

569  
2ej



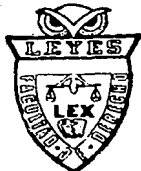
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO JURIDICO SUSTANCIAL DEL DELITO DE  
VIOLACION A LA LUZ DE LA TEORIA  
TETRATOMICA"

**T E S I S**

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



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



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

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

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

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

# I N D I C E

Introducción .....	1
--------------------	---

## CAPITULO I

### ASPECTO HISTORICO

Derecho Universal .....	4
Derecho Histórico Español .....	7
Derecho Mexicano .....	10

## CAPITULO II

### GENERALIDADES SOBRE EL DELITO

Concepto y Definición .....	13
Teoría Análítica y Totalizadora .....	16
Sus Elementos .....	18
A) La Conducta .....	19
B) La Típicidad .....	21
C) La Antijuridicidad .....	26
D) La Imputabilidad .....	26
E) La Culpabilidad .....	29

F) Condicionalidad Objetiva .....	33
G) Punibilidad .....	38
Teoría Tetratómica .....	40

### CAPITULO III

#### LA CONDUCTA EN LA VIOLACION

Concepto .....	42
Elementos de la Conducta .....	47
Formas de la Conducta .....	50
Su Aspecto Negativo .....	56

### CAPITULO IV

#### LA ANTIJURICIDAD EN LA VIOLACION

Concepto .....	60
Causas de Justificación en General .....	69
Causas de Licitud .....	77

### CAPITULO V

#### LA CULPABILIDAD EN LA VIOLACION

Concepto .....	79
----------------	----

Teoría Psicologista .....	81
Teoría Normativa .....	83
El Dolo .....	89
La Culpa .....	92
Preterintencionalidad .....	97

#### CAPITULO VI

La Penalidad .....	100
Consecuencias del delito .....	103
CONCLUSIONES .....	106
BIBLIOGRAFIA .....	108

## INTRODUCCION

El incremento alarmante de los ilícitos que afectan a la seguridad y libertad sexual y que repercuten en las relaciones intrafamiliares, dieron por resultado que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal mediante acuerdo No.- A/021/89 designara cuatro agentes del Ministerio Público especiales del sexo femenino para la atención de los delitos sexuales de violación y atentados al pudor, entrando en vigor - el día 18 de abril de 1989.

Las razones a las que atendió dicho acuerdo se deben a que antes se enfrentaba la víctima a un medio hostil, como era el - que la atendiera una persona del sexo masculino, y esto provocaba en ella una situación más grave con respecto a la agresión que había sufrido, lo que se determino con esto que fueran atendidos por personas del sexo femenino, especializandolo y creando un consejo técnico para la atención de las víctimas; de esta forma cuentan con una trabajadora social, una -- psicóloga a sus ordenes, y la persona que lo declara lo hace en un privado donde queda aislada para que pueda rendir su de claración. Lo que antes llegaba como cualquier gente a la

barandilla se anotaba e inmediatamente era pasada a declarar ante cualquier persona, por lo que practicamente el pudor de las personas quedaba a un lado, aparte de que se veía cohibida la persona porque comentarle a otro hombre lo sucedido - después de lo que había pasado, por supuesto que era para la víctima practicamente inhibitorio.

Actualmente todos estos delitos son canalizados a las agencias especializadas para delitos sexuales; incluso el doctor que practica el certificado ginecológico y proctológico también son del sexo femenino. Teniendo así que al sujeto pasivo se le brinda la confianza para que pueda manifestarse - con toda amplitud, respecto de lo sucedido.

Sin embargo, por otra parte nos enfrentamos a una situación real y es como dijo un eminente jurista, ninguna acusación - es más fácil de hacer que la de la violación, ni existe proceso en que la inocencia del acusado sea más difícil de probar.

Para realizar un estudio certero de la figura que pretendemos analizar coincido con el maestro Porte Petit, en que los

delitos en especial deben estudiarse aplicando la teoría del delito, ya que de lo contrario no podría conocerse la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática.



## CAPITULO I : ASPECTO HISTORICO

## DERECHO UNIVERSAL

En la evolución histórica del Derecho Penal, la violación va confundida con otros delitos afines, tales como los abusos - deshonestos y el rapto. El concepto genérico que agrupa el de las tres especies es común a todos los pueblos antiguos - y solo varía en orden a la pena.

En Egipto, según Diodora Sículo, se imponía la castración; y entre el Pueblo Hebreo, muerte o multa, según la condición - de casada o soltera de la mujer ( DEUTERONOMIO 25, XXII ).

En la India, El Manava-Dharma-Sastra o Código de Manú imponía pena corporal al que violentara a una mujer, aclarando - que no era culpable si la gozaba con su consentimiento y era de su misma clase.

En Grecia, primeramente el castigo era una multa, y después el culpable era obligado a casarse con la mujer, si ella consentía, y si no consentía era condenado a muerte; mas como el número de delitos impunes era grande por la piedad de las mujeres que aceptaban el matrimonio, hubo de abolirse --

éste, dejando solo subsistente la pena capital. Es de notar que se castigaba tanto la violación de la mujer libre como de esclava, hallándose esta última especialmente protegida por una ley de Solón.

El Derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, su Derecho la desconocía como figura propia; aunque un delito así, la violación de Lucrecia por Tarquino, imprimió nuevo rumbo a la vida política de Roma, sancionándola como especie de los delitos de coacción y a veces de injuria con la "LEX JULIA DE VIS PUBLICA". "VIS" es el poder, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constrñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o lo que es lo mismo, por miedo (metos), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con la pena capital el "STUPRUM VIOLENTUM".

El Derecho Canónico consideró el delito de violación tan solo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en una mujer ya desflorada no podía cometerse dicho delito.

En cuanto a la penalidad canónica que era la prescrita para la "FORNICATIO" no se sintió la necesidad de su aplicación - por reprimirse la violación por los Tribunales laicos con la pena de muerte.

A principios de la Edad Moderna culmina la evolución legislativa del concepto de violación, aunque aún no se desglosa el género de la especie. Una Ley Sajona de 1588, al disponer que en las relaciones sexuales ilegítimas no se castigue a la mujer cuando hubiere mediado violencia, afirma ésta como esencia de la violación, y la Constitución Carolina, en su capítulo CXXV impone la pena de muerte "al que tomare a una mujer casada, viuda o joven de buena fama, por la violencia y contra su voluntad, su honor de joven o de mujer".

La Carolina no tuvo, en realidad un vigor efectivo, pues tanto el Derecho Consuetudinario como el poder de los grandes señores dificultaban su aplicación, más a pesar de ello, su precepto sobre la violación pasó después a la Theresiana y al Código Josefino e inspiró a un práctico de la época, Carp zovio, un cuerpo de interesante doctrina en el que aparece ya el concepto de violencia presunta.

## DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.

En el Fuero Juzgo, libro III, Titulo V, se regula el delito de violación, castigando al "forzador" con cien azotes y entrega a la esclavitud de la mujer ofendida, si es hombre libre, si era siervo, como ya no podia caer en la esclavitud - era quemado. El matrimonio entre ofensor y ofendida no era permitido, hasta el extremo de quedar siervos los que lo contraían, con toda su hacienda, de los herederos mas propin---cuos.

El libro II, Titulo II, del Fuero Viejo de Castilla, bajo la rubrica general "de los que fuerzan las mujeres", desarrolla sucesivamente tres leyes, tratando en la primera del rapto y en las dos siguientes de la violación, castigando al culpa--ble con la muerte e imponiendo a las mujeres una serie de condiciones un tanto indecorosas, con que habian de proceder en sus querellas para ser creidas. Si el culpable no era ha--llado, la mujer recibia 300 sueldos.

Por una cita contenida en la segunda de las citadas leyes de dúcese que los preceptos legales, tan severos eran rigurosa-

mente observados en la práctica, toda vez que se nos cuenta que en casa de Alfonso X, siendo todavía Príncipe se juzgó y condenó a la amputación de la mano derecha y luego a ser ahorcado a un hombre de Castro Urdiales que había forzado a una moza quebrantando toda su naturaleza con la mano.

Las cuatro primeras Leyes del Título X del Libro IV del Fuero Real estan dedicadas a los que "hurtan, roban o engañan a las mujeres", y tratan conjuntamente del rapto y de la violación imponiendo pena de muerte a la cometida en persona de mujer soltera; a la cometida con el concurso simultáneo de dos o más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer, y la de cualquier religiosa profesas; si la mujer raptada por varios era violada por uno solo, los demas satisfacian solo una pena pecuniaria que se distribuía por mitad entre la ofendida y la Cámara del Rey.

Las Leyes 121 y 122 del Estilo castigaban la violación con la muerte y bastaba para condenar al hombre con que la mujer saliera de la casa desgreñada y proclamando su desgracia, si el hombre era hallado en el interior de aquélla.

las Partidas dedican de su contenido la Ley 3a. del Título - XX de la Partida VII, a la violación, involucrando su concepto con el del rapto, pues dicen que se comete "robando algunos hombres alguna mujer viuda de buena fama, o virgen o casada, o religiosa, o yaciendo con alguna de ellas por fuerza", imponían al culpable la pena de muerte, acompañada de - la confiscación de bienes en favor de la ofendida, en caso - de que esta no gozara de buena fama, la pena quedaba al arbitro del juez, el cual había de considerar quién era la víctima, quién el culpable y circunstancias que rodearan el hecho.

El espíritu del Fuero Juzgo respecto a rechazar el perdón en forma de matrimonio trasciende a las Partidas, pues la confiscación de bienes en favor de la ofendida se convierte en beneficio del padre o de la madre cuando contraen matrimonio el forzador y la forzada, y, en caso de que los padres consintieren, pasan entonces los bienes a la Cámara del Rey.

En las recopilaciones se confunden también el rapto y la víclación, mas se suavizan las penas, imponiendo la privación - de la libertad en lugar de la muerte.

En el Código Penal de 1822 la violación no aparece aun deslindada del rapto y diferenciada de los abusos deshonestos; se equipara por primera vez en España el abuso sobre el niño o niña impúber a la violación; se fomenta la pena si a resultas de la violación sufre la mujer daño en su integridad física o si es casada, y se disminuye si es prostituta.

## DERECHO MEXICANO

El Derecho Precortesiano carecía obviamente, de la técnica - necesaria para sistematizar los delitos sexuales. En un - trabajo de Lucio Mendieta y Nuñez hallamos algunas referen- cias al castigo de esta clase de hechos. Se sanciona el es- tupro, el incesto, la alcahuetería, la pederastia. La figu- ra de violación con los elementos que hoy se perfila, no figu- raba. Derecho Precolonial. Criminalia, Junio de 1939.

Se ha dicho reiteradamente que el Código Penal de 1871 tomó como ejemplo proximo al Español de 1870. Esta afirmación - no es exacta con relación al delito de violación, cuya confi- guración, al no diferenciar el sexo del sujeto pasivo, que - la ley española extiende unicamente a la mujer, denota mas - bien la influencia italiana.

El Código Penal de 1929 describía y sancionaba en el Título XIII, del Libro III, la violación, bajo el rubro de delitos contra la libertad sexual. Como se advierte, la confusión característica del Código de 1871, con relación al Bien Ju- rídico, se aclara en el de 1929.



El de 1931 incluye la violación bajo el rubro de delitos sexuales, rubro que es a todas luces, inexacto, puesto que si bien es cierto que el momento consumativo de los delitos incluidos en dicho rubro consiste en una conducta sexual (salvo el rapto) los bienes jurídicos tutelados por cada uno de ellos son diferentes.

## CAPITULO II : GENERALIDADES SOBRE EL DELITO

## 1. CONCEPTO Y DEFINICION.

Siempre se ha tenido como base primordial en todo Orden Jurídico Positivo Moderno, el que al ver un delito como tal, se tenga en cuenta el dogma de la legalidad, de que nadie puede ser castigado sino por los hechos que la ley precisamente ha definido como delitos, ni con otras penas que las que en ella se han establecido, y así se dice: "Nullum crimen nulla poena sine lege".

Han sido muchas y diversas las definiciones que se han dado de delito, ya desde el punto de vista filosófico, ya jurídico, ya sociológico, pero principalmente influidas con el pensamiento imperante de la época, ya que el derecho como la religión o la cultura, no puede sustraerse a la ideología propia de una época.

Por su parte, el Profesor Francisco Pavón Vasconcelos dice:-  
"El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus preciosos fundamentos en las relaciones necesarias -

surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético - social y su especial estimación legislativa". 1). Por lo que encontramos tantas definiciones como cambios ideológicos fué teniendo la sociedad.

Francisco Antolisei nos dice: "Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador contrasta con los fines - del estado y exige una pena criminal como sanción". 2).

Franz Von Liszt, penalista Aleman, sostuvo que "El delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas, - por lo que lo define como un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena". 3), a semejanza del crite--

- 
- 1) Pavón Vasconcelos Francisco. Nociones del Derecho Penal Mexicano, - p. 139, 2da. Edición. Porrúa, México 1961.
  - 2) Antolisei Francisco. Manual de Derecho Penal, p. 129, Parte General. Hispano Americana, Uthnea. Argentina, Buenos Aires, 1960.
  - 3) Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 263. Edit. Reus. Madrid, 1926.

rio de Edmundo Mezger quien lo considera una acci3n tipica--  
mente antijurfdica y culpable.

En nuestra actual ligislaci3n la encontramos plasmada en el  
Articulo 7 del C3digo Penal para el Distrito Federal que lo  
define como "El acto u omisi3n que sancionan las leyes pena-  
les". Y continua clasific3ndolos teniendo as3 los instanta  
neos que se agota en el momento de su consumaci3n; los perma  
nentes o continuos cuando la consumaci3n se prolonga en el -  
tiempo y continuado, cuando con unidad de prop3sito delicti-  
vo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto lee-  
gal.

## 2. TEORIA ANALITICA Y TOTALIZADORA

Los sistemas más importantes para el estudio del delito, se han considerado principalmente; el primero desde el punto de vista formal, y el segundo, desde un punto de vista substancial. Haré una breve referencia a la noción formal del delito, que no es otra que la que suministra la ley positiva - mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, ya que formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal,4), sin embargo no penetra en la verdadera naturaleza del delito por no hacer referencia a su contenido.

Ahora bien, dentro del estudio jurídico substancial son dos los sistemas que realizan el estudio del delito:

El unitario o totalizador.

El atomizador o analítico.

---

4) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales del Derecho Penal. p. 128, Edit. Porrúa, México, 1977.

Según la corriente totalizadora, el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble afiliados a esta doctrina, el delito es - como un bloque monolítico, el cual, puede presentar aspectos diversos, pero no puede fraccionarse ya que la esencia del delito no esta en cada uno de sus componentes o en su suma - sino en el todo como unidad.

El sistema atomizador o analítico estudia el delito por sus elementos constitutivos, o sea, realizando el estudio de cada una de las partes, lo que nos permite entender el todo como conjunto, sin que al desmembrarlo, necesariamente desconozcamos su esencia como unidad. Considerando la conexión indisoluble entre ellos, los defensores de este sistema recuerdan a Petrocelli quien afirmó que el análisis no es la negación de la unidad sino el medio para realizarla. Dentro de esta teoría, existen diversas corrientes que consideran al delito, con diversos números de elementos constitutivos, y que van desde la teoría bitómica hasta la heptatómica, los cuales pueden formarse con elementos diferentes.

### 3. SUS ELEMENTOS.

En general cuando hablamos de elemento, comprendemos a este como una parte de un todo, parte necesaria para que algo tenga existencia.

Antolisei afirma que " Elemento significa la condición necesaria para la existencia de un fenómeno". 5). Por nuestra parte diremos que elemento del delito es todo componente indispensable para la existencia del delito en general o en especial.

En base al sistema de Jiménez de Asúa, y tomando en cuenta también la clasificación de los aspectos negativos de Guillermo Sauer, de acuerdo con el método aristotélico, Sic et non, dentro lo que es el delito, a lo que no lo es; encontramos la siguiente clasificación:

---

5) Antolisei, Francisco. op.cit. p. 165.

## ASPECTOS POSITIVOS

## ASPECTOS NEGATIVOS

A) Actividad	Falta de acción
B) Tipicidad	Ausencia de tipo
C) Antijuricidad	Causas de justificación
D) Imputabilidad	Causas de inimputabilidad
E) Culpabilidad	Causas de inculpabilidad
F) Condicionalidad objetiva	Falta de condición objetiva
G) Punibilidad	Excusas absolutorias. 6).

## A) La conducta.

Generalidades sobre este elemento del delito. La doctrina ha elaborado diversas connotaciones respecto a este elemento como son el hecho, acto, acción, etc. Sin embargo con el término conducta queda comprendido según el Maestro Castellanos Tena los aspectos positivos y negativos del actuar del -

---

6) Castellanos Tena Fernando. op. cit. p. 134.



hombre 7) del que hace referencia el Artículo 7 del Código Penal vigente al definirlo. Por otra parte, el Maestro Celestino Porte Petit Candaudap afirma que, se debe usar la terminología del hecho, cuando la descripción típica requiere además de la conducta el resultado y de un nexo causal, entre la conducta y el resultado 8). De tal manera que el término conducta, puede validamente usarse para hacer referencia a aquellos delitos que no tienen un resultado material, es decir, aquellos que la doctrina ha clasificado como delitos formales. En cambio es más apropiado, emplear el vocablo hecho, para designar a aquellos delitos que tienen un resultado material y que por ende, quedarían clasificados dentro de los denominados delitos materiales.

Las ideas que encierran los términos conducta y hecho y que les ha sido atribuidos por sus autores pueden quedar debidamente comprendidas dentro de un solo término que sería simplemente el de conducta, ya que a este término se le podría

---

7) Castellanos Tena Fernando. op. cit. p. 147

8) Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Parte General del Delito Penal. México, 1959. p. 160.

dar un sentido restringido y otro amplio, en sentido estricto, la conducta significaría el mero comportamiento humano - delictivo, positivo o negativo sin ningun resultado material o externo; en cambio, en sentido amplio la conducta comprendería a la conducta en sentido estricto, al resultado y al -nexo causal de tal forma que la conducta strictu sensu, sería aplicable para aquellos delitos que no tienen un resultado material como es el caso de la violación y, la conducta -latu sensu, sería aplicable para aquellos delitos que tienen un resultado material pudiéndoseles identificar con lo que - el Maestro Porte Petit a denominado hecho. En conclusión, - es suficiente para designar al elemento objetivo del delito en un solo término que no es otro que el de conducta.

#### B) Tipicidad

Dentro de la relación que existe entre los elementos esenciales del delito, podemos considerar que la tipicidad es el segundo de ellos, ya que como antes hemos señalado, el elemento conducta es el punto de partida, y estos dos requieren de la antijuridicidad y la culpabilidad para la integración del

delito.

Cabe hacer notar la diferencia de tipo y tipicidad.

Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales; en tanto que la tipicidad, es la adecuación a la descripción legal formulada en abstracto

Respecto al contenido del tipo, este puede variar pudiendo contener en su descripción elementos objetivos, subjetivos o normativos; motivo por el cuál existe discrepancia de criterio para señalar el concepto de tipo; y al respecto enunciaré algunas definiciones.

Para Ignacio Villalobos, el tipo penal es "la descripción esencial de un acto que la ley condena delictuoso"; el tipo es la descripción del acto o hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo, suponiendo, para declararle punible, que concurran las condiciones normales, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que elimi-

nen la antijuricidad (formal o material) o la culpabilidad - en algunos casos. 9).

Para Jiménez de Asúa el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles in necesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito. 10). Es decir, que el tipo penal es el - conjunto de elementos que según descripción contenida en las normas penales, componen la conducta humana, que esta prohibida con la amenaza de una pena.

Jiménez Huerta explica "El tipo es la descripción de la conducta, que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica, del alcance contenido de la conducta injusta - del hombre, que se declara punible. El tipo es, pues, el - injusto recogido y descrito en la ley. 11).

---

9) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, p. 258, segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1960.

10) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito, p. 235, Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1967.

11) Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad, p. 15 y 42. Edit. Porrúa, México, 1955.

Ahora bien, tipo, proviene del latín *typus*, que significa - símbolo o figura representativa de algo; para mayor abundamiento, podemos explicarlo de la siguiente manera.

Para que una conducta sea delictuosa, primeramente se debe encontrar tipificada, lo que significa que debe ser sancionada por las leyes penales; una vez tipificada esa conducta, la acción u omisión a sancionar debe encontrarse totalmente encuadrada con esa conducta descrita.

Los elementos del tipo son tres; el primero de ellos son los objetivos y son aquellos que al describirlos la ley son fácilmente captados y perceptibles por los sentidos. La descripción objetiva señala estados y acontecimientos. En ocasiones solo se describe la conducta en el tipo sin mencionar el resultado externo. Un segundo elemento el subjetivo se refiere al estado anímico dado en el autor y hace referencia a la culpabilidad. Determinadas conductas no serán delictuosas en tanto no vengán acompañadas por una cierta dirección subjetiva del autor. Tal descripción objetiva de los tipos, no es suficiente para calificar una conducta como delictuosa, sino es necesario tomar en cuenta la intención del

autor, en dicha conducta. Y por último el normativo que - constituyen los tipos penales, que por estar cargados de des valor jurídico resaltan especialmente la antijuricidad de la conducta.

Su aspecto negativo.

La atipicidad es pues, por lo ya expuesto la falta de encuadramiento de la conducta al tipo penal y nos encontramos con este elemento en los siguientes casos: a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo. b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al suje to pasivo. c) Cuando existe ausencia de objeto o bien cuando existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos. d) Cuando habiéndose dado la -- conducta, estan ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo. e) Cuando no se dan en la con ducta o hechos concretos los medios de comisión señalados - por la ley, y f) cuando estan ausentes los elementos subjeti vos requeridos expresamente por el tipo legal.

### C) La antijuridicidad

Para que una conducta sea delictiva, debe ser antijurídica, lo que significa que la conducta va en contra de las normas penales.

Cuello Calón afirma que "La antijuridicidad es el aspecto - más relevante del delito, de tal manera que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza". 12) Por lo que hemos dedicado un capítulo a la antijuridicidad enfocada al delito en estudio, que adelante ampliaremos. Su aspecto negativo son las causas de justificación y son las siguientes: a) legítima defensa, b) estado de necesidad, c) cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho y d) obrar por obediencia.

### D) La Imputabilidad

Al respecto algunos autores la consideran como elemento del

---

12) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial Vol. I, Tomo II, Décima Edic. p. 345. Bosch, Barcelona, 1971.

delito; otros como presupuesto del mismo, y quienes la estiman como presupuesto de la culpabilidad. Sin embargo esta no es sino la capacidad de la culpabilidad, es decir la capacidad que tiene el sujeto de entender y querer.

Nuestro Código Penal no reglamenta a la imputabilidad como acontece en otros ordenamientos. No obstante, se ha estimado y con razón, que la podemos obtener a través de una interpretación de la fracción II del Artículo 15 del Código Penal y que se refiere al trastorno mental transitorio, en los siguientes términos: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, transtorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Por nuestra parte, nos apegamos a la teoría que en líneas anteriores se sustenta, por considerar que efectivamente a la imputabilidad no se le puede dar el carácter de elemento esencial del delito, sino que debe considerársele como presupuesto necesario de la culpabilidad, ya que, el sujeto para



que se le pueda considerar culpable, es necesario en primer lugar, que sea imputable, pues debe tener en el momento en que delinque capacidad de entender y de querer.

"La imputabilidad debe aceptarse hoy como tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto; capacidad para dirigir - sus actos dentro del orden jurídico y que por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última y por lo mismo se refiere a ella. Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella". 13).

Podemos definir la imputabilidad como "La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". En esta definición encontramos dos elementos; el entender, que significa el conocimiento; y el querer, que resulta de la voluntad. El conocimiento es el elemento que le permite a la persona - darse cuenta de todo aquello que lo rodea, como son las normas; en tanto que la voluntad es elemento que otorga a la - persona la facultad de decisión, es decir, aquel elemento - que coloca al sujeto en un constante proceso mental de decisión.

---

13) Villalobos Ignacio. op. cit. p. 277

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad y sus causas serán las que produzcan una carencia de óptima psicológica. Para la delictuosidad, estas causas son: 1) Estados de inconsciencia (permanentes y transitorios), 2) El miedo grave y 3) La sordomudez.

#### E) La culpabilidad

Este se entiende como el desprecio u oposición al ordenamiento así como a los principios y prohibiciones que tienden a - constituirlo o conservarlo, también se ha dicho que es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto y con el resultado del mismo.

La culpabilidad es la reprochabilidad o la condena en el juicio de reproche de toda conducta típica y antijurídica.

Su aspecto negativo la inculpabilidad o causas de exclusión de culpabilidad son situaciones o estados que concurren a la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable, eliminando por tal motivo su responsabilidad o culpabilidad.

A continuación se encuentran en cuadro sinóptico las causas de exclusión de responsabilidad.

ERROR	DE HECHO	ESENCIAL	
		ACCIDENTAL	ERROR EN LA PERSONA ERROR EN EL GOLPE ERROR EN EL DELITO
	DE DERECHO		
LA NO EXIGIBILIDAD		ESTADO DE NECESIDAD	
		VIS COMPULSIVA	
		ENCUBRIMIENTOS DE PARIENTES	

El aspecto negativo del elemento culpabilidad, lo constituye el concepto de la inculpabilidad.

La inculpabilidad consiste, en el conjunto de causas capaces de impedir que en la conducta del agente, se presenten los elementos volitivo e intelectual que integran la culpabilidad.

Así, la culpabilidad tiene por contenido estos elementos, si no se presentan, nos hallaremos ante una causa de inculpabilidad.

#### Causas de Inculpabilidad.

Estas son, el error que afecta el elemento intelectual de la culpabilidad, la coacción en la voluntad, que impide que se presente el elemento volitivo, y el caso fortuito, en que también se halla ausente el elemento volitivo de la culpabilidad.

Formularemos a continuación algunas consideraciones en torno a estas causas de inculpabilidad:

a) El error - "Según el Maestro Castellanos Tena - es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente".

El error consideramos, que es la falta de adecuación entre - el objeto de conocimiento y la imagen que de él se forma en la mente del sujeto cognoscente.

Para que el error sea causa de inculpabilidad debe ser esencial e invencible, esto es, que recaiga sobre el meollo del objeto y no sobre sus accidentes y, no superable.

Si la ignorancia es la ausencia completa de conocimiento, - puede quedar equiparada para los efectos de la inculpabili--dad con el error.

b) La coacción de la voluntad (conocida también como vis compulsiva o fuerza moral). Recogida en la Legislación Penal bajo la connotación del temor fundado, positivizada en la - fracción VI del Artículo 15 del Código Penal.

ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilil

dad penal:

fracción VI.- El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor.

c) El caso fortuito.- Que impide al igual que el temor fundado que se presente el elemento volitivo de la culpabilidad.

El caso fortuito se encuentra recogido en la fracción X del tantas veces citado Artículo 15.

Fracción X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas.

F) Condicionalidad objetiva

En algunos casos, la ley no se conforma con la concurrencia de los elementos básicos de punibilidad, sino que exige como requisito para que el hecho sea punible, la suma de determinadas circunstancias ajenas al delito e independientes de la voluntad del sujeto o agente; estas son las llamadas condi--

ciones objetivas de punibilidad. Si las contiene la descripción legal, se tratara de partes integrantes del tipo; - si faltan en él, entonces serán sólo requisitos ocasionales, accesorios.

Las condiciones objetivas de punibilidad, no constituyen elementos del delito, ya que no se requiere su existencia.

Para el maestro Porte Petit, son elementos esenciales, "cuando el tipo las requiere, ya que sin ellas no hay punibilidad y por lo tanto no hay delito; pero no son elementos constitutivos porque no forman parte en la construcción del delito, - y su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital". 14).

Estas condiciones objetivas de punibilidad, al ser independientes de la actividad física y psíquica del sujeto, no pueden llegar a ser considerados como elementos constitutivos del delito.

---

14) Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. p. 702

El mismo autor antes citado señala que la punibilidad, por ser una característica que va unida a la realización de los elementos de la figura delictiva, surge cuando se verifica ésta, pero la ley reporta su eficacia a la verificación de la condición. Por tanto el delito es perfecto y solamente se suspende la actualidad del castigo, y por eso la condición objetiva de punibilidad no forma parte de la estructura del delito". 15).

Frecuentemente se confunden las condiciones objetivas de punibilidad con requisitos de procedibilidad, por ejemplo Cuello Calón dice que en ciertos delitos se exige como condición de su punibilidad la denuncia o querrela del sujeto ofendido o de su representante legal. Estas infracciones dice, constituyen los delitos privados, porque el ejercicio de la acción penal solo tiene lugar mediante la intervención del sujeto perjudicado o de la víctima. La razón de hacer depender la punibilidad de estas infracciones de la intervención del ofendido, continúa diciendo, proviene unas veces del insuficiente aprecio que el estado hace de determinadas

---

15) Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. p. 703.



infracciones que, sin embargo, pueden causar graves males a los particulares, otras que la ley considerando que la persecución penal pone de manifiesto actos o situaciones cuya divulgación pudiera causar graves daños al perjudicado, deja a la elección de dicho sujeto, la persecución de tales hechos". 16)

El maestro Carranca y Trujillo hablando de los mismos delitos privados, o perseguibles a petición de la parte ofendida, dice "se funda practicamente la excepción a la persecución de oficio en los graves daños, apreciables por el ofendido mejor que por nadie mas, que se causarían sobre determinados bienes o en la escasa cuantía de los intereses lesionados y el escaso aprecio que de ellos pueda hacer el ofendido". 17)

Maggiore señala acerca de las condiciones objetivas de punibilidad, las siguientes características: 18)

---

16) Cuello Calón, Eugenio. op. cit. pp. 523 y 524.

17) Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. - p. 425, Ed. Porrúa, 13a. Edición, México, 1986.

18) Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, p. 282, Ed. Temis, Vol. I. Bogotá 1971.

- 1) Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas.
- 2) la condición de punibilidad supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno de estos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique.
- 3) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado. También la tentativa supone la verificación de la condición.
- 4) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya situación de punibilidad no se haya verificado.
- 5) El momento consumativo del delito condicional coincide, no con la realización efectiva, sino con la realización de la condición.

Por último es necesario señalar que pena y punibilidad no son lo mismo. La punibilidad es un 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. La pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; propiamente, es la reacción de poder público frente al delito.

El delito de violación no requiere de ninguna condición objetiva de punibilidad.

#### G) Punibilidad

Esta es la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Su aspecto negativo son las causas absolutorias que Jiménez de Asúa define como "Las que hacen que un acto típico antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública". 19)

---

19) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Cuarta edición, p. 417, Ed. Porrúa, S. A., México, 1978.

Castellanos Tena al considerar a la punibilidad como una consecuencia del delito, manifiesta que se hable de ausencia de punibilidad cuando "realizando un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de - variada índole excusa de pena al autor". 20)

Se han considerado, con la denominación genérica de excusas absolutorias "los casos previstos en los Artículos 151, 247 fracción IV párrafo segundo; 280 fracción II párrafo segundo, 333 y 375 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de que algunos de ellos no pueden estimarse, en rigor técnico como auténticas causas de impunidad.

---

20) Pavón Vasconcelos. op. cit. p. 417.

#### 4. TEORIA TETRATOMICA

Dentro de la teoría atomizadora o analítica encontramos según el número de elementos a estudio para integrar el delito la teoría tetratómica la cual se integra con cuatro elementos cualquiera que sean estos. En relación a este punto, coincidimos con el maestro Porte Petit, cuando precisa la in existencia de prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que estos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad.

Edmundo Mezger, con su definición comprendió los elementos esenciales del delito, al considerarlo como la acción típicamente antijurídica y culpable.

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

Los elementos del hecho punible que se tienen en cuenta son la acción típica, la antijuridicidad y la culpabilidad. 21).

---

21) Jürgen Baumann. Derecho Penal (Conceptos fundamentales y sistemas). Traducción por Conrado A. Finzi, 4a. Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 39.

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

## CAPITULO III: LA CONDUCTA EN LA VIOLACION.

## CONCEPTO

El criterio de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, es en el sentido de que "dentro del significado de conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario".

"Entre los elementos fundamentales del delito, emerge el comportamiento, o sea la acción positiva o negativa". 22), y así ha sostenido que:

"Para que exista delito de violación se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito". 23)

Vannini afirmó que "la conducta constituye el nudo de la figura del delito".

---

22) Vannini. *Manuale Di Diritto Penale*, p. 75. Milano, 1950.

23) Seminario Judicial de la Federación LXXX, pag. 5274, 5a. época; cita de C. Porte Petit Candaudap en su Obra *Ensayo Dogmático sobre el delito a la violación*. pp. 16 y 17, Edit. Porrúa, México, 1980.

Berner, considera que la conducta "es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito" 24)

En tanto Jiménez de Asúa, define el acto como "la manifestación de voluntad, que mediante acción produce un cambio en el mundo externo, o que por no hacer lo que se espera, dejó sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". 25).

El Maestro Porte Petit, nos explica que la acción consiste - "en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición". 26)

Los autores han empleado diversas denominaciones para referirse a la conducta humana, como: hecho, acto, acción. Sin embargo consideramos que la denominación conducta es la más

---

24) Berner. Tratado Di Diritto Penale, 2a. Ed. p. 99

25) Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. pag. 329, ed. Lozada, Buenos Aires.

26) Porte Petit. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". - p. 300, ed. Jurídica Mexicana, México, 1969.



apropiada, ya que dentro de esta se puede incluir las demás. Tanto en el aspecto positivo de actuar, como en el negativo de omitir.

En esta forma tenemos que la conducta asume dos diversas formas; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el -segundo caso se entiende la acción negativa o inactividad. - Hay quienes añaden la comisión por omisión, que "exige una -actividad voluntaria con violación de una norma preceptiva, la cual impone determinado deber de obrar, a través de cuya infracción se llega al resultado material prohibido.

En cuanto a los conceptos de cópula normal y anormal en la -doctrina encontramos las siguientes definiciones:

Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona sea por -vía normal o anormal; de modo que da lugar al coito o a uno equivalente a él, ya que no es necesario que alcance la perfección fisiológica o sea que se eyacule, ni que sea completa. 27)

27) Carlos Fontan Balestra. Derecho Penal. Parte especial, ed. Abeledo Perrot. p. 230. Buenos Aires.

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

Cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual normal o contranatura con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por --- cualquier causa, y con independencia también de las consecuencias posteriores a la cópula. 28).

El artículo 265 habla de cópula violenta; ahora bien, según el diccionario de la Real Academia, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra, en sentido estricto etimológico es sinónimo de unión. Por lo que solamente puede cometerse la violación por un hacer, nunca por omisión, o sea mediante un comportamiento activo voluntario. La opinión unánime en relación a este delito es que estamos en presencia de un delito de mera conducta, pues no requiere de una modificación en el mundo exterior.

---

28) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. 20a. Ed. Porrúa. México, 1973. p. 305.

En el Diario Oficial del 21 de enero de 1991, se adicionó el artículo 265, agregando que 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. 29)

De tal forma que podemos también clasificarlo como unisubsistente toda vez que realizar la cópula o introducir un elemento u objeto por vía vaginal, anal u oral consiste en un solo acto, o bien plurisubsistente porque no obstante que puede - llevarse a cabo en un solo acto, su ejecución violenta se verifica en varios actos.

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

## 2. ELEMENTOS DE LA CONDUCTA

Hemos convenido en que el elemento objetivo del delito es la conducta; es decir, el comportamiento voluntario y humano en caminado a un fin; pero esta actividad del hombre debe contener dos componentes esenciales que siempre irán unidos, y estos componentes son: uno el psíquico será la voluntad del sujeto, la cual deberá estar libre de toda coacción para que pueda ser útil; el material o físico, es la fuerza del hombre que determina el comercio con la naturaleza, gobernada desde luego por el primero.

Anteriormente señalamos que estos dos componentes deben ir unidos, son inseparables, ya que no podrían supervivir aisladamente; por ejemplo no podrían darse aislado el elemento psíquico, ya que tendríamos que aceptar que los pensamientos del hombre tuvieran relevancia dentro del derecho penal y esto es imposible, pues para que fueran útiles sería necesario que el hombre los exteriorizara, y entonces ya se estaría en presencia del otro elemento, o sea la fuerza física.

Ahora considerando el componente físico sin el psíquico tam-

poco podría hablarse de conducta humana, ya que una fuerza - sin voluntad no trae ninguna consecuencia en el Derecho Penal.

Por lo anterior, dejamos precisado que para poder hablar de conducta humana como elemento del delito, ésta debe contener la dualidad de componentes psíquico y físico o material.

En el delito de violación la sola conducta agota el elemento objetivo del delito porque por sí misma llena el tipo ya que en la violación hablamos del acceso carnal violento, elemento material en el delito de violación porque si habláramos únicamente de cópula, no tendría importancia jurídica penal alguna, puesto que esta debe ir relacionada a los medios empleados.

**Clasificación del delito de violación en orden a la conducta:**

- a) De acción porque el verbo copular implica forzosamente - un hacer, siendo inconcebibles las formas de omisión y - comisión por omisión.

- b) Unisubsistente si se realiza por un solo acto, y
- c) Plurisubsistente, si se efectua por varios actos.

### 3. FORMAS DE LA CONDUCTA

La violencia puede ser: física (Vis) o moral (Metus), caracterizándose la primera, en que los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima, y la segunda en - que son de naturaleza intimidatoria.

Según Carrara, 30), la violencia, en cualquiera de esas formas, se origina del concurso de dos voluntades o sea la del sujeto activo y la del sujeto pasivo, pero a condición de - que esten en abierta oposición, pues de lo contrario no -- existiría la fuerza.

Para que la violencia física tenga reelevancia en la violación se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima, y como sostiene Garraud, 31), que sea suficiente para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer.

---

30) Carrara. Programa, Parágrafo No. 1520.

31) Garraud. Traité Théorique et Pratique Du Droit Pénal Français, V, pp. 473-478, 3a. Ed. Paris, 1924.

En cuanto a la resistencia, que es el elemento objetivo de la fuerza, Carrara exige que sea seria y constante, entendiéndose por seria que sea realmente verdadera, es decir que no se halle afectada de engaño, y por constante que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación; y para Eusebio Gómez, debe manifestarse con gritos y actos de fuerza que demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor.

Fontán Balestra estima como esencial para la violencia, que sea suficiente y continuada y entendida por suficiente aquella en que la voluntad este en todo momento seguida con la decisión hacia una misma dirección. 32)

Pacheco, por su parte dice: "no es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto, sobre todo, al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado -- bien claro a entender la idea. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de la fuerza o de

---

32) Fontán Balestra. Delitos sexuales, pp. 43 y 55; 75-76, ed. Depalma, 1953.



poder. Resultando que la resistencia fué verdadera y que - se emplearon medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrantar a una persona común, la violencia esta justificada". 33).

La violencia moral, se traduce en las amenazas que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas - condiciones el acceso carnal, pero a condición según Carrara, que sean serios y constantes. En esta forma de violencia, - aun cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa a diferencia de lo que sucede en la violencia física, no impide la resistencia.

El profesor Ure, al hacer referencia a la violencia moral, - exige que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de grave e injusto, sea determinado para que la víctima este en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud posible, por-- que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidato-- ría. 34)

---

33) Pacheco. El Código Penal Concordado y Comentado, III, pp. 125-126, Sexta ed., Madrid, 1888.

34) Ure. Los Delitos de Violación y Estrupo. pp. 18 y 55, Ed. Ideas. - Buenos Aires, 1952.

Exáminemos siguiendo a González Blanco algunos de los problemas que se suscitan en relación con la violencia.

a) Puede entenderse la violencia a terceras personas ligadas a la víctima por vínculos de parentesco, gratitud o amor.

Carrara al referirse a este problema, hace la distinción entre el mal ya causado, de aquel con que se amenaza causar, y opina que en la última hipótesis existe violencia moral, no así respecto a la primera, pues cree que "la fuerza ejercida sobre los terceros no tiene efecto alguno sobre la mujer, ni físico ni moral y sería un gravísimo error hablar de violencia carnal, cuando aquella haya consentido libremente".

Eusebio Gómez, refiriéndose a la opinión de Carrara, indica que cuando la violencia de que se hace objeto al tercero, - tiene el propósito de intimidar a la víctima, la voluntad de esta resulta coartada, no por la violencia en sí, sino por - el efecto emotivo que le produce, y ese efecto es precisamente lo que constituye la violencia moral y agrega que en cada caso debe comprobarse el género de vinculación que existe entre la víctima y el tercero sometido a la violencia, así co-

mo la intensidad del afecto que los liga, para estar en condiciones de poder precisar si el efecto emotivo se justifica. 35)

La Doctrina Española exige la intimidación del sujeto pasivo.

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

b) ¿Hay posibilidad de configurar la violencia, cuando esta se ejerce sobre las cosas? No creemos en tal posibilidad si se tiene en cuenta que ésta como hemos dicho, debe ser ejer-

---

35) Eusebio Gómez. Leyes Penales Anotadas, II, pp. 271 y 55, Buenos Aires, 1953.

cida sobre la víctima para que pueda establecerse la relación de cópula.

#### 4. SU ASPECTO NEGATIVO.

Indiscutiblemente el aspecto negativo del elemento objetivo lo constituye la ausencia de conducta. Si bien la conducta se refiere tanto a la acción como a la omisión, la ausencia de conducta, incluye tanto a la falta de acción o de omisión.

La ausencia de conducta se puede presentar de la siguiente forma:

a) Fuerza absoluta o fuerza física exterior o irresistible.

Los elementos de la fuerza absoluta son los siguientes:

- 1) Existencia de una fuerza física
- 2) Que esta fuerza física sea exteriorizada
- 3) Irresistible
- 4) De procedencia humana

La vis absoluta es una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta.

De tal manera que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar; por con

secuencia, si una fuerza irresistible determina la actividad o inactividad del hombre, no puede constituir una conducta, - por faltar uno de los elementos: "La voluntad".

La fracción primera del Artículo 15 del Código Penal del Distrito; al referirse a las excluyentes de responsabilidad, dice que "no será responsable el acusado que incurre en actividad o inactividad involuntarias", algunos autores han pretendido encontrar una causa de inimputabilidad dentro de esta - eximiente de responsabilidad; por lo que sostienen que el sujeto que se haya inmenso en una fuerza absoluta, puede poseer un desarrollo mental o salud física para comportarse en el campo jurídico como persona capaz.

Compartimos el criterio del maestro Porte Petit, al afirmar que "la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta". 36)

Si antes estudiamos la naturaleza del acto humano y convenimos que solo hay tal cosa, cuando se produce una manifesta--

---

36) Porte Petit. op. cit. p. 407

ción de voluntad del sujeto, ahora debemos ser consecuentes y reconocer que quien sufre un desmayo en el momento que debía cumplir una obligación, o quien se ve atacado por delinquentes que le impiden hacer lo que tenía que hacer, y que él quisiera cumplir, o quien rompe un objeto valioso en un acto convulsivo involuntario, o como efecto de movimientos reflejados cuyos orígenes nada tienen que ver con la voluntad, no ejecuta un acto humano sino que es asiente de un hecho que ocurre fuera de su dominio, y a veces, contra su propia determinación y por ser vulneradas sus propias fuerzas.

Por último concluimos que es excluyente de responsabilidad, por eliminar principalmente un elemento del delito como lo es la conducta.

b) Vis mayor o fuerza mayor.

Como condición los siguientes elementos:

- 1.- Fuerza física
- 2.- Exterior
- 3.- Irresistible
- 4.- De procedencia natural o sobrehumana.

La fuerza mayor a diferencia de la fuerza absoluta sólo tiene su origen o procedencia de una fuerza de la naturaleza o de los animales, en tanto que la segunda proviene del hombre.

Por lo que estaríamos frente al aspecto negativo de la conducta, en el delito de violación si se pudiera realizar la cópula en contra de las voluntades del sujeto activo y del pasivo; esto independientemente de que el sujeto activo sea hombre o mujer, por lo que no es posible que se presente.



## CAPITULO IV : LA ANTIJURICIDAD EN LA VIOLACION.

## 1. CONCEPTO

El tercero de los elementos del delito es la antijuricidad, llamada también antijuridicidad principalmente en Argentina; sin embargo, el maestro Jiménez Asúa; señala que "nos encontramos en presencia de un neologismo tan nuevo que no ha sido admitido académicamente; por tanto tiene preferencia por el uso del término antijuricidad, no solo por la elegancia, sino por la economía de letras". 37). Nosotros utilizaremos ambos términos indistintamente.

La tipificación de una conducta requiere además de la presencia de la antijuricidad y de la culpabilidad.

Al referirnos a este concepto, mencionaré algunas teorías que han sido elaboradas por prestigiados juristas, haciendo algunos comentarios, en algunas de éstas.

---

37) Jiménez de Asúa. op. cit. p. 160.

Maggiore, nos dice que "el delito no es una acción cualquiera sino una acción antijurídica. En el Derecho Penal tiene valor absoluto la proporción (sin antijuricidad no hay ningún delito). 38).

Don Mariano Jiménez Huerta, nos dice "para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad". 39).

La antijuricidad que interesa al Juez Penalista, es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores del Estado. 40).

Actua antijurídicamente según el mencionado autor, quien con

---

38) Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, p. 381, Ed. Temis. Bogotá, 1953.

39) Jiménez Huerta Mariano, La Antijuricidad, p. 72, Ed. Imprenta Universitaria, 1952.

40) Castellanos Tena. Lineamientos Fundamentales del Derecho Penal, p. - 163, Ed. Porrúa, México, 1971.

tradice un mandato del poder. Si aunamos a lo antes mencionado, la idea del maestro Cuello Calón tendremos un concepto mas nítido del elemento a estudio, y dice que "la antijuricidad presupone un juicio, acerca de la oposición existente en tre la conducta humana y la norma penal, juicio que recae so bre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva". 41)

Tal juicio es de carácter objetivo por solo recaer sobre la acción ejecutada. De lo anterior interpretamos que este au tor al referirse a la acción ejecutada comprende la conducta, la cual sin duda alguna debe de analizarse desde su fase externa o sea tomando en cuenta solo los ingredientes objeti vos de la manifestación externa; ya que, de tal aspecto psí quico de la mencionada conducta, habrá de ocuparse la culpa- bilidad.

El maestro Castellanos Tena, considera la dificultad de defi nir positivamente un aspecto intrinsecamente negativo como -

---

41) Cuello Calón. op. cit. p. 309

es la antijuricidad; sin embargo, en forma clarividente, dice que "comunmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho". 42). Es preciso que para estimar qué conducta típica esté en contra del derecho, se requiere un juicio objetivo, el cual debe realizarse haciendo una valoración entre la conducta externa y la escala de valores protegidos por el Estado. Por lo tanto, debe quedar perfectamente asentado que la antijuricidad va en contra de los valores o bien protegido por el Estado en los diferentes tipos penales.

En México, el maestro Ricardo Franco Guzmán, se pronuncia resueltamente al afirmar: "La antijuricidad es una e indivisible, y no puede hablarse seriamente de una antijuricidad propia del derecho penal". 43)

Don Celestino Porte Petit, manifiesta que "una conducta o hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación". 44)

---

42) Castellanos Tena Fernando, op. cit., p. 183

43) Franco Guzmán Ricardo. Delito e injusto. p. 69, México, 1970.

44) Porte Petit Candaudap. op. cit. p. 285.

La antijuricidad según Carlos Binding. En la época del mencionado autor, era comunmente conocido y divulgado el concepto de que el delito es lo contrario a la Ley y Binding se opuso a este concepto, diciendo que el delito, no es lo contrario a la Ley, sino mas bien, el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal; esencialmente explica que no es la ley la que se viola, sino que se quebranta algo vital para la convivencia y el orden jurídico, o sea la norma, la cual jerarquicamente esta por encima de la ley, "la norma valora la ley describe"; por ello lo que se quebranta es la norma, mas no la ley, ya que inclusive el acto puede ejecutarse según lo previsto por la ley, y esta conducta será considerada delictuosa, como sucede por ejemplo; en el caso del homicidio, en que la ley señale: "Quien priva de la vida a otro", sin embargo al adecuarse la conducta a este tipo, si existe una norma que protege valores colectivos.

Marx Ernesto Mayer, señala que "la antijuricidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado comprendiendo entre las normas de cultura, las costumbres, valoraciones medidas, sentimientos patrios, religiosos, etc.". 45)

45) Fernando Castellanos Tena. op. cit. p. 165

Podemos afirmar que puede presentarse la antijuricidad aún - sin que se contraríen las normas de cultura; por ejemplo, - cuando una norma contenga un precepto que vaya en contra de la costumbre; podemos citar que hace solo algunos años era - muy popular en nuestro país que el sábado de gloria de la semana santa, se quemarían los llamados "judas", y dada su pe- ligrosidad, hubo que preceptuar la prohibición de esta cos- tumbre mexicana, y aquí obsevamos claramente como, quien ac- tualmente realizara esta práctica, iría en contra de una nogma, pero no en contra de un sentir colectivo.

Mayer pretendió dar un contenido eminentemente ético a la antijuricidad.

El profesor Jiménez Huerta explica que "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición de orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo de una conducta". Lo - que realmente contradice dicho orden ha de presentar una sugtancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón del ser del orden jurídico". 46)

---

46) Jiménez Huerta. op. cit. p. 117.

El maestro Hernández Silva hablaba de este tercer elemento - del delito que es la antijuricidad, diciendo que es la violación al derecho simple y llanamente lo que se contrapone a - los ordenamientos normativos, y nos mencionaba que hay algunos autores que establecen una antijuricidad formal y una antijuricidad material. La primera corresponde a la violación de la norma, no haciendo lo que ordena hacer o si una norma prohíbe hacer algo y a pesar de eso llega a realizarse, se esta violando dicha norma, porque se esta colocando el sujeto en la violación del precepto. La segunda o sea la antijuricidad material, consiste en la violación a la norma de cultura que da origen a la norma positiva, como en caso de homicidio. La norma de cultura sería "no mataras", porque privar de la vida, es romper directamente con el orden social, puesto que la suma de las vidas es lo que forma la sociedad y la supresión de una de ellas, rompe con este orden social; luego entonces al recoger el derecho estas normas de cultura, las erige después en tipos penales, como el ya mencionado del homicidio; que establece que comete el delito de homicidio; "el que priva de la vida a otro"; en si el precepto no marca una prohibición, pero si impone una pena a quien realiza ese hecho. Esto quiere decir que estamos ante la -

antijuricidad material; la norma que se viola es la de cultura, la que dió origen al tipo correspondiente, como ya se dijo anteriormente, pero el maestro Hernández Silva, señalaba, que estas divisiones y consideraciones de la antijuricidad formal y material, son solo situaciones que se nos presentan para entender esta problemática. Pero la realidad es que solo hay una antijuricidad, y que es ~~la~~ violación al derecho, o sea, lo que choca con este.

No interesa que sea clara la prohibición en la norma, sino lo importante es que se considere esa violación, aún tratándose de las normas de cultura que a veces subsisten, atrás de la norma positiva; pero que de todas formas son violaciones al derecho. Por ello, solo debe entenderse en forma general la antijuricidad, como una figura determinante para colorear el delito.

En este orden de ideas, consideramos que el concepto de antijuricidad, es, desde luego, unitario pero que sin embargo -- presenta dos facetas. Por una parte la antijuricidad formal, que implica siempre infracción a una ley promulgada por el Estado y, por otra, la antijuricidad en su faceta mate--



rial, consistente en la trasgresión de los valores que tenga un conglomerado humano, en un determinado momento histórico.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas anteriormente nos puede llevar a la conclusión de que si trasladamos - ese concepto general al delito de violación señalado en el - Artículo 265 del Código Penal podemos decir que al que por - medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, o al que introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de violencia física o moral; constituye un hecho antijurídico, ya que el yacimiento o acceso carnal ha de ser ilícito cuando siendo típico, el mismo no se encuentre amparado por una causa de justificación o de exclusión de la antijuricidad.

## 2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN GENERAL.

El aspecto negativo de la antijuricidad, son las causas de justificación, que se dan cuando el Estado considera por circunstancias especiales, jurídica una conducta, aunque esta sea típica, como por ejemplo en el homicidio, la legítima defensa.

En uno de los apartados de la antijuricidad, que ya hemos señalado, Porte Petit, establece de referirse a la antijuricidad, que "una conducta o hecho son antijurídicos cuando -- siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación"; por ello, ahora nos referimos a éstas.

Las causas de justificación son aquellas que tiene el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica; esto es, que la acción realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho; por esta razón a estas formas se les denomina justificantes o causas eliminatorias de la antijuricidad, y que fundamentalmente se refieren al conflicto de intereses que deben protegerse en un momento dado. Y cuando hay varios bienes tutelados, y no pueden salvarse ambos, el

derecho opta por la conservación del más valioso; a esto se debe, que con frecuencia se habla del interés preponderante ante un conflicto dado. Como causas de justificación tenemos las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

La legítima defensa es la repulsa o rechazo a una agresión - actual, sin derecho o injusta, de la cual resulte un peligro inminente y sin rebasar los límites de proporcionalidad a - que se hace referencia la fracción III del Artículo 15 del - Código Penal.

Artículo 15, son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima de fensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cau-

se un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bien propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar proprios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma -- obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Elementos de la legítima defensa.- Los elementos para que esta se de son:

1.- El rechazo a una agresión; la agresión es la amenaza en contra de bienes jurídicos con el fin de afectar estos o ex-

tinguirlos.

2.- Que sea actual, en virtud que debe estar aconteciendo el ataque para justificar su rechazo, ya que de ser previo, no sería rechazo, y si es posterior, sería una venganza.

3.- Que sea sin derecho; lo que significa que el obrar de quien agrede no este legitimado, es decir que no se ajuste a derecho.

4.- Que resulte un daño inminente, lo que significa que se manifieste la agresión de tal forma que resulte casi inevitable la producción de un mal o daño; y que el único camino para evitar tal afectación sea el rechazo.

5.- Que no se rebasen los límites de la proporcionalidad; es decir que el rechazo sea adecuado y guarde una situación de equilibrio con respecto al ataque injusto.

6.- Que el rechazo se lleve a cabo por el agredido o por tercera persona siempre que satisfagan las experiencias correspondientes.

7.- Que el agredido no haya provocado el ataque es decir, - que no haya dado origen al mismo.

Estado de necesidad.

Se ha definido como "la situación de peligro en la que se en encuentran bienes jurídicamente protegidos, cuya aplicación so lo es factible mediante el sacrificio de otros bienes, tam-  
bién jurídicamente protegidos".

Los elementos del estado de necesidad son:

1.- Que exista una situación de peligro, la cual debe ser - con relación al hecho de que la producción de un daño a bienes jurídicos sea probable o próxima, o bien exista de manera clara y palpable la amenaza al daño de bienes jurídicos - protegidos por la ley.

2.- Que sea actual, lo que significa que este aconteciendo - el peligro, o sea, que no de antes, al medio seleccionado pa ra salvarlo, porque no habría tal peligro tampoco posterior en virtud de que tal obrar sería opuesto a la naturaleza de esta figura.

3.- Que sea grave, lo que significa que el peligro sea relevante y casi insuperable, salvo el empleo escogido para salvarlo.

4.- Que resulte un daño inminente, esto es que el daño este por llegar o producirse y que sea casi inevitable, con la salvedad que se señaló en el punto anterior.

5.- Que no exista otro medio factible y menos perjudicial, lo que equivale a que desde el punto de vista objetivo sea demostrable que no hay otro camino mas que el escogido para evitar que se produzca el daño.

6.- Que no se tenga la obligación de enfrentarse al peligro.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

El primero es la realización de lo ordenado o exigido por la ley, dentro de las hipótesis del cumplimiento de un deber se observa la que en si mismo lleva al cabo cualquier ciudadano por la obligación que se destina a él, o bien cuando por la función que desempeña es indispensable dar satisfacción a un

deber. Como por ejemplo podemos citar el del policia que -  
dispara a una persona por estar robando; el primero esta cum-  
pliendo con su deber.

El ejercicio de un derecho, se ha dicho que es la realiza---  
ción o ejecución de la conducta permitida por la ley, o bien  
es la acumulación de la facultad otorgada por la propia ley  
a determinado sujeto.

Obrar por obediencia jerárquica.

Para que éste pueda constituir una causa de justificación, -  
deben concurrir las siguientes circunstancias:

1.- Que exista una relación jerárquica entre el sujeto y el  
subordinado.

2.- Que el acto ordenado se deba o se refiera a las relacio-  
nes habituales entre ambos.

3.- Que la orden reúna los requisitos externos de legalidad  
exigidos por la ley.



Por lo que, la orden dada del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mando - sea legítimo y el subordinado obre conforme a los deberes - que la ley impone.

Estas son todas las causas de justificación previstas en el Código Penal, que pueden dar origen a la no integración del elemento del delito denominado antijuridicidad.

### 3. CAUSAS DE LICITUD

Se puede asegurar que la única causa de justificación que se podría invocar en este delito es la del ejercicio de un derecho y sobre el particular existe la pregunta de si entre cónyuges se puede o no presentar el delito de violación, o, -- bien simplemente se da el ejercicio de un derecho.

Existen tres criterios.

- a) El de quienes sostienen que existe el delito de violación entre cónyuges.
- b) El de que no hay violación, sino ejercicio de un derecho.
- c) Y por último, que no hay violación sino otros delitos.

A lo que podríamos concretamente sostener, que mientras se presente la cópula normal, considerando a ésta como la conjunción o el ayuntamiento del miembro viril en la vagina, estamos ante un ejercicio legítimo, no obstante que se realice la cópula violentamente; originándose en todo caso otro ilícito penal, pero teniendo en cuenta que existe una recíproca

obligación sexual, por lo que no faltarían al bien jurídicamente protegido que es la libertad sexual por no existir esta en el matrimonio.

CAPITULO V : LA CULPABILIDAD EN LA VIOLACION.

1. CONCEPTO

Hemos analizado este delito exclusivamente refiriéndonos al hecho en sí para entrar ahora, en el campo de la culpabilidad, al analizar el mencionado delito, en su aspecto subjetivo. En los anteriores capítulos solo hicimos referencia al comportamiento que se realizaba en el mundo fenomenológico y, que los elementos en ellos señalados, tienen eficacia "erga omnes", de suerte que cualquier circunstancia excluyente de responsabilidad que se de tratándose de los elementos conducta "lato sensu", tipicidad y antijuricidad, benefician a -- cualquier sujeto, independientemente de cualidades o calidades. En cambio, el aspecto negativo del elemento culpabilidad, por ser este de contenido subjetivo, solo beneficia a -- aquél sujeto que reúna los requisitos que se requieren para que opere la inculpabilidad. Así, el elemento cuyo estudio vamos a ver ahora, se refiere a determinadas circunstancias intrínsecas, que un sujeto debe tener en el momento de la comisión del ilícito penal, para la integración del delito de que se trate.

De esta forma tenemos que se entiende como culpabilidad el -  
desprecio u oposición al ordenamiento, así como a los princi  
pios y prohibiciones que tienden a constituirlo o conservar-  
lo. También se ha dicho que es el nexo intelectual y emo--  
cional que liga al sujeto con su acto y con el resultado del  
mismo.

La culpabilidad es la reprochabilidad o la condena en el ju  
icio de reproche de toda conducta típica y antijurídica.

## 2. TEORIA PSICOLOGISTA

Esta pugna por enseñarnos precisamente el vínculo intelectual y emocional entre el sujeto, su acto y el resultado, en virtud de que se atribuye culpabilidad al sujeto, atendiendo genéricamente al verbo querer. Sebastian Soler sintetiza esta corriente con la siguiente frase: "Hacer lo que se quiere - sabiendo lo que se hace".

Para el psicologista, "la causación material del hecho por la conducta externa de su autor, se complementa con la causación subjetiva psicológica del mismo, en la conducta externa del sujeto. Dadas ambas causales, y no mediando en favor del imputable alguna causa legal de inculpabilidad, este debe responder penalmente por su acción". 47)

El mismo autor define la culpabilidad como "la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible; y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente, cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.

47) Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error, p. 24, Ed. Porrúa, México, 1950.

Las principales críticas a esta corriente son:

Su admisión implica no superar el concepto de imputabilidad, es decir; significa una repetición o un insistir en la idea de imputabilidad.

Esta corriente nos conduce a una indiferencia de tipo moral, ya que es suficiente el querer sin que intervenga la valoración del deber.

### 3. TEORIA NORMATIVA

Esta corriente nos explica la culpabilidad implicando en primer término al psicologismo por considerar que es indispensable el querer del individuo, pero referido al incumplimiento de la norma, es decir que la culpabilidad surge cuando no se actúa como se debe conforme a las exigencias de la propia norma; toda condena o reprobación en el juicio de reproche de una conducta típica y antijurídica, significa colocarnos en el normativismo de la culpabilidad, ya que el fundamento de esta doctrina lo constituye un juicio de reproche que debido al orden normativo puede exigírsele a un sujeto que ha delinquido, una conducta contraria o sea ajustada al deber ser.

La culpabilidad en el normativismo, "es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". 48).

Como dice Fernández Doblado, "la culpabilidad pues, conside-

---

48) Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal. p. 189, Ed. Bibliográfica Argentina. Argentina, 1958



rada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer elemento delictivo, se fundamenta en una conducta a la luz del deber" 49).

Principales críticas a la teoría de la normatividad.

Esta corriente implica una reiteración del concepto de anti-juridicidad.

El reproche no solo debe operar con respecto a la culpabilidad en sí, sino con relación a la certeza de que el sujeto es responsable penalmente del acto que realiza.

El desarrollo actual de la teoría normativa, ubica dentro el concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos, los siguientes:

La imputabilidad

Las formas de culpabilidad: dolo y culpa.

Cuello Calón manifiesta que no basta que un hecho sea antijurídico y típico, sino que debe ser también culpable, pero es

49) Fernández Doblado, Luis. op. cit. p. 27

importante hacer notar que antes de que el agente sea culpable debe ser imputable por lo que la imputabilidad es el elemento de mayor relevancia dentro de la culpabilidad.

La imputabilidad es el mínimo de salud mental exigible a un sujeto para que este pueda obrar conforme al justo conocimiento del deber existente.

También se ha dicho que es la capacidad de entender y querer en el ámbito del derecho penal; de acuerdo con esto advertimos la existencia de dos elementos: el cognocitivo o de conocimiento y el volutivo.

El primero se refiere a la facultad que debe poseer el individuo de representarse, la trascendencia e importancia de su comportamiento.

El volutivo, es el que requiere de la existencia de la voluntad y determinación por parte del sujeto para llevar a cabo cierto comportamiento.

Luego entonces, el individuo imputable al cual se le probó su culpabilidad, debe responder del acto realizado y sufrir

las consecuencias jurídicas.

Por lo anterior todos los que no sean locos, ni sordomudos, ni menores de edad, son imputables, pero solo son responsables cuando por haber ejecutado un hecho punible están obligados a responder de él. Según la teoría del libre arbitrio para que un individuo sea imputable y responsable de sus actos deben concurrir estas condiciones:

- 1º Que al momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.
  
- 2º Que goce de la libertad de su voluntad, de su libre arbitrio, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de su conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar deliberadamente mediante la potencia de su voluntad.

Solo cuando las dos condiciones antes señaladas se den, puede un individuo ser declarado responsable y culpable; pues ha querido el delito y lo ha ejecutado libremente, cuando hubiera podido y debido abstenerse de ejecutarlo; por lo que -

su responsabilidad penal es consecuencia de su responsabilidad moral.

Si el individuo no ha podido determinarse libremente, si desconocía el alcance moral del hecho ejecutado, si ha obedecido a un impulso contra el que no ha podido reaccionar, si obra dominado por una fuerza que no ha podido resistir, no existe delito y no puede ser declarado responsable ni culpable.

La teoría determinista representada por la Escuela positiva Italiana, niega la existencia del libre arbitrio y dice que la voluntad humana se encuentra sometida a influencias de orden sociológico y físico, asimismo manifiesta que la conducta se determina por la personalidad física (temperamento) y por la psíquica (carácter), ambos productos de la herencia sociológica y fisiológica y además por el influjo del medio físico social en que el hombre vive.

De la misma imputabilidad, se desprende lo que se llama imputabilidad disminuida, y hace su aparición cuando en determinado momento un individuo que en condiciones normales, esti-

mese con plena capacidad, sufre una emoción violenta que en cierta forma altera su proceder cotidiano y efectua una conducta cuyo resultado le es atribuible, pero, para los efectos de la sanción se le condena en forma atenuada, ya que de no haberse presentado esa emoción violenta, jamás hubiese -- llevado a cabo el comportamiento del que es responsable penalmente, como ejemplo podemos poner las hipótesis que contemplan los artículos 310 y 311 del Código Penal.

#### 4. EL DOLO

Carmignani y Filangerieri lo consideran como la voluntad de violar la ley penal, doctrina desechada, pues se presume que nadie delinque por el solo hecho de infringir la ley. Por otra parte Carrara defendió la teoría de la voluntad, la -- cual marca que el dolo es la intención más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley; por lo -- tanto para esta teoría, el dolo consiste no en la voluntad -- de quebrantar la ley, sino de ejecutar el acto que la infrin -- ja.

Por lo que Cuello Calón define al dolo como "la voluntad -- consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley -- prevee como delito". 50)

El dolo puede ser directo o indirecto o eventual, el primero se presenta cuando el agente ha querido el resultado de su -- acción u omisión o los resultados ligados a ella de modo ne -- cesario, en esta figura el resultado corresponde a la inten -- ción del agente.

---

50) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte especial, Vol. I. p. 421 Ed. Bosch. Barcelona, 1971.

El indirecto aparece cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso y no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando así sus consecuencias; este tipo de dolo comprende a su vez dos elementos:

La previsión de un resultado dañoso que no se quiere directamente, y la aceptación de ese resultado.

El dolo indirecto marca la frontera entre el dolo y la culpa mas alla del dolo indirecto o eventual esta la intención directa, al otro lado la culpa consciente. En el dolo eventual el agente acepta el resultado ilícito, cuya producción aparece como posible, en la culpa consciente, obra confiando en que el resultado no llegará a producirse.

El dolo se distingue según su intensidad en: premeditado, caracterizado por la perseverancia de mala voluntad y la realidad del ánimo. Simple el que todos conocemos como simplemente dolo. En afectivo o de ímpetu, que viene siendo el dolo que existe en los delitos pasionales. El irreflexivo, es aquel en que la acción sigue inmediatamente de la intención.

Al estudiar la clasificación de los delitos en orden a la conducta, concluimos que se trata de un tipo de mera conducta, esto es de un delito formal, sin resultado material, por lo que es suficiente el elemento volitivo del dolo, es decir, basta la voluntad de realizar el comportamiento descrito en el tipo, lo que significa que es suficiente que la gente --quiera ejecutar la acción descrita en el tipo legal, pero es to no significa que no requiera el aspecto cognoscitivo del dolo, pues como señala el penalista Pavón Vasconcelos, en to do caso la misma conducta (acción) es objeto de representa--ción y de la voluntad como resultado específico. 51) En -consecuencia para poder determinar que el sujeto activo ha -actuado dolosamente debe conocer las circunstancias del he--cho típico, querer y aceptar el resultado prohibido por la -ley; además debe tener conciencia de la antijuridicidad de -su conducta; es decir, que al realizar tal comportamiento de be saber que lesiona o pone en peligro el bien jurídicamente tutelado sin que lo justifique una norma permisiva o causa -de licitud.

---

51) Pavón Vasconcelos. Derecho Penal. México 9a. Ed. Porrúa, 1991. p. 395



## 5. LA CULPA

Se ha definido como el actuar sin intención y sin las diligencias debidas realizando un acto previsto por la ley como delictuoso y previsible por el sujeto. El fundamento legal de la culpa lo encontramos en la segunda fracción del Artículo 8vo. del Código Penal, al referirse a los delitos no intencionales.

### Teorías de la Culpa

De la previsibilidad.- Que funda el concepto en la posibilidad que debe tener el sujeto de preveer la trascendencia de su obrar y que de insistir en ello, probablemente resulte un hecho delictuoso.

De la previsibilidad y de la evitabilidad.- En esta teoría se recoge el contenido de la teoría anterior pero se añade la posibilidad de previsión en tanto se pueda contar con elementos indispensables para evitar el resultado previsto.

De la falta de deber de atención.- Esta teoría se explica -

en función de la exigencia destinada del sujeto de atender - un deber de atención cuyo incumplimiento se traduce en un re sultado delictivo de carácter culposo.

Podemos señalar que existe culpa cuando se obra, entonces, - sin intención y sin la diligencia debida causando un daño pe nado por la ley.

Para que se de la culpa es preciso: Una acción u omisión cong ciente voluntaria pero no intencional. Que el agente ejecute el acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales. El resulta do dañoso debe ser previsible para el agente, de donde debe - tomarse en cuenta tanto el hecho como el agente; por lo que - debe apreciarse.

- 1.- Si el hecho era previsible conforme a las experiencias - cotidianas, conforme al modo ordinario de suceder de las cosas.
- 2.- Debe tomarse en cuenta la personalidad del agente, su ca pacidad espiritual, su cultura, etc.

- 3.- La previsibilidad debe extenderse también a la representación de los elementos que intervienen o integran el delito en que se concreta el posible resultado dañoso, como a la representación de la relación de causalidad exigente entre dicho resultado y la conducta del agente.
- 4.- Caso fortuito el cual implica la producción de un resultado dañoso, no obstante que el sujeto de que se trate realice una conducta ilícita con todas las precauciones debidas.

El resultado dañoso debe constituir un hecho que objetivamente integre una figura legal de infracción, un hecho penado por la ley.

La culpa se divide en:

Consciente, que es aquella que el agente se representa, pensando en las consecuencias perjudiciales que puede provocar su actuación, pero no las toma en cuenta confiando en que no se produzcan.

Inconsciente cuando el agente no se encuentra pensando en la representación de las posibles consecuencias de su conducta.

En cuanto a la intensidad, la culpa se divide en:

Culpa.- Es aquella en que el evento dañoso se hubiera podido proveer por todos los hombres.

Culpa levis.- Cuando su previsión solo es dable a los hombres diligentes.

Culpa levissima.- Cuando el resultado hubiera podido preveer se únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.

Después de analizar las formas de culpabilidad, podemos concluir que el tipo previsto en este delito solo puede cometerse dolosamente, resultaría incomprensible que un sujeto culpablemente (negligencia, imprudencia o impericia), llegará a tener cópula o en el caso del párrafo tercero del Artículo - 265 a introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, toda vez que para que exista este delito, realizado o no con el miembro -

viril requiere la concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, lo que implica que desde el inicio se requiere querer el resultado, lo que no sucede en un tipo culposo.

## 6. PRETERINTENCIONALIDAD

Su esencia esta constituida por una suma de dolo y culpa, el dolo respecto al resultado querido o aceptado y la culpa en cuanto al resultado provocado.

El Artículo 9º del Código Penal en su tercer párrafo a la letra dice: Obra Preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado si aquel se produce por impudencia.

Las doctrinas que existen sobre la preterintencionalidad son aquellas que la consideran:

- a) Como un delito doloso
- b) Como una mezcla de dolo y culpa
- c) Como un delito calificado por el resultado.

En cuanto a la primera concepción es incompatible la propia naturaleza de la Preterintencionalidad con el dolo, pues si aquella consiste en causar un daño mayor que el querido, - quiere decir que el nexó psicológico no consistió en querer

el resultado producido, sino uno menor.

Por lo que respecta a la opinión de los que aceptan que la preterintencionalidad es una mezcla de dolo y culpa se ha objetado que no es posible este hecho, diciendo que no es posible atribuir un hecho a dos causas psicológicas distintas, - pues sería absurdo sostener que un sujeto quiso y no quiso - al mismo tiempo un resultado. 52)

Pero a este respecto podemos asegurar que es muy posible que el agente haya querido uno de ellos y no el otro, y puesto que el segundo puede haberse causado con un comportamiento imprudente o negligente, o sea culpa. La posible coexistencia de las dos formas del elemento subjetivo del delito debe ser admitida y en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido: "Si no existe dato alguno que haga presumir que el acusado al dar al ofendido una patada en la cara, tratando de evitar que le tirara con la piedra que iba a coger haya tenido la intención de causar una lesión que lo privara de la vida, ya que si el golpe que dió no ha sido

---

52) Antolisei, op. cit. pp. 276 y 277.

capaz de producir la muerte, dentro de lo normal, es indudable que el acusado al dar al ofendido una patada trató de - causarle un daño, pero no el que resultó, por lo que en realidad es que hubo intención o dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado; por lo mismo - se esta en presencia de un delito preterintencional". 53)

Y por último la preterintencionalidad calificada por el resultado, significa que se atiende solo al daño causado por - lo que no responde a la conciencia jurídica actual.

---

53) Forte Petit. op. cit. pp. 305 y 306.



## CAPITULO VI

## 1. LA PENALIDAD

La sanción asignada al delito de violación, es la de prisión.

a) Violación mediante el uso de violencia efectiva, física o moral, con persona de cualquier sexo, se impondrá prisión de 8 a 14 años.

b) Se sancionará con prisión de 3 a 8 años al que introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

Como se recordará a partir del 1º de febrero de 1991 entraron en vigor las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales del D. F., en ellas se establece que todo inculcado tiene derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito que se imputa, incluyendo sus modalidades. Pero en los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años y que

no se trate de delitos que, el legislador considere de alta peligrosidad, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada siempre y cuando cumpla con 4 requisitos a saber:

- a) Garantizar debidamente la reparación del daño.
- b) Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social.
- c) Que no exista riesgo fundado en que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- d) Que no se trate de personas reincidentes o habituales.

La misma reforma exceptuó de estos beneficios de libertad provisional cuando se trata de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a - 136, 139, 140, 145, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 265, - 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, -

366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos - 372, 381, fracción VIII, IX, X y 381 bis.

Tampoco se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el Artículo 84 de la Ley Federal de Armas de fuego y explosivos y en los Artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

Como puede observarse esta ampliación de los derechos del inculpado no caben para aquellos que estan involucrados en la comisión del delito de violación, la razón es notoria, este delito refleja por parte de quien lo comete una altísima peligrosidad.

## 2. CONSECUENCIA DEL DELITO

La reparación del daño se rige por las reglas comunes contenidas en los Artículos 30 al 34 del Código Penal. Sin embargo tal parece, que el Código ha olvidado que la violación es susceptible de originar un resultado emergente, que excede al momento consumativo.

Si es perpetrada sobre sujeto pasivo mujer por vía vaginal, es susceptible de embarazarla y, en su caso, salvo interrupción del embarazo, producir el parto, y por lo tanto el nacimiento de un hijo.

El sujeto pasivo de la violación, ni aún siendo mujer, goza de una protección en cuanto a la reparación del daño, a pesar de que, obviamente el delito puede producir un resultado posterior a la consumación: embarazo y nacimiento.

Se diría que la mujer violada goza de un derecho especial: - el de provocar el aborto, en los términos del artículo 333, - del Código Penal. Sin embargo, este supuesto derecho, no sirve, en realidad, para reparar el daño especialísimo a que acabamos de hacer referencia.

En primer término ¿Cuál es la naturaleza jurídica del aborto provocado cuando el embarazo es resultado de una violación?. Se ha dicho que es una simple excusa absolutoria, fundada en el derecho de la mujer a la voluntaria opción de la maternidad. Sin embargo puesto que la interrupción del embarazo -- tiene por objeto prevenir un resultado antijurídico: en efecto, la violación es un acto antijurídico; antijurídico es -- también el resultado embarazo y, por lo tanto, interrumpirlo equivale a reparar ese resultado. Encontramos en consecuencia, dentro de la teoría de la justificación el aborto cuando el embarazo es resultado de una violación.

Ahora bien, como las causas de justificación son en realidad derechos subjetivos, es incuestionable que operen o no de -- acuerdo con la voluntad del sujeto. Por lo tanto, la mujer que no quiera causarse el aborto, quedará sin gozar de la me di da reparadora de que se viene hablando. En muchos casos, el que la mujer no provoque el aborto significaría que consciente el embarazo, pero no lo es menos que en otros, rehusar el aborto, aún cuando no haya querido la mujer la maternidad puede obedecer a motivos de origen religioso, moral, de salud etc., de donde se aprecia que no es precisamente la libre vo

luntad de la mujer violada la que decide, ya que unas veces su decisión esta influenciada por factores biológicos y - otras por coacciones ambientales.

La autorización del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación no es una medida reparadora eficaz del daño sufrido por la mujer.

Por otra parte, en los términos del artículo 329 del Código Penal, el aborto es punible cualquiera que sea la edad del producto de la concepción, es incuestionable que la mujer - violada, si recurre al aborto, puede hacerlo en cualquier - tiempo. El Código ha olvidado que la evolución de dicho - producto resta o aumenta la gravedad del aborto. La impunidad del aborto que comentamos debería extenderse únicamente al provocado en la primera época de gestación, antes de que el embrión haya evolucionado lo suficiente para convertirse en feto.

## CONCLUSIONES

1. A través del tiempo el delito de violación ha sido castigado de diferentes maneras que van de la pena privativa de la libertad, a la castración, pasando por los azotes, la entrega como esclavo a la mujer ofendida si éste era libre, y si era esclavo condenado a la hoguera. Siendo estos resultado propio del pensamiento imperante en su época.
2. Al aceptar el sistema analítico para el estudio del delito, aceptamos desmembrarlo y estudiarlo conforme a los elementos que lo constituyen, para lo cual adoptamos la teoría tetratómica conformada por los siguientes elementos: conducta, típica, antijurídica y culpable.
3. El delito de violación se clasifica en orden a la conducta como un tipo de acción unisubsistente o plurisubsistente y, en orden al resultado, como un tipo instantáneo de simple conducta o formal y de daño o peligro.
4. El objeto de la acción en este delito es un objeto mate-

rial personal ya que la conducta recae sobre una persona independientemente del sexo coincidiendo en la violación el objeto material con el sujeto pasivo del delito.

5. El tipo de violación será formalmente antijurídico cuando siendo típico, no este amparado por alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 15 del Código Penal. Será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico consistente en la libertad sexual o cuando ponga en peligro lesionarlo.
6. De acuerdo a la teoría normativa de la culpabilidad, se debe reprochar el comportamiento del sujeto activo, cuando concurra la imputabilidad, el dolo y además que haya ausencia de las causas de exclusión de la culpabilidad.
7. La penalidad que contempla el tipo básico del delito de violación es de prisión de ocho a catorce años. Los involucrados en ese delito no tienen derecho a la libertad provisional de conformidad a lo contenido en el artículo 556 del Código adjetivo de la materia.



## BIBLIOGRAFIA

- Antolisei Francisco, Manual de Derecho Penal. Parte Gral. Ed. Hispano Americana, Buenos Aires, Argentina 1960.
- Berner Alberto Federico. Trattato de Dirito Penale, 2a. Ed. Italiana, Milano 1892.
- Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl. Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, México 1991.
- Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte Gral. Ed. Porrúa, México 1986.
- Carrara Francisco. Programa de Derecho Crimiñal. Parte Gral. Ed. Depalma, Buenos Aires 1944.
- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte Gral. Ed. Porrúa, México 1989.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, T. II, Parte Especial; 10ª Ed. Bosch, Barcelona 1971.
- Franco Guzmán Ricardo. Delito e Injusto, México 1970.
- Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error. Ed. Porrúa, México 1950.
- Fontan Balestra Carlos. Delitos Sexuales. Ed. Depalma, Buenos Aires 1950.
- Fontan Balestra Carlos. Derecho Penal, Parte Especial. Ed. - Abeledo Perrot, Buenos Aires 1959.
- Garraod Rene. Traité Theorique et Pratique du Droit Penal - Francais. Ed. Paris 1924.
- Gómez Eusebio. Leyes Penales Anotadas. Ed. Argentina de Editores, Buenos Aires 1953.
- González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano; 20ª - Ed. Porrúa. México 1973.

Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Ed. Abeledo Perrot, Sudamericana, Buenos Aires 1967.

Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal Tomo II. Ed. Lozada, Buenos Aires 1950.

Jiménez Huerta Mariano. La tipicidad. Ed. Porrúa, México 1955.

Jiménez Huerta Mariano. La Antijuricidad. Ed. UNAM, México - 1952.

Jürgen Baumann. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas. Ed. Depalma, Buenos Aires 1981.

Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Temis, Bogotá 1953.

Mendieta Nuñez Lucio, El Derecho Precolonial. Enciclopedia - No. 7 Ilustrada Mexicana. Ed. Porrúa, México 1937.

Mezger Edmund. Tratado de Derecho Penal. Ed. Bibliográfica - Argentina. Argentina 1958.

Leyes de Partidas. Partida V y VII España.

Pacheco Joaquín Francisco. Código Penal Concordado y Comentado. Ed. Madrid 1888.

Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa. México 1990.

Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1990.

Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1987.

Porte Petit Candaudap Celestino. Programa de Derecho Penal, Parte General. Ed. Trillas. México 1990.

Porte Petit Candaudap Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Ed. Porrúa. México 1985.

Tito Livio. Décadas de la Historia Romana. Traducción Española, Tomo I, Madrid 1914.

**Ure Ernesto. Los Delitos de Violación y Estupro. Ed. Ideas, Buenos Aires 1952.**

**Vannini Ottorino. Manual di Diritto Penale. Miláno 1950.**

**Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 1960.**

**Von Liszt Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Ed. -- Reus, Madrid 1926.**

**Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de abril de 1989**

**Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 1991**