se encarga de su estudio.

La Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a las penas y a las medidas de seguridad.

La Teoría del Delito, nos dice Raúl Zaffaroni (13), es la construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto.

Siendo la dogmática Jurídico Penal "la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo". (14)

Se han elaborado diversos conceptos sobre el delito, pero no hay uno que sea unívoco, con validez en todo tiempo y lugar, por tener éste sus cimientos establecidos en realidades humanas y sociales que varían y cambian según los pueblos y épocas; de tal suerte que las acciones que se han calificado como delictuosas, han dejado de serlo por diversas situaciones y, contrario sensu, hechos no considerados como delitos se les da ese carácter.

"Lo más que podría decirse del delito así considerado, es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico (Pessina), y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible (Mezger), lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera. Es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre el hecho y la ley (Rossi).

Es desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico, y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (Maggiore)." (15)

Uno de los máximos representantes de la escuela clásica lo fué Carrara, quién definió al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (16)

Para Carrara, el delito es un ente jurídico y no un ente de hecho, por ser la violación del Derecho; denomina al delito infracción a la ley del Estado, en virtud de que adquirirá tal carácter, solo cuando vaya contra ésta, la cual debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

Al anotar que la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, se desprende que únicamente el ser humano puede ser sujeto activo del delito, ya sea en su acción o en su omisión.

Este hacer o dejar de hacer, son moralmente imputables, por encontrarse el individuo sujeto a leyes criminales por su naturaleza moral y porque la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política.

Desde el punto de vista sociológico se considera al delito como una acción antisocial y dañosa. Rafael Garófalo lo definió como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".(17)

Filosóficamente se ha definido como la violación de un deber necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.

El vocablo delito deriva del verbo latino "delinquere", cuyo significado es abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Se han elaborado definiciones del delito tanto de carácter formal como sustancial.

Ignacio Villalobos apunta que "una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple, concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación a la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y criterio material, sobre culpabilidad; tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies"(18)

El estudio jurídico sustancial del delito se puede realizar desde dos puntos de vista: el primero es el unitario o totalizador; en donde se considera al delito como un bloque monolítico, un todo orgánico, que no puede fraccionarse; el segundo es la concepción analítica o atomizadora, en donde sus partidarios manifiestan que el delito debe estudiarse por medio de sus elementos constitutivos, sin poner en tela de juicio su unidad, estiman necesario su análisis mediante su fraccionamiento.

Dentro de esta corriente, los doctrinarios difieren en cuanto al número de elementos que integran el ilícito penal, existiendo por

tal motivo las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.

La mayoría de los autores tanto nacionales como extranjeros se adhieren a la definición dada por Mezger (19), quién consideró al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable; Cuello Calón indica que es " La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (20)

Jiménez de Asúa, considera que los elementos del delito son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y a veces, las condiciones objetivas de penalidad.(21)

Castellanos Tena, entre otros autores, le desconocen a la punibilidad el carácter de elemento integrador del delito argumentando que "la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. Advierte que no es lo mismo punibilidad y pena, ya que la primera es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico, es la reacción del poder público frente al delito".(22) Insiste en que "una actividad ( u omisión) humana es sancionada cuando se le califica como delito pero no es delictuoso porque se le sancione penalmente". (23)

Nosotros diferimos del criterio anterior, puesto que consideramos que la punibilidad si es un elemento del delito, y no una consecuencia del mismo.

Al respecto Pavón Vasconcelos indica: " la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es el elemento o condición esencial del delito, de otra manera, la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna". (24)

Más ampliamente Forte Petit escribe: "El artículo 7o. del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal 'nulla poena sine lege' pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional, alude a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable, y por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de tal suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7o. del Código Penal". (25).

Independientemente de lo sostenido por las posturas anteriores con las cuales simpatizamos, es conveniente agregar que para nosotros la excusa absolutoria, no es constitutiva de delito, puesto que éste requiere para su configuración de sus elementos constitutivos; y la falta de uno, no permite su existencia; de tal manera que si una conducta es típica, antijurídica y culpable pero no es punible por consideraciones especiales, estamos frente a un aspecto negativo del delito, por faltar la punibilidad.

Las nociones jurídico formales, no hacen referencia al contenido del delito y lo caracterizan por su sanción penal, ya que si la ley no sanciona una conducta determinada no hay delito.

Los seguidores de esta postura indican que la verdadera noción formal del delito la da la ley positiva por medio de la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, puesto que si una ley no sanciona no es delito.

El artículo 7o. del Código Penal en su párrafo inicial define que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

## 2.) Clasificación de los Delitos

1.- Según la forma de manifestación de voluntad, los delitos pueden ser: de acción, cuando infringen una ley prohibitiva, se realizan por medio de un comportamiento positivo; esto es, el agente realiza la conducta prohibida por el orden jurídico por medio de un hacer. Y de omisión cuando violan una ley

dispositiva, el agente se abstiene de realizar lo que la ley le ordena.

Los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión simple y de comisión por omisión.

Serán delitos de omisión simple cuando el agente no realice la actividad jurídicamente ordenada; se sanciona la omisión en si misma, independientemente del resultado material que se llegara a producir, el resultado será puramente formal, se vulnera una ley dispositiva.

Serán de comisión por omisión cuando el agente decide no realizar lo establecido por el orden jurídico y por ese no hacer, se produce un resultado material, se infringe una ley dispositiva y una prohibitiva.

2.- De acuerdo al resultado producido, el delito podrá ser: formal, de simple actividad o de acción y materiales. En los primeros, se agota el tipo penal en la omisión o en el movimiento corporal del agente, no siendo para su integración necesario, que se produzca un cambio en el mundo exterior.

En los delitos materiales se requiere se produzca para su integración un resultado material.

3.- Según el daño que causan al bien jurídico tutelado se dividen en delitos de lesión y de peligro; de lesión cuando se cause un daño directo y efectivo en intereses protegidos jurídicamente por la norma violada; y de lesión cuando no causen daño directo a

dichos intereses pero los ponen en peligro, es decir, colocan a los bienes jurídicos en situaciones de las que se deriva la posibilidad de causación de un daño.

4.- Atendiendo a su duración los delitos se dividen en instantáneos , instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

El artículo 7o. del Código Penal, en su fracción I, establece que el "delito será instantáneo cuando, la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos".

Será instantáneo con efectos permanentes cuando la conducta realizada destruye o disminuye el bien jurídico protegido en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

En el delito continuado, se dan varias acciones y únicamente una lesión al bien jurídico. Es en la conciencia continuado y en la ejecución discontinuo.

El delito continuado consistirá en la unidad de resolución, en la pluralidad de acciones y en la unidad de lesión jurídica.

Nuestro Código Penal expresa en su fracción II del artículo 7o. que el delito será "continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

El delito permanente existe según lo establece el mismo precepto invocado, en su fracción II, cuando "la consumación se prolonga en el tiempo"; es aquél en el cual la acción delictuosa se prolonga voluntariamente en el tiempo, de tal forma que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos, es decir, permanece el estado mismo de la consumación.

5.- Atendiendo a la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales. Según lo dispuesto por el artículo 80. del Código Penal, pueden ser: intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales.

Un delito será doloso, cuando la voluntad consciente se dirige a la realización del hecho típico y antijurídico; y por el contrario, será culposo cuando no se quiere el resultado penalmente tipificado, pero surge por obrar sin las precauciones que exige el Estado para asegurar la vida gregaria.

El delito es preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al esperado por el agente.

6.- Por su composición o estructura, los delitos se clasifican en simples y complejos. En los delitos simples, la lesión jurídica es única, la acción determina una lesión jurídica inescindible. En los delitos complejos, la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva diversa, y que es en gravedad, superior a las que la componen; si éstas son tomadas en forma aislada.

7.- En función al número de actos que integran la acción típica, pueden ser: unisubsistentes, si constan de un solo acto; y plurisubsistentes cuando es la fusión de varios actos.

8.- Los delitos pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos, atendiendo al número de agentes que intervienen para ejecutar la conducta delictuosa; así tenemos que si intervienen en la comisión dos o más sujetos, el delito será plurisubjetivo, por el contrario, si la conducta prohibida la realiza un solo sujeto, será unisubjetivo.

9.- Por su persecución, los delitos son:

De oficio cuando la ley obliga a la autoridad, a pesar de la voluntad de los ofendidos y obrando una denuncia, a perseguir y castigar a los delincuentes.

De querrela necesaria, o delitos privados, cuando son perseguibles por la autoridad competente, siempre y cuando medie el requisito previo de querrela de la parte ofendida.

10.- En función a la materia se clasifican en: delitos COMUNES.- si están establecidos en leyes dictadas por las legislaturas locales; FEDERALES.- si se encuentran en leyes expedidas por el Congreso de la Unión; OFICIALES.- si el sujeto activo es un empleado o funcionario público en ejercicio de sus funciones, en MILITARES.- cuando infringen la disciplina del ejército y; POLITICOS.- cuando se lesiona la organización del Estado en sí misma, en sus órganos o representantes.

**Análisis Dogmático de los Elementos del Delito.**

El maestro Porte Petit (26), indica que los elementos que integran al delito en su aspecto positivo como negativo son los siguientes:

**ELEMENTOS POSITIVOS**

Conducta o Hecho

Tipicidad

Antijuridicidad

Imputabilidad

Culpabilidad

Condiciones Objetivas

de Punibilidad

Punibilidad

**ELEMENTOS NEGATIVOS**

Ausencia de Conducta o Hecho

Atipicidad

Causas de Justificación

Inimputabilidad

Inculpabilidad

Falta de Condiciones Objetivas

Excusas Absolutorias

### 3.- Conducta o Hecho

#### 3.1) Concepto y Función

Antiguamente, se consideraba que los animales eran sujetos de delito; en nuestros días las normas penales únicamente contemplan conductas humanas, la actividad o inactividad corporal del hombre.

Tanto la conducta como el hecho son elementos objetivos del delito, según lo establezca la descripción del tipo. De tal manera que si el tipo legal describe una acción u omisión la ley requiere que se produzca un resultado material, unido por un nexo causal, será hecho.

El hecho se compone por una conducta (ya sea de acción u omisión), un resultado y un nexo.

La conducta será un elemento del hecho, en el momento en que de acuerdo a lo que describe el tipo, precisa un cambio en el mundo exterior, esto es, un resultado material.

Los delitos de mera actividad, son los que carecen de un resultado material, y la simple conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo.

"El elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad ( ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay

violación de un deber jurídico de obrar, en tanto que en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse." (27)

En cuanto al principio *nullum crimen sine conducta* es una elemental garantía jurídica, de rechazarse, cualquier cosa se podría considerar como delito, abarcando la posibilidad de penalizar el pensamiento, la forma de ser, las características personales etc." (28)

Algunos tratan de desconocer, el principio en mención, argumentando que las personas morales o jurídicas pueden delinquir; Castellanos Tena, indica que en el proyecto del Código Penal tipo de 1963, se aceptaba que las personas morales eran sujeto de delito (29), aunque al igual que el, casi todos los autores se pronuncian en que no hay conducta en las personas jurídicas, porque " no se puede hablar de una voluntad en sentido psicológico en el acto de las personas jurídicas, lo que excluye cualquier posibilidad de admitir la existencia de una conducta humana." (30).

En cuanto a la terminología de este primer elemento del delito, se presenta un problema, puesto que al considerar a la conducta como la actividad o pasividad corporal del hombre se habla de actos o abstenciones.

Carrancá y Trujillo (31), lo define como una conducta humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto u

omisión, esta definición contempla al acto en sentido amplio o lato sensu, abarcando el accionar positivo y las abstenciones:

" El acto en estricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, la omisión en cambio, radica en un abstenerse en obrar, simplemente en una abstención; dejar de hacer lo que se debe ejecutar." (32)

El hecho está compuesto por la conducta más el nexo causal y el resultado; los hechos humanos se dividen en voluntarios e involuntarios, y son los voluntarios los que le interesan a la Teoría del Delito, puesto que sin voluntad no hay conducta.

La voluntad es igual a finalidad, ya que no se puede concebir que exista voluntad de nada o voluntad para nada; como lo indica Zaffaroni (33), siempre la voluntad será voluntad de algo, siempre tendrá un contenido, que como ya se asentó, es una finalidad.

Hans Welzel, elaboró una teoría finalista sobre la acción humana, diciendo que " es el ejercicio de la actividad final, la acción es, por ese acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines." (34)

La teoría causalista manifiesta lo contrario a lo transcrito en el párrafo anterior, puesto que entienden a la acción como el proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si solo lo podía prever; sin embargo prevalece la teoría finalista. Cabe agregar que a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad.

Nexo de casualidad y resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra. (35)

### 3.2) Estructura de la conducta o hecho.

En cuanto a la estructura de la conducta, podemos distinguir su aspecto interno y externo como lo hace Raúl Zaffaroni (36). Para efectos didácticos, el aspecto interno se divide en la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención, concluida esta etapa que sería la interna, comienza el aspecto externo de la conducta que consiste en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado. Esta estructura de la conducta tiene un carácter común y genérico a todas las formas típicas activas y omisivas, puesto que tal finalidad es la conducta que prohíbe el tipo activo, así como la prohibida por el tipo omisivo, la circunstancia de que uno seleccione lo prohibido describiéndolo y el otro lo haga por comparación con la descripción de lo debido, no altera para nada la estructura, ontológica de las conductas que prohíben.

"La conducta o hecho según el caso, viene a constituir un elemento esencial material de todo delito." (37)

### 3.3) Ausencia de Conducta

El aspecto negativo de la conducta, es la ausencia de la misma. Estaremos frente a la ausencia de conducta o imposibilidad de integrar el delito, cuando los elementos de la conducta son involuntarios, o bien cuando el movimiento corporal o la inactividad puede atribuirse al sujeto, y si no son suyos será por falta de voluntad. (38)

Una de las causas que impide la integración del delito por ausencia de la conducta, es la vis absoluta ( fuerza física exterior irresistible). La vis absoluta supone la ausencia de voluntad, en la actividad e inactividad de tal forma que el sujeto activo actúa de manera física, por tal motivo no podrá integrarse una acción u omisión relevante para el derecho, ya que quién actúa o deja de actuar se convierte en un instrumento de la voluntad ajena puesta a través de una fuerza física a la cual la voluntad no ha podido oponerse.

Podemos definir a la vis absoluta como aquellos actos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal calidad que lo hace intervenir como una mera masa mecánica, es decir que el hombre actúa en estos casos como un instrumento.

Castellanos Tena afirma " que no es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta, ya que cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del

delito, será suficiente para impedir la formación de este, con independencia de lo que diga o no expresamente el legislador."(39)

La vis mayor o fuerza mayor, es otro aspecto negativo de la conducta, la cual difiere de la vis absoluta por derivar la primera de la naturaleza y la segunda del hombre.

Como factor negativo también tenemos a los actos reflejos, que son los movimientos corporales e involuntarios, en la que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que se desata inmediatamente por el estímulo fisiológico corporal, esto es, sin intervención de la conciencia.

El sueño, también es motivo de ausencia de conducta por ser un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente, que en un momento dado puede llegar a originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Quién actúa dormido, no domina su voluntad.

El hipnotismo será causa de ausencia de conducta, en el caso en que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y éste ejecute una conducta o hecho tipificado en la ley Penal; el hipnotismo consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso central, producidas por una causa artificial, y en donde éstas pueden irse desde un estado de somnolencia, hasta un sonambúlico, pasando por diversos periodos en los cuales se acentúa el grado de hipnosis.

El sonambulismo sobre el cual el sujeto se mueve y ejecuta actos sin la dirección de una verdadera conciencia, es otro aspecto negativo de la conducta, que se provoca por sensaciones externas e internas, o por estímulos somáticos o psíquicos, los cuales sufren una incorrecta asociación y dan al sujeto una impresión, una especie de conciencia que no corresponde a la realidad.

#### 4.- Tipicidad

##### 4.1) Concepto

El tipo penal es la descripción esencial objetiva de un acto, que si se ha cometido en condiciones ordinarias la ley considera delictuosa.

El tipo es una creación legislativa, pertenece a la ley, y la tipicidad pertenece a la conducta, por lo tanto, típica es la conducta que presenta las características específicas de tipicidad; de esta manera, en el momento adecuado para ello, el juez comprueba la tipicidad comparando la conducta particular y concreta, con la individualización típica para ver si se adecúa o no a la misma. Esta labor mental, es el juicio de tipicidad que debe realizar el juzgador.

"Tipus", significa símbolo, figura representativa, o figura principal; en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos los elementos constitutivos.

Ignacio Villalobos manifiesta que tipo es: "la descripción del acto o el hecho injusto o antisocial, previamente valorado como tal". (40)

Pavón Vasconcelos, le da al tipo un carácter jurídico penal, indica que es "la descripción concreta hecha por la ley dentro de la conducta, a la que en ocasiones se suma el resultado, reputada como delictuosamente al concretarse en el una sanción penal".(41)

Porte Petit manifiesta que la "tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo <nullum crimen sine tipo>".(42)

#### 4.2) Elementos del Tipo

Por ser el delito un acto humano, la descripción esencial de cada una de sus especies debe referirse al sujeto activo del delito, al verbo representativo de la acción u omisión que es núcleo del tipo; y al complemento que puede ser una persona o una cosa, como sujeto pasivo u objeto del delito.

El sujeto activo del delito, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, únicamente los seres humanos pueden delinquir; algunos actos u omisiones sancionados por la ley penal, no pueden ser cometidos sino por un sujeto calificado o dotado de una calidad especial, por ejemplo en el caso del parricidio, se exige que sea un ascendiente.

La sociedad siempre será sujeto pasivo del delito, cuando se afecten bienes jurídicos instituidos para la vida gregaria de sus componentes. Puede haber una persona física o jurídica reconocida como titular de los bienes afectados concretamente.

Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que ésta es el objeto material de la acción; teniéndose siempre como objeto jurídico o de protección el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito como la libertad, el honor, la vida.

#### 4.3) Clasificación de los Tipos

Se han elaborado diversas clasificaciones con respecto al tipo; Castellanos Tena indica que se dividen para su estudio en:

a). Normales.- Cuando se limitan a hacer una descripción objetiva; y, Anormales.- cuando además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos. Esta clasificación atiende a su composición.

b). Por su ordenación metodológica, en fundamentales o básicos, cuando constituyen la esencia o fundamento de otros tipos; especiales cuando se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental al cual se subsumen, y complementados, cuando se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.

c). En función a su autonomía o independenciam se clasifican en:

Autónomos o independientes cuando tienen vida por sí y; subordinados cuando dependen de otro tipo.

d).- Por su formulación en: Casuísticos.- prevén varias hipótesis, a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos), otras con la conjunción de todas (acumulativos); los tipos amplios que describen una hipótesis única, que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el daño que causan se dividen en: de daño, cuando protegen contra la disminución o destrucción del bien jurídico tutelado; y de peligro cuando tutelan bienes contra la posibilidad de ser dañados. (43)

#### 4.4) Ausencia de Tipo y Tipicidad

La atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad.

La atipicidad impide la integración del delito, pero no debe ser confundida con la ausencia del tipo, ya que ésta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho; en cambio habrá atipicidad cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentre perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo.

La atipicidad es la ausencia de adecuación típica.

Según Pavón Vasconcelos (44), las causas que originan hipótesis de atipicidad, son las siguientes:

- a). Falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b). Falta de 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 la Ley.
- e). Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley.
- f). Cuando estén ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

## 5.- Antijuridicidad

### 5.1) Concepto

Una vez comprobada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para poderla considerar como delictiva, es necesario que se lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad.

De esta manera aparece la antijuridicidad como una característica del delito, así lo plantea Jiménez Huerta(45)

La antijuridicidad, es un concepto negativo, se acepta que lo antijurídico es lo contrario a derecho. Así tenemos que para calificar una conducta como antijurídica, es preciso comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.

Al juzgador le corresponde declarar cuando es antijurídica una conducta, tal declaración la realiza al momento de examinar cada caso concreto, pero es al estudioso del derecho al que le corresponde el estudio abstracto de la antijuridicidad.

Se han elaborado diversos conceptos sobre la antijuridicidad, partiendo del sentido negativo que implica la palabra.

Carrancá y Trujillo entiende a la antijuridicidad como: " La oposición a las normas de la cultura, o sea a las ordenes o prohibiciones por los que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Por lo que estas normas de cultura, son reconocidas por el Estado, y la oposición a ellas constituye lo antijurídico, o sea la violación u oposición o negocio de la norma".(46)

Para Porte Petit (47) se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo, cuando no se prueba la existencia de una causa de justificación.

Castellanos Tena considera que " es la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal." (48)

Jiménez Huerta (49), manifiesta que la antijuridicidad implica desvalor; surge como un predicado de la conducta expresado negativamente y significa la reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser este supuesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico. Representa una negación del mundo del derecho; es aquello que según los ideales

éticos del hombre debía no ser, y es, sin embargo por la victoria del hecho sobre la ley.

Pavón Vasconcelos nos dice que " la antijuridicidad es un desvalor jurídico una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho." (50)

Al analizar si un hecho es contrario al orden jurídico se toman como índices de valor, todo el derecho público y privado, ya que no solo corresponde al derecho penal determinar cuando es antijurídico un comportamiento, ya que si bien establece el castigo que debe imponerse a una conducta, la antijuridicidad de una conducta se deduce de todas las demás ramas del derecho.

#### 5.2) Antijuridicidad formal y material

Existe la discusión respecto a si la antijuridicidad es formal o material o si solo hay una antijuridicidad, dicha discusión se inició con Franz Von Litz, quien desarrolló una estructura dualista de la antijuridicidad en la cual estableció una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material, es formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico, desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad.

En nuestro país, esta concepción ha sido admitida por unos y negada por otros, Ignacio Villalobos (51) acepta esta dualidad, cuando expresa que cada especie de antijuridicidad formal o material, no excluye a la otra, por el contrario van unidas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido.

Pavón Vasconcelos (52), rechaza la concepción dualista por considerar que lo antijurídico es 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.

La concepción dualista carece de razón y sentido pues trata de escindir en dos partes diversas lo que no es más que aspectos parciales y distintos del mismo concepto.

### 5.3) Contenido de lo Antijurídico.

Max Ernesto Mayer, manifestó que el orden jurídico es un orden de cultura y lo antijurídico lo contradictorio a las normas de cultura reconocidas por el Estado, el orden jurídico solo reconoce como justo lo que las buenas costumbres reputan como tal, exigiendo la aplicación de las normas de cultura por parte de los tribunales en cuanto dichas normas han sido reconocidas por el Estado.

### 5.4) Ausencia de Antijuridicidad

Nos podemos encontrar ante una conducta que se encuentre encuadrada dentro de un tipo penal y, que esté aparentemente en

oposición al Derecho, pero que no es antijurídica por mediar alguna causa de justificación, y son precisamente estas causas el aspecto negativo de la antijuridicidad. Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. (53)

La característica fundamental de las causas de justificación, es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica, no solo penal sino también civil, administrativa, etc., no solo respecto del autor, ya que también abarca a quienes lo han ayudado o inducido. (54)

A las causas de justificación no se les debe confundir con otras excluyentes, como manifiesta el maestro Castellanos Tena (55), 'existe entre ellas una distinción precisa en función de los elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto, atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor; otras pueden ser ausencia de conducta, atipicidad, causas de inculpabilidad y causas de inimputabilidad.

Ignacio Villalobos (56) indica que la excluyente de antijuridicidad solo se integra por la adecuación o el reconocimiento hecho por el legislador, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también, una declaración legal.

Asimismo, para que existan estas causas de justificación, es necesaria la concurrencia de los elementos objetivos de la justificación ( ausencia de interés o que exista un interés preponderante), y de los elementos subjetivos de la justificación ( conocimiento de la situación de necesidad por parte del autor).

Las causas de justificación las podemos reducir en las siguientes:

a) Legítima Defensa.- Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

El artículo 15 fracción III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal, establece acerca de la legítima defensa o defensa necesaria, lo siguiente: "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 e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien defiende".

b) Estado de necesidad, es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho; El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15, fracción V, establece como excluyente de responsabilidad cuando el sujeto activo, obra en forma legitima en cumplimiento de un deber juridico o en ejercicio de un derecho siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

d). Obediencia jerárquica.- Se da cuando se cumple con una orden dada de acuerdo a derecho dentro de una relación de servicio, el citado artículo 15 del Código Penal, en su fracción VII, establece: "Obedecer a un superior legitimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

e). Impedimento legitimo, esta excluyente opera cuando el activo, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia un tipo penal; la fracción VIII del artículo en mención dispone: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legitimo".

## 6.- Culpabilidad

La doctrina ha establecido que el delito se configura al quedar demostrados sus elementos constitutivos.

Cuando una conducta se adecúa a algún tipo penal, se dice que es una conducta típica, y si esta conducta típica no es aprovechada por una causa de justificación que excluya su carácter delictivo, estaremos ante una conducta típica y antijurídica, pero para que podamos decir que nos encontramos ante un delito, es necesario que sea además culpable, es decir, para que esta conducta típica y antijurídica sea considerada como delito, se requiere que se de un conjunto de condiciones que determinen que el autor de dicha conducta sea criminalmente responsable de la misma.

El ser humano penalmente responsable, debe tener plena conciencia de sus actos, gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de su conducta; dadas las formas de su actuación se podrá saber cuando el ser humano, si trasgrede alguna norma penal, debe responder de dicha actuación, es decir si es culpable o no. Previo al actuar del hombre están las normas penales que establecen la función motivadora para regular su personalidad.

#### 6.1) Concepto de culpabilidad.

Una vez que se ha hablado de la reprochabilidad que se le hace aun sujeto que realiza una conducta típica y antijurídica, citaremos diversos autores que definen la culpabilidad.

Bacigalupo nos dice: " El concepto de culpabilidad se apoya en la idea de que culpable es el que, pudiendo abstenerse no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquélla." (57)

Por su parte Wessels, externa su concepto y la define de la siguiente manera: "Culpabilidad significa reprochabilidad del hecho respecto al sentimiento jurídicamente reprochable rebelado en él." (58)

Jiménez de Asúa, expresa: "Es el reproche que se le hace al autor de un hecho concreto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas." (59)

No podemos dejar de citar al penalista alemán Von Litz, quién al respecto manifiesta: " La culpabilidad es el más amplio sentido de la responsabilidad del autor por el acto antijurídico que ha realizado." (60)

Vela Treviño, de la culpabilidad dice: " Es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico, antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma." (61)

#### 6.2) Teorías conceptuales de la culpabilidad.

Las doctrinas que se encargaron de estudiar la naturaleza jurídica de la culpabilidad son la teoría psicológica y la concepción normativa de la culpabilidad.

La teoría psicológica hablo sobre la esencia de la culpabilidad, reconoció que existía una relación psíquico-subjetiva del autor frente al hecho, identificando a este concepto como la situación

psíquica (saber/no saber/no querer/querer), y así consideró como formas de culpabilidad al dolo y la culpa.

Wessels, dice " esta teoría descuidó elementos esenciales de la culpabilidad y no estuvo en condiciones de explicar porque razón la culpabilidad de una persona que actúa con dolo, desaparece dentro de los presupuestos del Estado de necesidad exculpante".(62)

De esta manera la culpabilidad requiere una determinada vinculación entre el autor y el hecho, sin el cual no se puede afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito.

En esta teoría se verifica la relación causal entre la voluntad y el hecho cuando el autor ha querido su realización, y aún cuando obre amparado por una causa de inculpabilidad disculpante, para esta teoría sí se fundamenta la relación de culpabilidad.

De igual manera en los casos de culpa, la teoría psicológica admite la existencia de la culpabilidad, cuando es sabido que no se puede dar la relación psicológica en virtud de que el sujeto activo del hecho criminoso, nunca deseó la realización de éste, ni mucho menos llevó a cabo los medios para su consumación.

Esta teoría, como hemos visto, no se encontró en condiciones de fundamentar sus particulares postulaciones ante hechos irrelevantes, como lo son la culpa y las causas de inculpabilidad.

La teoría normativa de la culpabilidad, fundada por Frank Von Liszt, descubre la esencia de la culpabilidad en la reprochabilidad de la formación de la voluntad y de su actuación, o sea, en la valoración normativa de una situación psíquica. Von Liszt determinó que el fundamento del concepto normativo de culpabilidad, se encuentra alrededor de la reprochabilidad, por lo que concluyó: " una conducta culpable, es una conducta reprochable." (63)

La teoría anterior, caminó bajo la influencia de la teoría finalista de la acción, al reconocer que el dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad por lo que quedaba abierta la posibilidad de desplegarlos fuera de si misma.

Para la teoría normativa la reprochabilidad de la acción presupone la capacidad de motivarse por la norma, es decir, quien realizó una conducta típica y antijurídica será culpable si podía obrar de otra manera, lo que significa que tenía la determinación de poder decidir si cometía o no el acto criminoso.

El concepto normativo de la culpabilidad es es el que en forma general ha sido acogido por los estudiosos de la materia.

### 6.3) Capacidad de Culpabilidad

Imputabilidad.- la mayoría de los autores aceptan la imputabilidad, como el presupuesto para que el sujeto sea culpable, es decir, ser imputable en el momento de cometer el ilícito, si se trata de adultos, la existencia de la

imputabilidad se presume, siempre que no se den las circunstancias en las cuales conste lo contrario. (64)

Otros estudiosos de la materia separan la imputabilidad de la culpabilidad, es decir, estiman a ambos como elementos autónomos, algunos más consideran a la culpabilidad en amplio sentido y comprenden en ella a la imputabilidad, la teoría más aceptada la considera como un presupuesto de la culpabilidad, expresando, como ya se manifestó, que para ser culpable se precisa ser imputable, es por tanto una aptitud intelectual y volitiva, por lo que se ha dicho que la imputabilidad es el soporte o cimiento de la culpabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de obrar, conforme a derecho, y será imputable, todo aquel que al momento de la comisión del delito posea las condiciones psíquicas exigidas en forma abstracta por la ley, es decir, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental.

#### 6.4) Formas de Culpabilidad:

Dolo.- Respecto de este concepto, el maestro Castellanos Tena expresa: "El dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".(65)

Teoría de la voluntad, sostenida por Carrara, que se refiere a la intención como ingrediente necesario que acompaña al acto delictivo, de tal forma, que el dolo es el acto de intención mas o menos perfecto, dirigido a infringir la ley.

Teoría de la representación.- En esta teoría se sustituye la voluntad por la prevención o representación, y sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y de su significación, por tanto el problema del dolo conforme a la Teoría de la representación, se dirige a circunstancias externas.

Teoría ecléctica.- Sostiene que la fundamentación del dolo no es solo por la voluntad o únicamente por la representación, es necesario de esos dos ingredientes; de tal manera que actúa dolosamente el que preve y quiere el delito en su totalidad; entonces tenemos que la previsión es la representación del resultado que denota un momento intelectual de la conducta; en tanto que la voluntad, es el acto de autodeterminarse en vista de un fin.

#### DOLO

Después del breve análisis de las anteriores teorías, encontramos dentro del concepto dolo, dos elementos:

- a) Uno intelectual que es la representación del hecho y su voluntad, los otros términos son tipicidad y antijuridicidad.
- b) Un elemento emocional o afectivo dirigido a producir un resultado.

También consideramos importante mencionar las formas del dolo:

- 1) Dolo Directo.- Se da cuando la voluntad es encaminada principalmente al resultado previsto, entonces existe identidad entre el acontecimiento real y el representado.

2) Dolo Eventual.- Aparece cuando la representación del autor da como posible un resultado determinado y sin embargo, no se renuncia a la ejecución aceptando sus consecuencias, diríamos que aun cuando no quiere el sujeto, directamente el resultado por no constituir su fin, lo acepta ratificándose en el mismo.

3) Dolo de Consecuencias Necesarias.- Consiste en la producción del resultado, su consecuencia no es aleatoria sino necesaria.

Para terminar diremos que el dolo como forma de la culpa se presenta por la actitud indiferente del autor frente a las normas de derecho; pero es necesario aclarar, que el dolo desaparece si el autor al momento de ejecutar la acción, cree que existe una causa de justificación, actuando erróneamente, puesto que su actitud no justifica su conducta o las representaciones que tuvo, en este caso estamos ante un reproche de culpabilidad.

#### C U L P A

Ignacio Villalobos define a la culpa en los siguientes términos:  
" Se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica, no querida directamente, ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo". (66)

Johannes Wessels (67), dice que la culpabilidad por culpa se caracteriza por una actitud negligente o despreocupada del autor, frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico.

Al causar un daño, la conducta siempre será reprochable en virtud de que se infringe un deber general de cuidado por lo que actúa culposamente, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y que es contrario a la ordinaria capacidad de previsión.

Carrara sostiene la teoría de la previsibilidad, manifiesta que la culpabilidad radica en la voluntaria omisión de diligencia, en calcular las consecuencias posibles, sea que se originen en la falta de previsión de las consecuencias dañosas; este criterio de previsibilidad de Carrara fué complementado por Brusa, concluyendo que culpa es la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento.

Dos son las clases de culpa, la culpa consciente con previsión o representación, e inconsciente sin previsión o sin representación, y brevemente diremos que la primera tiene lugar cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá, existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiando en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La culpa inconsciente sin previsión o sin representación, aparece cuando no se preve un resultado previsible que se produce por la falta de cuidado.

Algunos autores hablan de una tercera forma de culpabilidad, y señalan a la preterintencionalidad, llamándole, también ultraintencionalidad, o con exceso en el fin, y se dice que es una mixtura de dolo y culpa, dolo respecto del resultado querido, y culpa respecto del resultado querido y obtenido.

Importante es referirnos a la responsabilidad penal, porque algunos la confunden con la culpa, la responsabilidad es un juicio derivado de un deber jurídico en que se encuentra al sujeto imputable, de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado, es entonces la responsabilidad la relación entre el sujeto y el Estado por lo que se puede concluir que obró culpablemente.

Su fundamento radica primeramente en el resultado objetivo, en la causalidad psíquica, pero para que un individuo sea penalmente responsable debe poseer al tiempo de su conducta o hecho, plena conciencia de sus actos y gozar de elección entre los diversos motivos de su conducta, se dice entonces, que el sujeto puede elegir libremente y es lo que se llama libre albedrío. Welssel al respecto nos manifiesta "La justificación interna del reproche de culpabilidad, reside en la circunstancia de que el hombre se sitúa en la libre autodeterminación, y al esforzar su conciencia jurídica está en condiciones de evitar lo que está

jurídicamente prohibido, tan pronto como haya logrado la madurez mental y psíquica, y siempre que no sea incapaz por perturbaciones psíquicas graves para comprender la injusticia del hecho o actuar según esta comprensión". (68)

#### 6.5) Inculpabilidad

Jiménez de Asúa se refiere al aspecto negativo de la culpabilidad cuando indica que "las causas de exculpación son: las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche." (69) - Agrega mas adelante - "El inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Mas para todas las otras acciones su capacidad es plena." (70)

La inculpabilidad aparece cuando se carece de los elementos esenciales de la culpabilidad como son: el conocimiento y la voluntad.

El autor en cita señala dos grandes clases de inculpabilidad, una genérica que abarca: a). el error con sus especies y variedades (error de hecho y de derecho; eximentes putativas, obediencia jerárquica) y una general que tiene alcances supraleales, teniendo en esta forma la no exigibilidad de otra conducta. (71)

El maestro Castellanos Tena indica al respecto: "aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar, cual de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en

presencia de ella, el código mexicano se afilia a la teoría psicologista. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)." (72)

#### 6.6) Distinciones fundamentales entre error e ignorancia.

El error es el falso conocimiento de la realidad, presupone una idea falsa, una apreciación errónea de la verdad, es el conocimiento equivocado que constituye un estado positivo.

En la ignorancia encontramos ausencia de conocimiento, "es la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo." (73)

Al igual que el error, la ignorancia puede constituir causa de inculpabilidad, siempre que provoque en el agente un desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su obrar, por lo tanto, la conducta en tales circunstancias revela carencia de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone ejecutar.

De esta manera en la práctica judicial se unifica al error y a la ignorancia, se tiende a considerar tanto al error como a la ignorancia los mismos efectos.

El error desde la época romana se dividía en error de hecho y error de Derecho.

El error de Derecho recae sobre una regla de Derecho objetivo y no actúa como eximente de culpabilidad, aunque se tenga un conocimiento equivocado del concepto de la significación de la ley, en virtud de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.

"El error de Derecho o error de prohibición, encuentra su límite el lo que llaman los modernos autores <ceguera jurídica>. En efecto quién crea sinceramente que no está prohibido matar o violar, está ciego ante el Derecho, y esa ceguera no puede constituir exención de responsabilidad".(74)

El error de Derecho no es considerado por nuestras leyes penales como excluyente de responsabilidad, pero sí encontramos una atenuante de la pena como es el caso del artículo 59 del Código Penal que a la letra dice "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según el caso."

No obstante lo planteado en el párrafo anterior, Jiménez de Asúa opta porque se legisle conjuntamente y sin distinguos, en el llamado error de hecho y de Derecho; desprendiéndose como requisito de tal tratamiento: a.) buena fe, b.) invencibilidad, c.) esencialidad y d.) que el error no sea causado por negligencia.

Dicho autor indica: "La ignorancia de que el hecho este prohibido en la ley, tiene análogos efectos, siempre que aquélla dependa de fuerza mayor, pero solo puede alejarse en las contravenciones." (75)

Nosotros consideramos que el error de Derecho no tiene efectos eximentes, únicamente se le debe tomar en consideración para disminución de pena o desaparición del dolo, dejando subsistente la culpa.

El error de hecho versa sobre condiciones exigidas por el hecho para la aplicación de una regla jurídica.

Clasificamos al error de hecho en esencial y accidental, abarcando el último en mención la aberratio ictus, aberratio in persona y la aberratio delicti.

El error de hecho esencial, es eximente de culpabilidad, pero debe ser invencible para no dar paso a la culpa; en este tipo de error el agente actúa antijurídicamente creyendo su actuar, jurídico; desconoce la antijuridicidad de su acto constituyendo de esta manera, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

El error esencial tiene diferentes formas de presentación:

Error esencial de hecho invencible.- aquél en el que no hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.

Los doctrinarios dividen al error en dos clases: de tipo y de prohibición, ya sea que recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal, o que el activo a sabiendas que actúa típicamente, se cree protegido por alguna causa de justificación.

Para Castellanos Tena, el error de tipo versa sobre la antijuridicidad, al respecto expresa: "Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el Derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Por ello definimos las eximentes putativas como las situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree fundadamente estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica (para el subjetivamente es lícita)." (76)

El error esencial se apoya en un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal elemento, requisito constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada. El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad. El error esencial de hecho se encuentra contemplado en la fracción XI del artículo 15 del Código Penal el cual señala:

"Realizar la acción u 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.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible\*.

La parte primera de la fracción transcrita, se enfoca al llamado error de tipo, ya que se refiere al error invencible de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal.

Por lo que se refiere a la segunda parte encontramos lo relativo al error de licitud, al que también se le conoce con los nombres de error de permisión o de prohibición, debido a que el autor, por un error invencible cree su comportamiento acorde a Derecho y por lo mismo lícito.

Existe discrepancia entre los doctrinarios en cuanto al error de licitud o de permisión, al que también le llaman de prohibición, denominación que es utilizada para nombrar al error de Derecho.

El error de prohibición aparece cuando el error no recae sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, sino sobre la licitud en la realización del hecho.

El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino sobre secundarias, si bien no elimina la responsabilidad del activo, impide que se le apliquen penas severas, beneficiándose con las menos enérgicas, abarca al error en el golpe, en la persona y en el delito.

La aberratio ictus o error en el golpe, aparece cuando el resultado no es precisamente el deseado, pero a él corresponde.

La aberratio in persona se da cuando el error recae sobre el sujeto objeto del delito.

Aparece la aberratio in delicti cuando se provoca u ocasiona un suceso diferente al querido, únicamente varía el tipo de conducta delictiva.

#### 6.7) Eximentes putativas.

Son aquellas situaciones en donde el sujeto activo por un error esencial de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar atípico (permitido) sin serlo. Se encuentran reguladas por la segunda parte de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal.

Las eximentes putativas aparecen cuando el sujeto al realizar una conducta típica, desconoce la significación de su acto, desconocimiento que es consecuencia de un error esencial e insuperable, o poseyendo esa conciencia ejerce una conducta o hecho con voluntad coaccionada, en este caso estará ausente de culpabilidad, no obstante que dicho agente sea imputable.

Cabe lo putativo en el cumplimiento de la ley cuando se cree que ésta autoriza un acto que, en realidad, no se permite.

La legítima defensa putativa aparece cuando el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta

agresión; se habla de legítima defensa putativa porque el sujeto al actuar protegido por la eximente no obra legítimamente, sino de manera inculpable pero antijurídica.

Legítima defensa putativa recíproca. Existe cuando dos sujetos se encuentran frente a un error de hecho invencible, con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las agresiones simultáneas.

Legítima defensa real contra la putativa. Aquella en la que por error cree obrar en legítima defensa, con el propósito de repeler la agresión imaginaria, ataca a quien considera su injusto agresor, este puede a su vez, reaccionar contra la agresión, la que si bien es inculpable es antijurídica. De esta manera a uno le beneficia una causa de inculpabilidad y al otro una de justificación.

La legítima defensa putativa no debe ser confundida con el delito putativo que aparece cuando el sujeto cree haber delinquido, pero su conducta no es típica.

La no exigibilidad de otra conducta es una causa general de inculpabilidad por obedecer la realización de un hecho penalmente tipificado, a una situación especial que hace excusable ese comportamiento; dentro de las formas específicas de la no exigibilidad de otra conducta que señala la ley encontramos:

a.) El temor fundado, plasmado en el artículo 15 fracción IV del Código Penal " El temor fundado e irresistible de un mal

inminente y grave en la persona del contraventor...", siempre y cuando el temor no lo anule en el sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal suerte que pueda determinarse en presencia de amenazas.

b.) El encubrimiento de parientes y allegados, preceptuado en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal:

"Ocultar al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigue, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso siempre que se trate de: a). Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines; b). El cónyuge o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo y, c). Los que estén ligados con el delincuente por amor, por respeto, gratitud o estrecha amistad".

"La fracción IX constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviándonos en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria, constituyendo para ella un aspecto negativo de la punibilidad...". (77)

Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.- Se refiere a la conducta efectuada por quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, conducta que es típica, pero el

sujeto no es culpable, en función de la no exigibilidad de otra conducta.

## 7.- Imputabilidad

### 7.1) Concepto y Contenido

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

"La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él." (78)

Para que un sujeto sea culpable, antes debe ser imputable; se requiere que el individuo tenga capacidad de querer y entender, para que de esta manera conozca la ilicitud de su acto.

La imputabilidad se refiere a un modo de ser del agente y su estado psicológico, teniendo como fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

Ignacio Villalobos entiende la imputabilidad "como tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto, capacidad para dirigir sus

actos dentro del orden jurídico y que, por lo tanto, hace posible la culpabilidad. Así es un presupuesto de éste, y por lo mismo difiere de ella como la potencia y la capacidad abstracta de un ejercicio concreto de actos determinados, donde como resultado se dará la imputabilidad sin culpabilidad pero no esta sin aquella, teniéndose presente que la imputabilidad, no requiere cualidades del acto sino del sujeto." (79) Agrega además: "Que como consecuencia de la noción de imputabilidad requiere no solo del querer del sujeto, sino además de su capacidad de entendimiento pues únicamente por su desarrollo, y salud mental, es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de la violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". (80)

Castellanos Tena define la imputabilidad "como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal; indica que es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental del autor en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo."(81)

Es imputable todo aquel que cuenta con una mente desarrollada y no padece alguna enfermedad psicológica que le impida entender y querer; el imputable es responsable del acto cometido. La responsabilidad es la relación existente entre el sujeto y el Estado, en la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las penas señaladas en la ley por su conducta.

El libre albedrío es el soporte del Derecho represivo; para que un individuo sea responsable requiere tener, en el momento de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos, poder elegir entre los distintos motivos de su actuar presentados ante su espíritu, elegir en forma libre y voluntaria; esto es, tener libre albedrío.

#### 7.2) Acciones Liberae in causa.

Aparecen cuando se produce un resultado contrario a Derecho, por un acto u omisión en estado de inimputabilidad; si bien esta conducta fue provocada por una acción u omisión dolosa o culposa cometida en estado imputabilidad; el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y en consecuencia responsable. Estas acciones son libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto.

#### 7.3) Inimputabilidad

La inimputabilidad aparece como elemento negativo de la imputabilidad.

Entendemos como inimputabilidad, las circunstancias a través de las cuales se neutraliza o anula el desarrollo o salud mental del sujeto, el cual se considera incapaz ante el Derecho Penal.

Por lo tanto, si la imputabilidad, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a su comprensión; la inimputabilidad supone conscientemente la ausencia de dicha capacidad, es decir,

incapacidad de conocer la ilicitud del hecho o bien para determinar la forma espontanea conforme a esa comprensión.

Las causas de inimputabilidad ante todo deben advertir que como en otros casos, son admisibles las excluyentes de responsabilidad legales o bien supralegales, siendo legales: el estado de inconsciencia, el miedo grave y la minoría de edad.

El estado de inconsciencia se divide a su vez en transitorio y permanente.

El Código Penal vigente en su artículo 15, fracción II, dentro del cuadro de excluyentes de responsabilidad, menciona los transyornos que nulifican la capacidad de entendimiento y voluntad del sujeto sobre los actos realizados; dicho artículo nos menciona: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes, enervantes o por estado de toxificioso agudo o por trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio."

De los anterior se deduce:

a) Cuando el empleo de una sustancia tóxica produce una intoxicación, lo cual provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecuten no son propias del sujeto, puede decirse que son ajenas.

b) Por el padecimiento de una enfermedad de tipo infecciosa o bacteriosa, a veces sobrevienen trastornos mentales como la tifoidea o la poliomielitis, por esta enfermedad se puede llegar a la inconsciencia.

c) El trastorno mental (perturbación de las facultades psíquicas) de carácter patológico requiere que sea involuntario, es decir, que no sea provocado con dolo ni en forma imprudencial.

Pavón Vasconcelos dice sobre este tipo de trastornos, "que son motivados por causas accidentales o involuntarias, lo cual elimina la imputabilidad del autor del delito por carecer éste, de la capacidad de entendimiento y de voluntad de cometer el hecho". (82)

Los estados de inconsciencia permanente, son los que comunmente se les conocen con el nombre de enfermedades mentales o anomalías psicológicas permanentes.

Desde el punto de vista psicológico, se califica como inimputable el individuo que no es capaz de entendimiento y autodeterminación, o en términos genéricos se encuentra dentro de la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y de toda clase de alteraciones y traumas psíquicos en donde afectan la esfera intelectual de la personalidad, constriñendo su voluntad y son: los idiotas, los imbeciles, o bien los que sufren cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental, y que hayan ejecutado hechos definidos como delitos.

Cabe reflexionar que existe la responsabilidad social, lo que se desprende al estudiar la inimputabilidad de los enajenados y retrasados mentales ( transitorios y permanentes), lo que no equivale a desatenderlos socialmente pues existe la restricción, como la internación, ideales para su vigilancia y curación, como auténticas medidas de seguridad, cuya naturaleza es diversa de las sanciones penales.

Tales restricciones subjetivas consisten en nulificar la peligrosidad bajo el control de organismos adecuados con el fin único de integrarlos a la vida comunitaria.

El miedo grave es otro elemento de la inimputabilidad, el artículo 15 Código Penal en su fracción VI establece " Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e ilícito, o de un mal eminente y grave en bienes jurídicos propios y ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, ya que obedece a procesos causales subjetivos psicológicos mientras que comparado con el temor, este tiene su origen en procesos materiales; por lo que el miedo grave origina la inimputabilidad y el temor a la inculpabilidad, ya que el temor a un adversario objetivo no es sentir miedo al mismo.

En cuanto a los menores de edad, como elementos de la inimputabilidad, para algunos autores, no adquieren o tienen dicho carácter; pero nosotros si se lo reconocemos en virtud de

su inmadurez mental, situación que es reconocida por la sociedad y que los coloca como incapaces jurídicamente, aunque quedan sujetos a los medios de corrección, que en este caso son llamados tutelares de menores.

## 8.- Punibilidad

### 8.1) Concepto y Función

Jiménez de Asúa manifiesta que " lo que en último término, caracteriza al delito es ser punible. Por ende, la punibilidad es el carácter específico del crimen. Solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena." (83)

La punibilidad es, merecimiento de pena, en función de la realización de cierta conducta cuando se hace acreedora a esta. La punibilidad es un elemento integrador del delito.

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento trae consigo la conminación legal de aplicación de esa sanción.

En cuanto a la sanción el maestro Manuel Ovilla Mandujano escribe " La Teoría jurídica mexicana confiere al vocablo sanción dos acepciones definidas: significa pena o castigo y también acto mediante el cual el poder ejecutivo aprueba un proyecto de Ley dentro del proceso formativo de esta.

La sanción coactiva se define dentro del derecho, visto socialmente como un determinado tipo de violencia social prescrita que se usa contra otro tipo de violencia social

proscrita. Es un mecanismo de control y dominación que toda sociedad reclama en la existencia de las clases sociales.

Dentro de la estructura lógica de la norma, la sanción coactiva es definida como norma y como elemento jurídico que surge cuando se califican ciertos comportamientos considerados dañinos, esto es, cuando se realizan conductas prohibidas por el orden jurídico. La sanción coactiva por un lado es norma y por el otro es acto humano prescrito por normas, es la reacción del derecho contra ilícitos y además constituye un elemento de la organización social que garantiza el propósito del derecho y de la norma jurídica." (84)

Dejando claro que es la sanción coactiva; resulta conveniente indicar que la punibilidad es; a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de aplicación de sanciones cuando se está en las hipótesis señaladas en la ley; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en los ordenamientos legales.

Castellanos Tena (85) e Ignacio Villalobos (86) entre otros autores, niegan a la punibilidad su carácter de elemento integrador del delito, argumentan que la punibilidad no forma parte del delito por estimársele como merecimiento, coacción de las normas penales y como aplicación concreta y específica de la pena; pues desde un primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

Agregan dichos autores, que la imposición concreta de una pena, no es sino la reacción estatal respecto del ejecutor de un

delito. Sostienen que una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica como delictuosas, pero no adquieren ese carácter, porque se les sancione penalmente.

Asimismo, indican que las conductas se revisten de delictuosidad, por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado, para la creación y la conservación del orden de la vida, y por ejecutarse culpablemente, mas no se puede tildar como delitos por ser punibles, postura con la que no estamos de acuerdo por las razones expresadas anteriormente.

#### 8.2) Ausencia de Punibilidad

Las excusas absolutorias son aquellas que no hacen posible que se aplique la pena; conformando de esta manera el aspecto negativo de la punibilidad.

Las excusas absolutorias son "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (87)

Jiménez de Asúa manifiesta que las causas de impunidad o excusas absolutorias, son las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de nulidad pública". (88)

Así tenemos como excusas absolutorias:

a.) Excusa en razón de mínima temibilidad.- se basa en el arrepentimiento y mínima temibilidad del agente, que se demuestra objetivamente.

b.) Excusas en razón de la maternidad consciente.- Como lo es el caso de aborto por imprudencia de la mujer, en donde se toma en consideración que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla. (89)

Asimismo, no es punible el aborto cuando el embarazo es resultado de una violación, previa demostración del atentado sexual.

c.) Excusas por graves consecuencias sufridas.- Excusa absolutoria señalada en el artículo 55 del Código Penal el cual establece: "Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o ra privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella."

#### CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I

- (1) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 580
- (2) Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, pp. 1 y 2
- (3) IBIDEM, p. 3
- (4) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, p. 17
- (5) Liszt, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 5
- (6) Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pp. 27 y 28
- (7) Pessina, Enrique, Elementos de Derecho Penal, p. 1
- (8) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, p. 8
- (9) Uarellópez, Adolfo de Miguel, Derecho Penal, p. 7
- (10) Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., p. 8
- (11) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 22
- (12) Klein, Julio, Ensayo de una Teoría Jurídica de Derecho Penal - Mexicano, p. 35
- (13) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, p. 252
- (14) Porte Petit C., Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal,
- (15) Cita de Carrancá y Trujillo, ob. cit., p. 22
- (16) Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Vol. I, - - num. 21, p. 60
- (17) Cita de Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 127
- (18) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p. 201
- (19) Mezger, Edmundo, ob. cit., p. 15
- (20) Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., p. 236
- (21) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, p. 256
- (22) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit.,
- (23) IBIDEM

- (24) Cita de Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 131
- (25) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 59 y ss.
- (26) Porte Petit C., Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 198
- (27) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 149
- (28) Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 272
- (29) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 150
- (30) Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 273
- (31) Carrancá y Trujillo, Raúl, ob. cit., p. 253
- (32) IBIDEM, p. 254
- (33) Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 276
- (34) Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, p. 53
- (35) Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 282
- (36) IBIDEM
- (37) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 288
- (38) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 21
- (39) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 163
- (40) Villalobos, Ignacio, ob. cit., p. 258
- (41) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 243
- (42) Porte Petit C., Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, p. 37
- (43) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 171
- (44) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 284
- (45) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, p. 209
- (46) Carrancá y Trujillo, Raúl, ob. cit., p. 213 y 214
- (47) Cita de Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 284

- (48) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 284
- (49) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 209
- (50) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 289
- (51) Villalobos, Ignacio, ob. cit., p. 259
- (52) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 297
- (53) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 181
- (54) Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 118
- (55) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 181
- (56) Villalobos, Ignacio, ob. cit., p. 325
- (57) Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 197
- (58) Wessels, Johannes, Derecho Penal, Parte General, p. 112
- (59) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, p. 102
- (60) Cita de Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 102
- (61) Vela Treviño, Sergio, La Culpabilidad e Inculpabilidad, p. 346
- (62) Wessels, Johannes, ob. cit., p. 113
- (63) Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 150
- (64) Wessels, Johannes, ob. cit., p. 133
- (65) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 239
- (66) Villalobos, Ignacio, ob. cit., p. 309
- (67) Wessels, Johannes, ob. cit., p. 117
- (68) IBIDEM
- (69) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 253
- (70) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, p. 389
- (71) IBIDEM
- (72) IBIDEM, p. 390
- (73) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 258

- (74) Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 390
- (75) IBIDEM, p. 398
- (76) IBIDEM
- (77) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 260
- (78) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 54
- (79) Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 326
- (80) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 372 y 373
- (81) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 218
- (82) Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., p. 369
- (83) Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 426
- (84) Ovilla Mandujano, Manuel, Tooría del Derecho, p. 152
- (85) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 275
- (86) Villalobos, Ignacio, ob. cit., p. 203
- (87) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 277
- (88) Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 465-466
- (89) González de la Vega, Francisco, Código Penal Comentado, p. 277

## CAPITULO II

### ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION PREVISTO EN EL ARTICULO 265 PARRAFO PRIMERO DEL CODIGO PENAL

#### A.- CONCEPTO

El Código Penal para el Distrito Federal, describe en su artículo 265 párrafo primero, la forma típica de la violación propia de la manera siguiente:

"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."

" El delito más grave contra la libertad sexual, es el de violación." (1)

"El sujeto pasivo del delito sufre en su cuerpo, el máximo ultraje, que le impone el agente del delito, con el uso de la violencia física o moral que lo constriñen y le impiden hacer uso de su derecho de resistencia y de libertad." (2)

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral, nos dice González de la Vega, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación." (3)

Frontán Balestra(4) considera a la violación como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima.

El maestro Porte Petit define a la violación propia como "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva". (5)

La violación para Maggiore consiste en "obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas." (6)

Soler entiende este delito como el "acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta." (7)

#### 1.- Elementos de la Violación Propia

Antonio de P. Moreno (8), indica que los elementos de este delito son: a). La cópula sea normal o anormal, b). Ausencia de voluntad del sujeto pasivo del delito y, c). Los medios empleados por el agente para la consumación del delito, siendo estos: violencia física ó violencia moral.

Jiménez Huerta (9) por su parte indica que los elementos constitutivos de esta figura típica son : a). La cópula y b). La violencia física o moral.

"Las constitutivas del delito de violación propia son : el ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, sino se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no pueden ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar en manera alguna,

la falta de voluntad del ofendido, por otra parte es evidente que la definición del delito requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aun cuando después venga el arrepentimiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, éstos resultarán antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o cuando menos, de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilita el libre albedrío y hace imposible suspender aquél, cuando el paciente manifiesta su falta de voluntad o su arrepentimiento".(10)

"Los elementos constitutivos del delito de violación consisten en: la cópula, entendiéndose ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual; con eyaculación o sin ella; con persona de cualquier sexo; en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, es decir, ya sea que el sujeto activo recurra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida, (vis absoluta), que la amenace de males graves que la intimiden, (vis compulsiva); logrando así realizar el ultraje". (11)

#### 1.1) Elemento Cópula

El elemento objetivo de la violación propia, es la cópula violenta, pudiendo ser esta normal o anormal.

Jiménez Huerta, en relación a éste elemento manifiesta que "la conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el

sujeto activo tenga cópula con una persona. Este comportamiento tácito, empero, solo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia típica, la cual solo surge cuando la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral". (12)

Al respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido 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 éste delito".(13)

"En su sentido gramatical amplísimo, la locución cópula significa el ligamiento o atadura de una cosa con otra. En su acepción lógica indica el término que une a predicado con el sujeto. A su vez el verbo copular, del latín copulare, en su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que esta conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere. Aplicando las anteriores nociones al lenguaje relativo a la conducta sexual, resulta que por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas sin distinción alguna."(14)

"Copular tanto significa, en su acepción sexual, como unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o

penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal. La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril, en la abertura vulvar o anal, sin que sea preciso que se efectúe la inmisio seminis, ni en la cópula normal se produzca la rotura del himen o desfloramiento". (15)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que: "En el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea, cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente". (16)

Asimismo establece que "En el delito de violación no es requisito indispensable que el acto se agote fisiológicamente, si existió introducción sexual". (17)

Algunos códigos en lugar de emplear el término cópula, como lo emplea el nuestro, utilizan el de acceso carnal; en Latinoamérica se emplean además otras palabras sinónimas como: yacimiento (Chile, Guatemala, Cuba, Honduras, Nicaragua, El Salvador); conjunción carnal (Brasil, Uruguay); acto sexual (Perú, Venezuela etc.).

Jorge R. Moras Mom. expresa que "el acceso es expresión conceptual equivalente a: ayuntamiento carnal, concúbite, cópula carnal, yacer, coito, cuanto que todos estos vocablos involucran

la exigencia de penetración sexual como neutra, es decir, que puede ser normal o anormal". (18)

Sobre lo que se debe entender por cópula existen tres corrientes:

1.- La denominada "noción restringida" por Lisandro Martínez Z. (19), consistente únicamente en la introducción del genital masculino en el genital femenino; esto es, el coito vaginal o vulvar.

Dentro de esta corriente se encuentran varios autores, entre ellos Pannain quien "excluye que pueda constituir violencia carnal, el coito anal, el coito oral y cualquier manifestación anormal entre personas del mismo sexo." (20)

Estos autores sostienen que por acceso carnal debe entenderse únicamente la cópula normal.

2.- La corriente que sostiene el acceso carnal normal y anormal en persona de cualquier sexo, excluyendo la "fellatio in ore". La mayoría de los doctrinarios coinciden en aceptar como forma de acceso tanto el vaginal o vulvar, como el anal.

La definición característica de esta corriente, es la dada por Manzini, quien indica que la conjunción carnal es el "hecho en virtud del cual el órgano genital de una persona, sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de la otra, por vía anormal o normal, en forma tal, que haga posible el coito o un equivalente anormal de él ". (21)

En el mismo sentido se pronuncia Mario Manfredini al escribir que "hay conjunción carnal (acceso) cuando el órgano genital masculino es introducido en el aparato genital femenino o en el orificio anal de la persona del mismo o diferente sexo, esto es, cuando hay acoplamiento o penetración física". (22)

Soler indica que acceso carnal "es una enérgica expresión, que significa penetración, y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal". (23)

Una descripción de *acceso* en sentido amplio, es la que realiza Garona cuando apunta que es "La penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o lo que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la seminatio (eyaculación) y, en consecuencia, que haya o no goce genésico; entendiéndose por cavidad natural toda aquella que no fuere producida artificialmente". (24)

3.- La que estima el acceso carnal normal y anormal, incluyendo la "fellatio in ore".

"Dentro de esta corriente se encuentra González Blanco, al afirmar que son correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen, que en el caso de la "fellatio in ore", si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto". (25)

Los doctrinarios que apoyan esta corriente, identifican el acceso carnal con la "fellatio in ore", por considerar que la boca ha sido objeto de una verdadera penetración (Ure, Manzini, Frontán Balestra, González de la Vega).

Maggiore afirma que se trata de una simple forma de masturbación por medio de la boca.

Por nuestra parte consideramos que la boca no puede tenerse como esfínter, por lo tanto, debe catalogarse la "fellatio in ore" como un acto erótico sexual distinto de la cópula, ubicándonos dentro del criterio que considera al acceso carnal como anormal o normal excluyendo la "fellatio in ore", ya que de la redacción del artículo 265 primer párrafo se desprende que tanto las cópulas normales como anormales quedan comprendidas en la descripción típica, pues al manifestar que "al que tenga cópula con una persona... sea cual fuere su sexo", no permite disquisiciones interpretativas.

De esta manera tenemos que la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de hombre a mujer por la vía vaginal y a los anormales, sean estos homosexuales masculinos, o sean los de varón a mujer por la vía anal, excluyendo por lo que a la violación propia concierne, que pueda existir cópula en el acto homosexual femenino (el efectuado de mujer a mujer), por no existir el fenómeno copulatorio o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril.

Manzini acertadamente señala: "La cópula será todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas - sujeto activo o pasivo- sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal ó anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo". (26)

Los que aceptan la cópula tanto normal como anormal incluyendo dentro de esta última la "fellatio in ore", defienden su postura argumentando que se establecería una desigualdad en el trato entre dos actos igualmente anormales, como lo son el coito anal y la "fellatio in ore".

Para concluir éste punto diremos que Crivellari expresa: "la conjunción se verifica siempre que haya introducción aunque sea incompleta, del miembro viril en los genitales de la mujer o del hombre". (27)

Nótese como el autor en cita, se refiere a una introducción del miembro viril en los genitales de la mujer o del hombre, no teniendo la boca ese carácter.

"Dentro del orden de ideas generalmente aceptado de que el acceso significa penetración, aún cuando no sea completa, respecto al coito normal, se han presentado distinciones bastante casuísticas en la doctrina. Algunos sostienen que la cópula se consuma desde que el miembro penetra en el orificio vulvar; es el llamado coito vestibular. Otros en cambio, exigen la introducción en la vagina". (28)

Existe un tercer criterio que argumenta que habrá acceso carnal con el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno, así también lo considera Maggiore al decir que "el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima". (29)

Alfredo Achaval, denomina a éste criterio concepción "racionalista", "que lleva a aceptar el delito solo con la contractación o aproximación sexual" (30); para los seguidores de esta postura, la conjunción se verifica con el simple contacto del miembro viril en los genitales de la mujer o del hombre.

Diferimos del criterio anterior, y nos unimos al seguido por Frías Caballero, quién manifiesta que "el delito se consuma con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal, sin ningún ulterior resultado". (31)

Jiménez Huerta (32), señala que existe cópula en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la "inmisio seminis", ni en la cópula normal se produzca la rotura del himen o desfloramiento.

Manfredini, se pronuncia en el sentido de que "basta que se haya producido la unión del miembro con la abertura vulvar o anal...y es indiferente que la introducción haya sido más o menos completa". (33)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que "En el delito de violación, el elemento cópula, debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente". (34)

"En el delito de violación el elemento material "cópula", en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual -normal o contra natura- 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". (35)

De lo anterior deducimos que basta el coito vestibular, siempre y cuando en el haya comienzo de penetración, no siendo indispensable el vaginal.

#### 1.2) Medios Empleados en el Delito de Violación Propia

La violación propia es un delito con medios legalmente limitados, el párrafo inicial del artículo 265 del Código Penal, señala como medio empleado por el sujeto activo para vencer la resistencia de su víctima la violencia, pudiendo ser ésta: física o moral.

La violencia empleada en el delito de violación propia "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, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir."(36)

Como violencia se entiende la fuerza que vence la voluntad contraria, es todo acto con el cual se obliga a una persona, en forma ilegal y contra su voluntad, a hacer, omitir o sufrir que otro haga algo.

La violencia es definida por Frontán Balestra como el "medio empleado para vencer la voluntad de la víctima cuando ella es psíquica o físicamente capaz de oponerse." (37)

Groizard, manifiesta que la violencia en su sentido jurídico, es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar".(38)

La doctrina tradicional admite el criterio romanista que identifica la violencia moral con la vis compulsiva y a la violencia física con la vis absoluta, posición en la que nos ubicamos por entenderse que la vis absoluta excluye la voluntad y priva al violentado de toda posibilidad de querer; en tanto que la vis compulsiva dejaría siempre la libertad de escoger entre un mal grave e inminente y el acto impuesto.

La vis absoluta, según Porte Petit, "consiste en la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula." (39)

La fuerza física, indica Jiménez Huerta, "implica el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo, a efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima". (40)

La fuerza física "es aquella por la cual se priva al ser humano del libre ejercicio de su voluntad, constriéndolo u obligándolo materialmente a observar una determinada conducta".(41)

Para que exista la *vis absoluta* se requiere:

a). Constreñimiento ejercido sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual, es decir se constriñe físicamente al sujeto pasivo para realizar en él, la fornicación, implicando siempre acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del ofendido para superar o impedir su resistencia muscular.

b). La fuerza del activo debe ser suficiente para vencer la resistencia del pasivo.

c). La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante.

Es seria cuando carece de simulación y manifiesta una voluntad contraria a la de su agresor, como lo expone Carrara: "no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario".(42)

La resistencia es constante cuando "es mantenida hasta el último momento sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar, a un concurso en el mutuo goce."(43)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiere que "La fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola, y ha de ser constante, pues si aquélla cede al que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación"(44)

Al respecto Jiménez Huerta, se pronuncia en el sentido de que no por considerar que la voluntad deba ser seria y constante, presuponga que deba ser materialmente anulada por una "irresistible fuerza; pues basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo, venza la voluntad de su víctima, ante el convencimiento de ésta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia, ya debilitada, cuando no eliminada". Agrega "en manera alguna debe concluirse en estos casos, que la víctima cedió voluntariamente su resistencia, sino que su voluntad contraria llegó al último y racional extremo, y sucumbió ante la superior fuerza o energía física puesta en juego por el sujeto agente".(45)

#### Violencia Moral

Hay violencia moral cuando el agente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla.

Por su parte la H. Suprema Corte de Justicia de la nación, establece "El empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella como la amenaza de matar a un ser querido".(46)

La intimidación impide el libre ejercicio de la voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física, la vis compulsiva no anula la posibilidad de elegir, pero se actúa en ella en forma tan grave que la víctima se ve obligada a permitir se efectúe en su persona un mal que en realidad no ha querido, para evitar otros males que estima mayores y de los cuales se ve amenazado en si mismo o en personas ligadas a él.

"La violencia moral constriñe la voluntad con la amenaza de un mal grave, presente e inmediato en su persona, o en las personas ligadas al que las sufre con vínculos estrechos, capaz de intimidarlo, impidiéndole hacer libre uso de su ejercicio". (47) Por su parte Carrancá y Trujillo (48), expresa que la vis compulsiva debe ser seria y grave.

González de la Vega, indica 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 el ayuntamiento que en realidad no ha querido; continúa "no es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refiera directamente al

sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto". (49)

Porte Petit define la vis compulsiva como "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula." (50)

El autor en mención cita a Goicoechea, quien considera que la fuerza moral se produce cuando el delincuente amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarlo, con lo que estamos de acuerdo.

El medio exigido por el tipo legal en la comisión de la violación propia, es la violencia ya sea física, moral o ambas, siendo por éste motivo de medios alternativamente formados.

"la violencia física es energía física ya consumada, y la moral energía física simplemente anulada". (51)

## **B.- ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION**

### **1. Clasificación de la violación propia en orden a la Conducta.**

a). Es un delito de acción por ser el núcleo del tipo la cópula, ya que no se puede copular no haciendo, se requiere necesariamente de un hacer.

"Se puede ser responsable de éste delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo". (52)

b). La violación es unisubjetiva cuando se consuma con la realización de un acto, y plurisubjetiva, cuando son varios los actos copulatorios.

#### 1.2) Clasificación en Orden al Resultado

a). El elemento objetivo con el que se integra el tipo de violación propia es la cópula violenta, por ello es un delito formal o de mera conducta; la conducta criminal se agota sin que haya una modificación en el mundo exterior, por un hacer sin resultado material.

b). Es instantáneo.

c). De lesión.

En lo referente al aspecto negativo de la conducta, consideramos que no se puede presentar, por no ser posible que se realice la cópula en contra de las voluntades del sujeto activo y del pasivo.

## 2.- Tipicidad

"Tratándose del delito de violación sexual tipificado en el artículo 265 primer párrafo del Código Penal, el tipo delictuoso está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio

de la violencia física o moral, la cópula a una persona de cualquier sexo, por vía idónea, sin el consentimiento de la víctima".(53)

"El elemento cópula a que se refiere el artículo 265 del Código Penal, queda tipificado independientemente de que la misma haya quedado total o parcialmente, consumado fisiológicamente". (54)

### 2.1) Clasificación en Orden al Tipo

a). La violación propia es en cuanto al tipo fundamental o básico por no contener el tipo alguna circunstancia que implique atenuación o agravación de la pena.

b). Es un delito autónomo e independiente en cuanto a que el tipo de violación tiene existencia por sí mismo, esto es, tiene vida autónoma e independiente.

c). Los medios de éste ilícito son legalmente limitados.

d). Alternativamente formado en cuanto a los medios, en razón a que puede realizarse por medio de la violencia ya sea física o moral.

e). Es normal porque no contiene elementos normativos ni subjetivos.

f). Es una figura delictiva congruente, por existir una relación entre lo que el activo quería y el resultado producido.

### 2.2) Elementos del Tipo

a). Bien jurídico tutelado.- En éste caso es la libertad sexual, como lo establecen nuestros Tribunales al manifestar que; "El delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual". (55) " El bien Jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas". (56).

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

Antolisei considera a la libertad sexual como "la facultad que a cada uno compete (desde luego dentro de los límites del derecho y de las costumbres sociales), de disponer del propio cuerpo para fines sexuales". (58)

Lisandro Martínez Z., la define "como el aspecto negativo mediante el cual no se puede obligar a nadie a tener relaciones sexuales contra su voluntad". (59)

La libertad sexual se protege porque ella "forma parte de las más íntimas y esenciales dignidades y noblezas humanas, como son los actos de disposición por parte de otros del mismo cuerpo, de manera tal que las relaciones sexuales no sean cumplidas frente al propio disentimiento". (60)

Existen autores que difieren de lo expuesto con anterioridad; derivándose por tal motivo los siguientes criterios:

El de los que sostienen que el bien jurídicamente tutelado en el delito de violación propia es la "libertad individual, por tener cada persona el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual". (61)

Los que estiman que el bien jurídico lesionado es la honestidad, esto es, "el pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad" (62), consideran que el bien jurídico es el pudor individual como sinónimo de honestidad.

Los que se apoyan en que el bien jurídico tutelado en éste precepto lo es la inviolabilidad carnal "porque el delito puede cometerse también con persona del mismo sexo, en cuyo caso la conjunción carnal no representa una violencia sexual en sentido propio, incluyendo ésta, la idea de una relación de sexo, es decir entre hombre y mujer". (63)

Sujeto Activo

Nuestro Código Penal en su artículo 265 señala en relación al sujeto activo en su primer párrafo: "al que", de lo que se desprende que el sujeto activo en éste delito puede ser tanto el hombre como la mujer.

Pero no todos piensan así, ya que se discute si la mujer puede tener tal carácter o únicamente el hombre, por lo que existen dos grandes corrientes:

a.) Los que admiten que el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos en éste delito, ya sea por medio de la violencia física o moral. Nosotros estamos de acuerdo con esta corriente.

b.) Los que argumentan que el hombre es sujeto activo cuando se trata de la vis absoluta o la vis compulsiva y la violencia moral ejercida por una mujer a un varón.

Al respecto, Frontan Balestra indica que: "En la práctica no es fácil llegar al acceso carnal con un hombre contra su voluntad, pues la naturaleza ha hecho que al sujeto masculino le sea necesaria una colaboración psíquica, para que sus órganos genitales estén en condiciones de poder realizar el acto carnal". (64)

Los seguidores de esta postura argumentan que no es posible que el hombre sea objeto de violación por parte de una mujer por medio de la vis absoluta puesto que física y psicológicamente el hombre es el que lleva la parte activa en la cópula carnal.

Altavilla (65), por su parte indica que hay duda sobre si una mujer puede ser sujeto activo en perjuicio de un hombre o de otra mujer, indicando que para el acceso carnal pueden presentarse dos hipótesis:

1.- La mujer como activo de la cópula, lo que sería imposible por evidentes razones anatómicas, solamente en el caso de un desarrollo exagerado del clitoris, como sucede en algunas formas de hermafroditismo.

2.- La mujer como sujeto activo de la cópula impuesta al varón en donde aparece la dificultad de la erotización necesaria del varón para poder realizar la cópula, lo cual puede no ocurrir por un sentimiento de repulsión, de temor, y sin la entumescencia del pene, el delito no existe, pudiendo concebirse el delito abstractamente, pero en la práctica judicial los casos examinados han tenido resultados negativos.

Lo cierto es, como lo dice "Juan P. Ramos (66), existen mujeres enfermas que se han hecho poseer de parientes, mediante afrodisiacos, y recuerda que no todas las mujeres son del sexo débil, ni todos los hombres lo son del fuerte, lo que en ocasiones sucede en forma contraria.

Por lo tanto, estamos de acuerdo con Porte Petit, cuando expresa: "consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de violación mediante 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

sucedier cuando se encuentra el sujeto en virtud de la fuerza realizada en condiciones de no oponer resistencia, ni de evitarla maniobra fisiológica sobre el realizada". (67)

#### Sujeto Pasivo

En el caso concreto de la violación propia, nuestro legislador no limita ni determina sexo específico para el sujeto pasivo. Habla de "cualquiera que fuere su sexo", y dentro de esta expresión caben tanto el hombre como la mujer, siendo de esta manera impersonal.

No obstante lo anterior, creemos que debe desecharse la posibilidad de incriminación como violencia de las relaciones sexuales entre mujeres, ya que estaríamos frente a una violación equiparada y no propia, puesto que es imposible que se de la cópula violenta entre mujeres por no existir la penetración.

Así tenemos que las posibles hipótesis de violación propia en cuanto al pasivo se presentan:

- 1). De hombre a mujer por vía normal o anormal.
- 2). De mujer a hombre por vía normal o anormal
- 3). De hombre a hombre por vía anormal.

La cópula debe realizarse sobre un ser humano vivo, quedando, excluido el cadáver.

En cuanto a las "condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo: casada, virgen, viuda, soltera,

honestas, deshonestas, castas; pero estas circunstancias servirán indudablemente para la individualización de la pena". (68)

### Objeto Material

El objeto material es el hombre o la mujer sobre la que recae la conducta criminal.

### 2.3) Atipicidad

La atipicidad no puede presentarse por falta de calidad en los sujetos, puesto que la ley no exige calidad alguna.

Tampoco se presenta por falta de referencias temporales o especiales ni por carecer de elementos normativos o subjetivos, puesto que no son exigidos ni requeridos por el tipo de violación.

Si concurre el consentimiento del sujeto pasivo estaremos frente a la atipicidad por faltar los medios exigidos por el tipo, que como ya quedó asentado, en este delito son la violencia física o moral.

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

### 3. Antijuridicidad

La conducta es antijurídica en el delito de violación, cuando siendo típica, no exista una causa de licitud que la ampare.

El ayuntamiento carnal debe ser ilícito e ilegítimo.

" El acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito". (70)

### 3.1) Causas de Licitud

Al igual que el maestro Porte Petit (71) , consideramos que en el delito de violación no se presenta ninguna causa de licitud.

No obstante, diversos autores como Vannini, Pannain, Carrara, Cuello Calón, González Roura, Maggiore, entre otros, expresan que se puede presentar como causa de licitud, el ejercicio de un derecho ( en el caso del acceso carnal violento entre casados) o la existencia de una legítima defensa respecto a la violación, no pudiendo presentarse esta última, por no concebirse que se tenga que imponer una cópula para rechazar una agresión injusta.

El acceso carnal violento entre cónyuges, lo consideran algunos autores, como violación; no aceptan que exista el ejercicio de un derecho, puesto que si al cónyuge le es negado ejercitarlo, esa negativa autorizará el divorcio, pero nunca el empleo de la violencia; otros por el contrario, argumentan que no hay violación sino ejercicio de un derecho, se apoyan en que el sujeto activo tiene derecho a la cópula por existir una obligación sexual recíproca que tiene su fundamento en la institución del matrimonio.

Lo cierto es, que como lo indica el maestro Porte Petit, " El cónyuge tiene de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla ejercita un derecho. 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" (72). Y agrega - "No obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula, aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal; a virtud del matrimonio los 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 ataca la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación". (73)

Aunque existe jurisprudencia (con la que no estamos de acuerdo) que establece en el caso de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta habrá violación, puesto que por ser el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el

empleo de la violencia. (74) Para nosotros como ya lo expusimos no existe violación.

Consideramos que habrá violación entre cónyuges, cuando el marido pretenda la cópula violenta en conjunción anormal o contra natura (75), o cuando constituya un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas (76), pero no se configurará este delito, como lo expone González Blanco (77), cuando el marido padezca 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 cónyuge, que no existe frente al otro, sino un bien jurídico diferente: La Salud.

#### **4. Imputabilidad e Inimputabilidad**

El agente de éste ilícito debe tener capacidad de culpabilidad.

La inimputabilidad se presentará cuando exista en el sujeto activo un trastorno mental transitorio o permanente.

Si el sujeto activo se coloca en estado de inimputabilidad ya sea dolosa o culposamente sin el propósito de realizar la cópula, responderá del delito de violación aunque se alegue que en tal estado no puede ser imputable, porque esta infracción solo puede cometerse dolosamente.

#### **5. Culpabilidad**

La forma de culpabilidad que se presenta en este delito es el dolo directo, ya que para que exista violación debe imponerse la cópula por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva.

La culpabilidad en la violación propia, la concretiza el dolo en la conciencia y la voluntad de usarse medios violentos, con la intención de tener un acceso ilegítimo.

El dolo directo aparece, porque existe correspondencia entre el querer y el resultado, quedando descartado por tal motivo, el dolo indirecto, indeterminado y el eventual (por no ser posible un acceso como resultado no deseado que se consiente con tal de obtener otro efecto, en virtud de que desde el inicio, la cópula implica un querer.

El dolo aparece cuando el sujeto activo al ejercer la violencia, toma conciencia del disentimiento de la víctima, subsiste mientras se sepa que se está actuando contra la voluntad de ella, y fenece en el momento que se tiene la creencia de que hay un consentimiento; así también, si la conciencia del consentimiento de la víctima aparece cuando ya se ha iniciado el acceso, el delito subsiste. (78)

Existe dolo antecedente en la violación, "En el caso de que el sujeto activo se coloque con el fin de realizar la cópula, en estado de inimputabilidad". (79)

Cuando concurre el dolo concomitante, pensamos que no existe la violación, puesto que si el activo quiere imponer la cópula

empleando la violencia física o moral y la víctima otorga finalmente su consentimiento, no se integra el delito por haberse realizado la cópula con consentimiento del sujeto pasivo.

El dolo subsiguiente surge cuando aparece una acción con propósito honrado y en el curso de ella, surge una finalidad ilícita, que lleva a realizar el delito.

Al respecto, el Maestro Porte Petit indica: "Cuando el ofendido, al principio otorgue el consentimiento y posteriormente haya oposición del mismo ofendido, se debe concluir que existe el delito de violación, porque la ausencia de consentimiento es anterior o concomitante a la realización de la cópula". (80)

#### 5.1) Inculpabilidad

El aspecto negativo de la culpabilidad, se puede presentar en este delito en el caso de error de licitud, "para quienes consideren que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir cuando se lleve a cabo la cópula por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud; aparece cuando se da un error de hecho invencible, esto es, la exigibilidad de otra conducta.

#### 6. Punibilidad y su Aspecto Negativo

Para el que cometa el delito de violación propia, nuestro Código Penal establece una pena de 8 a 14 años de prisión.

El ordenamiento en mención no establece para este delito, ninguna excusa absolutoria.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II

- (1) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, La Tutela Penal del Honor y de la Libertad Sexual, Tomo III, p. 249
- (2) De P. Moreno, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, de los Delitos en Particular, p. 250
- (3) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 571
- (4) Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, p. 245
- (5) Porte Petit C., Celestino, Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación, p. 12
- (6) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. IV, p. 56
- (7) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Vol. III, p. 342
- (8) De P. Moreno, Antonio, ob. cit., p. 251
- (9) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 251
- (10) Semanario Judicial de la Federación XXV, Quinta época, pp. 1133-1134
- (11) Semanario Judicial de la Federación XLIII, Sexta época, Segunda Parte, p. 95
- (12) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 251
- (13) Semanario Judicial de la Federación LXXX, Quinta época, p. 524
- (14) González de la Vega, Francisco, ob. cit., p. 303
- (15) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., pp. 251-252
- (16) Semanario Judicial de la Federación XII, Sexta época, Segunda Parte, p. 89
- (17) Semanario Judicial de la Federación XVI, Sexta época, Segunda Parte, p. 263
- (18) Moras Mom. Jorge R., Los Delitos de Violación y Corrupción, -- p. 20, nota. 27
- (19) Martínez Z., Lisandro, Derecho Penal Sexual, p. 143
- (20) Cita de Porte Petit C., Celestino, ob. cit., pp. 36-37
- (21) IBIDEM
- (22) IBIDEM

- (23) Soler, Sebastián, ob. cit., p. 341
- (24) Garona, José Ignacio, El Delito de Violación, p. 30
- (25) Cita de Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 17
- (26) Cita de Gómez, Eusebio, Derecho Penal, Tomo III, p. 84
- (27) IBIDEM
- (28) Martínez Z., Lisandro, ob. cit., p. 148
- (29) Maggiore, Giuseppe, ob. cit., p. 60
- (30) Achaval, Alfredo, Delito de Violación, p. 182
- (31) Frías Caballero, El Proceso Ejecutivo del Delito, pp. 272 y ss.
- (32) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 252
- (33) Cita de Gómez, Eusebio, ob. cit., p. 86
- (34) Semanario Judicial de la Federación XII, Sexta época, Segunda-  
Parte, p. 89
- (35) González de la Vega, Francisco, ob. cit., p. 385
- (36) IBIDEM, p. 391
- (37) Fontán Balestra, Delitos Sexuales, p. 43
- (38) Cita de González de la Vega, Francisco, ob. cit., p. 39
- (39) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 22
- (40) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., pp. 17-18
- (41) De P. Moreno, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano, p. 251,
- (42) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 23
- (43) IBIDEM
- (44) Semanario Judicial de la Federación LX, p. 768, Quinta época
- (45) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 261
- (46) Semanario Judicial de la Federación LX, pp. 768-769, Quinta e-  
poca
- (47) De P. Moreno, Antonio, ob. cit., p. 251
- (48) Carranca y Trujillo, Código Penal Anotado, pp. 619-616

- (49) González de la Vega, Francisco, ob. cit., p. 395
- (50) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 25
- (51) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., p. 262
- (52) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 28
- (53) Semanario Judicial de la Federación XXIV, p. 132, Sexta época - Segunda Parte
- (54) Semanario Judicial de la Federación, t. I p. 1544, Quinta época
- (55) Semanario Judicial de la Federación XXV, p. 117, Sexta época
- (56) Semanario Judicial de la Federación, CV, p. 829, Quinta época
- (57) Semanario Judicial de la Federación XX, p. 180, Sexta época, - Segunda Parte
- (58) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 37
- (59) Martínez Z., Licandro, ob. cit., p. 110
- (60) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 42
- (61) Fontán Balestra, ob. cit., p. 41
- (62) Véase, Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 35
- (63) IBIDEM
- (64) Fontán Balestra, ob. cit., p. 60
- (65) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 41
- (66) Ramos, Juan P., Curso de Derecho Penal, Segunda Parte, t. V, - p. 240
- (67) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 42
- (68) IBIDEM, p. 44
- (69) IBIDEM, pp. 45-46
- (70) Fontán Balestra, ob. cit., p. 65
- (71) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 49
- (72) IBIDEM, pp. 52-55
- (73) IBIDEM

- (74) Anales de Jurisprudencia, XXXIV, p. 523
- (75) Carrancá y Trujillo, ob. cit., p. 616, nota 870
- (76) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal II, p. 552
- (77) Gonzalez Blanco, Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, pp. 167-168
- (78) Martínez Z., Lisandro, ob. cit., p. 322
- (79) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 60
- (80) IBIDEM, p. 61

### CAPITULO III

#### ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION IMPROPIA QUE DEFINE EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO SUSTANTIVO

##### A. Concepto

El 3 de enero de 1989, se adicionó al artículo 265 del Código Penal un segundo párrafo que a la letra dice "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."

Desde nuestro punto de vista, la inclusión en nuestra ley penal del párrafo transcrito, no es perfecta, más constituye un intento del legislador de tipificar una conducta tan aberrante, no obstante, se dió un paso más para poner la ley en contacto con la vida real.

Consideramos que la conducta descrita por el segundo párrafo del precepto 265, constituya un delito diverso al de violación, por la ausencia del elemento cópula con el que se integra el tipo penal de esta figura delictiva.

No obstante lo anterior, la gravedad que una conducta anormal conlleva en su perpetración, ocasiona en la víctima consecuencias aun más severas a las que pudieran producirse con motivo de un acceso carnal violento.

El riesgo que corre el pasivo de ser objeto material de otra clase de ilícito penal (lesiones, homicidio), es menor en el delito de violación, que el que amenaza a la víctima del ilícito en estudio.

El párrafo en estudio, exige que la introducción se verifique por medio de la vis absoluta (la fuerza empleada por el activo debe ser suficiente y recaer en el pasivo para vencer su resistencia, la cual ha de ser seria y constante), o la vis compulsiva (el agente amenaza a su víctima con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarla). por lo tanto, es un delito con medios legalmente limitados.

## **B. ANALISIS DOGMATICO**

### **1. Clasificación en orden a la conducta.**

Es un delito de acción, puesto que para que se pueda llevar a cabo la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, se requiere de un hacer.

Este tipo de conducta es unisubsistente, si se consuma con la realización de un solo acto, y plurisubsistente, cuando se consume con la realización de varios actos.

#### **1.1) Clasificación en orden al resultado.**

En cuanto al resultado tenemos que:

a.) Es de mera conducta, ya que el elemento objetivo con el que se integra el tipo, es la introducción por medio de la vis

absoluta o la vis compulsiva, de cualquier instrumento o elemento distinto al miembro viril, por la vía anal o vaginal; por un hacer sin resultado material.

El aspecto negativo de la conducta no se presenta en este ilícito.

## 2. Tipicidad

Para que aparezca la tipicidad, se requiere de la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por la vía anal o vaginal, por medio de la fuerza física o moral, en persona de cualquier sexo.

### 2.1) Clasificación en orden al tipo.

En cuanto al tipo la conducta prevista y sancionada en el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal es:

a.- Fundamental o básico.- por no contener el tipo, alguna circunstancia que agrave o disminuya la pena.

b.) Autónomo e independiente.

c.) Con medios legalmente limitados

d.) En cuanto a los medios es alternativamente formado, puesto que la introducción se puede realizar por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva.

e.) Es anormal, porque no contiene elementos normativos ni subjetivos.

f.) Congruente. por existir relación entre lo que el agente quería y el resultado producido.

## 2.2) Elementos del tipo

A.) El bien jurídico tutelado es la libertad sexual.

B.) Por lo que respecta al sujeto activo en este delito, es común o indiferente, ya que la conducta delictuosa puede ser ejecutada por el hombre o la mujer; en cuanto al número de sujetos que en el intervienen es monosubjetivo, porque el tipo no exige la intervención de dos o más individuos para su comisión.

C.) Sujeto pasivo. Es impersonal, por poderse cometer en cualquier persona; hombre o mujer; independientemente del sexo del activo. Las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo.

D.) Objeto material. Es la persona: hombre o mujer, sobre la que recae la conducta criminal.

## 2.3) Atipicidad

Se presenta la atipicidad, cuando falta algún elemento exigido por el tipo.

## 3.- Antijuridicidad

Se presenta cuando se realiza la hipótesis prevista en el artículo 265 segundo párrafo, del Código Penal.

3.1) Las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad en este delito son: la legítima defensa y el Estado de necesidad.

#### 4. Imputabilidad e Inimputabilidad

Para ser imputable, el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad; o que se coloque dolosamente en estado de inimputabilidad para cometer la conducta delictuosa.

La inimputabilidad se presenta cuando el agente sufre un trastorno mental parcial o total.

#### 5. Culpabilidad

Una de las formas de culpabilidad que se requiere para la integración de este tipo penal, es el dolo directo, en virtud de que la introducción de cualquier objeto o instrumento distinto al miembro viril por la vía anal o vaginal debe efectuarse por medio de la violencia física o moral.

Aparece dolo directo en este delito, por existir correspondencia entre el querer y el resultado.

Cuando el agente se coloca en estado de inimputabilidad para realizar la conducta descrita en el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal, estamos frente al dolo antecedente.

El dolo subsiguiente aparece cuando se ejecuta una acción con propósito honrado, pero que al desarrollarse, surge una finalidad ilícita, lo cual lleva al sujeto activo a efectuar el delito.

Otra forma de culpabilidad que se puede presentar es la culpa sin representación o inconsciente, por no prever el agente la posibilidad de que emerja el resultado típico, a pesar de ser previsible. No preve lo que debió haber previsto.

#### 5.1) Inculpabilidad

Habría inculpabilidad en el caso de que se de un error de hecho invencible, esto es, la no exigibilidad de otra conducta.

#### 6. Punibilidad y su Aspecto Negativo.

En cuanto a la punibilidad en este delito, el Código Penal señala en su artículo 265 segundo párrafo, pena de 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".

Por lo que se refiere al aspecto negativo de la punibilidad, la ley no establece para este delito, ninguna excusa absolutoria.

## CAPITULO IV

### ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA PRECEPTUADA EN EL ARTICULO 266 DEL CODIGO SUSTANTIVO.

#### A. CONCEPTO

El artículo 266 del Código Penal vigente, a la letra dice:

" Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad".

Se discute si la conducta señalada por el artículo anterior, amplía la descripción típica del artículo 265, o se corporiza en un delito independiente.

Jiménez Huerta considera que los estados o situaciones especiales en que se encuentra el sujeto pasivo y que dan lugar a que el agente tenga cópula carnal sin la voluntad de la víctima se "encuentran recogidas en un concepto unitario y denominadas con el genérico nombre de violación presunta."(1) - y agrega- " la significación penal de la llamada violación presunta no trasciende ni se corporiza en un delito independiente, pues solo tiene el sentido y el alcance de ser una específica forma de ejecución y de manifestación típica del delito en estudio."(2)

Niega la sustantividad de la violación impropia o delito equiparado a la violación, argumentando que independientemente de

su nombre, evidencia que es tributario del de violación, la identidad del interés tutelado y la ausencia de una pena propia ponen de manifiesto y confirman que su contenido no integra un delito autónomo, sino que representa lisa y llanamente, una ampliación fáctica y típica del singular delito de violación descrito y penado en el artículo 265. (3)

González de la Vega considera que este tipo de conducta es un delito independiente denominado " Delito de violación impropia o delito equiparado a la violación." (4)

Nosotros así lo creemos, puesto que la hipótesis que marca la ley no exige para la existencia del ilícito, el empleo de la violencia, que es la que matiza, lo que hace al delito de violación tipificado en el artículo 265 del ordenamiento en mención.

Estamos frente a un delito independiente porque como lo indica González de la Vega " Los bienes jurídicos comprometidos o dañados por esas acciones delictuosas no violentas, son a veces distintos a la mera libertad sexual, mas bien constituyen modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus propios elementos constitutivos y distintos a la violación propiamente dicha a la que puede equipararse para los efectos exclusivos de la aplicación de las penas. Su nombre adecuado, mas que el de violación presunta -puesto que no se puede presumir lo que no existe- debe ser: violación impropia o delito que se equipara a la violación." (5)

## 1.- Elementos del Delito.

Los elementos de este delito son:

1.1) Cópula.- (ya sea normal o anormal), sin violencia con persona menor de 12 años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

1.2) Modalidades del delito de acuerdo a los estados de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo.

a) Que la cópula recaiga en persona menor de 12 años.- La cópula realizada sobre un menor de 12 años, es suficiente para que se configure la primera hipótesis del artículo 266.

El consentimiento que otorga un menor de 12 años para copular, carece de validez jurídica, puesto que no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, por ello la cópula se reviste de ilicitud.

El hecho de que un infante menor de 12 años consienta el acceso carnal, no da nacimiento al delito de estupro sino a la figura delictiva en estudio, puesto que aún no es apto para la vida sexual, ni para los fenómenos reproductores; es impúber; estado que le impide al menor resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas de las cuales ignora racionalmente su verdadero significado, y sus posibles consecuencias.

b) Cópula que recaiga en persona que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

Se refiere a determinadas situaciones en que se encuentra el sujeto pasivo, como aquellos estados de inconsciencia que le privan de la facultad de conocer, comprender y en consecuencia de resistir.

Dichas situaciones son originadas por:

1) Causas externas, de las cuales el sujeto activo se aprovecha abusando del pasivo. 2) Provocadas por el actuar doloso del agente, privando a la víctima del sentido para que no oponga resistencia.

Jiménez Huerta, señala que las causas accidentales (externas) " pueden dividirse en fisiológicas y patológicas. Dentro de las primeras, destaca el sueño y el sonambulismo, y en cuanto a las segundas, los desvanecimientos o síncope oriundos de estados febriles, epilépticos o comatosos."(6)

" La cópula efectuada aprovechando el sueño normal de la víctima solo es posible en excepcionales hipótesis, mas académicas que reales, por no ser posible copular con una persona dormida sin que ésta se de cuenta de tan agitado acontecer. Solo es admisible tan excepcional hipótesis en mujeres multiparas habituadas a la vida matrimonial o en aquellas situaciones conocidas con el nombre de embriaguez del sueño y caracterizadas por la circunstancia de producir un retardo en el momento de despertar, en la natural y simultanea recuperación del sentido inconsciente, durante el sueño" (7) -agrega que- "resulta difícil copular con persona que se encuentre inmersa en un estado

de sonambulismo espontaneo, pues aunque es evidente que en dicho estado el sujeto pasivo puede ejecutar sin conciencia ni recuerdo determinados actos, éstos son por lo general, de índole muy simple y es poco factible que en tal estado pueda, sin despertar de dicho sueño, copular."(8)

Por lo que se refiere a los estados patológicos como los epilépticos, febriles o comatosos, que producen desvanecimientos, desmayos o síncope en los que la persona pierde el sentido, pueden ser víctima de un ayuntamiento carnal.

Se puede dar el acceso carnal con una persona ebria sin que lo advierta, y sin que oponga resistencia; la ebriedad del pasivo no solo debe debilitar los poderes inhibitorios, sino la privación del sentido, esto es, la inconsciencia completa.

Los estados patológicos imposibilitan los movimientos y reacciones defensivas, como en los casos de parálisis generalizadas, más o menos completas, estados de extrema debilidad, anemias exhaustivas, estados agónicos lúcidos, etc. En estas circunstancias el enfermo se percata del acto que se ejecuta en su persona, pero no puede resistir, por la imposibilidad de defensa que implica su estado.

Los estados enajenativos de la mente, también quedan comprendidos dentro de este delito, dichos estados pueden ser absolutos y permanentes; transitorios o de los que presentan dentro del curso de la enfermedad intervalos lúcidos.

Si se realiza la cópula en el enfermo durante un estado lúcido, no puede decirse que en ese momento el enfermo esté privado de razón.

La imposibilidad que la víctima no pueda resistir, en ocasiones es originado por el actuar doloso del agente, quien provoca en su víctima estados de inconsciencia por medio de la hipnosis ( en donde los movimientos y voluntad del pasivo se encuentran bajo el dominio del hipnotizador, quien tiene la posibilidad de determinar a la persona a él sometida, a que se preste a la cópula), así como los narcóticos, anestésicos y bebidas embriagantes que producen la privación del sentido a quienes se le suministran determinadas dosis.

1.3) Elemento psicológico.- El sujeto activo debe actuar con el conocimiento de las circunstancias de indefensión de su víctima, o al menos con culpable ignorancia de las mismas, ya que si los desconoce, el sujeto no responde penalmente.

## **B. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO EN ESTUDIO**

### **1.- Clasificación en orden a la conducta.**

- a) Es un delito de acción.
- b) Puede ser unisubsistente o plurisubsistente.

### **1.2) Clasificación en orden al resultado.**

- a) Es un delito de mera conducta porque no hay modificación en el mundo exterior.
- b) Es instantáneo.

c) De lesión.

No se presenta la ausencia de conducta.

## 2.- Tipicidad

La tipicidad consistirá en la adecuación a lo prescrito por el artículo 266; que se realice una cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

### 2.1) Clasificación en orden al tipo.

a) Fundamental o básico en cuanto a la parte primera del artículo 266, ya que el tipo no contiene ninguna circunstancia que implique agravación o atenuación de la pena; por lo que respecta a la parte final, se trata de un delito complementado cualificado, por establecer que si se emplea la violencia, la pena se incrementará en una mitad.

b) Autónomo e independiente

c) Con medios legalmente limitados o de formulación casuística

d) Alternativamente formado en cuanto a los medios

e) Normal al no contener elementos normativos ni subjetivos.

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

### 2.2) Elementos del tipo.

a) Bien jurídico tutelado.- La seguridad sexual.

b) El sujeto activo en este ilícito es común o indiferente, ya que puede ser cometido por cualquier persona, sea hombre o mujer. Aunque nosotros descartamos la posibilidad de que sea una mujer sujeto activo en el caso de que la víctima esté en posibilidad de resistir la conducta criminosa.

c) Sujeto Pasivo.- Puede serlo tanto el hombre como la mujer, siendo de esta manera impersonal. Descartamos la cópula violenta entre mujeres por no existir penetración.

d) Objeto Material.- Es el hombre o la mujer sobre la que recae la conducta criminosa.

### 2.3) Atipicidad

La atipicidad aparece, cuando falte alguno de los elementos exigidos por el tipo.

### 3. Antijuridicidad

La conducta es antijurídica en este delito, cuando siendo típica, no exista alguna causa de licitud que la ampare. La conjunción carnal debe ser: legítima e ilícita.

### 4.- La Imputabilidad e inimputabilidad

El sujeto pasivo debe tener capacidad de culpabilidad.

La inimputabilidad aparece cuando el agente sufre un trastorno mental transitorio o permanente. ( Siempre y cuando no se coloque en estado de inimputabilidad en forma culposa o dolosa).

#### **5.- Culpabilidad**

La culpabilidad en la violación impropia, la concretiza el dolo en la conciencia y la voluntad de tener acceso ilegítimo; existe correspondencia entre el querer y el resultado.

El dolo antecedente se presenta cuando el sujeto activo se coloca con el fin de realizar la cópula en estado de inimputabilidad.

El dolo subsiguiente aparece cuando se realiza una acción con propósito honrado y en el curso de ella, surge una finalidad ilícita, que lleva al activo a realizar el ilícito.

##### **5.1) Inculpabilidad**

Aparece cuando se da un error de hecho invencible, esto es, la no exigibilidad de otra conducta.

#### **6.- Punibilidad y su aspecto negativo.**

Para el que cometa el delito de violación impropia, nuestro Código Penal establece una pena de 8 a 14 años de prisión; y si se comete con violencia se incrementará ésta en una mitad.

El ordenamiento en mención no establece para este delito, ninguna excusa absolutoria.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO IV

- (1) Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, - pp. 249-250
- (2) IBIDEM
- (3) IBIDEM
- (4) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, los -- Delitos, p. 402
- (5) IBIDEM, pp. 402-403
- (6) Jiménez Huerta, Mariano, ob. cit., pp. 266-267
- (7) IBIDEM
- (8) IBIDEM

## CAPITULO V

### CONSUMACION, MODALIDADES CONCURRENTES Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN LOS DELITOS DE VIOLACION

#### A. CONSUMACION

Aparece la consumación en el delito de violación, cuando el agente impone la cópula o introduce un instrumento u objeto por la vía anal o vaginal distinto al miembro viril a su víctima, utilizando los medios que describe el tipo penal.

La violencia carnal se consume al iniciarse el acceso; el cual principia con la penetración, aunque sea en forma parcial, del miembro viril en una cavidad natural de la mujer o, de un elemento u objeto, por la vía anal o vaginal distinto del miembro viril en persona de cualquier sexo, por lo medios descritos en el tipo.

Dicha penetración puede ser mínima, no se requiere que sea perfecta ni completa.

Maggiore argumenta que basta el simple contacto externo con las partes pudendas de la víctima para que se consume este delito, y se pregunta: " ¿Hasta que punto ha de penetrar el miembro en la vulva o en el orificio anal para que pueda hablarse de introducción y no de contacto?.(1) ¿Cuando acaba el contacto y comienza la introducción? y concluye diciendo que " el contacto es una noción cierta; la introducción por lo demás equívoca." (2)

Lizandro Martínez Z. manifiesta al respecto " Siendo equivocada la noción de introducción, la del contacto sería aún más, con el aditamento de que podría tacharse de variable e indeterminable" (3) - más adelante- " La penetración tiene sobre el contacto la ventaja de la menor dificultad probatoria relativa. Si es difícil demostrar la penetración, ¿Cuanto no lo será hacerlo con el simple contacto externo?." (4)

Para la consumación de este ilícito no es necesaria la existencia de la desfloración ni de la eyaculación.

"El delito de violación se integra por la violencia y no requiere la existencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, dado que basta la coacción física o moral que produzca la realización de la cópula contra la voluntad de la ofendida." (5)

"La cópula, primer elemento de la violación, queda demostrada tratándose de doncellas por la prueba de una desfloración reciente, es decir, por la ruptura del himen causada por el choque traumático sexual recibido." (6)

#### 1.- Tentativa

Estamos frente a la tentativa en delito de violación, cuando el agente ejecuta en su víctima todos los actos encaminados directa e indirectamente a la realización de dicho ilícito y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del pasivo .

Vannini refiriéndose a este punto señala: "muchos creen que los delitos formales no pueden consentir la tentativa, y con mas

frecuencia hemos leído que <el delito de violación carnal admite la tentativa en cuanto es un delito material>.

Esto no es exacto. Es preciso no confundir los delitos formales con los delitos unisubsistentes, esto es, con acción ejecutiva infraccionable, los cuales, como es natural, no pueden consentir la tentativa (que sustancialmente contiene una fracción del hecho)." (7)

"El delito se consuma con la simple introducción del órgano genital, aún sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal..., la tentativa existe todavía, cuando el proceso ejecutivo...sobrepasando el mero principio de ejecución, no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo así determinado". (8)

La tentativa aparece cuando se ha comenzado a emplear la violencia o la amenaza en forma efectiva, real, inequívoca, idónea, dirigida a la realización del acceso, esto es, para que la violencia configure tentativa de violación, debe estar circunscrita por una serie de condiciones que obliguen al intérprete a estudiar detenidamente en cada caso concreto, si existió un principio de ejecución unívoca y directa, con finalidad sexual al acceso, y que la consumación no se verifique por circunstancias ajenas a la voluntad de la víctima.

Frías Caballero expone: "La fijación del comienzo de la ejecución debe efectuarse de conformidad a la regla de uso del medio señalado por el tipo: apenas se use la violencia o la amenaza en

forma efectiva y real, la tentativa ha comenzado."(9) y agrega: "Apenas el sujeto pasivo ha sido hipnotizado, narcotizado, excitado irresistiblemente, reducido a cosa inerte y pasivo por el efecto del alcohol, la tentativa ha comenzado. No habrá ninguna duda al respecto si se piensa que estos actos son ya un primer ataque al bien jurídico protegido, en modo subsidiario, puesto que anulan, la libertad de determinación sexual."(10)

El delito frustrado o tentativa perfecta, no se da en la violación, ya que cuando hay comienzo de penetración, se está realizando el resultado, aunque la cópula no sea completa, por lo tanto, aparece la consumación y no la tentativa.

" La circunstancia de que se clasifique el delito como formal o material no influye en la negación del delito frustrado. En las lesiones personales, delito clasificado como material, tampoco se concibe el delito frustrado."(11)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto establece: " Si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de sus propósitos comete el delito de violación en grado de tentativa."(12)

## 2.- Participación

El primer párrafo del artículo 266 bis, fué modificado el 3 de enero de 1989 para quedar como sigue:

"Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad".

El artículo arriba citado establece un agravante, la cual tiene una base objetiva, apoyada en el hecho de la intervención directa e inmediata de una pluralidad de individuos, de esta manera, dentro de este supuesto caen los sujetos que físicamente realizan la violación; los que toman parte necesaria en los actos ejecutivos y los autores intelectuales mediatos así como los cómplices.

La autoría intelectual se presenta en el delito de violación, cuando un sujeto determina a otro a que delinca o a que cometa el ilícito en estudio, hipótesis establecida en la fracción II del artículo 13 del Código Penal cuando indica que son responsables los que inducen a otro cometer un delito.

Será autor material o mediato, el sujeto que integra el tipo de violación, esto es, el sujeto que introduce un objeto o instrumento distinto al miembro viril o que realiza la cópula por medio de la violencia física o moral en persona de cualquier sexo, o sin violencia en el pasivo que por cualquier causa no pueda resistir la conducta criminosa o sea menor de doce años de edad. Dicha situación se encuentra plasmada en el artículo 13 del Código Penal.

En cuanto a la autoría mediata el Maestro Porte Petit indica: " Puede darse el caso que un individuo utilice a un inimputable

para que realice la cópula en los términos y con las personas a que se refiere la ley. No siendo a su juicio posible la autoría mediata sirviéndose de un inculpable por error de hecho esencial e invencible, porque se necesitaría que el instrumento desconociera que realiza el tipo, lo que no puede suceder en el caso de violación, dado que para consumar la cópula, se necesita la existencia de la violencia física o moral, que implica forzosamente el conocimiento de la integración del tipo. En cambio, puede presentarse el caso de un instrumento inculpable por inexigibilidad." (13)

## B. CONCURSO DE DELITOS

### 1.- Violación y atentados al pudor

Normalmente antes de cometerse el delito de violación, el agente realiza sobre su víctima diversos tocamientos en sus partes pudendas; y hay quienes después de poseerla continúan la realización de estos atentados. Diversos autores, aceptan que en fuerza del principio de progresión, no existe responsabilidad por el delito de atentados al pudor en concurso con el de violación, sino únicamente por este último, quedando subsumidos en la violación los atentados al pudor.

Pannain (14), manifiesta que la violación absorbe a los atentados al pudor, cuando los actos preliminares y el acceso tienen un solo contenido, y admite el concurso cuando los actos diferentes del acceso se realicen antes o inmediatamente después de él, pero

en tal forma que representan autonomía de hechos con los cuales el agente se propone distintas satisfacciones de los sentidos.

El maestro Porte Petit indica que no habrá concurso cuando se realizan actos eróticos sexuales diversos del acceso, antes o durante él, agregando que sí existirá cuando esos actos eróticos sexuales sean posteriores:

" Cuando se realizan actos eróticos sexuales tiempo después de realizada la cópula, no es de admitirse que queden subsumidos en la violación pues se trata de conducta posterior y diversa, y por lo tanto de plena autonomía".(15)

Nosotros pensamos que toda actuación de esta índole se encuentra dominada por una finalidad sexual libidinosa; y no es adecuado exigir que, una vez terminado el acceso, el activo deba retirar automáticamente sus manos de las partes pudendas del pasivo, so pena de ser acusado por dos delitos; teniendo por tal motivo la aplicación de una pena mayor para quien después del acceso continuase los tocamientos sobre la víctima, que para quien la volviera a poseer, ya que si en una misma ocasión un individuo impone varias veces a una persona en forma violenta la cópula, estaría cometiendo un solo delito y no varios.

Al respecto Vannini expresa: "Si en el mismo contexto de acción el indiciado comete primero violencia carnal y después actos distintos del acceso, en forma igualmente violenta, responde solo de violencia carnal: en efecto, como único es el delito,

cualquiera que sea el número, variedad o duración de los actos libidinosos cumplidos en un mismo contexto de acción."(16)

## 2.- Violación y Lesiones

"Podemos encontrarnos ante lesiones que sean consecuencia natural de la acción típica que "pueden producir rastros indudables en el cuerpo, algunos de ellos característicos de este delito, como la rotura del himen, pequeñas equimosis y aun lesiones inguinales"(17), y las cuales son subsumidas por la figura misma y ya consideradas por la ley al fijar la penalidad.

Manzini dice: " La desfloración no puede considerarse como lesión personal, con respecto al delito de violencia carnal, pues ella en realidad es un hecho fisiológico y no patológico, como en cambio debe ser la lesión. Más fisiológico, si así puede decirse, que el cortarse las uñas o los cabellos, el circuncidar a un recién nacido, el abrir las orejas a una niña para ponerle aretes. Es un hecho necesario para actuar la completa unión carnal con una mujer virgen."(18)

No obstante lo anterior, se presentan ocasiones en las cuales los actos ejecutados sobre el pasivo, no son únicamente naturales consecuencias leves, ya que causan un daño grave en la salud llegando incluso, a privar de la vida a la víctima.

Corresponde a los peritos médico legales, clasificar una lesión de grave o de leve, independientemente del libre arbitrio judicial, o de las variables normas sobre competencia.

Carrancá y Trujillo en su Código Penal Anotado, manifiesta: " Si se causaren lesiones, ellas integrarán el elemento fuerza física, no estándose en caso de concurso ideal de delitos." (19)

Como ya lo expusimos en líneas anteriores, en el delito de violación el agente puede cometer, además de este delito el de lesiones o en su caso el de homicidio, así tenemos que para Cuello Calón (20), la violación puede concurrir con otros delitos como lo son el homicidio o las lesiones graves o menos graves causadas a la víctima en sus partes sexuales o en otras de su cuerpo a causa de la violencia empleada, o provenientes del contagio de enfermedades sexuales.

Vannini expone que " el delito de violación concurre materialmente con el delito de lesiones dolosas o culposas precisando:

a) Que en el caso de lesión personal dolosa cometida ( sobre la víctima o sobre un tercero) en el acto de cometer la violación ( por mera satisfacción sádica, por despecho etc., o como medio de constreñir a la víctima a sufrir la cópula); concurren materialmente el delito de violación y lesiones.

b) Que la lesión personal culposa (consecuencia no querida del delito consumado o simplemente intento de violación) concurre la violación."(21)

De lo anteriormente expuesto se desprende:

- Cuando las lesiones que presenta la víctima del delito de violación son ligeras o leves son subsumidas por el delito.

" Si las ligeras lesiones que presenta la víctima, constituidas por escoriaciones, constituyen uno de los elementos del delito de violación que en su persona se cometió, ya que demuestran que fué objeto de violencia, no puede constituir en forma independiente, el delito de lesiones." (22)

" Cuando de ninguna manera pueden separarse la violación y lesiones como ejecutados en actos distintos, no procede la acumulación". (23)

"Si las lesiones a que se refiere el certificado médico que obra en autos son inherentes al delito de violación consumado en la persona de la ofendida, y consecuencia necesaria de ese hecho, no procede la acumulación, puesto que los delitos fueron ejecutados en el mismo acto."(24)

- Cuando las lesiones graves o la muerte son ocasionadas intencionalmente, son aplicables las normas generales sobre el concurso de delitos entre homicidio, lesiones y violación.

"Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual solo admita como medio adecuado en la violencia física, la consumación de lesiones y, por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad delictiva independiente, supuesto que el empleo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento, sujeción o ligaduras o en general inmovilización

del paciente, pero cuando además, ocasionan alteración a la salud o la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones u homicidio y, en otros, disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos de suerte que son aplicables a otros casos las reglas del concurso de infracciones - artículo 58 del Código Penal- por lo que, si al oponerse al designio criminal, la sujeto pasivo fué golpeada por el reo, éste consumió además de la tentativa acabada de citar o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones."(25)

"Cuando con motivo a la violencia física ejercitada por el agente para alcanzar el propósito de efectuar la cópula con la sujeto pasivo que se oponía, le ocasiona alteraciones a la salud, además del acto tentado contra la libertad y seguridad sexual se hizo acreedor a sanción por el delito de lesiones, toda vez que aún empleándose la fuerza muscular para vencer la resistencia y en que consiste la violencia física, no necesariamente puede causar aquellas alteraciones sino en ocasiones solo se orientan a la inmovilización (amordazamiento, sujeción y ataduras), sin lesionar al paciente". (26)

- "Estuvo en lo justo el sentenciador al aplicar las reglas para la acumulación de las sanciones correspondientes a los delitos de violación y lesiones, si no es exacto que se hayan ejecutado en un mismo acto, puesto que las lesiones se realizan en acto diverso, al de la actividad sexual".(27)

- Habrá concurso cuando los daños o la muerte no hubieran sido queridos intencionalmente por el violador, al respecto URE argumenta "Existen supuestos en donde el resultado ha excedido la voluntad del culpable, dando lugar así a una figura calificada por el resultado. Estos delitos se caracterizan porque están compuestos por un hecho doloso menos grave, delictivo de por sí, al cual se añade un resultado más grave que se concreta casualmente con el primero, pero que en cuanto el mismo no requiere la existencia de la culpabilidad del autor." (28)

### 3.- Violación e Incesto.

En cuanto a este punto, coincidimos con lo sustentado por Forte Petit cuando manifiesta: "El delito de violación no puede concurrir con el incesto, a virtud de que éste último es bilateral, o sea, que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar en consecuencia, de sujeto activo y pasivo, sino de sujetos activos. Lo que quiere decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí". -más adelante- "Por otra parte, lo mismo debe decirse respecto de la violación impropia en el caso de que exista el consentimiento, como en el caso de menores de 14 años o de sujetos privados de la razón, puesto que se estima en estos casos que no hay consentimiento válido, y por tanto, es incompatible la violación impropia con el delito de incesto, porque igualmente se excluyen entre sí."(29)

Por su parte los Tribunales han establecido "El delito de incesto se configura por la concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son jurídicamente incoexistentes. El primero supone la violencia del agente sobre la víctima, en tanto que el segundo supone dos sujetos, cuyas voluntades concuerdan en realizar el hecho delictuoso. Así ambos delitos se excluyen pues si se habla de violación se elimina el concepto de concordancia de voluntades, y si se habla de incesto se elimina la noción de violencia. En concreto, el delito de incesto es un delito plurisubjetivo y bilateral. Por consiguiente, a pesar de que se haya aportado al expediente el acta de nacimiento de la menor ofendida y que de tal acto se desprenda que ésta sea hija del inculpado, es evidente la falta de voluntad de dicha menor en la ejecución de los hechos delictuosos, y palpable que éstos se llevaron a cabo con indudable violencia, circunstancia que hace desaparecer la existencia del delito de incesto y no así el delito de violación." (30)

#### 4.- Violación y Corrupción de Menores

Existe concurso entre estos delitos cuando "además del acceso carnal, se realicen actos aberrantes desde el punto de vista sexual." (31). Como el caso en donde se impone a una menor la cópula, ya sea normal o anormal, y se obligue además a la víctima a la fellatio in ore.

Lisandro Martínez Z. (32), cita una hipótesis estudiada por la Corte de Casación Italiana, en donde un sujeto ejercía en un pueblo la profesión de brujo. Con pretexto de curar a una menor de 14 años, en las primeras sesiones le colocaba la mano sobre sus partes pudendas. En las siguientes, hacía que la enferma manipulase el miembro viril del brujo, como forma de rito curativo, y llegado un día en que la paciente se encontraba sola en su consultorio, se unió a ella carnalmente. La Casación aceptó el concurso de delitos.

Nuestros Tribunales establecen: "Si una niña fué víctima de reiteradas fornicaciones consumadas por los dos acusados varones, siendo ella menor de 10 años, sin que estuviera en aptitud de defenderse y de eludir la ofensa y hasta la embriagaban en ocasiones, aparte de que también se ejerció en ella violencia moral y física dadas las condiciones en que se mantenía a la pequeña víctima y las edades comparativas de los protagonistas, es de concluirse que se comprobó el cuerpo del delito de violación en los términos de los artículos 265 y 266 del Código Penal, y que también se comprobó el cuerpo del delito de corrupción de menores a que se refiere el artículo 201 del Código citado."(33)

##### **5.- Violación y Amenazas**

Las amenazas quedan subsumidas en el delito de violación cuando el agente las utilizó como medio para imponer la cópula a su víctima, puesto que en este caso se estaría configurando la

violencia moral que es uno de los elementos que integran al delito de violación.

En el supuesto en donde después de la cópula violenta, el activo amenaza a su víctima con un mal grave, si menciona lo ocurrido a su familia, o a las autoridades, reprimiéndola y atemorizándola en diversas ocasiones, consideramos que sí existe el concurso. Circunstancias que agravan la pena en los delitos de violación.

Las circunstancias que agravan la pena en los delitos de violación se encuentran plasmadas en el dispositivo 266 Bis del Código Penal Vigente, precepto que a la letra raza:

"Cuando la violación fuere cometida con la intervención directa o inmediata de dos o mas personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad.

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

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será

destituido definitivamente del cargo o empleo, así como suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

Si la violación se comete con la intervención directa e inmediata de varios partícipes, la pena se agrava en virtud de la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque de tal magnitud.

Jurisprudencia de la Corte establece: "Para que el delito de violación tumultuaria, que prevé el artículo 266 bis del Código Penal del Distrito y Territorios Federales se configure, es menester la participación de dos o más activos en la comisión directa de los hechos, mas no se integra el tipo cuando intervienen otras personas en diversas actividades relacionadas con los mismos. Estas últimas son responsables penalmente en los términos del artículo 13 del ordenamiento legal citado."(34)

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO V

- (1) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo IV, p. 60
- (2) IBIDEM
- (3) Martínez Z., Lisandro, Derecho Penal Sexual, p. 333
- (4) IBIDEM
- (5) Semanario Judicial de la Federación, p. 666, Quinta época, -  
Cfr., Informe de 1944, p. 71
- (6) Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 236
- (7) Citado por Porte Petit C., Celestino, Ensayo Dogmático Sobre -  
el Delito de Violación, p. 69
- (8) Frías Caballero, El Proceso Ejecutivo del Delito, p. 277
- (9) IBIDEM, p. 281
- (10) IBIDEM, p. 282
- (11) Martínez Z., Lisandro, ob. cit., p. 334
- (12) Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 68
- (13) IBIDEM, p. 81
- (14) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., p. 76
- (15) IBIDEM, p. 84
- (16) IBIDEM, p. 78
- (17) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, p. 349
- (18) Manzini, Delitos Contra la Libertad y el Honor Sexual, p. 53
- (19) Carranza y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 616
- (20) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal II, pp. 561-562
- (21) Citado por Porte Petit C., Celestino, ob. cit., pp. 86-87
- (22) Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo LXXXIV  
Tercera parte, p. 2760
- (23) Anales de Jurisprudencia, Tomo V, num. 1, p. 681
- (24) Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo LXXXIV  
Segunda Parte, p. 1331

- (25) Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, Volumen XVIII Segunda Parte, p. 121-122
- (26) Boletín de Información Judicial, Año XLV, México, D.F., 2 de enero 1959, Num. 157, p. 19
- (27) Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, Volumen XXIV Segunda Parte, pp. 152-153
- (28) URE, Los Delitos de Violación y Estupro, p. 95
- (29) Porto Petit C., Celestino, ob. cit., pp. 94-95
- (30) Semanario Judicial de la Federación, LVI, p. 66, Sexta Época, Segunda Parte, Cfr. Anales de Jurisprudencia, 2a. época, - - - LXXXIII, año XXII, p. 105
- (31) Pereira de Olazábal, Gonzalo, El Delito de Violación en "Revista de Derecho Penal y Criminología", num. 2, p. 257
- (32) Martínez Z., Lisandro, ob. cit., p. 170
- (33) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Vol. XXXIII, Segunda Parte, pp. 110-111
- (34) Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte, Volumen 18, p. 59

## CAPITULO VI

### PROBLEMATICA QUE PRESENTA LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACION.

#### A. LA PENA Y SUS FINES

Antes de iniciar el estudio que le dió nombre a este trabajo de tesis, resulta conveniente estudiar la pena y sus fines.

"La penología o tratado de las penas, estudia éstas en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus substitutivos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad".(1)

La penología está constituida por las disciplinas que se encargan del estudio de las penas, su finalidad, ejecución y las medidas de seguridad.

La Ciencia Penitenciaria que tiene como objeto de conocimiento la pena de prisión en su aplicación, fines y consecuencias, es una rama de la Penología.

Se han elaborado diversas definiciones sobre la pena: "La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós); El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón); Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt)." (2)

## B. TEORIAS DE LA PENA

### 1.- Teoría absoluta

Esta Teoría encuentra su antecedente en el pensamiento de Kant, quien explica la pena por medio de un imperativo categórico, es decir, a partir de un principio de razón "La pena debe existir, no porque sea útil, sino porque la razón lo exige"(3), la pena es en sí, lo que el hecho del delincuente merece. Si una persona obra mal, dañando con su actuar a los que lo rodean, es justo que recaiga sobre su persona un mal proporcional al daño causado con su conducta.

Hegel parte de la idea de Kant para realizar su Teoría de la pena. Hegel indica que el delito es la negación del Derecho, y la imposición de la pena la negación del delito.

"El delito es aniquilado, negado, espiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado."(4)

"Hegel fundamenta la pena en el principio dialéctico, según el cual el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresada en la lesión jurídica que queda aniquilada por la superioridad moral de la comunidad."(5)

Para las teorías absolutas la pena es la retribución al mal cometido con el delito, la pena se aplica para que se haga valer la justicia, la pena es el último fin.

Claux Roxin expresa que "la pena, pues, no sirve para nada, sino lleva su fin en sí misma."(6)

Los aspectos más relevantes de esta teoría son:

- Que se haga valer la justicia, puesto que el mal provocado con el delito, no puede pasar desapercibido, ya que no es justo que se deje al responsable sin castigo alguno.

- Que el castigo impuesto al delincuente, sea proporcional al daño que causó con su conducta delictuosa, tomando en cuenta su culpabilidad, lo que viene a constituir la retribución que es la respuesta al delito y debe adaptarse al grado de injusto y de culpabilidad.

#### 1.2) Formas de Retribución

Las formas de retribución que se toman en cuenta para la conformación de las teorías absolutas de la pena son la divina, moral y la jurídica, que son el establecimiento de la proporción entre culpabilidad del autor del delito y de la pena que se debe imponer.

a.) Retribución Divina.- Se basa en el Derecho Natural, que señala al hombre el curso que debe seguir su conducta, y cuando ese orden natural divino es alterado, corresponde a los hombres que tienen legítima autoridad imponer la pena para hacer cumplir ese derecho.

b.) Retribución moral.- Imposición de la pena por la externación de la mala voluntad del hombre.

Se castiga la perversidad interna del delincuente, puesto que el hombre se debe guiar por medio de leyes dictadas por su moral; y si esas leyes son transgredidas libremente, el hombre actúa por inclinaciones propias y egoístas; por tal motivo dicho comportamiento debe ser restringido por medio del castigo.

Pero "no toda inmoralidad debe ser penada, sino tan solo la infracción de nuestros deberes jurídicos para con los otros y para con la sociedad." (7)

c.) Retribución jurídica.- En nuestros días, la pena como retribución a la culpabilidad del delincuente, forma parte de uno de los principios del Derecho Penal.

En proporción a la culpabilidad del sujeto activo del delito, es la aplicación de la pena.

J.J. Jescheck, indica que la "Retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable de acuerdo con el principio de justicia...." (8) De esta manera, no debe de entenderse como reacción a un sentimiento de venganza, sino como una serie de principios razonados y sistematizados que van en proporción a la culpabilidad del delincuente; culpabilidad que supone la existencia de la libertad de voluntad para infringir lo establecido por la Ley Penal.

La aplicación de la pena como retribución al mal cometido con el delito, trae consigo:

1.) El surgimiento de la Autoridad Pública quién debe aplicar el Derecho, ya que "el mal que la pena constituye, se aplica por el Estado en virtud de las altas razones de justicia y de necesidad del mantenimiento del orden social dentro del plano jurídico, para reintegrar el ordenamiento legal perturbado".(9)

2.) La disposición del sujeto activo del delito para delinquir, por tener libre voluntad, sin la cual no se integraría la culpabilidad.

En resumen, las teorías absolutas de la retribución, argumentan que la pena será ilegítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La pena necesaria será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que ha causado libremente.

En contra de dichas teorías se ha indicado que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es ficticia, porque en realidad al mal de la pena se suma el mal del delito.

## **2.- Teorías Relativas**

Este tipo de teorías procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin.

Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. "Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la

pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estamos ante una teoría preventivo-especial o individual de la pena".(10)

Las teorías relativas adecúan la pena al fin querido.

### 2.1) Teoría de la Prevención General

Es una teoría prevencionista que pretende por medio de la conminación de la pena, que el ciudadano tenga conocimiento de lo que le puede suceder si realiza lo prohibido o no ejecuta lo mandado por el orden jurídico aplicándose sobre el sujeto la intimidación que lo abstiene a delinquir, atemorizándolo con la pena.

Al respecto Edmundo Mezger opina, "La amenaza contra la comisión de los delitos debe ser enfrentada por el camino psicológico y ello puede ocurrir suscitado mediante el instituto de la pena, miedo a las consecuencias que los delitos ocasionan".(11)

Agrega que la intimidación provoca en la colectividad el terror de realizar los hechos punibles; indica que la prevención debe realizarse con el debido respeto a la personalidad y, con la pena justa y humana.

Para la eficacia de la prevención general, los tipos penales que se establezcan deben ser estrictos, ya que no cualquier conducta humana, tiene que ser por su realización amenazada con pena. Por

ello se considera a Feberbach el creador de los tipos penales claramente definidos. (12)

## 2.2) Teoría de la Prevención Especial

Se refiere al efecto que tiene la pena sobre el delincuente. Claus Roxin (13), manifiesta que la pena previene que el que delinque cometa nuevos delitos, rehabilitándolo o resocializándolo. La pena se aplica a todos aquellos que son intimidables o susceptibles de corrección.

Roxin agrega que la Prevención especial se puede lograr de tres maneras: "corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni tampoco intimidables". (14)

Así tenemos que las medidas rehabilitadoras se aplican a los sujetos que por el estudio de su personalidad son susceptibles de corrección, y las penas privativas de libertad o las medidas de seguridad para los delincuentes incorregibles.

Es conveniente manifestar con respecto a la teoría proteccionista general del delito, que con la amenaza de la pena, no se logra disminuir las conductas delictivas, no solo el conocimiento de la norma penal previene la realización del delito.

También se cree que si la conminación de la pena se aumenta en su gravedad, se podría disminuir la ejecución de los delitos, solo

por el supuesto temor que la pena elevada causa en la ciudadanía, si cometiera la conducta prohibida por la norma.

La Prevención especial del delito persigue como finalidad que el sujeto no delinca nuevamente; para lograr tal fin, utiliza penas, medidas terapéuticas adecuadas a la personalidad de cada delincuente y la posibilidad de aumentar o disminuir la sanción penal establecida tomando en consideración el tiempo que se ha de requerir para integrar a la sociedad al infractor.

Esta teoría permite la aplicación de penas y medidas de seguridad de duración prolongada a delincuentes que no se readaptan rápidamente a la sociedad; sin importar que el delito cometido merezca una pena menor; y por el contrario al delincuente ocasional que presente una conducta normal, no se le sancione, aunque la conducta que realizó se sancione con pena grave.

De lo anterior podemos pensar que ¿El único fin de las penas o medidas de seguridad es el de rehabilitar al transgresor para evitar que delinca nuevamente?, si es así, al que no necesita resocialización ¿Se le debe dejar de aplicar la sanción?.

Esta teoría se ha criticado porque justifica la imposición de penas aún sin haber cometido ilícito alguno, y las medidas son indeterminadas hasta lograr la resocialización.

Independientemente de lo anterior, la autoridad competente tendría amplias facultades sobre los delincuentes, ya que con el pretexto de su resocialización o de la protección de los

ciudadanos podría imponer una medida excesiva; o por el contrario, dejarla de aplicar al que la merece.

### 3.- Teorías Mixtas

Intentan conciliar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas, en una Teoría unificadora.

Tratan de justificar la pena en su capacidad para prevenir y reprimir al mismo tiempo.

En este sentido Claus Roxin propone una concepción dialéctica que logre "dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas".(15)

Las teorías mixtas o de la unión aplican la pena retribucionista, así como la pena o medida prevencionista, de tal suerte que conforme a las teorías de la retribución la pena debe ser aplicada conforme al principio de culpabilidad, cuya función según Roxin es "de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial mas allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad." (16)

Cuello Calón afirma al respecto que " si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la

retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aún cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece". (17)

#### 4.- Medidas de Seguridad

Castellanos Tena escribe que "Reina la confusión entre los especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad; a ambas se les designa bajo la denominación común de sanciones". `mas adelante` "La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución, la medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos".(16)

Carl Stoos (19), propuso un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, en el anteproyecto del Código Penal Suizo en 1894.

En nuestros días se habla de sistemas dualistas cuando se prevén penas y medidas de seguridad, y de monistas cuando solo se establecen medidas o penas.

#### 5.- Caracteres de la Pena.

Ignacio Villalobos (20) se refiere a la pena expresando que debe ser: legal, cierta, aflictiva, pública, educativa, humana,

equivalente, suficiente, remisible, reparabile, personal, variada y elástica.

La pena debe ser intimidatoria.- esto es, evitar la delincuencia por temor a su aplicación; ejemplo.- debe servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal correctiva; al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante tratamientos curativos y educacionales adecuados, evitando de esta manera la reincidencia eliminatoria; ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y justa.- ya que la injusticia acarrearía males mayores no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar social. (21)

#### 5.1) Clasificación de las Penas

Las penas se clasifican por su fin preponderante en: intimidatorias, correctivas y eliminatorias según se aplique a su sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Atendiendo a su naturaleza pueden ser: contra la vida (pena capital), corporales ( azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinados); pecuniarias (privación de ciertos bienes

patrimoniales como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad, tutela, etc.).

Podemos distinguir las penas de las medidas de seguridad, de acuerdo al fin político criminal que persiguen, los presupuestos que las condicionan y la cuantificación que debe realizarse en la individualización judicial.

La pena tiene un contenido expiatorio que se impone al culpable de un delito, y su duración debe ser proporcional a la importancia del bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor.

Las medidas de seguridad, son una privación de derechos, es la consecuencia de un estado peligroso y de duración indeterminada. Lo único que la condiciona es la obtención del resultado perseguido, el cual cesa, cuando el Estado ha obtenido el fin propuesto: resocialización, enmienda o innocuización.

Se consideran como penas la prisión y la multa y como medidas de seguridad, las demás medidas que emplea el Estado para sancionar.

No deben confundirse las medidas de seguridad con las medidas de prevención general de delincuencia, éstas son actividades del Estado referentes a toda la población y en ocasiones tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aún cuando redunden en la disminución de los delitos como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de justicia

y de asistencia social; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso por haber cometido una infracción típica. Las medidas de seguridad, atienden solo a la peligrosidad, por lo que pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley".(22)

#### 6.- Sustitutivos Penales

La aplicación de los sustitutivos penales se lleva a cabo de manera prevenista, antirrepresiva.

Diversos crimonólogos y jurispensalistas han tenido la inquietud de sustituir la pena de prisión, pues como lo indica Luis de la Barrera, "La experiencia histórica muestra en el mundo entero fracaso absoluto de la pena de prisión en la función invocada, no es posible que se le mantenga como sanción principal en todos los códigos". (23)

Se ha tratado la posibilidad dentro de los sistemas penales de implantar institutos con los que se pretende llevar a cabo diversos objetivos, entre ellos, eliminar totalmente las penas comunes, y en su lugar, diversos institutos que logren actuar sobre el delincuente sin privarle de sus bienes fundamentales, ya con la finalidad preventivo especial para lograr la readaptación del delincuente a la sociedad, o para lograr un régimen de economía carcelaria cuyo principal interés es el de disminuir los

gastos ocasionados por el sostenimiento de los internos en prisión.

Puig Peña, se pronuncia a favor de los sustitutivos penales, declarando que "..., mientras se disponga de otros medios para sustituir este fracaso represivo debe acudirse a los mismos, y solamente en última instancia podrán mantenerse en algunos supuestos y mientras se consigue el reemplazo definitivo del sistema". (24)

Los reproches que refiere contra las penas cortas de privación de libertad el autor en cita son: el que no corrigen ni intimidan al penado, producen efectos contrarios a las personas honestas y representan para el Estado un costo elevado.

Podemos clasificar los sustitutivos penales de la manera siguiente:

1.- Sustitutivo de la pena que no trae consigo consecuencias para el sujeto que recibe su beneficio, como los son: el perdón judicial, fundado en la facultad otorgada por los Tribunales para remitir la pena en virtud de las características especiales que concurren al caso.

2.- Sustitutivos que limitan la libertad.- En algunas de sus formas no suponen la total libertad del sentenciado porque la restringen; pueden subdividirse en: semilibertad, arresto de fin de semana, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, arresto domiciliario y confinamiento.

a.) Semilibertad.- Sustitutivo de encarcelamiento ordinario, principalmente de penas de corta duración; su beneficiario puede salir de prisión por las mañanas para acudir a laborar, pero debe regresar por la noche; los fines de semana y días feriados los debe pasar recluso.

b.) Arrestos de fin de semana. El sentenciado que acepta cumplir esta clase de sustitutivo, se presenta al establecimiento penitenciario más cercano a su domicilio o de su lugar de labores el día sábado, para ahí pasar el fin de semana, y es puesto en libertad el lunes por la mañana.

Por cada fin de semana que pase en prisión, se le disminuirán dos días de la pena total. (25)

Prestación de un servicio en beneficio de la comunidad. El sentenciado realiza trabajos no remunerados, en provecho de la comunidad.

c.) Confinamiento. Obligación del sentenciado de residir y no salir del lugar que determinan las autoridades judiciales. (26)

e.) Arresto domiciliario. Obliga al condenado a residir únicamente en su domicilio, pudiendo cambiarse, solo con autorización judicial.

### 3.- Sustitutivos de la Pena que afectan el Patrimonio.

Si la pena de prisión es corta, se puede sustituir afectando el patrimonio del condenado, sin restringir la libertad. Se

subclasifica en multa, confiscación e indemnización de la víctima. (27)

a.) Multa. Se aplica como pena principal o accesoria, obliga al condenado a pagar cierta cantidad de dinero al fisco.

b.) Confiscación. Condena al delincuente a perder su patrimonio, especialmente cuando lo obtuvo de la realización del delito.

c.) Indemnización a la víctima. Se refiere a la restitución del perjuicio causado con el delito a la víctima, el cual puede ser realizado con la restitución de la cosa o pago de su valor, la indemnización del daño moral o material y el pago de perjuicios, (artículo. 30 del Código Penal).

4.- Sustitutivos de la Pena que restringen la libertad y afectan el patrimonio del delincuente, se subdividen en:

a.) Trabajo obligatorio en libertad. Se permite al sentenciado durante el tiempo de su condena, desempeñar su profesión ordinaria u otra señalada por las autoridades; confiscando el Estado una parte de su salario.

Con el sustitutivo en mención, el sentenciado conserva la continuidad en su vida familiar y social, construyendo además para él, una fuente de ingresos. (28)

b.) Condena condicional. Sustituye penas de prisión de duración corta.

Al delincuente se le pone en libertad durante algún tiempo a efecto de probar si su comportamiento es adecuado, si es así, se suspende la ejecución de la pena.

El sentenciado debe cumplir con las sanciones pecuniarias, reparando el daño causado u otorgando caución para garantizar su pago. Debe otorgar la garantía de libertad sujetándose a las medidas que determinen las autoridades para el cuidado y vigilancia del condenado.

Este substitutivo es aplicado con fines de prevención especial, el cual intenta retraer al condenado de los malos efectos que causa la pena de prisión.

Jescheck, se refiere a la "suris" que se identifica con la condena condicional del Código Penal Mexicano, indicando que con ella, se mantiene la eficacia preventiva general que supone la declaración de culpabilidad, el pronunciamiento de la condena a la que se acompañan ciertas obligaciones.(29)

En Alemania, la condena condicional, trata de evitar de la pena el mal que lleva implícito o, reducirlo lo más posible, lo que se pretende lograr por medio de : el sobreesimiento provisional del ejercicio de la acción pública, la "probation", la "suris" y la suspensión condicional de las medidas asegurativas y corrección .(30)

5.- Sustitutivo de la pena de prisión cuando se ha cumplido una parte de la condena.

Dentro de este punto, podemos mencionar la libertad preparatoria que se aplica con fines de prevención especial, y la cual consiste en la liberación del reo cuando ha cumplido cierta parte de la condena. Es otorgada a los condenados que observan buena conducta durante su condena, y que muestran una readaptación que los aleja de la realización de un nuevo delito, cuando hayan transcurrido las tres quintas partes de su condena si se trata de delitos intencionales o la mitad, cuando se trate de imprudenciales. (31)

Cuello Calón se refiere a la prisión indicando que "continuará subsistiendo como instrumento insustituible, hasta ahora, de protección social contra los criminales peligrosos, como medio de aplicación del tratamiento reformador para los delincuentes corregibles o como medida de intimidación o de expiración cuando a la ejecución de la prisión se le asignan estas finalidades". (32)

Según Cuello Calón, la pena debe aspirar a los fines siguientes: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social.

Tratándose de inadaptables, la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Agrega el autor en cita que la pena debe

perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.(33)

### C. PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA EN LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS DE VIOLACION

El Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, fué reformado y adicionado en diversas de sus disposiciones, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 3 de enero de 1989, entre éstas, se encuentran los artículos 265, 266 y 266 BIS, de los cuales estudiaremos la problemática que se presenta en cuanto a la punibilidad.

#### 1.- Artículo 265.

I.- El artículo 265 antes de ser modificado preceptuaba:

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

El dispositivo en mención fue reformado y adicionado con un segundo párrafo quedando como sigue:

" Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con una 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".

Al realizar la comparación de ambos preceptos de entrada nos percatamos que el primer párrafo del artículo en vigor, emplea una redacción más adecuada que el precepto anterior, cambia la expresión " al que tenga" por " al que realice" y la de " se le aplicará" por "se la impondrá".

La observación anterior no tiene relevancia jurídica para efectos del presente trabajo, lo que conviene destacar es lo siguiente:

a) La punibilidad establecida en el artículo de referencia se incrementó, imponiendo por su comisión al agresor una pena de 8 a 14 años de prisión.

Al respecto nos cuestionamos; ¿ El incremento de sanción disminuye la comisión de este ilícito?

Si bien es cierto que el incremento de punibilidad intimida y provoca por el temor a su aplicación la abstención de ejecutar una conducta ilícita, no es la única medida que debe emplearse.

La lucha contra la violación en el terreno legal, no debe ser únicamente la aplicación de penas elevadas; se requiere que el Estado implante políticas conducentes a la orientación y educación sexual del país, más que castigar debe prevenir.

El Estado ha de establecer las condiciones óptimas para el desarrollo personal de los ciudadanos, velar por su seguridad para que logren su autorealización; pero corresponde al gobernado colaborar con él, uniendo su fuerza y entusiasmo para obtener juntos, el resultado querido. La existencia de una pena elevada no suele conllevar los efectos de prevención general que serían de esperar.

Sería conveniente iniciarse en la tarea de fomentar en el niño respeto y amor a sus semejantes, impartirle desde edad preescolar, una adecuada educación sexual, la cual se inicie en forma gradual por profesores capacitados, y se complemente con la orientación que al respecto le den sus progenitores, quienes puedan recibir a su vez, cursos intensivos sobre este tema.

La educación sexual ha de ser metódica, sistematizada, perseguir fines determinados acerca de la realidad y veracidad de la sexualidad y el sexo, lo que no sucede con la información que actualmente tenemos en nuestro país, que por naturaleza propia es informal (en ocasiones alejada de la realidad).

Bueno sería que los centros educativos, recreativos culturales y laborales, contaran con la asistencia de psicólogos y psiquiatras competentes que se percataran de conductas o tendencias desviadas, buscando solución a estos problemas, atendiendo y orientando a cada uno de los afectados.

Es recomendable para seguridad del transeúnte, el alumbrado de calles, parques, pasos a desnivel, vigilancia en puentes

peatonales, callejones; procurar salir en grupo de los centros educativos, laborales, culturales y recreativos, cambiar de itinerario a menudo, evitar transitar las calles por la noche y si ésto es necesario, realizarlo por zonas iluminadas (este ilícito se comete a todas horas del día, pero por la noche el riesgo aumenta).

Cabe señalar que el sexo es objeto de investigaciones científicas profundas, de explotación publicitaria, se le encuentra en innumerables anuncios e incluso es aplicado en la llamada comunicación subliminal.

"No se si estoy en lo cierto, pero a mi entender, la cuestión sexual es la raíz y la flor, el principio y el fin de toda moral.

Aunque trabajásemos día y noche en favor de la humanidad, aunque le sacrificáramos todos nuestros bienes, creo que sería inútil, si hemos descuidado y envilecido la vida sexual, esa escuela primaria en renovación constante del verdadero altruismo".(34)

b) Se suprimió la última frase del artículo aludido ( si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de 6 a 10 años).

c) Se adicionó un segundo párrafo que tipifica la acción de introducir 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, sancionando al agregar con prisión de uno a cinco años.

Resulta criticable la punibilidad irrisoria establecida por el legislador al agresor de este tipo de conductas, ya que la pena debe ser intimidatoria, evitar la delincuencia por temor a su aplicación, tratando de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad, naturaleza del delito, así como a la temibilidad o peligrosidad social del delincuente.

La punibilidad impuesta al sujeto activo no es proporcional a la conducta desplegada, las consecuencias ocasionadas a la víctima de este delito son más graves que las desprendidas de la violación propia, en esta última la víctima está consciente que su cuerpo fue ultrajado y utilizado para satisfacer el apetito sexual del delincuente en forma natural o normal, en cambio tratándose de las víctimas de la conducta descrita en el segundo párrafo del artículo 265, a las cuales se les introduce objetos o instrumentos distintos al miembro viril, padecen traumas psicológicos y lesiones físicas severas en ocasiones de carácter irreversible, por sufrir en su cuerpo la máxima humillación que pudiera recibir persona alguna, toda vez que su cuerpo fue escogido para desahogar o realizar conductas tan aberrantes que tal vez en su mente jamás tuvieron cabida.

Es alarmante que siendo mayor la gravedad de esta conducta, se señale una punibilidad menor a la establecida en el primer párrafo del mismo dispositivo legal, y que el activo de aquella goce el beneficio de la libertad provisional, siendo una amenaza social. Pensamos que es indignante y repugnante ser obligado a copular, pero más grave es ser objeto de una introducción por la

vía anal o vaginal de un objeto o instrumento distinto al miembro viril; por ello la punibilidad en este delito, por lo menos debería ser igual a la señalada en el primer párrafo del ordenamiento en estudio.

Otro aspecto que cabe mencionar, es la desprotección en que se encuentran los menores de 12 años de edad que otorgan su consentimiento, o la de aquellos que por cualquier causa no puedan resistir la conducta delictuosa, ya que el tipo penal del segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal Vigente, señala como medio comisivo la violencia, sea ésta física o moral.

La ley es clara al manifestar que dicha introducción debe realizarse por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, dejando desprotegida a la víctima que es atacada en la forma antes descrita, ya que técnicamente no encuadra en este tipo penal, por la carencia de los medios exigidos; dando lugar a otro tipo de figura delictiva.

## 2.- Artículo 266.

a) El artículo 266 del Código Penal, sufrió modificaciones quedando como sigue:

" Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad".

De lo anterior se desprende que la punibilidad que señala el artículo en mención será de 8 a 14 años al igual que en la violación propia cuando la cópula sea efectuada " con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa."

Al respecto, pudiera surgir la siguiente pregunta.

1.- ¿Que norma es más especial, la de los medios o la de la calidad o especial estado del pasivo?; ya que la norma especial, excluye la aplicación de la norma general.

2.- Por otro lado ¿Se recalifica una misma conducta ante la posibilidad de ser sancionada doblemente?.

Por una parte está comprendida la punibilidad de la violación propia y a su vez, con incremento de punibilidad por la calificativa si es equiparada, usando la violencia ya sea física o moral; por lo anterior, podría pensarse que la punibilidad establecida en el artículo 266 del Código Penal debe ser menor que la preceptuada en el primer párrafo del artículo 265, siempre y cuando no se emplee la violencia física o moral, por considerar que el legislador ya tomó en cuenta para la punibilidad del dispositivo 265 como medios comisivos la vis absoluta y la vis compulsiva y, concluir que al aplicarse la calificativa que estatuye el artículo 266, la pena debe quedar igual a la indicada por el 265 del mismo ordenamiento.

Para nosotros tan ofensiva y denigrante es la conducta establecida en el artículo 265 como la del precepto 266. El ser humano víctima de esta clase de conductas, pide el peor de los castigos para su agresor, pero..., encontramos una gran diferencia en cuanto a las víctimas.

Se podría pensar que es más grave ser ultrajado en forma -por así decirlo- consciente, percatarse que se es víctima de una agresión sexual, oponer resistencia a la comisión de tal ilícito y que sea vencida por el activo por medio de golpes, forcejeos que incluso, la puedan privar de la vida, o ser objeto de amenazas que intimiden a la víctima y que ésta acceda a copular, sintiendo repugnancia e impotencia de no poder defenderse de su agresor; a ser menor de 12 años y que un familiar, novio, amigo o extraño, obtenga por medio del engaño, por labor de convencimiento o valiéndose de la inocencia e ignorancia de un infante que no alcanza a comprender la conducta que se ejecuta en su cuerpo; obtenga la cópula; o que se desarrolle este tipo de conducta en la inconsciencia momentánea o permanente del pasivo, sea ésta provocada o no por el activo; y por lo anterior sostenerse que la punibilidad establecida en el artículo 266 del Código Penal debe ser menor que la preceptuada en el primer párrafo del artículo 265, siempre y cuando no se emplee la violencia física o moral, por considerar que el legislador ya tomó en cuenta para la punibilidad del dispositivo 265, como medios comisivos la vis absoluta y la vis compulsiva y concluir que al aplicarse la

calificativa que estatuye el dispositivo 266, la pena debe ser igual a la indicada por el artículo 265.

Desde nuestro punto de vista ambas conductas son atroces, acarreamos traumas y problemas psicológicos al sujeto pasivo.

Pero..., ¿Por qué una conducta se sanciona con una pena más elevada que la otra cuando se emplea la violencia?.

Creemos que el legislador al dejar establecida la punibilidad del artículo 266 con una pena igual a la dispuesta por el artículo 265 cuando no se haga uso de la violencia física o moral e incrementarla cuando se emplee, consideró más grave atentar contra la seguridad que contra la libertad sexual.

En virtud de lo anterior, la ley otorga protección especial a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual por encontrarse en determinadas situaciones especiales, se hayan más desamparados que el resto de la comunidad.

b.) La última frase del dispositivo en análisis, establece incremento de sanción cuando la conducta delictuosa se ejecute con violencia.

"Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad"

La agravante transcrita, debió decir "hasta una mitad", en virtud de que ni las penas ni su incremento, deben ser preestablecidas de manera fija para cada tipo penal, deben oscilar entre un máximo y un mínimo, dejando que el quantum sea fijado por el poder discrecional del juzgador en cada caso concreto.

La parte final del artículo 266 del Código Penal, hace a un lado el llamado arbitrio judicial (facultad concedida a los órganos jurisdiccionales para dictar sus resoluciones según las necesidades del caso).

La pena de prisión señalada por el precepto legal en estudio, debe incrementarse hasta en una mitad cuando se realice con violencia. Para determinar el quantum, es necesario que el órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiares del delincuente, la extensión del daño causado con los medios empleados, la edad, educación, el peligro corrido, las costumbres y conducta precedente del sujeto, los motivos por los cuales delinquirió, sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en los momentos de la comisión del delito, así como los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, los vínculos de parentesco, amistad o los nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

Asimismo, el juez debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida que requiera cada caso.

La Delegación Universitaria Mexicana ante el Noveno Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya, Holanda, los días 24 al 30 de agosto de 1964, trató algunos aspectos sobre

el arbitrio judicial, los cuales transcribimos a continuación para apoyar la idea planteada en párrafos anteriores.

" Los juzgadores disfrutan, de acuerdo con el Derecho Positivo Mexicano, de facultades para el señalamiento de las penas, arbitrio que no pugna con la garantía de legalidad consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, cuya parte relativa prohíbe la aplicación de pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso de que se trate, pues si el propio ordenamiento punitivo establece en forma determinada las penas, al señalar para cada delito dos términos: mínimo y máximo, hace posible la adaptación de la norma a cada caso, teniendo en cuenta las notas diferenciales del delito y las peculiaridades del delincuente, pero bajo el imperio de una ley común. Por otra parte, complementa el arbitrio judicial con las instituciones jurídico-penales de la conmutación y substitución de sanciones, la condena condicional, la libertad preparatoria y la retención."(35)

"Por mucha eficacia que se otorgue a las atenuantes y agravantes, ya sea funcionando dentro de un mínimo o un máximo de penalidad, o bien, logrando disminuir el mínimo o aumentar el máximo fijado por la ley, no podrán nunca dar el rendimiento del arbitrio judicial dentro de los mínimos y máximos señalados en aquélla, a virtud de que, en este último caso el juez puede mover con mucha mayor amplitud y libertad, al tomar en consideración todas aquellas circunstancias existentes, objetivas, subjetivas o

ambas, o de cualquier naturaleza, para imponer una adecuada penalidad." (36)

" El arbitrio judicial, ejercitado dentro de los márgenes legales, lejos de violar las garantías Constitucionales de legalidad estricta en el campo penal, entraña a no dudarlo, una excelente conquista que permite, mediante la adecuación de la sanción para cada caso concreto, el predominio de la justicia y, consecuentemente, el imperio de la seguridad y del bien común." (37)

### 3.- Artículo 266 BIS.

Encontramos problemática en la aplicación del incremento de punibilidad en la violación plurisubjetiva establecida en el primer párrafo del artículo 266 BIS, el cual a la letra dice:

"Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una mitad."

El legislador no especifica como debe ser el incremento de pena en la hipótesis establecida por el artículo 266 BIS, no indica si se tomará en cuenta solamente la pena del fundamental, solo la calificativa del equiparado o a la suma de ambas; deja al arbitrio del juzgador la aplicación de la sanción, variando considerablemente dependiendo de la interpretación que realice del precepto el Organo Jurisdiccional; ello ocasiona que se

afecte al procesado con una pena mayor o se beneficie con una sanción no adecuada a su peligrosidad.

#### 4.- Inconstitucionalidad de la Penas Corporales.

Para la víctima, sus familiares y la sociedad en general, que muestran un repudio hacia el violador, al cual consideran un ser indeseable y abyecto, la pena de prisión no es suficiente, reclaman penas más severas, penas corporales con las que el agente de alguna manera padezca en carne propia las inclemencias que impuso al pasivo, por ello, penas como la castración, azotes, mutilación, pena de muerte, entre otras, de alguna manera serían proporcionales al daño producido.

Pero no hay que olvidar que la aplicación de dichas sanciones se encuentran prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Federal, el cual establece en su primer párrafo.

" Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

La disposición anterior contempla la humanización de las penas, tratos y castigos bárbaros, crueles y trascendentales, prescribiendo específicamente, la mutilación, la infamia, las marcas, azotes, palos, tormentos de cualquier especie, así como otras penas inusitadas y trascendentales.

El párrafo transcrito, tiene como objetivo preservar la integridad y la dignidad que deben ser aseguradas a todo ser humano, máxime cuando éste se encuentra privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria, prohíbe claramente un cierto número de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas por la legislación, como las que pudieran afectar a personas distintas al inculpaado y ajenas al delito cometido.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO VI

- (1) Carrancá Y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, - p. 41
- (2) Citados por Castellanos Tena, Fernando, Linamamientos Elementales de Derecho Penal, p. 312
- (3) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, - - p. 41
- (4) Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, p. 12
- (5) Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Parte General, - -
- (6) Roxin, Claus, ob. cit., p. 12
- (7) Roder, Carlos Augusto, Doctrinas Fundamentales Relatantes sobre el Delito y la Pena y sus Anteriores Contradicciones, p. 51
- (8) Jescheck, ob. cit., p. 92
- (9) Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 509
- (10) Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, p. 15
- (11) Mezger, Edmundo, Derecho Penal, Parte General, pp. 371-372
- (12) IBIDEM, p. 41
- (13) Roxin, Claus, ob. cit., p. 15
- (14) IBIDEM
- (15) IBIDEM, p. 34
- (16) IBIDEM, p. 28
- (17) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, p. 556
- (18) Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 317
- (19) Cita de Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 18 y ss.
- (20) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, pp. 508 y ss.
- (21) Castellanos Tena Fernando, ob. cit., p. 315
- (22) Villalobos, Ignacio, 9b. cit., p. 512
- (23) De la Barrera Solórsano, Luis, Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981), Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 88-89

- (24) Puig Peña, Federico, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, - pp. 404-405
- (25) Rico, Jose María, Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea, p. 102
- (26) De la Barreda Solórsano, Luis, ob. cit., p. 90
- (27) Rico, Jose María, ob. cit., p. 105
- (28) IBIDEM, pp. 103-104
- (29) Jescheck, ob. cit., p. 110
- (30) IBIDEM, p. 108-111
- (31) Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, artículo. 84
- (32) Ornelo Calón, Eugenio, La Moderna Penología, Tomo I, p. 625
- (33) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, p. 536
- (34) IBIDEM
- (35) Delegación Universitaria Mexicana ante el Noveno Congreso Internacional de Derecho Penal, Celebrado en La Haya, Holanda, - los días 24 al 30 de agosto de 1964, en la ponencia intitulada Las Circunstancias Agravantes Diversas del Concurso de Delitos y la Reincidencia, p. 34

BREVE REFERENCIA A LAS REFORMAS Y ADICIONES EFECTUADAS A LOS ARTICULOS 265, 266 Y 266 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, PUBLICADAS EN DECRETO DE FECHA 21 DE ENERO DE 1991, EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.

El presente trabajo de tesis, contiene un análisis de los artículos 265, 266 y 266 BIS del Código Penal, conforme a las reformas y adiciones realizadas a dicho ordenamiento, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 3 de enero de 1989.

El Decreto que entró en vigor el día 22 de enero de 1991, no se tomó en cuenta en la elaboración de este estudio, por haberse concluido con anterioridad a la publicación de aquél, por tal razón, solo hacemos un breve comentario de los dispositivos penales vigentes que contienen aspectos tratados en el desarrollo del presente trabajo.

Se reformó la denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo; y del Capítulo I, del Título Decimoquinto, Libro Segundo, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para quedar como sigue:

"TITULO DECIMO QUINTO

Delitos contra la Libertad y el  
Normal Desarrollo Psicosexual"

"CAPITULO I

Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual,  
Estupro y Violación"

La expresión "delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", atiende a los bienes jurídicos protegidos y no a la naturaleza de la conducta realizada, como lo hacía la denominación: "Delitos Sexuales."

Ya el Maestro Porte Petit ha dicho con antelación: "...Delitos Sexuales; expresión totalmente impropia porque mira a la naturaleza del delito y no, como debería ser, al bien jurídico tutelado, pues es como si se denominara a los delitos contra la vida y la salud personal: delitos de sangre." (1)

Entre los delitos que dan nombre al CAPITULO I, DEL TITULO DECIMOQUINTO, se encuentra el de "Abuso Sexual", nombre que corresponde a la conducta descrita por el artículo 263 del Código Penal.

2.- Se adicionó un párrafo al artículo 265 que pasa a ser el segundo, y el que ocupaba dicho lugar, ahora es el tercero pero con incremento de sanción para quedar como sigue:

"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 los 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."

2.1) la nueva adición indica que por cópula se entiende para los efectos de este artículo, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por la vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Para nosotros (2), la "fellatio in ore" no es un verdadero acceso, no obstante, queda contemplada y sancionada de manera precisa y clara, una conducta que no se encontraba tipificada en nuestro Código Penal; independientemente de lo anterior, creemos que la ley debió decir "Para los efectos de este capítulo", en lugar de "para los efectos de este artículo", en virtud de que esta última es una expresión restringida.

2.2) La sanción del ahora tercer párrafo del artículo 265, que anteriormente era de uno a cinco años de prisión, se incrementa para quedar de tres a ocho años, pena que a nuestro juicio, aun no es proporcional a la gravedad de la conducta, ni a la temibilidad o peligrosidad social del delincuente, pero no es tan irrisoria como la anterior (en donde el activo gozaba del beneficio de la libertad provisional). La sanción señalada para este delito, por lo menos debería ser igual a la indicada en el primer párrafo del mismo dispositivo. (3)

A pesar de que este tipo de conducta se encuentra debidamente tipificada en la ley sustantiva penal - - , es un delito que debe plasmarse en un artículo independiente, donde se tome en

consideración aquellas hipótesis en donde el activo sin violencia ejecuta la conducta delictuosa sobre un menor de doce años o con una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; y si se ejerciera violencia física o moral, que el mínimo y el máximo de la pena se aumente hasta en una mitad. (4)

3.- La reforma efectuada al artículo 266 del Código Penal, retoma aspectos en su redacción, del dispositivo anterior al decreto publicado con fecha 3 de enero de 1989, obteniéndose con ello, un precepto legal claro y acorde a la realidad actual.

De este precepto destaca lo siguiente:

3.1) Nuevamente se agrega la leyenda "Se equipara a la violación"; no dando lugar a que se piense que la conducta señalada, amplía la descripción típica del artículo 265.

3.2) Las fracciones I y II del artículo en estudio, establecen las modalidades del delito, de acuerdo a los estados de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo, como lo es el realizar el ilícito penal sin violencia sobre un infante menor de 12 años de edad, o que el pasivo se encuentre en estados de inconsciencia que le privan de la facultad de conocer, comprender el significado del hecho, o que no pueda resistirlo por alguna causa. (5)

3.3) Se establece una calificativa de incremento en el mínimo y el máximo de la pena en una mitad, cuando se emplee en la comisión la violencia.

Consideramos que el mínimo y el máximo de la sanción establecida para la calificativa, debe incrementarse "hasta una mitad", en virtud de que ni las penas ni su incremento debe estar preestablecido de manera fija para cada tipo penal, ya que debe oscilar entre un máximo y un mínimo, dejando que el quantum sea fijado por el poder discrecional del juzgador en cada caso concreto.

4.- Las circunstancias que agravan la pena en los delitos de violación y abuso sexual, se encuentran plasmadas en el artículo 266 BIS, que actualmente reza:

"Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o mas personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada".

4.1) El artículo transcrito con antelación, establece aumento hasta de una mitad en las penas establecidas para el abuso sexual y la violación (tanto propia como equiparada), cuando se presente cualquiera de las hipótesis enumeradas en sus fracciones, sanción que anteriormente solo correspondía a la violación plurisubjetiva; para los restantes supuestos establecidos en el mismo dispositivo, además de las sanciones que señalaban los artículos que antecedían, se imponía de seis meses a dos años de prisión.

4.2) La pena en los delitos de abuso sexual y violación, aumenta hasta en una mitad de la señalada, cuando la conducta delictuosa se comete por la persona que "tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada"; dicha hipótesis no era establecida en el precepto anterior a la reforma vigente, tampoco se contemplaba que la

acción se efectuara por "el hermano contra su colateral", como ahora lo establece la fracción II del mismo precepto legal.

4.3) Continúa presente el problema de aplicación del incremento de pena en la violación cuando se realiza alguna de las hipótesis establecidas por el artículo 266 BIS del Ordenamiento Penal Vigente , ya que este dispositivo no especifica si para el incremento de pena se tomará en cuenta solamente la pena del fundamental o la suma de ésta y la calificativa del equiparado; deja al arbitrio del juzgador la aplicación de la sanción, que varía dependiendo de la interpretación que realice del precepto el Organo Jurisdiccional, lo cual provoca que se afecte al procesado con una pena mayor o se beneficie con una sanción no adecuada a su peligrosidad.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DE LA BREVE REFERENCIA A LAS REFORMAS Y -  
ADICIONES EFECTUADAS A LOS ARTICULOS 265, 266 Y 266 BIS DEL -  
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO CO-  
MUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, PU -  
BLICADAS EN DECRETO DE FECHA 21 DE ENERO DE 1991, EN EL DIARIO  
OFICIAL DE LA FEDERACION

- (1) Porte Petit C., Celestino, Ensayo Dogmatico Sobre el Delito de Violación,
- (2) Véase, Capitulo II
- (3) Véase, Capitulo VI
- (4) IBIDEM
- (5) IBIDEM

## CONCLUSIONES

1.- El Derecho Penal entendido como el conjunto de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas, es uno de los mecanismos sociales cuyo fin es el obtener de los individuos determinados comportamientos en la vida social, procura alcanzar sus fines calificando ciertos comportamientos como indeseables y amenaza con sanciones la realización de esos comportamientos, cumpliendo así, junto con otros ordenamientos normativos, una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, es una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro del sistema social y que es calificado de tal, por los órganos legislativos con competencia para ello. De esta manera, el Derecho Penal es uno de los instrumentos que posee el Estado, como solución extrema de organización en distintas instancias de control social.

La teoría del delito es la construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay o no delito en cada caso concreto.

2.- Delito es toda acción humana típica, antijurídica, culpable y punible, cuyos elementos integradores son: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y en ocasiones las condiciones objetivas de punibilidad.

3.- La violación constituye el más grave de los delitos sexuales. El primer párrafo del artículo 265 del Código Penal, contiene la descripción típica de la violación propia: "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."

Los elementos constitutivos de este ilícito penal son: a) La cópula, en persona de cualquier sexo; b) Ausencia de voluntad del sujeto pasivo de la infracción, y c) Los medios empleados por el agente para la consumación del delito, siendo éstos: La vis absoluta o la vis compulsiva.

4.- La violación se consuma en el mismo instante en que se produce la introducción aunque fuere incompleta del miembro viril en el orificio vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la inmisio seminis, ni en la cópula normal, que se produzca la rotura del himen o desfloramiento.

5.- La cópula entre cónyuges no configura el delito de violación, ya que el sujeto activo tiene derecho a la cópula aún cuando exista abuso de ese derecho, dando lugar en todo caso, a un tipo penal diverso. El matrimonio limita la libertad sexual de los cónyuges por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, en virtud de existir una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y, consecuentemente, cuando uno de ellos realiza la cópula empleando violencia física o moral, no ataca la libertad sexual porque ésta

no existe en razón del matrimonio, no tipificándose en tal circunstancia el delito de violación.

No se configura este delito cuando uno de los cónyuges padezca alguna enfermedad que puede implicar un peligro para la salud de la esposa o de los descendientes, en atención a que en esta situación, no se lesiona la libertad sexual del cónyuge, que no existe frente al otro, sino un bien jurídico diferente: la salud.

6.- La violación entre cónyuges se presenta, cuando el marido impone con violencia la cópula anormal, o cuando éste efectúe la conjunción, en presencia de otras personas.

7.- La conducta descrita por el párrafo tercero del dispositivo 265 del Código Penal, integra un delito diverso al de violación por la ausencia del elemento cópula, constituye modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus propios elementos constitutivos,

8.- La consumación en los delitos de violación surge o - - aparece al iniciarse la conducta delictuosa, la cual principia con la penetración aunque fuere en forma parcial (no se requiere que sea completa ni perfecta), del miembro viril o de un objeto o instrumento distinto de aquél, por vía anal o vaginal (en el caso de la violación, además por la vía oral), a su víctima, aprovechándose de las circunstancias en que se encuentra ésta, o empleando los medios descritos en el tipo.

9.- Existe tentativa cuando el agente ejecuta en su víctima una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del ilícito y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del pasivo. El delito frustrado o tentativa perfecta, no se da en el delito de violación ya que cuando principia la penetración, se realiza el resultado, aunque la cópula o la introducción de un objeto o instrumento distinto al miembro viril en la cavidad anal o vaginal de la víctima, no sea completa, por lo tanto, aparece la consumación y no la tentativa.

10.- Los distintos tipos de violación pueden concurrir con delitos como: el homicidio, lesiones graves provocadas por la violencia empleada o provenientes del contagio de enfermedades sexuales. Habrá concurso entre violación y corrupción de menores, cuando además del ayuntamiento carnal se realicen actos aberrantes desde el punto de vista sexual como lo es, el imponer a un menor de 12 años la cópula, sea ésta anormal o normal y que sea obligado además, a reiteradas fornicaciones por dos activos. La violación y las amenazas concurren cuando después de la cópula violenta, el activo amenaza a su víctima con un mal grave, si menciona lo ocurrido a su familia o a las autoridades, reprimiéndola y atemorizándola en diversas ocasiones.

Los delitos de incesto y atentados al pudor, no concurren con el de violación.

11.- Cuando la violación o el abuso sexual se cometen con la intervención directa e inmediata de varios partícipes, la pena se agrava en virtud de la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque de tal magnitud.

Lo anterior tiene una base objetiva apoyada en el hecho de la intervención directa e inmediata de una pluralidad de individuos, cayendo dentro de este supuesto, los sujetos que físicamente realizan la conducta delictuosa. los que toman parte necesaria en los actos ejecutivos y los autores intelectuales.

12.- La implantación de un sistema penal finalista en nuestro país, proviene de una evolución jurídico-penal que ha llevado al Estado a actuar en contra del delito y el delincuente, no únicamente a través de la represión sino también a partir de la prevención del delito.

13.- Los fines de la pena, que son la prevención general y la prevención especial del delito, tienen una esencia previsionista, pero antes bien, influenciada de un sistema retribucionista, que sigue siendo la medida y límite para la prevención del delito.

14.- Llegar a lograr la prevención general del delito, es el noble ideal de todos los Estados de Derecho, no sin antes verse impedidos por las dificultades que presenta el propio discernimiento de la conducta del hombre, que es en todo su conjunto voluntad y libertad.

15.- Los diversos principios establecidos por la prevención general, retribución y prevención especial, tienen un origen teórico diferente, pero ello no implica que deban excluirse para lograr la sistematización de Derecho Penal, no como simple unión de ideas, sino en razón de principios evidentemente establecidos; por tanto, no es conveniente excluir alguna teoría ya que todas conservan verdades parciales.

Si se llegara a la aplicación de alguna teoría en particular, verbigracia, la teoría penal de la Defensa Social, se caería en el error de penar a todos los delincuentes en virtud de la realización del fin de protección social en contra del delito, sin considerar su persona y dignidad, lo cual identifica a los sistemas de gobierno totalitarios o dictatoriales.

16.- El equilibrio entre las diversas alternativas de actuación del Estado en contra del delito y el delincuente, debe lograrse tomando en consideración los principios fundamentales del Derecho Penal; para no llegar a la aplicación de penas inhumanas, ni al formulismo retribucionista; ni a la impunidad desvinculante, entre conducta delictiva y pena.

El equilibrio entre retribución y prevención del delito, marcan, dentro de la realidad social, la buena o mala actuación del poder público en cuanto que, de él depende la conservación y restablecimiento del orden jurídico para la realización de la paz social.

17.- La lucha contra la violación en el terreno legal, no debe ser únicamente el incremento de sanciones, se requiere implantar políticas conducentes a la orientación y educación sexual del país, más que castigar debe prevenir.

El Estado ha de establecer las condiciones óptimas para el desarrollo personal de los ciudadanos, velar por su seguridad para que éstos logren su autorealización, pero corresponde al gobierno colaborar con él, uniendo su fuerza y entusiasmo para obtener juntos, el resultado querido, ya que la existencia de una pena elevada no suele conllevar los efectos de prevención general que serían de esperar.

18.- El sexo es objeto de investigaciones científicas profundas, de explotación publicitaria, se le encuentra en innumerables anuncios e incluso, es aplicado en la llamada comunicación subliminal.

19.- Con fecha 21 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto que reforma y adiciona los artículos 265, 266 y 266 BIS del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

20.- Se reformó la denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo; y del Capítulo I, del Título Decimoquinto, Libro Segundo, del Código Penal para quedar como sigue:

"TITULO DECIMOQUINTO

Delitos contra la Libertad y el  
Normal Desarrollo Psicosexual"

"CAPITULO I

Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual,  
Estupro y Violación"

La denominación "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", atiende a los bienes jurídicos protegidos y no a la naturaleza de la conducta realizada, como lo hacía la expresión "Delitos Sexuales"

21.- Entre los delitos que dan nombre al Capítulo I, del Título Decimoquinto, se encuentra el de "violación", denominación que corresponde a la conducta descrita por el tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal.

22.- Se adicinó un párrafo al artículo 265 que pasa a ser el segundo, y el que ocupaba dicho lugar, ahora es el tercero con incremento de sanción.

En la nueva adición se establece que: "para los 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"

23.- Para nosotros, la "fellatio in ore" no constituye un verdadero acceso; basta afirmar que éste, debe realizarse por los esfínteres para quitarle a este tipo de conductas, tal calidad.

No obstante, queda contemplada y sancionada de manera precisa y clara, una conducta que no se encontraba tipificada en nuestro Código Penal. Independientemente de lo anterior, creemos que la ley debió decir "para los efectos de este capítulo", en lugar de "para los efectos de este artículo", en virtud de que esta última es una expresión restringida.

24.- La punibilidad del ahora tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal, que anteriormente era de uno a cinco años de prisión, se incrementa para quedar de tres a ocho años, pena que a nuestro juicio, no es proporcional a la gravedad y naturaleza del delito, ni a la temibilidad o peligrosidad social del delincuente, pero por lo menos, no es tan irrisoria como la anterior (en donde el activo gozaba del beneficio de la libertad provisional).

25.- La introducción de un objeto o instrumento distinto al miembro viril por la vía anal o vaginal, causa en la víctima lesiones físicas severas y traumas psicológicos, en ocasiones de carácter irreversible, toda vez que su cuerpo fué escogido para realizar conductas tan aberrantes que quizá en su mente, jamás tuvieron cabida, sufriendo la máxima humillación que pudiera recibir persona alguna. Es por ello que la punibilidad señalada para este precepto legal, por lo menos debería ser igual a la señalada en el primer párrafo del artículo 265 del Código Penal.

26.- El tipo penal del párrafo tercero del artículo 265 del Código Sustantivo, señala como medio comisivo la violencia, sea

ésta física o moral, hipótesis en la que no encuadran los menores de 12 años de edad que otorgan su consentimiento, ni aquellas personas que por cualquier causa, no puedan resistir la conducta criminal.

Se requiere que dichas hipótesis queden establecidas en forma específica en el Código Penal en un artículo especial, donde se tome en consideración para la punibilidad, la gravedad y naturaleza del delito, el desamparo en que se encuentran las víctimas de tales agresiones así como el incremento de sanción hasta una mitad más de la señalada, cuando se cometa con violencia.

27.- La reforma efectuada al artículo 266 del Código Penal, retoma aspectos en su redacción, del dispositivo anterior al decreto publicado con fecha 3 de enero de 1991, obteniéndose con ello, un precepto legal claro y acorde a la realidad actual, el cual otorga protección especial a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual por encontrarse en determinadas situaciones especiales, se hayan más desprotegidos que el resto de la comunidad, razón por la cual se establece una calificativa de incremento en el mínimo y el máximo de la pena en una mitad, cuando se emplee en la comisión violencia.

28.- Consideramos que el mínimo y el máximo de la sanción establecida para la calificativa, debe incrementarse "hasta una mitad", en virtud de que ni las penas ni su incremento deben estar preestablecidas de manera fija para cada tipo penal, deben

oscilar entre un máximo y un mínimo dejando que el quantum sea fijado por el poder discrecional del juzgador, quién debe atender a las circunstancias exteriores de ejecución del delito y a las peculiares del delincuente. Al establecerse que "la pena se aumentará en una mitad", se deja a un lado el llamado arbitrio judicial.

29.- Nuevamente se agrega al precepto 266 la leyenda: "Se equipara a la violación", con ello no se da lugar a que se piense que la conducta descrita, amplía la descripción típica del artículo 265. El artículo en estudio establece en sus fracciones I y II, las modalidades del delito de acuerdo a los estados de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo, como lo es el realizar el ilícito penal sin violencia sobre un infante menor de 12 años de edad, o que el pasivo se encuentre en estados de inconsciencia que le privan de la facultad de conocer, comprender el significado del hecho, o que no pueda resistirlo por alguna causa.

30.- Las circunstancias que agravan la pena en los delitos de violación y abuso sexual, se encuentran plasmadas en el artículo 266 BIS del Código Penal, el cual establece incremento hasta de una mitad en las penas señaladas para el abuso sexual y la violación (tanto propia como equiparada), cuando se presente cualquiera de las hipótesis enumeradas en sus fracciones, sanción que anteriormente solo correspondía a la violación plurisubjetiva; para los restantes supuestos establecidos en el mismo dispositivo, además de las sanciones indicadas en los

artículos que antecedían, se imponía de seis a dos años de prisión.

31.- La pena en los delitos de abuso sexual y de violación, aumenta hasta en una mitad de la señalada, cuando la conducta delictuosa se ejecuta por la persona que "tiene al ofendo bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en el depositada"; dicha hipótesis no se encontraba tipificada en el precepto anterior a la reforma, donde tampoco se contempló, que la acción se efectuara por "el hermano contra su colateral", como ahora lo establece la fracción II del mismo precepto legal.

32.- Aparece problemática en la aplicación del incremento de punibilidad en la violación cuando se realiza alguna de las hipótesis establecidas por el artículo 266 BIS del Ordenamiento Penal, ya que este dispositivo no especifica si para el incremento de pena se tomará en cuenta solamente la pena del fundamental, o la suma de ésta y la calificativa del equiparado, deja al arbitrio del juzgador la aplicación de la sanción, la cual varía considerablemente dependiendo de la interpretación que realice del precepto el Organo Jurisdiccional, lo cual provoca que se afecte al procesado con una pena mayor o se beneficie con una sanción no adecuada a su peligrosidad.

33.- La aplicación de penas corporales queda prohibida por el artículo 22 de la Constitución Federal, toda vez que dicho ordenamiento tiene objetivo preservar la integridad y dignidad que debe ser asegurada a todo ser humano; prohíbe claramente, un

cierto número de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Achaval, Alfredo, Delito de Violación, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires
- 2.- Anales de Jurisprudencia XIII, México
- 3.- Anales de Jurisprudencia Tomo V, núm. 1
- 4.- Anales de Jurisprudencia XXXIV, México
- 5.- Anales de Jurisprudencia LXXXIII, Segunda época
- 6.- Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974
- 7.- Boletín de Información Judicial, Año XIV, México, D.F., 2 de enero de 1959, núm. 137
- 8.- Carrancá y Trujillo, Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989
- 9.- Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Editorial - Porrúa, S.A., México, 1976
- 10.- Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Vol. 1, 2da. Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1953
- 11.- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 20a. Edición, Editorial, Porrúa, México, 1984
- 12.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, - Vol. primero, 16a. Edición, Editorial BOSCH, Barcelona, S.A.
- 13.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial- Vol. 2, Revisado por Cesar Camargo Hernandez, 9a. Edición, Editorial BOSCH, Barcelona
- 14.- Cuello Calón, Eugenio, La Moderna Penología, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959
- 15.- De la Barreda Solórsano, Luis, Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981), UNAM., México 1982
- 16.- De P. Moreno, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, De los Delitos en Particular, Editorial Porrúa, México 1968
- 17.- Frías Caballero, El Proceso Ejecutivo del Delito, 2a. Edición- Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956

- 18.- Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1969
- 19.- Fontán Balestra, Carlos, Delitos Sexuales, 2a. edición, Editorial Arayu, Buenos Aires, 1973
- 20.- Garona, José Ignacio, El Delito de Violación, Editorial Lener, Buenos Aires, 1971
- 21.- Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, I, Buenos Aires, -- 1939
- 22.- Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, III, Buenos Aires, -- 1940
- 23.- González Blanco, Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México 1979
- 24.- González de la Vega, Francisco, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa.
- 25.- González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1984
- 26.- J.J. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Parte General tr. española de S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde, 2a. edición, -- Barcelona, 1981
- 27.- Jiménez de Agúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980
- 28.- Jiménez de Agúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 3a.- edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires,
- 29.- Jiménez de Agúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, editorial Losada, Buenos Aires, 1963
- 30.- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1980
- 31.- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, La Tutela Penal del Honor y de la Libertad Sexual, Tomo III, 2a. Edición, Editorial Porrúa
- 32.- Klein, Julio, Ensayo de una Teoría Jurídica de Derecho Penal - Mexicano,
- 33.- List, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial - Reus, S.A., Madrid, 1926
- 34.- Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. IV, 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1955

- 35.- Manzini, Delitos Contra la Libertad y el Honor Sexuales, trad. de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá
- 36.- Martínez Z., Lisandro, Derecho Penal Sexual, 2a. edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1977
- 37.- Mezger, Edmundo, Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, S.A.
- 38.- Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial - Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955
- 39.- Moras Hom. Jorge R., Los Delitos de Violación y Corrupción
- 40.- Novoa Montreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General, 2a. edición, Editorial Jurídica de Chile, 1966
- 41.- Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho
- 42.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1982
- 43.- Pereira de Olazábal, Gonzalo, El Delito de Violación en Revista de Derecho Penal y Criminología, Núm. 2, Buenos Aires, 1969
- 44.- Pescina, Enrique, Elementos de Derecho Penal, trad. del italiano por Hilarión González del Castillo, Editorial Reus, S.A., - Madrid, 1956
- 45.- Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987
- 46.- Porte Petit Candaudap, Celestino, Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación, Editorial Porrúa, México, 1980
- 47.- Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática-Jurídica Penal, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1954
- 48.- Puig Peña, Federico, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, -- Ediciones Nauta, S.A., Madrid, 1959
- 49.- Ramos, Juan P., Curso de Derecho Penal Sexual, 2a. edición, - Tomo V, Buenos Aires, 1945
- 50.- Rico, José María, Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea, 2a. edición, Siglo XXI, Editoriales, S.A México, 1982
- 51.- Röder, Carlos Augusto, Doctrinas Fundamentales Reinantes Sobre el Delito y La Pena y sus Anteriores Contradicciones, trad. -- alemana, 5a. edición, Librería de Vistoriano Suárez, Madrid, - 1976
- 52.- Roxin, Claus, Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. espa -

ñola de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1976

- 53.- Semanario Judicial de la Federación XII, Sexta época, Segunda-Parte
- 54.- Semanario Judicial de la Federación XVI, Sexta época, Segunda-Parte
- 55.- Semanario Judicial de la Federación XVIII, Segunda Parte
- 56.- Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Segunda -- Parte, Volumen 18
- 57.- Semanario Judicial de la Federación, XX, Sexta época, Segunda-Parte
- 58.- Semanario Judicial de la Federación, XXIV, Sexta época, Segunda Parte
- 59.- Semanario Judicial de la Federación XXV, Quinta época
- 60.- Semanario Judicial de la Federación XXV, Sexta época
- 61.- Semanario Judicial de la Federación XXXIII, Sexta época, Segunda Parte
- 62.- Semanario Judicial de la Federación XLIII, Sexta época, Segunda Parte
- 63.- Semanario Judicial de la Federación LX, Quinta época
- 64.- Semanario Judicial de la Federación LXXX, Quinta época
- 65.- Semanario Judicial de la Federación LXXXIV, Segunda Parte
- 66.- Semanario Judicial de la Federación LXXXIV, Tercera Parte
- 67.- Semanario Judicial de la Federación CV, Quinta época
- 68.- Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Cfr. Informe de 1944
- 69.- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, 3a. edición, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1956
- 70.- URE, Ernesto J., Los delitos de Violación y Estupro, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952
- 71.- Vela Treviño, Sergio, La Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1954