

Nº 103
26/1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON
E. N. E. P. A.

" ASPECTOS PRINCIPALES DE LA VIOLACION
TUMULTUARIA EN LA MUJER DENTRO DE LA
SOCIEDAD MEXICANA "

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

REGINA ESTELA ESCALANTE GALINDO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. BERNABE LUNA RAMOS

MEXICO, D. F.

1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

Pág..

CAPITULO I

MARCO GENERAL

A.	Concepto de Violación.....	1
B.	Antecedentes de Violación.....	7
	1. Aztecas.....	11
	2. Mayas.....	19
	3. Epoca Colonial.....	22
	4. México Independiente (Código Penal de 1871, 1929, 1931 y Reforma Actual).....	27
C.	Clases de Violación.....	40

CAPITULO II

MARCO JURIDICO

A.	Análisis del Artículo 266 Bis, Fracción I.	44
	1. Elementos Típicos	49
	2. Calidad de los Sujetos.....	57
B.	Conveniencia de la Penalidad Señalada.....	64

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE LA VIOLACION TUMULTUARIA

A.	Conducta.....	74
B.	Tipicidad.....	81
C.	Antijuricidad.....	84
D.	Imputabilidad.....	87
E.	Culpabilidad.....	89
F.	Punibilidad.....	93

CAPITULO IV

LAS FORMAS DE PRESENTACION DEL DELITO

A.	Iter Criminis	96
B.	Concurso de Delito.....	106
C.	Concurso de Persona.....	111
D.	Concurso Necesario de Personas.....	114

C O N C L U S I O N E S	118
-------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A	125.
-------------------------------	------

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

Uno de los grandes problemas que afronta nuestra sociedad, es el incremento alarmante de los ilícitos, que afectan la seguridad y libertad sexual; estos ilícitos gozan en la mayoría de los casos de impunidad en razón del pudor y recato de la víctima, y en ocasiones derivan de una actuación de algunas autoridades quienes con su trato deshumanizado, poco prudente y carente de sensibilidad, desilusión y describibilidad en los particulares que acuden ante aquéllas en demanda de justicia, de ahí el interés de elaborar el presente trabajo.

El Capítulo I, se inicia con el concepto del delito de violación, - lo cual resulta práctico, ya que ello nos permitirá concebir o formar nuestro criterio del tema en cuestión.

Se analizará la génesis de este delito, considerando a las más importantes culturas prehispánicas, ya que ello nos puede llevar a encontrar datos que ayuden a conformar mejor el presente trabajo. Naturalmente, y -- con objeto de establecer una secuencia cronológica en los acontecimientos, - continuaremos el estudio con la Epoca Colonial y posteriormente con las legislaciones Penales precedentes, hasta llegar a nuestro Código Penal vigente. Es importante revisar pormenorizadamente cada Código, ya que ello nos permitirá una especie de derecho comparado a través de los años, conociendo la facultad interpretativa de los legisladores, en la búsqueda de sanciones concretas para determinar la comisión de los delitos sexuales, en el caso -- que nos ocupa de la violación tumultuaria, que es además de las clases de - este ilícito.

El marco jurídico del Capítulo II, nos permite delimitar el tema, - ya que en forma particular se analizará el artículo 266 bis del Código Penal, que se refiere a las agravantes específicas del delito de violación y dentro de ellas, la fracción I, que se refiere a la violación tumultuaria. -

Para ello, es necesario examinar el tipo penal (elementos tipos), la calidad de los sujetos y la conveniencia de la penalidad señalada.

El Capítulo III de este trabajo, comprenderá el estudio de los -- elementos del delito de la violación tumultuaria, es decir, así como existe la teoría general del delito, en la cual se contemplan como tales, la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, en el ilícito en comento, se analizará cada uno de estos -- elementos, sólo que, aplicados a nuestro tema de tesis, proponiendo inclusive algunas ideas penales al respecto, elaborando una crítica que enriquezca la calidad del mismo.

Por último el Capítulo IV, que se refiere a las formas de presentación de la violación tumultuaria, iniciaremos este punto con el exámen de la vida de este delito, que se conoce propiamente con el nombre de Iter -- Criminis, también señalaremos si existe o no el concurso de este delito con otros más. En relación al concurso necesario de personas, estableceremos -- las condiciones especiales de la violación tumultuaria, sobre la participación de los sujetos activos en la comisión de este delito.

Todo ello nos llevará a proponer soluciones prácticas, para la debida comprensión de este ilícito, sobre todo en la participación de justicia, es al menos el aspecto propositivo de esta tesis.

CAPITULO I

I.- MARCO GENERAL

A.- CONCEPTO DE VIOLACION. "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de coacción física o intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación. El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violación el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la violencia, ejerciendo la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violación física), o bien el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, que por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica. Además en la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave -- porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual se -- suman otras ofensas o diversas categorías de bienes jurídicos -- que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se -- manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, -- golpes, privación violenta de la libertad física, asalto, lesiones mas o menos graves, y aún homicidio... "...En resumen la violación constituye el más grave de los delitos sexuales, porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus --

medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integración corporal o la vida." (1)

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

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

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

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

"Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en su mínimo y máximo, cuando :

(1) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa, S.A. Décima Tercera Edición. México 1975. - pp. 379 a la 380.

- I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o mas personas;
- II.- El delito fuere cometido por un ascendente contra su descendente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral; el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que ejerciere sobre la víctima;
- III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público y ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y
- IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."

"Artículo 266.- Se equipara la violación y se sancionará con la misma pena :

- I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y
- II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no puede resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo se aumentarán en una mitad."

"Es cierto que la mayor parte de las legislaciones, bajo el común nombre de violación y como especie de ésta incluye la figura conocida doctrinalmente como violación presunta, consistente en el ayuntamiento carnal o bien sexual con personas incapacitadas para resistir al acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejante condición de indefensión. Creemos sin embargo, que como estas hipótesis delictivas, no implica para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprendidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituyen un delito especial, previsto de su propia descripción legislativa, y distinto a la verdadera violación, su nombre adecuado más que el de violación presunta, debe ser el delito que se equipara a la violación o violación impropia.

El Código Penal Mexicano lo describe así: "Se equipara a la -- violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o por cualquier causa no esté en la posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir la conducta delictuosa (Artículo 266 reformado del Código Penal para el Distrito Federal)." (2)

En sí el elemento esencial para que se constituya el delito de violación es la cópula pudiendo ser ésta normal o anormal, consistente en cualquier clase de conjugación sexual o ayuntamiento, con independencia de su total agotamiento fisiológico, o bien que una vez iniciado el acto sea interrumpido por circunstancias diversas, en sí el momento en que se constituye el delito de violación es precisamente cuando llega el acceso carnal, aunque el acto no llegue a agotarse. Ahora bien, debe tomarse en cuenta los hechos encaminados direct

ta o inmediatamente a la realización impositiva del concúbito por medios violentos, en caso contrario, por causas ajenas a la voluntad del agresor no se consume el acto estará ante la tentativa de violación.

"El significado de la palabra cópula, dentro de nuestras instituciones jurídico-penales positivas, ofrece aparentemente algunas dificultades que deben esclarecerse. El problema se origina, principalmente en el legislador mexicano, emplea la misma voz "cópula" - en descripción de los delitos -violación y estupro- cuya composición jurídica es tan distinta que necesariamente ha de darse a la citada palabra acepciones conceptuales diversas: Extensas en violación (ayuntamiento normal o anormal) y restrictas en el estupro (coito normal).

Profesores de Medicina legal, desde el punto de vista fisiológico, afirmaron en las aulas de la Facultad que por cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre el varón y mujer precisamente por la vía vaginal o sea el coito normal. Disentimos de tan respetables opiniones debido a los siguientes razonamientos.

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

caracteriza por el tipo fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril normal o anormal, pues si ésta no se puede, con propiedad, no puede decirse que ha habido copulativa conjugación carnal. Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales.

De esta manera, concluimos, en su acepción erótica general, - la acción de copular comprende de los ayuntamientos sexuales normales de varón precisamente por la vía vaginal y a los anormales, - en vasos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente se excluyó el amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino, inversión efectuada de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente dicho fenómeno copulativo o - ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril.

De la misma manera, que para el estupro en la violación es -- irrelevante que el ayuntamiento se haya agotado plenamente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para el fornicio o que - no se haya efectuado, puesto que en ambos casos, la acción de copular ha existido y también, se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica-libertad sexual, objeto preferente de la tutela penal. El daño que sufre el ofendido en dicha libertad existe, aún cuando su violentador no haya podido efectuar la delictia carnalis o aún cuando haya interrumpido el acto en el curso de fornicación ya iniciada. Para las exigencias jurídicas de integración del elemento "cópula" es suficiente la existencia de la introducción sexual independientemente de los resultados. En otros términos: No es necesaria la inmesio seminis; el concúbito que caracteriza la violación existe legalmente aún cuando el acto no tenga perfección fisiológica.

Nada interesa, para los efectos de la existencia del delito, - cuando el concúbito violento recae en la mujer haya dado origen o no a su preñez. En esta materia conviene recordar, incidentalmente, que nuestra legislación excluye la penalidad del aborto cuando el embarazo sea el resultado de una violación (artículo -- 333 del Código Penal), estableciendo su punibilidad en consideración a que, como afirma Jiménez de Asúa, en su obra Libertad de -- Amar y Derecho de Morir (4a. Ed. Santander, 1929, p. 91), "a esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos -- altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del - derecho de la mujer a una maternidad consciente. Por nuestra parte, hemos comentado que la excusa absolutoria del aborto en caso - de violación supone la prueba viviente del previo atentado sexual, pero ésta debe establecerse, para los efectos de no punibilidad, - por el Juez que conoce la causa del aborto, sin que se necesite -- anterior juicio a los responsables del delito de violación." (3)

B.- ANTECEDENTES DE VIOLACION. En el Derecho Romano no se estableció una diferencia para la violación, se castigaba como -- los delitos de coacción y a veces de injuria.

"... Vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, - ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a -- efectuar o a no ejecutar una acción." (4)

(3) González de la Vega, Francisco. op. cit. pp. 283 al 386.

(4) Mommsen. Derecho Penal Romano. Tomo II, p. 127.

- Dentro de los delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum. La Lex Julia de vi publica igualmente le reservaba la penalidad de muerte. El derecho canónico, según cita de Cuello Calón (Derecho Penal Tomo II, p.482), " consideró el mismo delito tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorada no podía cometerse, en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte." (5)

El antiguo Derecho Español, en el Fuero Juzgo (Ley XIV, título V, libro III), se ordenaba: Si algun omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza; é si es siervo, sea quemado en fuego. En la partida Setena (Ley-III, título XX), se decía Robando algun omne alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con -- alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende: é demás deven ser todos sus bienes de la mujer que -- assi oviesse robada o forzada... E la pena que diximos de suso que debe aver el que forzasse alguna de las mujeres sobredichas, essa misma deven aver los que le ayudaron a sabiendas a robarla o a -- forzarla: mas si alguno forzasse alguna mujer otra, que no fuesen ninguna de estas sobredichas, deve aver pena por ende, segun alvedrío del juzgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, é la mujer que forzó, é el tiempo, é el lugar en que lo fizó. "

"... El delito de violación, como se ha visto, debió surgir en con secuencia, al ser substituída la periodicidad sexual por lo líbido,

supuesto que, en esas condiciones, lo que el instinto sexual ganaba en permanencia, lo perdía en intensidad, y el hombre, al no verse obligado a obedecer ciegamente esa periodicidad, conquistó mayor libertad en la elección de la mujer y ésta a su vez dispuso también de un mecanismo inhibitorio más fuerte para rechazar los ataques sexuales. Este hecho a nuestro juicio, se produjo en la horda.

Fué común en todas las legislaciones antiguas, agrupar bajo un concepto genérico, la violación, los abusos deshonestos y el raptó, distinguiéndose sólo por las penas aplicables, que se caracterizaron por su dureza y severidad; criterio que aún siguen algunas legislaciones de origen anglo-sajón, las cuales bajo la denominación común de "rape" incluyen cualquier hecho sexual violento."
(6)

"En cuanto a la violación, la encontramos sancionada: En Egipto con la castración; entre los Hebreos con la pena de muerte o multa, según que la mujer fuera casada o soltera; (Deuteronomio-25, XXII); en el Código de Manú, se aplicaba al violador pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento, pues si se surtían sus condiciones, el infractor no era sancionado; en Grecia se castigaba al violador, con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si ésta consentía y en caso contrario, se le condenaba a muerte; la Ley de los sajones, la castigaba con una multa que era disminuída si la víctima concebía; el Edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además, si era noble y rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes; en Inglaterra, Guillermo el conquistador; impuso la pena -

(6) González Blanco, Alberto Dr. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Edit. Aloma. México, 1958. pp. 131- y 132.

de ceguera y la castración; y la Constitución Carolina (Cap.CXXV)-
la muerte." (7)

"... En la legislación española, antecedente de la nuestra; encontramos que: En el Fuero Juzgo, Lib. III Tit. V, se castigaba al - "forzador" si era hombre libre con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo a la mujer a quien forzaba, y si era - - siervo se le quemaba. Estaba prohibido al ofensor y a la víctima- contraer matrimonio y si esta prohibición se infringía, quedaban - en calidad de siervos, con todos sus bienes, de los herederos más- próximos. En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Lib. II Tit. II, tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigan al ofensor con la pena de muerte. En el - Fuero Real, las cuatro primeras leyes del Lib. IV Tit. X, hacen -- referencia a la violación sin distinguir la del rapto y la sancio- nan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su - condición social, o en religiosa profesa: igual pena se estableció en las leyes de Estilo; y por último la Ley 3a. Tit. XX de la Par- tida VII, que también involucraba la violación con el rapto, al - - prescribir que "robando algún omme alguna mujer viuda, de buena -- fama o virgen o casada o religiosa y yaciendo con alguna de ellas- por fuerza", se les confiscaban sus bienes en favor de la víctima- sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido". (8)

Sin embargo, en nuestro actual Código Penal dicho delito sexual -- sigue teniendo el acento de máxima gravedad, aún cuando no se rea- liza la pena de muerte al violador, pero sí se establece una san- ción, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando - con ella coinciden otros eventos delictuosos, como los de contagio

- (7) Rarilla Bas , Fernando. El Delito de Violación. Tesis Doctoral. -- Madrid 1936. p. 11.
(8) Cuello Calón. Derecho Penal. Tomo II. Edit. Bosch. 1943. p. 479.

venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio.

"... De acuerdo con los antecedentes históricos del Derecho Español, Escriche define la violación como la "violencia que se hace a una - mujer para abusar de ella contra su voluntad." (9)

"... En esa definición prevalece el concepto originario de la violación, como sinónimo de fuerza, pero según Arilla Bas, ese concepto se amplía a partir de la doctrina de Carpzovio, a la violencia - presunta y se concreta por Carrara, cuando define la violación como "el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad - mediante el uso de la violencia verdadera o presunta" (Tesis Doctoral, cit. p. 7)."

Nuestro Derecho Positivo acepta las dos formas de violencia a que - Carrara se refiere: la verdadera o efectiva en su artículo 265, que hace consistir en la cópula que se realiza mediante el empleo de la violencia física o moral; y la presunta, en su artículo 266, con -- persona privada de razón o de sentido, o en aquella persona que por enfermedad o cualquiera otra causa no puede resistir." (10)

1.- A Z T E C A S .

Según el catálogo de los delitos en un Código Penal, según su tratamiento y enfoque, así es el castigo que el Estado inflige.

La prueba la tenemos en las épocas históricas que le han dado marcada preferencia a la pena de muerte. Revisemos su Derecho punitivo; sólo encontramos rigor, exageración legislativa y jurisprudencial, el abuso del Estado sobre la comunidad. La función punitiva-

- [9) Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Vol. II. Madrid, 1847, - p. 942.
- [10) González Blanco, Alberto. op. cit. pp. 132 a la 136.

del Estado, en muchos grados de la civilización y de la cultura, se ha manchado de sangre. El progreso de la humanidad, pues, depende de gran medida de cómo entiende la humanidad la función del castigo. Nadie, sino el Juez, es el testigo más profundo de la evolución moral del hombre.

EPOCA PRECORTESIANA: Los aztecas. El Derecho Penal Precortesiano - fué rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral - de acuerdo con una cultura valorativa. Es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política.

El destierro o la muerte era la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el temor a las leyes aztecas y el por qué de que nunca haya sido necesario recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen, sin -- embargo, se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos.

Desde luego, tales jaulas y cercados cumplían la función de la que hoy llamamos cárcel preventiva.

Fray Diego Durán ofrece una visión más clara de la que bien podría ser prototipo de cárcel precortesiana. ... no hallo más de cuatro -- géneros de muertes con que éstos castigaban los delitos. El uno era apedrear a los adúlteros y echarlos fuera de la ciudad a los perros y auras; a los fornicarios de fornicación simple con virgen dedicada al templo, o hija de honrados padres, o con parienta, apaleado o -- quemado, echadas las cenizas al aire. Otra muerte había, que era -- arrastrar a los delincentes con una zoga por el pescuezo y echados -- en las lagunas. Y éstos eran los sacrílegos que hurtaban las cosas-

sagradas de los templos.

La cuarta manera era la del sacrificio, donde iban a parar los esclavos; donde unos morían abiertos por medio; otros degollados; otros quemados, otros aspados; otros asaetados; otros despeñados; otros empalados; otros desollados con los más crueles e inhumados -- sacrificios.

"Entre los datos históricos que han coleccionado Carrancá y Trujillo, destacan los siguientes: lapidación de los adúlteros, muerte para el homicida intencional; indemnización y esclavitud para el homicida -- culposo; la excluyente, o cuando menos, la atenuante de la embriaguez completa; la excusa absolutoria de robar siendo menos de diez años; la excluyente por estado de necesidad de robar espigas de maíz por hambre (datos obtenidos de las Ordenanzas de Metzahuacóyotl, -- reproducidas por Don Fernando de Alva Ixtlilóchitl.)

La ejecución de la muerte era rica en procedimientos: ahorcadura, -- lapidación, decapitación o descuartizamiento.

Carrancá y Trujillo lo dice: "El Emperador Azteca- COLHUATECUHLI - TLATOQUI o HUEITLATOANI era, con el consejo supremo de gobierno el - TLATOCAN formado con cuatro personas que habían de ser sus hermanos, primos o sobrinos, y entre los que habría de ser elegido el sucesor del emperador-, el que juzgaba y ejecutaba las sentencias. Los pleitos duraban ochenta días como máximo y se seguían sin intermedios. Cada ochenta días el TLATOCAN celebraba audiencia pública-sentenciado sin apelación."

Por ejemplo, la ley 15 de Metzahuacóyotl, citada por Carrancá y -- Trujillo, imponía pena de muerte para los homosexuales. El activo -- empalado; al pasivo, la extracción de sus entrañas por el ano. Y de acuerdo con Sahagún, consultado por el autor que citamos, había un -

caso de tallón: los ejecutores que se negaban a ejecutar la pena -- dictada en sentencia judicial, sufrirían la misma pena.

La Ley de 41 de Netzahualcōyotl, analizada por Kohler, establecía -- la pena de muerte por incineración en vida cuando los sacerdotes tuvieran relaciones sexuales contra natura. ... Al violador de una ramera no se le aplicaba ningún castigo, por no ser delito (según Juan Bautista Pomar, en su Relación de Texcoco).

... Vale, como dato curioso, hacer notar que la pena de muerte al -- marido que tuviera acceso carnal con su mujer cuando constare que -- ella hubiese violado la fé conyugal. Es evidente que aquí se castigaba la indignidad del marido. Pena de la mayor importancia, creemos por su contenido ético y relevancia social. (11)

Es interesante precisar si las leyes a las que nos referimos estaban o no escritas. En opinión de Clavijero no lo estaban, pero se perpetuaban en la memoria de los hombres, tanto por la tradición oral -- como por las pinturas; además, los padres de familia instruían en -- ellas a sus hijos.

"Principales delitos sexuales y penas correspondientes entre los -- aztecas, eran los siguientes :

D E L I T O S

P E N A S

Privación de la vida de la mujer propia, aunque se le sorprenda en adulterio : Muerte.

(11) Cfr. Carrancá y Rivas Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México, Editor. Porrúa,S.A. 1a. Edic. México,1974. pp. 11 a la 26.

DELITOS

PENAS

Acceso carnal a la mujer, cuando cons-
te que ella ha violado la fé conyugal:

Muerte.

Adulterio (no se reputaba tal el co-
mercio del marido con una soltera):

Lapidación o quebramiento de
cabeza entre dos losas; en
Ichcatlan, a la mujer acusa-
da se le descuartizaba y se-
dividían los pedazos entre
los testigos; en Ixtepec, la
infidelidad de la mujer se
castigaba por el mismo mari-
do, con autorización de los
jueces, que en público le
cortaba la nariz y las ore-
jas.

Incesto en primer grado de consangui-
nidad o de afinidad:

Ahorcadura.

Pecado nefando (sodomía):

Ahorcadura.

Pecado nefando (sodomía), cuando el
delincuente es sacerdote:

Muerte en hoguera.

Alcahuetería :

Muerte en hoguera: quemaban-
los cabellos con teas de pi-
no y embarraban la cabeza --
con la resina del mismo ár-
bol. Agravación de la pena -
en razón del rango o situa-
ciones social de las perso-
nas a quienes servían de - -
tercera.

Prostitución en las mujeres nobles:

Ahorcadura.

DELITOS

PENAS

Vestirse de mujer el hombre, o de hombre la mujer:	Ahorcadura.
Lesbianismo :	Muerte por garrote.
Homosexualidad en el hombre: . .	Empalamiento para el sujeto activo; extracción de las entrañas -- por el orificio anal, para el pasivo.
Comercio carnal con alguna mujer libre, en el tiempo en que está dedicado al servicio del templo:	Privación del sacerdocio y destierro. En algunos casos muerte.
Exceso contra la continencia -- que se profesa, de parte de los mancebos o vírgenes que se educan en los seminarios:	Castigo riguroso, e incluso la -- muerte.
Relaciones sexuales entre sacerdotes y sacerdotisas:	La muerte con garrote (secretamente), incineración del cadáver, -- demolición de casa y confiscación de bienes.
Encubrimiento del delito anterior:	Muerte." (12)

(12) Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México. op. cit. pp. 26 a 32.

Los padres disponían el matrimonio con el consentimiento del joven y de la muchacha. Se consultaba a un sacerdote para que decidiera si los destinos de la pareja eran armoniosos. Regían leyes en contra del incesto, como las nuestras, con la restricción añadida que prohibía el matrimonio entre personas del mismo clan.

Como sucede con frecuencia en las naciones guerreras que sufren merma en sus componentes masculinos, prevalecía la poligamia; sin embargo, la primera mujer tenía prioridad sobre las otras y sólo sus hijos tenían derecho a heredar. Se permitían las concubinas y existía, también la prostitución.

"En materia de moralidad sexual las doncellas tenían que ser castas y las esposas fieles a sus maridos. Un hombre transgredía las normas de la decencia solamente cuando sus relaciones ilícitas eran con una mujer casada; de otra manera su mujer no podía reclamar formalmente fidelidad.

El adulterio se castigaba con gran severidad, y aún con la muerte, - cuando se cometía fuera de los límites de las leyes del incesto y la sodomía se castigaba con repugnante brutalidad." (13)

Los delitos se dividían en leves y graves; los leves se castigaban - correccionalmente, por lo general en azotes ó golpes de palos, y los graves eran contra las personas, ataques a la propiedad, al orden -- público ó a la moral y la desobediencia a ciertas leyes preceptivas. El marido que mataba a la adúltera moría porque usurpaba las funciones de la justicia. Generalmente le daban a éstos la muerte ahorcándolos.

- (13) Cfr. George C. Vaillant. La civilización azteca, origen, grandeza y decadencia. Fondo de la Cultura Económica, México, 1944. Edición - revisada por Juzannah B. Vaillank. pp. de la 96 a la 106.

De los delitos contra el orden de la familia, la moral pública ó las buenas costumbres, el que más castigaban era el adúltero. Si tomaban infraganti a los adúlteros y habían testigos, los prendían.

"El que forzare á una doncella tenía pena de muerte si era en el campo ó en casa de su padre. La tenían también padraastro que estaba con su entenada y la madrastra que estaba con su entenado y en general todo el que cometía incesto con parientes por consanguinidad o afinidad, con excepción de los cuñados, pues, por el contrario, -- era común que muerto el marido otro de sus hermanos tomase a su mujer ó mujeres a los terceros les chamuscaban la cabeza en público -- con una tea encendida, y si eran de personas principales las mataban." (14)

Como ha quedado precisado, la comisión de los delitos sexuales entre la comunidad azteca, eran severamente castigados. No solamente entre los ofensores, sino que también se incluía a quienes cooperaban o auxiliaban a los infractores principales.

Al existir la poligamia entre la comunidad azteca, resulta difícil establecer un concepto relativo a la violación tumultuaria. Consideramos que al someter un pueblo a otro, era muy frecuente la comisión de este delito. El bien jurídico tutelado no se circunscribía a la libertad sexual, sino más bien a salvaguardar una serie de valores morales y religiosos inflexibles, sobre todo en el caso de la mujer, es decir, las doncellas, las sacerdotisas. La pena de muerte era el castigo generalizado para lo que podemos considerar "delitos sexuales", inclusive, el adulterio, que en nuestra legislación actual no se contempla como tal.

- (14) D. Riva Palacio, Vicente (publicada bajo la Dirección). México a través de los Siglos. Editorial Cumbre, S.A. México, D.F. octubre de 1984. Vigésima Segunda Edición. Tomo II, pp. 202 y 203.

2.- M A Y A S .

La civilización maya presenta perfiles muy diferentes de la azteca.- Más sensibilidad, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda. En suma una delicadeza connatural -- que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia.

Todo lo que puede afirmarse es que los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los -- delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases teocráticas y militar -- aprovecharan la intimidación para consolidar su predominio.

En comparación con los aztecas, la maya es una represión mucho menos brutal. Y es que el pueblo maya quiché es "quizá el de más evolucionada cultura entre todos los que habitaban el Continente América no, antes del descubrimiento.

Las más serias investigaciones acreditan que el pueblo maya contaba con una administración de justicia, la que estaba encabezada por el batab recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de ellas de inmediato, verbalmente también y sin apelación, después de hacer investigar expeditamente los delitos e incumplimientos denunciados y -- procediendo a pronunciar la sentencia. Las penas eran ejecutadas -- sin tardanza por los tupiles y servidores destinados a esa función.

Es de notar que los pueblos primitivos- observa Carrancá- aprovecharon siempre los medios que la naturaleza ponía a su alcance para, -- con ellos dar muerte a sus enemigos o a los culpables de delitos; -- observación interesante porque el castigo tenía su origen en la naturaleza, incluso en los aspectos de forma y aplicación.

la lapidación también se aplicaba a los violadores y estupradores; y el pueblo entero tomaba parte en la ejecución de la pena y lo hacían con especial encono (quizá por la rígida moral maya, lastimada con dichos delitos sexuales).

Salta a la vista que los mayas, igual que los aztecas, no concebían la pena como regeneración o readaptación. En el párrafo correspondiente a los aztecas hemos opinado que tal vez éstos aplicaron -- "una especie de prevención". De los mayas podríamos opinar algo semejantes: pretendían "readaptar" el espíritu, purificado por medio de la sanción. He aquí la prueba.

¿No se nota, acaso, que la pena estaba vinculada a la expiación religiosa y espiritual? Tanto el cenote sagrado como el sacrificio a los dioses así lo demuestran. Por otra parte, es bien sabido que -- cada sociedad tiene su modo de defensa mediante la ley penal, y los mayas tenían lo suyo; defendían al mismo tiempo sus instituciones -- civiles y su organización religiosa. La pena entre ellos fué una -- sabia mezcla- según su criterio- del castigo al delincuente y al -- transgresor de la ley divina. En la comisión de un delito se ofendía lo mismo al Estado que a los dioses (a la religión). De allí, amplitud de la pena, la severidad del castigo.

"Eligio Ancona, el historiador y jurista yucateco, cuya Historia de Yucatán es única en su género, a propósito del Derecho Punitivo Maya ha escrito lo siguiente: "El Código Penal Maya, aunque puede ser -- presentado como una prueba de la moralidad de este pueblo, contenía castigos muy severos y generalmente desproporcionados a la culpa, -- defecto de que adolece la legislación primitiva de todos los países. No habían más que tres penas: la de muerte, la de esclavitud y el -- resarcimiento del daño que se causaba.

La muerte solía aplicarse de una manera bárbara: bien estancado el -

paciente, bien aplastándole la cabeza con una piedra que se dejaba - caer desde cierta altura, bien, finalmente, sacándole las tripas por el ombligo.

Principales delitos sexuales y penas correspondientes entre los mayas eran los siguientes:

DELITOS

PENAS

Adulterio :	Lapidación al adúltero varón si el ofendido no perdonaba (dejar caer una pesada piedra sobre la cabeza, desde lo alto). En cuanto a la mujer, nada más su vergüenza o infamia. O bien lapidación, tanto al hombre como a la mujer. O bien - muerte por flechazos, en el hombre. O bien arrastramiento de la mujer, por parte del esposo, y abandono - en sentido lejano para que se la devoraran las fieras. O bien comoremate de la venganza privada, matrimonio del marido engañado con la mujer del ofensor. O bien muerte a estacadas. O bien extracción de las tripas por el ombligo, a -- ambos adúlteros.
Sospecha de adulterio :	Amarradura de las manos a la espalda, varias horas o un día. O bien desnudamiento. O bien corte del -- cabello.
<u>Violacion</u> :	Lapidación, con la participación - del pueblo.
Estupro :	Lapidación, con la participación - del pueblo.
Corrupción de virgen :	Muerte.

DELITOS

PENAS

Relaciones amorosas con un es-

clava de otro dueño: Esclavitud a favor del dueño ofen-

dido.

Sodomía :. Muerte en un horno ardiente.

Los mayas sólo usaban unas jaulas de madera que servían como cárcel para los prisioneros de guerra, los condenados a muerte, los esclavos prófugos, los ladrones y los adúlteros." (15)

Como comentario final señalamos, que es claro que entre los mayas -- sigue prevaleciendo la venganza privada para sancionar las conductas antisociales. Respecto a los "delitos sexuales", la violación -- era castigada con la lapidación, sumando la participación del pueblo, lo que hacía más tormentosa la muerte.

No debemos olvidar que al existir el politeísmo entre los mayas, la pena infringida al culpable correspondía más bien a una expiación de la culpa con un carácter fundamentalmente religioso, ya que la comisión de delitos en general, constituían ofensa para los dioses. Prevalecía entonces el derecho divino sobre el natural por obvias razones.

3.- EPOCA COLONIAL.

Con qué razón se ha dicho que la Colonia fué una espada con una cruz en la empuñadura. Por un lado hirió y mató, por el otro evangelizó. La Colonia, es víctima de la falsa apreciación histórica, de los com-

(15) Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. pp. 33 a la 44.

plejos de los resentimientos, y se han lanzado sobre ella perjuicios e incomprensiones, como si no hubiera sido la fragua de la mexicanidad.

La Colonia, en suma, representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano.

La recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680, - constituyó el cuerpo principal de las leyes de la Colonia, completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de dicho monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, quedó origen a las Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería.

Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos. Las penas eran desiguales según las castas, quedando equiparados españoles y mestizos sólo en ciertos casos, adule- rios.

Los autos de fé (castigos públicos de los penitenciados por el -- Tribunal de la Inquisición), influyeron en el criterio virreinal en materia de Penología. De 1648 a 1664 Don Gregorio Martín de Guíjo - publicó su conocido Diario de sucesos notables. Por estos años la gente moría de "desconcierto", o por haber bebido un jarro de agua helada, y los azotes y las galeras ocupaban sitio de honor entre las penas referidas. La hoguera tampoco se quedaba atrás.

Un 6 de noviembre de 1658 catorce hombres murieron quemados por haber cometido el pecado de sodomía; un muchacho muy joven, también -- acusado de lo mismo, fué condenado a doscientos azotes y vendido a - un mortero por seis años.

Ahorcar, quemar, descuartizar, cortar las manos y exhibirlas- por -- ser los instrumentos del delito-, eran penas habituales en el México-

Colonial.

En la Epoca Colonial la justicia del Santo Oficio se confundía prácticamente con la del Virrey. ¿Cuándo comenzó en realidad a funcionar el Santo Oficio? Se puede decir que desde el inicio mismo de la Colonia.

"Don Julio Jiménez Rueda, en su magnífico libro Herejías y Supersticiones en la Nueva España, cuenta cómo llegaron "individuos que tienen tratos con la justicia, huyendo de las cárceles. Esta observación es muy importante, por lo siguiente: el grueso de la población que llegó aquí estaba formado por aventureros; en su mayoría se trataba de delincuentes.

Las Leyes de Indias.- La recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, se compone de nueve libros divididos en títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno. El título VI del libro VII, con veinticuatro leyes, denominado "De las cárceles y carceleros", y el VII, con diecisiete leyes, "De las visitas de cárcel". El Título VIII, con veintiocho leyes, se denomina "De los delitos y penas, y su aplicación". Respecto al Título VI (De las cárceles y - - carceleros) que se continúan en la Recopilación de los Reinos de las Indias, baste señalar que se hace referencia a la observancia de una especie de reglamento que debían realizarse en los lugares, villas y ciudades donde hubiera cárceles.

Título Ocho De Los Delitos, y Penas, y su Aplicación:

Ley Primera.- Que todas las Justicias, averiguen, y castiguen los delitos.

ORDENAMOS, y mandamos á todas nuestras justicias de las Indias, que averiguen, y proceda el castigo de los delitos, y especialmente pú--

blicos, atroces, y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión, y cuidado, sin omisión, ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene el sosiego público, quietud de - - aquellas provincias y sus vecinos.

Ley IIII. Que en el delito de adulterio se guardan leyes sin dife - - rencia entre Españolas y Mestizas.

En el delito de adulterio procedan nuestra justicia contra las Mestizas, conforme á las leyes de estos Reynos de Castilla, y las guarden como disponen, respecto a las mujeres Españolas...

Ley XV. Que los Jueces no moderen las penas legales, y de ordenancas en la excución de las penas, aunque sea de muerte...

Principales delitos sexuales y penas correspondientes durante la Colonia eran los siguientes:

D E L I T O S

P E N A S

Costumbres homosexuales: En el caso se trató de un mulato -- vestido de mujer. Azotes." (16)

"La iglesia trató de establecer en todas partes la institución del matrimonio cristiano, los matrimonios en consecuencia, cayeron bajo el control del clero español a partir de mediados del siglo XVI. La - - costumbre según la cual los indígenas sólo se casaban con el permiso de sus propios jefes indígenas fué prohibida. Los conceptos del incesto tuvieron que ser revisados de acuerdo con las normas cristianas, porque lo único que no se permitía, antes de la conquista, fué el - - matrimonio entre hermanos y entre padres e hijos. La clase dominante

(16) Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl. op. cit. pp. 63 a la 193.

indígena, que había practicado un tipo de poligamia, se veía obligada ahora aceptar las normas cristianas monogámicas. La tradición, que continuó en cierta medida después de la conquista, puede explicar los numerosos casos de bigamia y concubinato entre los dirigentes de la sociedad nativa. Entre el pueblo, las uniones monogámicas y los grupos familiares singulares siempre eran dados por supuestos en los registros eclesiásticos españoles y en los reglamentos que regían tributo y el trabajo." (17)

A manera de comentario diremos que durante la Colonia, el principal objetivo tanto del clero (Tribunal del Santo Oficio) y el virreinato, se manifestó a través de la imposición de las nuevas ideas colonizadoras y evangelizadoras. Las conductas antisociales que más se sancionaban eran aquellas que atacaban el sistema virreinal. En tanto el clero castigó severamente la herejía, sobre todo del indio, la hechicería, el ocultamiento de ídolos, etc.

Esta etapa de transición fué muy cruel para el indio. Se introdujeron leyes e instituciones radicalmente opuestas a la organización social de los pueblos prehispánicos, a sus creencias, su imposición cobró muchas vidas.

Se terminó con el politeísmo, ya que antes de la conquista, lo único que se prohibía en el orden de las relaciones familiares fué el matrimonio entre hermanos y entre ascendientes y descendientes, es decir, las relaciones incestuosas.

En otras palabras, se condenó cualquier manifestación religiosa y moral. Las costumbres homosexuales (leves) se castigaban con azotes.

En el adulterio no se diferenciaba entre las mujeres, ya fueran espa-

(17) Charles Gibson. Los aztecas bajo el dominio español, 1519-1810. Editorial siglo XXI. 8va. Edición. 1984. pp. 139 a la 160.

ñolas o mestizas para la aplicación de la pena.

4.- MEXICO INDEPENDIENTE (CODIGO PENAL DE 1871, 1929, 1931 Y REFORMA AC-
TUAL.)

"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.- Tí-
tulo Sexto.

Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las bue-
nas costumbres.

Capítulo I I I

Atentado contra el pudor, estupro, violación.

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

Artículo 796.- Se equipara la violación y se castigará como ésta: La
cópula con una persona que se halle sin sentido, o que tenga expedito
el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 797.- La pena de violación será de seis años de prisión y --
multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años.

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

Artículo 798.- Si la violación fuere procedida o acompañada de golpes

o lesiones, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 799.- A las penas señaladas en los artículos 794, 796, 797 y 798 se acumularán:

Dos años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro o --
madrastra del ofendido; o la cópula sea contra el orden natura'.

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Sels meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, o fuere -
su tutór, su maestro, criado, asalariado de alguno de éstos o del - -
ofendido, o cometiere la violación abusando de sus funciones como - -
funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón o ministro-
de algún culto.

Artículo 800.- Los reos de que se habla en la fracción tercera del --
artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores; y además-
podrá el Juez suspender desde uno hasta cuatro años en ejercicio de -
su profesión, el funcionario público, médico, cirujano, comadrón, - -
dentista o maestro que hayan cometido el delito, abusando de sus fun-
ciones.

Artículo 801.- Cuando los delitos de que se habla en los artículos --
795, 796 y 797, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará
el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de -
la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar
a éste.

Artículo 802.- Siempre que del estupro o de la violación resulte una-

enfermedad a la persona ofendida, se impondrá al estupro la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro o violación y por la lesión, considerando al delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena -- que señale el artículo 557." (18)

El Código Penal que estuvo vigente en 1871, no considera la violación tumultuaria como una circunstancia agravante del delito. No se conoce, ni se describe el tipo penal subordinado o complementado al tipo básico de la violación, lo cual es injustificable, ya que sí están -- previstas las reglas de la acumulación en caso de que concurren golpes o lesiones.

Debemos entender según este Código, que en el supuesto de que en la comisión del delito de violación perpetrado con la participación de dos o más sujetos activos, la sanción aplicable en forma individual -- correspondería únicamente al delito de violación, sin que tales conductas antijurídicas fueran calificadas con una agravante y en consecuencia sancionada con más años de prisión. Ya que la sanción en la comisión de un delito debe ser proporcional, de acuerdo a la conducta de convivencia infringida por los sujetos activos y a sus resultados.

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

Capítulo I

- (18) Celestino Porte Petit Caudaudap. Ensayo Dogmático Sobre El Delito De la Violación. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985, - pp. 377 a 380.

"De los atentados al pudor, del estupro y de la violación.

Artículo 860.- Comete el delito de violación; el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 861.- Se equipara a la violación y se sancionará, como tal; la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga -- expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

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

Artículo 863.- Si la violación fuere precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 863.- Si la violación fuere precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 864.- Las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862, acumularán:

I.- De dos a cuatro años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula - sea contra el orden natural;

II.- De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista.

comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público.

Artículo 865.- Los reos de que habla la fracción II del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y, además, podrá el Juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 866.- Cuando los delitos de que hablan los artículos 851, -- 857 y 860, se cometan en un ascendiente o descendiente, quedará el -- culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes inhabilitado para ser tutor o curador.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3293 y 3294 del Código Civil.

Artículo 867.- Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagió al ofendido alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte."

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, no se aprecia cambio alguno respecto a la concepción del delito de violación, ni siquiera en la equiparación, cuando éste se comete en una persona que se halle sin sentido, o carezca de sus facultades menta--

les, aunque sea mayor de edad. Se utiliza un vocabulario técnico jurídico que resulta intrascendente por lo que se refiere a algunos - - conceptos.

Se incrementan las sanciones en las dos fracciones del artículo 864 - del Código de 1929, en lo que actualmente conocemos como agravantes - específicas, ésto es. sin considerar aún la violación tumultuaria como tal. Pero señalamos que se sanciona la violación de una manera -- temerosa, tibia, ya que en el caso de que concurra alguna agravante, - la sanción debe ser mayor a la propuesta en el tipo básico de la violación. (Arts. 860, 861 y 862), nunca igual o menor.

"Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en
Materia de Fuero Común, y para toda la Repú-
ca en Materia del Fuero Federal.

Título Decimoquinto.

Delitos Sexuales

Capítulo I

Atentado al pudor, estupro y violación.

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena - de prisión será de seis a diez años.

Artículo 266.- Se equipará la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en - sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Artículo 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con interven-
ción directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de --
ocho a veinte años y multa de cinco mil a doce mil pesos. A los de--
más partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo-
13 de este Código. Además de las sanciones que señalan los artículos-
que anteceden se impondrá de seis meses a dos años de prisión cuando-
el delito de violación fuere cometido por el ascendiente contra su --
descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pu-
pilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra-
del hijastro. En los casos en que la ejerciera el culpable perderá -
la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al - -
ofendido.

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

"Los Códigos mexicanos de 1871 (art. 795) y de 1929 (art. 860), re--
glamentaban por igual el delito en la siguiente forma: Comete el de--
lito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, -
tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su-
sexo.

De la misma manera en el Código vigente se establece: Al que por me-
dio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea -
qual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos mil a cinco mil-
pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro-
a diez años y la multa de cuatro mil a ocho mil pesos (Art. 265 re--
formado por decreto del 12 de diciembre de 1966, Diario Oficial de 20
de enero de 1967)." (19)

"Debe notarse que en la redacción original del Código, antes de su -- reforma, con gran propiedad se describía el tipo de delito en la siguiente forma: Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su -- sexo, se le aplicará la pena de ... (Art.265 derogado)." (20)

De esta manera los elementos que se desprendían del precepto eran: I. Una acción de cópula (normal o anormal); II. Que esa cópula se -- efectuara en persona de cualquier sexo; III. Que realizara sin voluntad del ofendido; y IV. Empleo como medio para obtener la cópula de: a) la violencia física, o b) la violencia moral.

En la inconsulta reforma introducida al artículo 265, se suprimió la exigencia de que la cópula violenta (física o moral), se realizase sin voluntad del ofendido, probablemente por simple error, los noveles legisladores omitieron ese indispensable elemento, o quizá pensaron -- que la utilización de la violencia física o moral suponía necesariamente la ausencia de voluntad del ofendido, por realizarse el acto -- siempre en forma positiva. Pero ésto no siempre es verdad ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pl no consentimiento del que sufre, tal y como acontece en sórdidos episodios del masoquismo- sadismo, en- degradantes casos del ejercicio -- de la prostitución del cruel exhibicionismo erótico, o aún en el secreto de las alcobas de algunos matrimonios o concubinatos. De la -- nueva redacción parecen desprenderse únicamente los siguientes elementos constitutivos: a) una acción de cópula (normal o anormal); b) que sea cópula que se efectúe en persona de cualquier sexo; y, c) empleo de la violencia física o moral, y en el caso de la violación -- tumtuaria agregaríamos un elemento más, que fuera cometida con la intervención directa o inmediata de dos o más personas.

En el antiguo Código Penal de 1871, y en atención a que su artículo-792 determinaba que el atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre como delito consumado, dominaba la impresión en los comentaristas de que los delitos de estupro y violación no tenían grados inferiores, castigándose sólo cuando habían sido consumados, y de que el acto impúdico que sin llegar al ayuntamiento se ejecutaba en el cuerpo de otra persona sin su voluntad, era por sí mismo un atentado al pudor y no podía constituir tentativa de otra infracción más grave así hubiera tenido el agente intención directa de llegar a la cópula. Sin embargo, en los trabajos de Revisión del Código Penal de 1871 (Trabajo de Revisión, Tomo IV, p. 639)", se consideró que - "como no hay en el Código disposición alguna que exceptúe a los delitos de estupro y violación de las reglas generales que establecen que el delito intencional tiene los grados de conato, intentado, frustrado y consumado, dichos delitos estan sujetos en esa regla, la cual se viola cuando se declara lo contrario, pareciendo ésto tan claro que para desvanecer cualquier duda y para que la buena doctrina se establezca por sí sola y de una manera natural, sin necesidad de que en este punto se cambie, el texto del 789, bastará aclarar el verdadero sentido del artículo 792, que es el de que el atentado -- contra el pudor sólo se castiga cuando es consumado, es decir, que ese delito sí carece de grados inferiores y no se castiga cuando es simple conato ni cuando se frustra.

"En el Código Penal vigente no puede haber duda alguna de la posibilidad de existencia del grado de tentativa de violación y es imposible confundirlo con el delito de atentados contra el pudor, porque ya no se contiene en los textos legales disposición tan confusa como la del antiguo artículo 792 del Código Penal de 1871, porque la descripción del delito de atentados contra el pudor se desprende que -- los actos eróticos que le son característicos son aquellos en que el agente satisface su lúbrido, de momento al menos con simples tocamientos lúbricos o acciones lascivas distintos al ayuntamiento sexual

y a sus intenciones. Para mayores detalles acerca de la distinción -- entre atentados al pudor y tentativa de violación." (21)

"Antes de su reforma, al definirse el delito de violación en el -- artículo 265 del Código Penal, se precisaba con la cópula, aparte de la violencia física o moral, debía ser realizada sin la voluntad del sujeto pasivo. Probablemente los autores de la reforma al suprimir -- esa frase torpemente pensaron que la utilización de la violencia ya -- implica, en sí misma, la falta de consentimiento del sujeto, pero no -- es así en todos los casos. Para la existencia del delito es impres-- cindible que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido." Si -- por interés de la paga, o por complacer a un amante sádico, o por -- personal delectación masoquista, un individuo acepta o requiere vo-- luntariamente que en su cuerpo se efectúe actos de crueldad o fuerza con motivo de la relación sexual, este consentimiento hace desapare-- cer el tipo de delito de violación. Tratándose de sadismo, el sujeto que lo padece se transforma en violador cuando por crueldad, fuerza a otro al acto; para el amante sádico no es necesariamente un violador; por ejemplo, si contrata a una prostituta con ofrecimiento de dinero -- para que ésta tolere en su cuerpo la tortura, emplea en ella la vio-- lencia pero realiza la cópula con su consentimiento. Nótese, no obs-- tante, que si con motivo del uso de la violencia tolerada voluntaria-- mente por el sujeto resulta algún delito diferente a la violación, -- como lesiones u homicidio, el sujeto lesionador es responsable del -- delito emergente, ya que el consentimiento del ofendido, si bien des-- truye a la tipicidad expresa de la violación no excita la existencia de las otras infracciones que aparezcan consumadas. En el mismo de-- creto de 12 de diciembre de 1966 (Diario Oficial del 20 de enero de 1967), se establecieron agravaciones de penalidad del delito:

(21) González de la Vega. op. cit. pp. 386 y 387.

a) Cuando la violación fuere cometida con intervención directa e in-
mediata de dos o más personas; b) cuando la violación fuere cometida
por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por
el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la --
madre del ofendido en contra del hijastro; c) cuando la violación --
sea cometida por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza -
una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le - -
proporcionen. En cuanto a la comisión del delito por varios partici-
pes directos e inmediatos la agravación se establece por la mayor in-
defensión en que queda la víctima, que ante el ataque plural difícil-
mente puede defenderse. La violación incestuosa o por el padrastro o
amasio de la madre del ofendido, es, por desgracia, caso ligado fre-
cuentemente con los dramas de la promiscuidad en familias que por su
miseria, aglomeradas en pequeños tugurios.

La legislación mexicana vigente, describe el delito equiparado a la -
violación así: Se equipara la violación y se sancionará con las mis-
mas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cual - -
quier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en -
sus relaciones sexuales o de existir la conducta delictuosa (art.266
reformado por decreto del 12 de diciembre de 1966, Diario Oficial de-
20 de enero de 1967).

Los elementos del delito son: I. Una acción de cópula; II. Que esta
cópula recaiga: a). en persona menor de doce años; b). en persona --
que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse volunta-
riamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delic-
tuosa; III. El tono psicológico consiste en el conocimiento del esta-
do de la víctima o al menos, de su culpable ignorancia." (22)

En nuestro actual Código Penal para el Distrito Federal, en su actual reforma de 1991, define a la violación de la siguiente forma:

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

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

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

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo se aumentarán en una mitad.

Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o indirecta de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en ejercicio de dicha profesión; y

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido -- bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."

No obstante las reformas anteriormente señaladas en los citados artículos, el Procurador General de Justicia acuerda que se amplíe la competencia de las Agentes del Ministerio Público especializadas para la atención de delitos sexuales, como a continuación se establece:

"Con fecha 17 de abril del año en curso, por acuerdo del Procurador General publicado en el Diario Oficial de la Federación, se crearon las agencias especializadas para la atención de los delitos sexuales en general, con el objeto de abatir la impunidad en esta clase de delito. La especialidad presupone un eficaz tratamiento del problema. Existe un "equipo" de "profesionales y técnicos" que atienden a la víctima de este delito, estableciendo una serie de circunstancias que se considera pueden contribuir a crear confianza de la víctima hacia-

la autoridad persecutora del delito. Precisamente las víctimas son - atendidas por mujeres preferentemente. Existe el Centro de Terapia y Apoyo para la mujer violada, en dicho centro se implementa un tratamiento integral para ayudar a la víctima a sobreponerse al trauma. -- Existe gran expectativa en relación con el funcionamiento de este - - programa, ya que puede suceder como en muchas iniciativas, que dichos centros sólo se conviertan en "elefantes blancos" incosteables e - - innecesarios como también lo pueden ser las "agencias especializadas."

C.- CLASES DE VIOLACION. El tipo básico de la violación, se contiene en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal. Los demás casos previstos por la ley, son tipos complementarios o subordinados, concretamente nos referimos a los artículos 266 y 266 bis del citado Código.

Son tipos complementados porque para su aplicación presuponen la existencia del tipo básico, al cual se agrega la norma en donde se contiene la circunstancia o peculiaridad.

Son tipos subordinados porque dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan.

A efecto de estar en condiciones de realizar un meticoloso análisis - de las clases de violación haremos la siguiente división:

- Violación :
- a).- Propia (art. 265 del Código Penal).
 - b).- Impropia, ficta, equiparada, presunta.- (art. 266 del Código Penal).
 - c).- De pena agravada o de agravantes específicas.(art. 266 bis del Código Penal). Tumultuaria (art. 266 bis,fracc. I).

Artículo 265 C.P.

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

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

Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido." (23)

a).- Violación propia.- La violación propiamente dicha consiste en obligar al varón o a la mujer a soportar el acto carnal, mediante violencia física o moral.

La violencia, sea física o moral, es el medio de operación que señala la ley para la obtención del acceso carnal. Ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se presente como la causa inmediata y directa de dicho acceso. La cópula ha de tener lugar sin la voluntad del pasivo, para que el delito se integre debe existir la negativa de la voluntad del pasivo expresa o tácita, pero efectiva y constante.

El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera, sin distinción de sexo.

b).- Violación impropia.- Artículo 266 del Código Penal.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena :

(23) Carrancá, y Trujillo.- Carrancá y Rivas. op. cit. p. 663.

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier -- causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo o máximo de la -- pena se aumentarán en una mitad.

" No es entendible que en la nueva redacción del artículo 266, no sea circunstancia agravante de la pena la realización de la hipótesis típica, aunque falte la violencia con persona menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta -- delictuosa, porque lo grave aquí es la existencia de la impubertad."

Respecto a la fracción II del artículo en comento, se refiere a cualquier causa de incapacidad, aunque sea momentánea, para prestar consciente y voluntariamente el asentimiento para la realización del acceseo carnal.

El dolo específico del agente consiste en el conocimiento de ejecutar la cópula con el pasivo aún a sabiendas de la incapacidad de éste último.

c).- Artículo 266 bis, violación de pena agravada.- En esta disposición legal encontramos las agravantes específicas del delito de -- violación.

La fracción I, nos refiere que el delito sea cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas, a diferencia del tipo básico, aquí existe la pluralidad de los sujetos activos, a este tipo

de violación también se le conoce como tumultuaria.

Nos parece justa la apreciación del legislador, en el sentido de que independientemente de la prisión, el culpable pierda la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre su víctima, ya que no es posible que una persona con tan bajos instintos pueda tener a su cargo la educación y el desarrollo intelectual de un menor de edad, que a nuestro parecer sería la conducta más reprochable en esta fracción II.

En el caso de la fracción III del artículo tantas veces citado, es correcta la estimación del legislador, ya que en muchos casos debido a la prepotencia y facilidad que tienen algunos empleados públicos se prevalecen de ello para obtener de su víctima y la compelan para llevar a cabo sus ilícitos propósitos.

Respecto a la fracción IV, es necesario poner de relieve la ambigüedad con que se condujo el legislador al establecer lleno de subjetivismo en la parte final de la propia fracción IV, que quiere decir "la confianza en él depositada", es decir hasta donde se encuentran los límites de la confianza en una persona, cuál será el parámetro para definir cuando esa confianza ha sido violada y será constitutiva de un delito, lo cual nos lleva a la conclusión de que una vez más el juzgador tendrá que emplear su mejor criterio para estar en aptitud de fallar conforme a derecho y evitar toda clase de injusticias.

C A P I T U L O I I

II.- MARCO JURIDICO.

A.- ANALISIS DEL ARTICULO 266 BIS FRACCION I. El delito de violación una especial relevancia en el campo de las Ciencias Penales.

Es constante la preocupación de nuestros legisladores y estudio sos del Derecho, establecer las bases jurídicas necesarias para regular esta reprochable conducta antisocial.

Nuestro marco jurídico estará delimitado por tres disposiciones legales básicamente: los artículos 265, 266 y 266 bis, siendo -- éste último la parte toral del presente trabajo, ya que hablar - de los delitos sexuales en general es una gran tarea, que no es materia de esta tesis, únicamente haremos referencia a la violación, principalmente a las agravantes específicas, en todos los supuestos jurídicos que contempla el propio artículo 266 bis del Código Penal del Distrito Federal.

La crítica de los elementos típicos de este delito, de la calidad de los sujetos y de las respectivas agravantes, necesariamente tendrán como resultado una amplia concepción jurídica de - este ilícito, para establecer que la comisión del mismo es punible sobre todo si consideramos la temibilidad de los sujetos activos y el sadismo con el cual perpetran la violación.

Con objeto de establecer una clara idea, sobre la conveniencia de la penalidad para este delito, es necesario analizar cuidadosamente las circunstancias sociales, morales, culturales y psicológicas que contribuyen a la comisión de este delito y a los resultados materiales - que se producen en las víctimas.

"Artículo 265.- (Penalidad y tipo básico del delito de violación).- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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

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

"La violencia, sea física-vis absoluta-, sea moral-vis compulsiva-, es el medio operatorio señalado por la ley para la obtención del acceso carnal. Ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se presente como causa inmediata y directa de dicho acceso.

La resistencia del pasivo, real y seria, efectiva y constante, aunque no tenga que ser desesperada, debe ser superada por aquellas fuerzas. Si el pasivo resistiere al principio y finalmente consintiere, no habrá violación. Si se causaren lesiones ellas integrarán el elemento "fuerza física" no estándose en el caso del concurso ideal de delitos. El engaño no es constitutivo de la "fuerza moral."

La cópula que la ley exige en el delito de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aun cuando no haya eyaculación. El cuerpo del delito de violación no requiere el desfloramiento, pero sí la cópula con persona de cual-

quier sexo. El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto. El delito de violación puede consumarse en persona de cualquier sexo.

Subraya la ley que la cópula ha de tener lugar "sin la voluntad" del pasivo; con lo que debe interpretarse que aunque por el empleo de la violencia pudiera lograrse esa voluntad, por estar ésta viciada de nulidad, no debe tenerse como tal voluntad. Para que el delito se integre debe existir la negativa de la voluntad del pasivo expresa o tácita, pero efectiva y constante.

El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera, sin distinción de sexo. Si es mujer, puede estar desflorada o no estarlo, "moderadamente" las penas impuestas por la violación y otros delitos contra la libertad sexual. En Italia, la violación se considera ahora como un atentado a la persona en vez de un delito contra la moral (substituyéndose así un criterio inmediatamente anterior). Tal ilícito será castigado con cinco años de cárcel en vez de dos, cuando sea individual; y con doce en vez de cinco cuando sea colectivo (la que llamamos violación de pena agravada en art. 266 bis).

Artículo 266 bis.- (Violación de pena agravada).- "Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad, en un mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor -

contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que se ejerciere sobre la víctima;

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos se proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo, o suspendido por el término de cinco años en ejercicio de dicha profesión;

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."

"Jurisprudencia.- Para que el delito de violación tumultuaria, que prevé el artículo 266 bis del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, se configure, es menester la participación de dos o más activos en la comisión directa de los hechos, mas no se integra el tipo cuando intervienen otras personas en diversas actividades relacionadas con los mismos. Estas últimas son responsables penalmente en los términos del artículo 13 del ordenamiento legal citado." (24)

Con fundamento en la reforma al Decreto de 22 de diciembre de 1990, en este delito no se alcanza el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Es muy importante señalar, que para el estudio y análisis de esta --

- (24) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal -- Anotado. Editorial Porrúa, S.A. 1991, México, D.F. pp. 662 a 666.

tésis, se hizo mención del tipo penal básico de la violación previsto en el artículo 265 del Código Penal, y que la violación de pena agravada, previsto en el artículo 266 bis fracción I de dicho ordenamiento, constituye una agravante en la comisión de este delito, lo cual no significa que existan dos o más tipos penales, sino por el contrario, que esta última circunstancia agrava la pena impuesta, ya que los elementos básicos del tipo penal de la violación, y la violación de pena agravada, son semejantes, con la gran excepción de -- que para la comisión de éste último es necesario que él mismo sea -- perpetrado con intervención directa e inmediata de dos o más personas que actúen en forma activa en la ejecución, realizando la cópula sobre el mismo sujeto pasivo, y que exista a su vez concordancia entiendo y lugar.

Debemos entender que la intervención directa se refiere a la participación en el delito por parte de dos o más sujetos activos que se dedican única y exclusivamente a obtener la cópula, ya sea mediante violencia física o moral, sin el consentimiento de la víctima, si -- participaron otros sujetos en diversas actividades, que no estén encaminadas a lograr el propósito de los primeros, es decir llegar a -- la cópula, no podrán ser penalmente responsables del delito de violación tumultuaria; por ejemplo:

Si una persona es atacada sexualmente por cuatro individuos, uno de ellos sujeta las manos de la víctima, el otro sujeta los pies, ambos con el fin de inmovilizarla, y por último el tercero y cuarto, realizan la cópula sobre la víctima, obviamente sin su consentimiento; -- el tercero y el cuarto serán responsables penalmente del delito de violación tumultuaria, los dos primeros también serán responsables -- pero tan solo en los términos del artículo 13 del Código Penal.

De acuerdo con el término jurídico de "inmediatez", debemos entender que independientemente de que la conducta de los sujetos activos sea

directa, ésta también debe ser instantánea, de efecto inmediato. Ya que las características directas e inmediatas se encuentran implícitas conformando una sola conducta (unidad en la conducta).

Las circunstancias de tiempo y lugar se refieren a que la comisión de los hechos delictuosos se realicen o se agoten en un mismo acto, es decir simultáneamente.

1.- ELEMENTOS TIPICOS DEL DELITO DE LA VIOLACION.

Los elementos típicos de un delito tienen como objeto establecer las condiciones especiales, la conducta o conductas que debe desplegar el sujeto activo en la comisión de un delito para integrar el tipo penal.

Los elementos típicos, podemos considerarlos como las estructuras --necesarias que concurren para la integración de la conducta. Dichos elementos son creados por el legislador, y la adecuación de la conducta al tipo penal se conoce como tipicidad.

Los elementos típicos en el delito de violación tumultuaria, consideramos que pueden ser:

La cópula, entendiéndose ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjugación sexual, con eyaculación o sin ella; con persona de cualquier sexo, con ausencia del consentimiento del sujeto pasivo, con la concurrencia de la violación física o moral, y por último con la intervención directa e inmediata de dos o más personas.

Debe existir necesariamente la ausencia del consentimiento del sujeto pasivo en la comisión de este ilícito, ya que de lo contrario se legitima la actuación de los sujetos activos, aunque dada la natura-

leza de este delito, consideramos que difícilmente, una persona con sus facultades mentales sanas, no accedería a tal situación.

Para la integración del delito de violación tumultuaria, no es necesario probar la castidad y honestidad de la ofendida, elemento que corresponde al delito de estupro, sino por el contrario, acreditar: a) violencia física y moral de los sujetos activos; b) para tener cópula con una persona y c) que sea sin la voluntad de ésta, cualquiera que sea su sexo; en la inteligencia de que, si el sujeto - ofendido fuere menor de catorce años, se entenderá por existente la violación, aún cuando aparezca que prestó su voluntad para la cópula.

¿Cópula normal o anormal ?

"Manzini considera que conjunción sexual es "todo acto por el cual - el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente al mismo.

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

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

- (25) Celestino Porte Petit Candaudap. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1985, pp.- De la 15 a la 21.

Pensamos que el acceso carnal se consuma desde que el órgano sexual-masculino penetra en el orificio vulvar existiendo o no "seminatio-- intra vas."

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

En otro lugar dice: En el delito de violación no es requisito indispensable que el acto se agote fisiológicamente, si existió introducción sexual. Este criterio también es aplicable a la violación -tumultuaria.

La desfloración no es elemento indispensable del delito de violación, pues indudablemente puede cometerse aún mediante cópula anormal, -- contra natu y la no ruptura del hímen no significa ausencia del -- acto sexual. El hecho de que no haya habido ruptura himeneal, no -- impide afirmar la existencia de la cópula, que debe entenderse como la penetración sexual independientemente de que no haya la ruptura - de que se viene hablando, por tratarse de una membrana extensible."

La cópula es conjugación sexual que se consume en el momento mismo - de la introducción del sexo masculino al femenino, con independencia de que produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, - de que exista agotamiento o de que resulte preñez.

Para nuestro Código Penal vigente, debemos entender por cópula, " la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía -- vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo." (Art. 265. - párrafo segundo).

Vamos a referirnos al bien jurídico tutelado, al objeto material y a los medios, debido a que el tipo de violación no requiere ni referencias especiales, ni temporales, ni relativas a elementos subjetivos-del injusto ni elementos normativos.

Manfredini anota que el bien jurídico penalmente protegido por la -- norma, es decir el objeto del delito, es el derecho a la libertad de disposición carnal. (Delitti contro la moralita pubblica e il buo costume, p. 132, Milano 134 Cfr.: Antolisei. Manuali di Diritto Penale. Parte Speciale, p. 50 Padova, 1952). Cuello Calón. Derecho Penal, II, pp. 546 - 547, 9a. Ed. Barcelona, 1955.

Fontán Balestra, es de parecer que el bien jurídico lesionado es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual. (Delitos sexuales p. 41. Ed. - - Palma. Buenos Aires, 1953. Derecho Penal Parte Especial, p. 245, -- Buenos Aires, 1959.)

III. Gómez sostiene que el bien jurídico lesionado por el delito de violación es la honestidad, es decir, el pudor individual, agregando que la violación implica, desde luego, un ataque a la libertad - -- sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentido del pudor que se resiste a las relaciones sexuales fuera-de normalidad y moralidad. (p.p. Tratado de Derecho Penal, III, -- pp. 87 - 88, Buenos Aires, 1940).

Jiménez de Asúa expresa que "con toda exactitud dice Gómez que el -- bien jurídico es "la honestidad, es decir, el pudor individual, - -- acepta como ha sido la equivalencia de ambas expresiones: honesti-- dad y pudor". (Comentarios a las obras de Derecho Penal de Eusebio-Gómez y de Sebastian Soler. " El Criminalista ", VI, p. 137, Ed. La Ley Buenos Aires, 1947).

IV. Dentro de este grupo, Manzini expresa que el bien jurídico en -- consideración no es ni siquiera aquel de la libertad sexual en sentido estricto, porque el delito puede cometerse también en relación con persona desde el mismo sexo, en cuyo caso la conjugación carnal no representa una violación "sexual" en sentido propio, incluyendo -- ésta la idea de una relación de sexo, es decir entre hombre y mujer -- terminado en sentido de que el objeto de la tutela penal es inviolabilidad carnal.

Los tribunales han establecido que " el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual (Seminario Judicial de la Federación, XXV, p. 117, Sexta Epoca. Segunda Parte, Cfr. Seminario Judicial de la Federación, XX, p. 180, Sexta Epoca, Segunda Parte).

Que el bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir -- el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, -- por lo que el hecho de que la ofendida no hubiése sido virgen no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción. (Seminario Judicial de la Federación, XX, p. 180, Sexta Epoca, Segunda -- Parte.)

El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación tumultuaria, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que los agentes activos realizan el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, -- independientemente del hecho de que el uso de la violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas.

Objeto Material.

Si la conducta de los sujetos activos, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrán que ser los -- hombres o las mujeres, según el caso concreto.

Medios exigidos por el tipo: vis absoluta o moral.

El acceso carnal, de acuerdo con lo establecido en la Ley, sólo puede llevarse a cabo a través de medios específicos, por tanto, estamos frente a un " delito tipo, con medios legales limitados".

De acuerdo con los medios legalmente limitados, se desprenden dos -- hipótesis :

- 1.- Cópula por medio de la vis absoluta, y
 - 2.- Cópula por medio de la vis compulsiva.
- 1a.- Vis absoluta.

Violencia, registra el diccionario, es la fuerza o ímpetu en las acciones, la fuerza con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere.

Ramón Valdés F. expresa que la fuerza es violencia que se hace a -- otro, con intención de causarle daño en su persona o en sus cosas, -- no pudiendo defenderse de ella. (Diccionario de Jurisprudencia - - Criminal Mexicana, pp. 167-168, México, 1850).

¿ En qué consiste la vis absoluta en la violación ?. La violencia -- física, nos dice Saltelli y Romano Di Falco, consiste en el uso de -- la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para -- constreñirla a la conjunción carnal, (Comento Teórico-práctico del

nuevo código penal, II, Parte seconda, p. 735, Roma 1930. Cfr.: -- Cuello Calón. Derecho Penal, II, p. 552 y ss 9a. p. 361, Milano, - - 1954), o sea, en la fuerza de naturaleza material y bastante o su--
ficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la có-
pula.

La doctrina señala los siguientes requisitos para la existencia de -
la vis absoluta.

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo. Carrancá decía con toda razón que no había violencia carnal, si se hubieren - - violentado las cosas, por ejemplo, destruido puertas y obstáculos para llegar hasta donde se encontraba la mujer consentidora. Y ni siquiera lo sería si la violencia se hubiere empleado contra otras personas, por ejemplo, contra el serviente que quería impedir que el violentador llegáse hasta la mujer que, por otra parte consentía los deseos del amante.
- b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y
- c) La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria, es decir, no -- rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de -- un querer decididamente contrario.

En otros términos, tiene que estar comprobado que el sujeto pasivo - realmente se opuso a la realización de la cópula, y que la oposición o resistencia permaneció viva durante todo el tiempo en que el sujeto activo desplegó la fuerza material.

La fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola, y - ha de ser constante, pues si aquélla cede al que violentamente in--
tenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación".

Para que exista la violencia requerida por la ley como elemento material de la violación, no se requiere la presencia del desfloramiento ni lesiones corporales, pues basta para tal efecto la coacción -- física o moral que conduzca a la realización de la cópula por parte de los infractores y la falta de voluntad de la ofendida.

Es de interés recordar el caso que señala Vannini, cuando la violencia fuera dirigida a un fin diverso del de la unión carnal y el culpable se valiese enseguida de la incapacidad física de la mujer para unirse carnalmente con ella, así como la solución que le dá, en el sentido de que "en este caso el hecho sería doloroso".

2a. Vis compulsiva.

Otro de los medios exigidos por el tipo, es la vis compulsiva o la -- violencia moral consiste, expresan Saltelli y Romano Di Falco, en una manifestación de la voluntad del agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en el caso de que no realice el ayuntamiento carnal.

"Existe violencia carnal, nos dice Fontán Balestra, cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas capaces de producir en -- ella una intimidación, que alcance a desviar y a vencer su voluntad.

Para López de Goicochea, la fuerza moral se produce cuando el delincuente amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato -- capaz de intimidarla.

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

d) No debe ser el sujeto pasivo menor de 12 años.

En caso de que el menor tenga menos de 12 años, nos encontramos ante una violación impropia, aún en el supuesto de que haya habido violencia sobre el menor, porque lo que rige es la edad del sujeto pasivo." (26)

El último elemento, lo constituye la participación de dos o más personas en la comisión de este ilícito. Como hemos observado, los elementos típicos anteriores, son semejantes con el tipo básico de la violación, la pluralidad de los sujetos activos en la violación tumultuaria, es lo que hace de esta fracción I del artículo 266 bis una agravante específica.

2.- LA CALIDAD DE LOS SUJETOS.

Como ya se quedó establecido en los capítulos precedentes, el delito de violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante la violencia real o presunta. Asimismo, se mencionó que la violencia no solamente es física sino que también se puede manifestar a través de la coacción o violencia moral, ambos medios comisivos, se presentan con el fin de vencer la resistencia de la víctima. Ahora sobre la calidad de los sujetos que intervienen en la comisión de este delito, se analizarán diversos criterios que -- -- realizan algunos tratadistas importantes.

SUJETO PASIVO.- Como expresamente declara la ley, puede ser persona de uno u otro sexo. Al igual que en nuestro Código, el argentino no distingue las condiciones de la víctima; puede ser persona soltera, casada, divorciada o viuda; mujer honesta, virgen o no, no honesta y aún puede ser una prostituta.

(26) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. pp. 27 a la 44.

Es necesario que el delito haya sido cometido sobre persona viva, -- pues el muerto no puede ser considerado titular de ningún derecho -- (Grozard. El Código Penal, cit. T.v., p. 109: "Todos los derechos inherentes a su existencia concluyeron con ella"; Soier. Dp. -- argentino, cit. T. III, 97. IV; Alfredo Achával, Delito de violación, p. 179; Cámara del Crimen de la Capital, al declarar que por más repudiable que resulte la necrofilia es penalmente atípica). Si los autores fueren quienes causaron la muerte para acceder al cadáver, -- sólo son autores de homicidio simple, pues no han matado para cometer otro delito, ya que su actividad sexual no constituye, en el Derecho Argentino, una conducta típica, si la muerte se produjo como resultado de la violación, es aplicable la escala agravada; pero es preciso que en el momento de acceso carnal la víctima estuviera viva. La exigencia de que el sujeto pasivo sea una persona, excluye los -- actos de bestialidad.

Ha dado lugar a opiniones encontradas la afirmación de que una prostituta pueda ser objeto pasivo de la violación, aunque la opinión -- hoy dominante es afirmativa. Ya Carrara aceptó que la violencia -- carnal sobre una prostituta constituye delito, el que, sin embargo, -- para él, debe ser mucho más levemente penado que el cometido en perjuicio de una mujer honesta, pero tal diferencia no cabe ante un -- texto legal que como el argentino no hace distinción alguna. Aceptado por nosotros que la libertad sexual es el bien jurídico prevalentemente tutelado por la figura de la violación.

"Dada la esencia característica de este delito con relación al bien -- jurídico tutelado, es natural que, para configurarlo, sea indiferente el sexo y la condición del sujeto pasivo: Basta que trate de una persona. Puede pues, tratarse de una mujer como de un varón, según -- en nuestra ley, pues en algunos Códigos solamente se castiga bajo -- este delito la violación de una mujer de persona honesta como -- - -

deshonesta. La prostituta puede también ser violada porque lo que se viola no es su honestidad, sino la libertad de disponer del - - sexo." (27)

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

La cópula debe realizarse con una persona, o sea, un ser humano vivo, entendiéndose, por tanto, como observa Maggiore, excluido el animal o el cadáver, pues si la cópula se llevara a cabo sobre un cadáver, se integraría el delito previsto en la fracción II del artículo 281 del Código Penal.

"La condición del sujeto pasivo del delito son indiferentes para la integración del tipo (en tanto no se trate de determinada edad: menor de 12 años): casada, virgen, viuda, soltera, honesta, deshonesto, casta, etc., pero estas circunstancias servirán indudablemente - para la individualización de la pena. Así la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la ausencia de recato o de honestidad de la ofendida, es indigente para la integración del delito de violación. Para la existencia del delito de violación, no es menester que se acredite en el proceso, que la víctima es casta y honesta, sino sólo el hecho material de que el acto determinado constitutivo del delito, se haya efectuado mediante violencia física o moral." (28)

- (27) Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, Parte Especial. Segunda Edición Actualizada por el Dr. Ledesma. Edit. Abeledo-Perrot. pp. 84 y 85.
- (28) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino III. Editorial Argentina.- Buenos Aires, 1978. pp. 282-283.

"Por su parte Eugenio Cuello Calón, manifiesta al respecto"... el sujeto de este delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre, sino también una mujer cuando obra en concepto de inductora o cooperadora, en su calidad de activo. Respecto al sujeto pasivo del delito, solo puede ser la mujer sea virgen o no, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta. Ha de ser una mujer viva, la conjugación carnal con mujer muerta es la necrofilia" (29)

SUJETO ACTIVO.- "En la generalidad de los casos, los sujetos activos de la violación lo son varones, y no resulta dudoso que legalmente puede serlo.

Creemos que las mujeres y los homosexuales, de hecho, pueden ser sujetos activos de la violación y que la ley no los excluye. Cierto es que no resulta fácil de imaginar el hecho ejecutado mediante violencia física pero sí lo es cuando se trata de un varón de doce años, y aún en los supuestos de intimidación. No admitimos la violación de mujer a mujer." (30)

Soler manifiesta que "... el sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre. Este punto de vista puede dar lugar a dudas y discrepancias y a una diferencia de solución, según los casos. -- Para considerar la cuestión, es preciso descartar, desde luego la -- posibilidad de que una mujer sea instigadora o cómplice primaria, -- pues el problema se circunscribe al resolver si puede ser actora inmediata. Esta solución está impuesta a nuestro criterio, por el --

(29) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. pp. 45 a la 47.

(30) Cfr. Cuello Calón, Eugenio, revisado por Camargo Hernández, César.- Derecho Penal, Tomo II (Parte Especial), Volúmen Segundo. Décima Cuarta Edición. Casa Editorial, S. A. Barcelona 1975, p. 596.

sentido de la expresión "tener acceso carnal", ya que acceso quiere decir entrada o penetración y no "compenetración". Quien tiene acceso y es el que penetra. Se dice también que el sujeto pasivo -- tiene acceso carnal, pero en el sentido de que lo ha sufrido.

Existe, además una interesante razón histórica de la cual se hace -- cargo García Zavalla. En el P. Tejedor y en el C.P. de 1887, el sujeto pasivo de este delito era la mujer. Además en figura aparte, -- se castigaba la sodomía. La situación era, pues, la misma que la -- del Código Alemán, cosa no sorprendente si se recuerda la constante -- influencia del C. de Baviera en el P. Tejedor." (31)

El P. de 1891 modifica el sistema y para comprender los diversos casos en una sola figura básica, introduce la expresión "persona de -- uno u otro sexo" para referirse al sujeto pasivo, pero no hace una -- aclaración semejante con respecto al sujeto activo; que era necesariamente un hombre. De manera que el sujeto activo de violación sigue siendo el hombre según lo aconseja la gramática y el sentido común.

Claro está que una mujer puede cometer actos impúdicos como sujeto -- activo; pero esos actos no serán ultrajes al pudor, o serán corrupción o no serán nada.

Ya veremos que, por ejemplo, para el caso de una mujer que se hace -- poseer por un menor de doce años, puede considerarse el hecho como -- corrupción por despertar prematuramente los instintos, ya que también en esa forma se corrompe.

En el caso de mujer y mujer, no pudiendo haber acceso carnal, no -- puede haber violación, sin perjuicio también de que haya corrupción--

(31) Cfr. Fontán Balestra, Carlos. op. cit. pp. 86, 87.

o abuso deshonesto, según el caso.

"No existe violación cuando media débito conyugal; pero por lo mismo el matrimonio no excluye la posibilidad de violación ya que ésta - - puede producirse por actos contra natura, que no son debidos." (32)

Asimismo, Porte Petit, establece que "... La Ley Penal expresa en el artículo 265: "al que". En consecuencia, resolvamos si puede ser - sujeto activo del delito de violación, el hombre, la mujer o ambos.

Podemos señalar dos corrientes:

- 1) Aquellos que admiten que el hombre o la mujer pueden ser - sujetos activos del delito de violación, ya se trate de la vis absoluta o de la vis compulsiva, y
- 2) Quienes sostienen que el sujeto activo del delito de la -- violación, cuando se trata de la vis absoluta o compulsiva, y la mujer únicamente respecto de ésta última.

Es indudable que la hipótesis de violencia por parte del hombre, sea física o moral, puede realizar la cópula con hombre o mujer, no entraña problema alguno. Las dificultades se presentan cuando la mujer es el sujeto activo y el medio empleado es la vis absoluta.

Gómez, al tratar este problema, expresa que "tampoco debe excluirse la posibilidad de la violencia física de la mujer sobre el hombre -- con el fin expuesto". Y Fontán Balestra nos dice "en la práctica no es fácil llegar al acceso carnal con un hombre contra su voluntad, - pues la naturaleza ha hecho que el sujeto masculino le sea necesaria una colaboración psíquica, para que sus órganos genitales estén en - condiciones de poder realizar el acto carnal. Ya Teodosio González-

decía que "por el empleo de la fuerza física, parece imposible que el hombre pueda ser sujeto de violación por parte de una mujer, física y psicológicamente, desde que en la cópula carnal es el hombre el que lleva la parte activa, que no había de funcionar sin el consentimiento. Y Carrara expone que "en general se sostiene que la -- violación carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre, agregando, que mal puede, sin embargo; configurarse una violencia carnal de la mujer sobre el hombre consumada mediante violencia física.

Por nuestra parte, consideramos que la mujer puede ser sujeto activo del delito mediante la violencia física, puesto que puede lograrse - la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo.

"En cuanto a la calidad del sujeto activo, la violación es delito -- común o indiferente, porque lo puede cometer cualquiera, es decir, - el hombre o la mujer. Y por lo que respecta al número de sujetos, - es un delito unilateral o monosubjetivo, porque el tipo no requiere la intervención de dos o más personas para su consumación." (33)

En la violación tumultuaria, el delito también es común o indiferente, porque lo puedan cometer hombres o mujeres. Por lo que respecta al número de sujetos es un delito plurilateral o plurisubjetivo, - - porque el tipo penal sí requiere la intervención de dos o más personas para su ejecución.

Inclusive, la violación tumultuaria de mujeres cometida en la persona de un hombre, es más factible, sobre todo si se considera pluralidad de los sujetos que intervienen, no así, en el caso de la violación propia.

B.- CONVENIENCIA DE LA PENALIDAD SEÑALADA.

En el caso del análisis del artículo 266 bis, señalaremos las agravantes específicas que menciona este tipo penal, mismas que ya fueron analizadas en los capítulos precedentes.

"Artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta un mínimo y máximo, cuando:

- I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
- II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que ejerciere sobre la víctima;
- III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público y ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido -- por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y
- IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido -- bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza -- en él depositada."

No cabe duda que emitir una opinión sobre este tema resulta polémico. Al estudiar el aspecto punitivo del delito de violación a través de diversas culturas prehispánicas; de la colonia misma, y de la penalidad para este delito en la actualidad, se debe considerar, que por una parte, el Estado no debe abusar sobre la comunidad respecto de -

la imposición de penas o sanciones exageradas, que éstas deben surgir e implantarse de acuerdo a la evolución espiritual y social del hombre. Pero a su vez los delitos dependen en mucho, del medio en que aparecen, y que las penas son consecuencias de los delitos y del medio.

En el tema que nos ocupa, debemos circunscribirnos al estudio de la violación previsto en nuestro Código Penal, ya que existe la conveniencia de particularizar, atendiendo las características propias de este delito en cada región, es decir, generalizar resultaría muy riesgoso, so pretexto de caer en graves imprecisiones.

Una de las dificultades para el estudio de los delitos sexuales es saber realmente qué sucedió, ya que están inmiscuidos aspectos sociales, morales, culturales y psicológicos; hay ocasiones en que la víctima, por falta de experiencia o estado de inconsciencia o semi-consciencia (sueño, drogas, alcohol, disturbio mental), no sabe a ciencia cierta lo que aconteció; en otros casos, el hecho se reprime de la consciencia, por ser altamente traumático, y los detalles tienden a olvidarse. El acto sexual es propenso a ser interpretado de acuerdo a la personalidad de la víctima; cuántos casos conocemos en que la presunta ofendida afirma que hubo coito, sin existir tal o --capta como aberración sexual algo que, técnicamente, no lo es.

En los delitos de violación existen múltiples y diferentes circunstancias, la denuncia puede estar motivada por el rechazo o abandono de los seductores; también se observan denuncias de violación en mujeres histéricas; asimismo, denuncias como "venganza" a un individuo.

La conducta de violación siempre supone una gran agresión y se considera que es mayor la patología del individuo a nivel sexual en base a las características de la víctima, por ejemplo, niños, ancianas, personas impedidas físicamente, víctimas con retardo mental.

En la violación realizada en grupo, generalmente con comportamiento-sádico altamente violentos, se encuentran aspectos muy marcados de - homosexualidad entre los integrantes del grupo, y la conducta de - violación significa el rechazo y la destrucción de la figura femenina.

"El delito debido a una problemática sexual de tipo agresivo y violento lo realiza el individuo que presenta una honda conflictiva en la personalidad. En casi todos los casos se advierte de qué manera en la historia del sujeto existía la conflictiva sexual mucho tiempo antes de que la desencadenara. Existe por lo tanto una problemática básica anterior al delito, en relación al comportamiento sexual.

La personalidad del delincuente sexual se caracteriza por una acentuada inmadurez emocional, teniendo un desequilibrio afectivo que se proyecta en las conductas respectivas; ejemplo en el exhibicionismo.

La inseguridad básica que presenta hace que su comportamiento sea -- tímido, retraído, inhibido, este comportamiento resulta paradójal -- con el ataque sexual.

La historia de la familia del delincuente sexual muestra un hogar -- desintegrado, falta de supervisión, carencia de afecto y cuidados, - rodeado durante la infancia de condiciones poco favorables. A consecuencia de las condiciones soportadas durante la infancia, el individuo se sentía confundido y en una conflictiva en el área de la sexualidad.

En el delincuente sexual se observa la consecuencia de la negación - de dos necesidades fundamentales: seguridad y afecto.

El delincuente sexual exterioriza hostilidad y resentimiento frente a la autoridad porque ha sufrido carencias emocionales, ha sido - - afectado por la conducta de uno o ambos padres, de características -

sádicas y dominantes.

Antes del delito sexual la actitud de la familia es de rechazo, de distanciamiento. Existen por lo tanto problemas a nivel de control post-institucional por la carencia de un núcleo familiar adecuado, es decir una familia consciente de la problemática, por ello la reincidencia de estos casos suele ser frecuentemente.

Es evidente que no pueden estudiarse ni comprenderse los delitos sexuales, sino se parte de un mínimo de conocimientos sobre lo que se significa la sexualidad en la conducta de todo individuo.

La experiencia, señala Di Tullio, que como en las otras formas de criminalidad, en la sexual se encuentran algunos delitos, por ejemplo, conducta de exhibicionismo y algunas conductas de violencia de naturaleza ocasional. Se trata de delitos que pueden ser cometidos por individuos que por su conducta habitual pueden considerarse "adaptados", y la dinámica de esa conducta está ligada a una momentánea exaltación erótica que viene a desarrollarse generalmente bajo la influencia de condiciones ambientales particulares, de leves estados de intoxicación (alcohol), de la lectura de impresos pornográficos. En la dinámica de las conductas sexuales se encuentran dos elementos de importancia: la particular sexualidad individual y el comportamiento de la víctima.

Tal vez en este tipo de conducta se puede observar con mayor claridad la actuación de la víctima, como valor determinante de la conducta delictiva.

La violación es la relación sexual impuesta y consumada con violencia, en la cual la víctima es forzada a realizarla. Se manifiesta por lo general como un delito propio de los grupos en general.

La modalidad de la conducta de violación varían mucho, según el -- agresor y las circunstancias. A veces se trata de la violación llamada clásica: conducta primitivamente agresiva. Existen violaciones particularmente sádicas. En estos casos el estudio de la conducta -- revela que la satisfacción ha sido producida por la experiencia de -- la agresión violenta y sádica sobre el cuerpo de la víctima que por -- la significación genital de la conducta, algunos individuos se com-- placen sin llegar a la violación en herir a la mujer, golpearla o -- matarla.

El homicidio es a veces expresión de una sexualidad anómala, ya que -- sólo a través de él consiguen el orgasmo algunos individuos. Hay -- que distinguir este homicidio del perpetrado durante la violación, y -- que está dirigido a vencer la resistencia de la víctima o impedir -- que llame la atención.

Entre las denuncias que llegan a la policía y las sentencias que -- realmente se producen existe una significativa diferencia numérica. -- Esta llamativa discrepancia descansa en las considerables dificultades de esclarecimiento al problema de si la víctima ha prestado en -- realidad una auténtica resistencia.

"Hesnard menciona el impulso epiléptico que dá lugar a las diversas -- conductas agresivas, entre ellas las de violación.

Se ha discutido a menudo la cuestión de si un automatismo comicial -- tan complejo como el que permite un acto sexual, podría ser atribuido a la descarga epiléptica o a su inconciencia total. Como los -- homicidios, la violación se explica entonces por la predisposición, -- a veces sólo latentes. Se trata de una descarga, el acto se vive -- entonces como más o menos incontrolable. También se han observado -- casos de violaciones cometidas por débiles mentales, aunque lo más --

común en estos casos es que la víctima posea ésa característica. Algunos individuos sólo pueden superar esa vivencia de sentimientos de inferioridad violando a su pareja, otros "deben" agredir sexualmente a la mujer de otro individuo.

Pero resulta significativo en los aspectos de personalidad de los -- violadores, la marcada identificación homosexual que presentan, específicamente en la conducta de violación realizada por grupos.

Utiliza diversos medios para sus conductas sexuales, ya que es consciente de que no controla sus impulsos. El delincuente sexual difícilmente es traficante (a excepción de que esté involucrado su objeto sexual); también es raro que manifieste un comportamiento agresivo con las autoridades, tratará de no ser visto por los otros internos si realiza una conducta anormal (sexual)." (34)

Podemos decir que el pensamiento del individuo con una conflictiva sexual se caracteriza por las ideas obsesivas, siempre de índole sexual; es un pensamiento que tiende a una ilógica de las ideas que se correlaciona a una personalidad inmadura e infantil.

Presenta dificultades para la comunicación interpersonal, existe un aislamiento (a mayor patología) y una desconexión con la realidad -- social. Por lo tanto el lenguaje suele ser sumamente precario y -- donde se manifiestan los problemas para la verbalización de sus necesidades afectivas y de relaciones interpersonales.

Es evidente que el área donde confluye la conflictiva es la afectiva que deriva de un trastorno y patología sexual. La búsqueda de afecto, generalmente con experiencias infantiles frustrantes y una búsqueda de dependencia (con el objeto sexual) están señalando la pro--

(38) Cfr. Marchiori, Hilda. Psicología Criminal.- 6a. edición.- Editorial Porrúa.- México 1989. pp. 42 a la 45.

blemática de una personalidad inmadura, inestable, agresiva y aumentando una angustia y desintegración en la medida de que sus ideas -- obsesivas de carácter sexual se agravan y se proyectan en el comportamiento sexual.

El delincuente sexual como una última medida de protección a su personalidad, niega su conducta sexual manifestando por ello alteraciones en la conciencia, al atribuir el comportamiento sexual a las -- provocaciones de la víctima o a las circunstancias del lugar.

Pareciera que esta "negación" de su conducta es un recurso protector de tipo inconsciente para atenuar los sentimientos de persecución -- pero paralelamente para continuar y repetir sus conductas y agresiones sexuales.

La etiología de la conflictiva sexual siempre está vinculada a procesos de desarrollo psicosexual del individuo y puede desencanarse -- en diferentes etapas de la vida, pero con características delictivas propias, es decir, difiere del comportamiento sexual en el joven, en el adulto y en el anciano. Asimismo, difiere el modo especial de -- relación con la víctima y las circunstancias pre-delictivas.

En la psicomotricidad se observa que en los jóvenes delinquentes sexuales se manifiesta una hiperactividad, se mueven constantemente y -- ésto debe relacionarse a la personalidad inmadura e inestable y evidenciando profundas dificultades para mantener relaciones inestables.

El deterioro de los valores morales y sociales es progresivo y se -- acentúa a mayor edad, lo que señala, a nuestra consideración, los -- aspectos de una mayor gravedad a nivel psicopatológico.

El tratamiento del delincuente sexual implica la consideración de los siguientes aspectos:

La problemática sexual que se ha manifestado en el delito ha tenido su inicio mucho tiempo antes, por lo general en la adolescencia y en las etapas infantiles.

La problemática sexual está muy relacionada a los aspectos educativos a nivel sexual, especialmente a la reacción de los padres. Es decir el individuo presenta la conflictiva sexual desde antes de que cometiera el delito.

En el tratamiento debe tenerse en consideración el diagnóstico de -- personalidad, el tipo de delito, si fuere realizado por un grupo de personas, la relación con la víctima y la edad de ésta. Estos criterios darán la pauta de los aspectos de patología del individuo y -- por consiguiente cómo se estructurará el tratamiento.

La conducta delictiva sexual implica no sólo la problemática sexual sino también una conducta sexual de extrema agresividad en la que no suele sorprender los detalles de crueldad y verdadero sadismo, especialmente en los casos de violación por grupos, la víctima presenta mínimas defensas y enorme peligrosidad para su vida, esta peligrosidad está atenuada cuando el sujeto actúa solo, a excepción de casos de niños o personas con déficit mental, físico o imposibilitado. La circunstancia y la relación de conocimiento entre autor y víctima -- son datos importantes para una comprensión de la agresión.

La muerte de la víctima luego del ataque sexual es realizada por una situación de pánico de los autores, ante los gritos de la víctima o el acercamiento de otras personas al lugar o porque la víctima lo ha reconocido. Golpes a niños para que no lloren o no griten conducen al autor a una agresión mayor y al homicidio. También cabe mencionar que en los ataques sexuales a los niños, se observa una profunda patología afectiva por parte del individuo y la carencia de relación sexual o de una pareja adulta estable. Son individuos con una con-

flictiva en las relaciones interpersonales, especialmente con la figura femenina.

"El tratamiento considera todos los aspectos señalados en relación al delito y la relación con la víctima. El tratamiento al delincuente sexual implica siempre una psicoterapia profunda a nivel psicológico o psiquiátrico. La tarea médica es sumamente importante.

En todos los demás niveles de conducta, el delincuente sexual puede presentar un modo de vida pseudoadaptada: área laboral, educativa, familiar. Sin embargo los rasgos de personalidad inmaduros e infantiles y sus impulsos sexuales no controlables los conducen a proyectar agresiones sexuales, conductas repetitivas dentro de la institución penitenciaria.

El tratamiento al delincuente sexual implica tratamiento a la familia para de esa manera ayudar a un mayor control de sus conductas.

Trabajo Social realiza una tarea importantísima con el núcleo familiar del delincuente sexual, ya que en medida de que exista una familia que lo asista y lo ayude en la reincorporación social las posibilidades del tratamiento serán mejores porque habrá un núcleo de control de las conductas del interno. Sin un núcleo familiar que lo controle habrá posibilidades más altas de reincidencia." (35)

El objeto de dar a conocer los datos ya suministrados, tiene un sentido práctico. Para estar en aptitud de emitir una opinión fundada sobre la conveniencia de la penalidad señalada, es necesario conocer el entorno del problema.

Encontramos muy acertadas las reformas de 1991 al Código Penal. En-

(35) Cfr. Marchiori, Hilda.- Tratamiento Penitenciario, 2a. Edic. Edit. - Porrúa. México 1989, pp. 28 a la 49.

relación con la violación tumultuaria, está bien justificada la pena establecida, sobre todo si consideramos que la fracción I del artículo 266 bis, corresponde a una agravante, que deberá ser punible con la imposición de mayor número de años de condena, que el tipo básico de la violación, esto es, si tomamos en cuenta el perfil de un delincuente sexual, o de grupos de delincuentes sexuales, en ambos casos nos encontramos frente a sujetos "enfermos", con problemas familiares serios, pero ello no debe ser una justificación para delinquir o para que actúen impunemente. Ya que es preferible ayudar a la integración de una sociedad sana que "redimir" o "rehabilitar" -- "semillas de maldad", porque salta a la vista que la rehabilitación social del delincuente no existe; ni aún teniendo una atención individualizada. Vuelven al medio social del que provienen y vuelven a delinquir, la pregunta es, ¿ cuándo caerá de nuevo ?.

C A P I T U L O I I I

III.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE LA VIOLACION TUMULTUARIA.

A.- C O N D U C T A . En la violación la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando ésta se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas.

Según el Diccionario de la Academia, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra; en sentido estricto etimológico es sinónimo de unión.

En el campo jurídico, como veremos enseguida, no existe uniformidad de criterio sobre lo que debe entenderse por cópula, y ésto hace necesario precisar su concepto, para poder dar solución a los diferentes problemas que se derivan de las mismas.

"Para González de la Vega, cópula dice, debe entenderse todo ayuntamiento, unión y conjugación carnal de las personas, sin discusión alguna." (36)

Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual la que implica necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no se puede, con propiedad decirse, si ha habido copulativa conjugación carnal.

Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales. De esta manera concluimos en acepción erótica general, la acción de la cópula comprende a los ayuntamientos sexuales normales- de varón a mujer-, precisamen-

(36) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y con el Derecho Positivo Mexicano. 4a. Edic. Editorial Porrúa, S.A. -- México. 1979. p. 46

te por la vía vaginal, y a los anormales sean éstos homosexuales -- masculinos o sean varón o mujer, pero en vasos no apropiados por la fornicación natural. Intencionalmente incluimos de amplísimo concepto de cópula el acto homosexual, femenino inversión efectuada de -mujer a mujer- en el frotamiento, lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable característica introducción viril. En nuestro Código Penal, el concepto de cópula lo establece en el artículo 265, al determinar que la violación puede ser realizada en persona de cualquier -- sexo, lo que significa que tácitamente admite la cópula natura y lo mismo se aceptó por el legislador de 1871 al considerar como una de las circunstancias agravantes de la pena fijada para este delito, - que la cópula fuera contra el orden natural.

Se admite por lo general, que la cópula puede ser ejecutada por vía normal (vagina!) como por vía anormal (empleando el ano o la boca) y respecto a esta última, se acepta casi sin discusión la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene, y a que posee glándulas de proyección erógena, pero -- en cambio se discute de que la cópula puede ser realizada por la -- boca (fellatio in ore) aún mediando la violencia manifiesta o pre-sunta.

Uno de los autores que se resiste a aceptar la posibilidad que la -- fellatio in ore pueda configurar el delito de violación y estima -- ese acto más bien como un abuso deshonesto.

Por el contrario Soler si admite esa posibilidad, pues dice que aún cuando el sentido tradicional de expresión acceso carnal, descarta la posibilidad de considerar como violación los actos inmorales, -- torpes desahogos, mientras no importe unión sexual, conjunción -- penetración normal, no se requiere en su concepto, un acceso carnal completo o perfecto, bastando tan sólo que haya penetración.

La opinión de Soler, es compartida con Fontán Balestra, cuando expresa que la conjunción carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico, sino jurídico, y así entender por conjunción carnal, toda actividad directa de la libido natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del actor, que pueda representar el coito o una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación, y por Ure, al sostener que debe interpretarse el término de acceso carnal en su más amplia extensión, sin referirlo exclusivamente a las dos formas más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal, y la anal.

Encontramos incorrectas las opiniones de los tratadistas que sostienen que en el caso de la fellatio in ore, si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto.

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

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

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.

La violencia, en cualquiera de esas formas, se origina del concurso

de dos o más voluntades de los sujetos activos y la del sujeto pasivo, pero a condición de que estén en abierta oposición, pues de lo contrario no existirá la fuerza.

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. No basta que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando después que el hombre -- satisfaga su deseo, sin oponer resistencia.", y agrega que "esto no basta por una doble razón: en primer lugar porque el Juez quedará siempre con la duda de si aquella mujer, que oponiéndose con la voz se prestaba con el cuerpo, quiso o no quiso el acto obsceno; y en -- segundo lugar porque el imputado, frente a la actitud contradictoria asumida por la mujer respecto a sus tentativas, bien podría -- alegar que no creyó usar la violencia, sino al contrario, ser grato a la mujer."

Fontán Balestra estima como esencia para la violencia, que sea suficiente y continuada y entiende por suficiente aquella que no puede vencer la resistencia "natural" que pueda ofrecer una persona -- normal; y por continuada aquella en que la voluntad esté en todo -- momento seguida ccon decisión hacia una misma dirección.

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 que dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni a los violadores, colosos de la fuerza o de poder. Resultando que la re-

sistencia fue verdadera y que se emplearon medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada.

La violencia moral, se traduce en las amenazas o amagos graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en -- esas condiciones el acceso carnal, pero a condición, según Carrara, que sean serios y constantes. Esta forma de violencia, aún 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 esté en condiciones de -- apreciarlo en toda su magnitud; posible supuesto que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidatoria; futuro pues ningún -- efecto podría producir para aquel que ya se hubiera realizado; y -- dependiente de la voluntad de los amenazantes.

Eusebio Gómez, indica que cuando la violencia de que se hace objeto al tercero, tiene el propósito de intimidar a la víctima, la voluntad de ésta 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 como la intensidad del -- afecto que los liga, para estar en condiciones de poder precisar si el efecto emotivo se justifica. Fontán Balestra cita a Pasquale -- Ferozzi, a Grivalleri, a Pozzolini y a Mancini, entre los autores que no es posible excluir la eficacia de tal violencia, pero con las -- reservas del caso; y Ure, a Alsina, Florián y Moceda, entre los que admiten como verdadera y propia violencia física, la que se ejerce -- en contra de tercero.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

- 79 -

La violencia moral viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de contricción 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 alguna de causa a efecto entre la violencia y la -- obtención de la cópula.

La violencia y la amenaza deben apreciarse según el concepto generalmente adoptado por el Código siempre que habla de violencia física o moral. No se requiere una violencia grave, ni es suficiente una violencia leve; solo se requiere una cosa: la idoneidad de esa violencia para vencer, en un caso concreto, la resistencia de la víctima. Esta resistencia- real o posible- mide la idoneidad de la violencia, y si el sujeto pasivo no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, para salvar el honor de las armas o peor, todavía, para excitar el apetito del agresor, no se podrá -- hablar de violencia.

El concepto de "violencia"; es más amplio y elástico; incluye la coacción moral (amenazas) y establece el principio de que el asentimiento para la unión carnal debe ser libre y exento de toda -- clase de intimidaciones, independientemente de la posibilidad para resistir.

Basta que la violencia sea inicial: no es preciso que acompañe todo el proceso ejecutivo.

La violencia tiene que caer sobre la persona, cualesquiera sean su sexo (mujer o varón) o su condición (virgen, casada, viuda, mujer, honesta, meretriz o corrompida). Puede ejercerla el hombre sobre la mujer, un hombre sobre otro hombre.

Para Giuseppe Magiore, los órganos sexuales es el pene por una parte y la vulva y el ano, por otra. No la boca; por eso la fellatio in ore (derrame seminal dentro de la boca de otro), nos dice que -- "es llamado impropiamente coito bucal, como no es sino una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia, sino únicamente un acto libidinoso.

No se requiere la introducción completa o parcial del miembro viril en la vulva o en el orificio anal, ni la desfloración, ni la seminatio intra vas (derrame seminal dentro de otro órgano), o a lo menos la eyaculación; basta el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima; y así este delito se consuma aún -- cuando la introducción sea posible a causa de la tierna edad del -- paciente.

"Cuando se realiza la cópula o ayuntamiento, se consumará la violencia; en cualquier otro caso, si concurren los elementos requeridos por la ley, habrá tentativa. La cuestión de que si existe la violencia carnal frustrada, al lado de la intentada- como lo sostiene Pessina y Carrara lo niega-, ya ha sido dejada a un lado por la nueva reglamentación de la tentativa en el Código vigente.

Si no hay ayuntamiento por la vía anal o vaginal, sino un simple -- contacto corpóreo libidinoso, se tiene un acto de lujuria.

Está claro, por consiguiente, que no puede constituir violencia carnal la desfloración efectuada con los dedos. Configuran un delito de lujuria, si se ha cometido con fines libidinosos; o de lesión -- personal, si se cometió con el único fin de menoscabar la integridad corporal." (37)

"Enrique Córdova Arizmendi, establece que la conducta la ley la define como una expresión idéntica a la empleada en el delito de ---

(37) Cfr. Córdova Arizmendi, Enrique. Apuntamientos del Derecho Penal.- Parte Especial. 2a. Edic. Cárdenas. 1976. pp. 177 y 178.

estupro, ésto es, al tener cópula. En la figura analizada, como en el estupro, entendiendo por cópula un acto erótico sexual concreto, entendiendo por el mismo el acceso, el ayuntamiento carnal en su --acepción más amplia, es decir, comprendiendo tanto las cópulas normales como las anormales y sin que sea necesaria la plena consumación del acto." (38)

AUSENCIA DE CONDUCTA:

El delito de violación, en orden a la conducta, es un delito - de acción necesariamente, porque no se presentan las formas de omisión y comisión por omisión. La conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre que ésta se realice mediante el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas. Es decir, que - si la víctima prestare su consentimiento para tener cópula con dos o más personas, desaparece la ilicitud en la violación. Por lo tanto, la ausencia de conducta en los sujetos activos no hace punible el delito de violación tumultuaria.

La ausencia de acción funda la excluyente de "actividad o inactividad involuntarias", este concepto no es aplicable a la violación tumultuaria porque ninguna persona comete un ilícito de esta naturaleza contra su voluntad, mucho menos cuando participan en forma - activa dos o más personas.

B.- T I P I C I D A D .

El delito se configura cuando el comportamiento de los agentes - está adecuado a la conducta que describe el concepto que lo - -

(38) Giuseppe Maggiori. Derecho Penal Parte Especial, Vol. IV, Delitos en Particular. Edit. Temis, Bogotá, Colombia 1989, 4a. Edic. pp. 58 a la 66.

define. Así tratándose de delito de violación tumultuaria tipificado por el artículo 266 bis, fracción I del Código Penal, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que los - - agentes impongan, por medio de la violencia física o moral la cópula a una persona de cualquier sexo, por vía idónea o contra natura, sin el consentimiento de la víctima.

Se puede presentar el caso en el que falten los medios exigidos -- por la ley para que se dé el tipo: vis absoluta o vis compulsiva, - es decir, porque concurra el consentimiento del interesado, originándose una "atipicidad". Para saber cuando se presenta esta hipótesis, se debe investigar si el tipo exige un " contra " la voluntad del sujeto pasivo.

En este caso especial que nos ocupa, el consentimiento de la víctima funciona como una causal de atipicidad.

El problema del consentimiento lo plantea Vaninni, sosteniendo que en la violación carnal, a diferencia de otros delitos, el consentimiento no es una causa que justifique, o convierta en no punible, el hecho previsto por el Derecho Penal, sino que es una condición negativa del hecho, ya que mientras que en el homicidio, por ejemplo, el hecho consiste en causar la muerte de un hombre", en el -- delito del artículo 519, en cambio, el hecho consiste en violar a una persona o abusar de una persona, de modo que si existe un consentimiento válido, no hay hecho.

"En aquellos delitos nos dice Jiménez Huerta, en que, como en los de violación, rapto de fuerza o atentados al pudor realizados sobre persona púber , se tutela la libertad sexual como derecho objetivo, el consentimiento otorgado por su titular se imposibilita la valoración antijurídica de la conducta. Puede originarse la --

atipicidad de violación propia, no obstante la violencia, si se -- trata de un menor de doce años, encontrándose ante una violación - impropia." (39)

En cambio no puede darse ninguna atipicidad por falta de calidad- en el sujeto activo, o pasivo, porque el tipo de violación descri- to por la ley no exige a los sujetos mencionados calidad alguna.

NI, por último, puede darse una tipicidad por falta de elementos - normativos y subjetivos, en cuanto que igualmente no son requeri- dos por el propio tipo de violación.

En lo que se refiere a la atipicidad en la violación propia, puede presentarse por falta de empleo de los medios violentos, y en la - equiparada, porque el sujeto pasivo no haya estado, por ejemplo -- privado de la razón.

"Así mismo González Blanco, establece que "en orden al tipo, la -- clasificación de este delito es la de un tipo autónomo, puesto que no se deriva de ningún otro, ni entra en su integración otro tipo- de delito. En orden a la conducta, el delito de violación se cla- sifica como la acción, por no presentarse las formas de omisión y comisión por omisión; instantáneo porque la violación realizada en el momento de la consumación se extingue con ésta y se consuma al verificarse la cópula." (40)

En la violación tumultuaria podía darse la atipicidad si el delito no fuere cometido con la intervención directa e inmediata de dos o más personas, ya que este último es el presupuesto básico para la configuración de la agravante específica, prevista por la fracción I, del artículo 266 bis del Código Penal.

(39) Porte Petit Candaudap. op. cit. pp. 48 a la 50.

(40) Cfr. González Blanco, Alberto. op. cit. pp. 140 y 142.

Ya que hemos señalado que la participación de dos o más personas, --- deben ser en forma activa, y no en la realización de otras actividades.

C.- ANTIJURICIDAD.

La violación es un delito de daño y no de peligro supuesto que se traduce en la injusta violación de la libertad sexual - que constituye el bien jurídico objeto de la tutela.

Por lo que hace al aspecto negativo de este elemento se presenta el problema de si existe la violación entre cónyuges.

"Groizard, sostiene al respecto, que ningún derecho se atropella a la mujer, al obligársele por el marido, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene ella el deber de prestarle a ejecutar, en atención a que dentro de los fines de matrimonio, ninguno es más importante que el de la procreación, y de la misma opinión son Moreno y González Roura, pero en cambio discrepan Eusebio Gómez y Jofré.

La opinión de Groizard es indiscutible en cuanto al derecho derivado del matrimonio que permite al marido exigir de la esposa la realización del acto sexual, pero a condición de que ese derecho se haga valer en condiciones normales, es decir, sin recurrir a -- los actos violentos, pues de lo contrario, creemos en Manzini que sí se configura la violación, pero no estamos de acuerdo con él al considerar que también exista ésta cuando el marido sufra alguna enfermedad que pueda implicar un peligro para la salud de la esposa o de los descendientes, en atención a que éste último caso, no se lesiona la libertad sexual del cónyuge, que no existe frente al otro, sino un bien jurídico diferente, la salud." (41) .

González de la Vega, establece que la ley protege, en este precepto, la libertad sexual de las personas, ésto es, el ejercicio li--

(41) Cfr. González Blanco, Alberto. op. cit. pp. 168 a 170.

bre en sus relaciones sexuales para elegir el modo, ocasión, persona, etc., para el coito. Así pues, la ley desvalora toda conducta que viole esa libertad sin importar si el ofendido mantiene una conducta sexual honesta o no, basta que no preste su consentimiento para la cópula, para que la acción sea antijurídica. Este tema constituye el quid del delito, pues a pesar de las violencias, si hay consentimiento de la víctima no habrá delito.

"Artículo 266 bis (Violación de la pena agravada).- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación, se aumentarán hasta una mitad en un mínimo o un máximo, cuando:

- I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
- II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, - el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;
- III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;
- IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."

En el primer párrafo contempla el caso de la "violación tumultuaria"

que por la gravedad social representa, obligó al legislador a -- crear la figura, con penalidad sumamente agravada.

A los elementos integradores del delito de violación, se agrega la circunstancia de que esta figura es plurisubjetiva (dos o más penas).

"La intervención directa e inmediata no implica que todos los sujetos realicen la cópula con el sujeto pasivo, pues dicha participación puede limitarse a sujetarlo, amenazarlo, etc., en tanto uno o varios, copulan con la víctima. "Los demás partícipes" a que el párrafo se refiere en su última parte y que serán sancionados en los términos del artículo 13 del Código Penal, podrán serlo los -- inductores, cómplices, encubridores que no intervengan "directamente e inmediatamente" en los hechos, por ejemplo el que planeó el -- delito y no participó, etc.

A pesar de la participación múltiple, no se aplican las reglas del artículo 164 bis del Código Penal, porque se recalificaría inadecuadamente la conducta." (42)

El segundo párrafo podría decirse, prevé una circunstancia calificativa del delito de violación, consistente ésta, en la imposición violenta de la cópula por las personas que se refiere específicamente el legislador.

No concurre el incesto porque se recalificaría la conducta.

El tercer párrafo califica también el delito de violación, en razón a su facilidad para cometerlo, permite el desempeño de un cargo público."

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

En la violación y entre otros delitos, dice Zaffaroni, afirmada la tipicidad queda también comprobada la antijuricidad, porque no admite causas de justificación." (43)

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

D.-IMPUTABILIDAD.

"La imputabilidad supone el dolo, es decir, conciencia y -- voluntad de unirse carnalmente mediante violencia o amenaza o -- unirse con una persona que, en el momento del hecho, se hallaba en algunas de las condiciones. Por lo consiguiente fuera del caso de que la víctima sea menor de catorce años, el agente podrá alegar -- en disculpa propia su estado de error o su ignorancia, acerca de -- la edad del sujeto pasivo, entre catorce y dieciséis años, sobre -- su enfermedad mental y sobre su condición de arrestado o detenido, etc...

El dolo no queda excluido ni por pasión amorosa, ni por superex-- tación sexual, ni por fines matrimoniales, ni por superstición -- (por ejemplo, el perjuicio de que el ayuntamiento con una virgen-

cura las enfermedades venéreas." (44)

El consentimiento del ofendido exime del delito, a menos que se trate de violencia presunta. Si el sujeto pasivo ha condescendido a los apetitos sexuales de agente, no puede lamentarse de la violencia, aunque la lujuria de éste haya sobrepasado los límites convenidos.

Por su parte Porte Petit, establece que el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad, originándose una hipótesis de inimputabilidad, en este delito cuando exista en el sujeto activo una de las hipótesis previstas en la fracción II del artículo 15 del Código Penal. No se puede negar que en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de violación pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, no puede responder del delito de violación, porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente, como se asentará.

"Sobre este particular Vannini ha dicho. "Siempre a propósito de la incapacidad me podrías preguntar: ¿si una persona en estado de completa embriaguez culposa comete violación carnal, es responsable penalmente del grave hecho cometido?, la ley no presume la capacidad del borracho incapaz en el momento en que comete el hecho, quiere solamente afirmar que el hecho perpetrado en estado de embriaguez culposa, es siempre un hecho que puede atribuirse a un estado inicial de imputabilidad del sujeto, a aquel estado inicial de imputabilidad en que el sujeto se embriagó, hecho doloso o culposo será el delito. Sin embargo la violación carnal culposa, co-

{44) Giuseppe Maggiore. op. cit. pp. 72 y 73.

mete violación carnal, no comete delito." (45)

Siendo la violación un delito doloso, no creemos que en la violación tumultuaria puede existir alguna excluyente de responsabilidad, de las que establece en sus diferentes fracciones el artículo 15 del Código Penal, sobre todo, si consideramos la pluralidad de sujetos activos que intervienen en la comisión del delito, resultará muy difícil que coincidiera alguna excluyente para dos o más personas.

En la violación propia creemos que sí podría existir una excluyente de responsabilidad, por ejemplo en el caso de la fracción VI -- del citado ordenamiento.

La ausencia de imputabilidad funda la excluyente de estados espé-- cíficos de inconsciencia. Teóricamente parece que es susceptible que se perpetrara este delito en tales condiciones. En la praxis nos parece muy difícil su realización.

E.-CULPABILIDAD.

La violación es un delito doloso; el dolo consiste en la consciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la - víctima, este último como consecuencia del empleo de fuerza o intimidación o de las particulares condiciones del sujeto pasivo o de la situación que el mismo se encuentra.

El error del hecho sobre cualquiera de las circunstancias que determinan el contenido del dolo, excluyente de culpabilidad; aún el error imputable, que tiene por efecto dejar un remanente culposo,-

porque la violación sólo se tipifica con la culpabilidad dolosa. - El más frecuente caso del error eficaz en el delito que nos ocupa es el que recae sobre las condiciones de la víctima. Así por ejemplo, la creencia equivocada razonable de que se tiene acceso carnal con persona mayor de doce años o no privada de la razón. No tendría efecto excusante, en cambio, la simple ignorancia, que se traduce en una duda apta para configurar el dolo eventual.

"Núñez distingue entre la simple ignorancia indiferente sobre la edad de la víctima, y la ignorancia acompañada de la firme esperanza de que la víctima no tenga menos de doce años. La culpa consciente no consiste en dudar con esperanza de un elemento del tipo penal, sino en creer fundadamente el autor que va a poder evitar que ese elemento se materialice. En la culpa consciente no hay nunca asentamiento, y quien duda, por muy firmes que sean sus esperanzas, el error sobre la edad de la víctima, si ésta es mujer honesta, puede tener la consecuencia de adecuar el hecho a la figura del estupro, que fija pena menor, si se aprecia sin error el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de quince con su consentimiento." (46)

González Blanco, establece, que la violación por su naturaleza, es de aquellos delitos que exigen una forma dolosa de la culpabilidad, traduciendo el dolo en la voluntad del sujeto activo de efectuar la cópula con persona de uno u otro sexo, mediante la fuerza física o moral y ausencia de la voluntad de la víctima, o aprovechándose de las condiciones de ésta.

"También es posible la existencia de la coparticipación en este delito, distinguiendo Garraud situaciones distintas; a).- la ayu-

da de un cómplice que prepare o facilite el crimen; b).- la ayuda de un coautor que concurra real y directamente a la consumación. - Situaciones éstas que se encuentran previstas en el artículo 13 de nuestro Código Penal." (47)

Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta o vis compulsiva, es innegable que tiene -- que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de la culpabilidad. González Blanco y Vannini, entre otros lo han comprendido -- así. En cuanto al dolo eventual, pensamos que puede presentarse, - en virtud de que la exigencia de los medios físicos y morales implican el querer desde el inicio, la cópula.

Celestino Porte Petit, hace referencia a que la Suprema Corte de - Justicia de la Nación, establece "lo característico de los delitos culposos o imprudenciales, es la ausencia de voluntad del resultado, y si la voluntad existe, habrá entonces un delito doloso. - -- Ahora bien hay figuras delictivas que por su propia naturaleza son necesariamente dolosas y dentro de ellas están los delitos de violación e incesto, y no puede imaginarse el ejercicio de la violencia como medio para la conjugación sexual y el logro de esta última sin que medie la voluntad del sujeto que la lleve a cabo, siendo lo característico del incesto el yacimiento sexual con el ascendiente o descendiente o el colateral dentro del límite señalado por la ley, habrá la voluntad del acto sexual por razones obvias.

Importa hacer referencia a estos casos:

a) Cuando el sujeto quiere realizar la cópula y ha empleado la vis absoluta o compulsiva, obteniendo aquélla en virtud del consenti--

miento que otorga a fin de cuentas el sujeto pasivo.

Es indudable que, en estas hipótesis, nos encontramos frente a un momento del iter criminis, o sea ante la tentativa, no obstante la realización de la cópula, pues ésta se efectuó por consentimiento del sujeto pasivo.

b) Cuando el ofendido, al principio otorgue el consentimiento y posteriormente haya oposición del mismo ofendido, debiéndose concluir que existe el delito de violación, porque la ausencia del consentimiento es anterior o concomitante a la realización de la pena.

Se ha establecido por los Tribunales que la comprobación de que la víctima de un atentado sexual haya aceptado el principio del mismo, no excluyendo la posibilidad de que ya al procederse a la copulación, oponga resistencia para el acto, mordiendo a su violador y lanzando gritos en la demanda de auxilio.

De sumo interés es establecer si puede existir una violación cometida culposamente. A este respecto Vannini expresa: "Un delito de violación carnal culposo no está previsto por la ley." (48)

Es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación concurrencia de la vis absoluta o compulsiva, no puede concebirse la realización de la cópula sino dolosamente y, por tanto, no es posible una violación culposa, que requeriría no querer la cópula; hipótesis antagónica a la esencia de la violación.

Estamos de acuerdo con la opinión de que la violación por su natu-

(48) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. pp. 62 a la 64.

raleza es de los delitos que exigen una forma dolosa en la culpabilidad. En la violación tumultuaria podemos distinguir con mayor facilidad la conducta dolosa de los sujetos activos en la comisión de este delito. Ya que debido a las características propias de la fracción I del artículo 266 bis, y en atención a la pluralidad y peligrosidad de los sujetos activos, estas conductas no admiten -- más que la forma dolosa, porque es muy claro, que el resultado que buscan obtener los infractores es la cópula, sin consentimiento de la víctima, y por ende mediante violencia física o moral. Podría -- afirmar que en este caso, la víctima conoce a sus agresores, éstos a su vez planean la forma de acometer a su víctima, (iter criminis).

La ausencia de culpabilidad funda las excluyentes de estado de necesidad, tratándose de bienes de igual jerarquía (art. 15 fracc.IV) de miedo grave o temor fundado, de obediencia jerárquica legítima y de caso fortuito. No obstante, seguimos considerando que ninguna de estas excluyentes de responsabilidad puede coexistir con la violación tumultuaria, ya que por el alto riesgo que sufre la víctima, en este delito, resulta que inclusive ponen en peligro su vida, y ante esto, no puede existir justificación o excluyente alguna.

F.- PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en -- función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un

delito. En otros términos: es punible una conducta cuando -- por su naturaleza amerita ser penada; se origina entonces -- una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas -- jurídicas; igualmente se entiende por punibilidad, en forma -- menos apropiada, la acción específica de imponer a los de- -- lincuentes, a posteriori, las penas conducentes.

Aún así se discute si la punibilidad posee o no rango de -- elemento esencial del delito.

Porte Petit comenta "que ha tratado de hacer dogmática sobre la -- Ley Mexicana procurando sistematizar los elementos legales extraf- -- dos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un -- carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El -- artículo 7o. del Código Penal que define al delito como el acto u- -- omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la -- pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal -- "nulla poena sine lege", pues tal afirmación es innecesaria, ya -- que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 -- Constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía -- penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango del delito con- -- base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias." (49)

GONZALEZ BLANCO EN SU OBRA "DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN -- EL DERECHO POSITIVO MEXICANO" ESTABLECE QUE "EN EL DELITO DE VIO-- LACION, NO SE DAN LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD NI LAS- EXCUSAS ABSOLUTORIAS." (50)

El Código Penal para el Distrito Federal, señala la pena de ocho a

(49) Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal -- (Parte General). Décimo Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. -- México 1981. p. 267.

(50) González Blanco, Alberto. op. cit. p. 171.

catorce años de prisión al que cometa el delito de violación proppia; pero si la persona ofendida fuere impúber, o que debido a un defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier origen, le impidiera resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexual, se sancionará con la misma pena. No olvidar que en el caso de que se ejerciera violencia física o moral el mínimo o máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

En este caso, el artículo 266 bis, que se refiere a las agravantes específicas o violación de pena agravada; con independencia de la impuesta en el tipo básico, se aumentará la misma, hasta la mitad en su mínimo y máximo, cuando la conducta desplegada por el sujeto (s) activo (s), se adecúe (n) a alguno de los cuatro supuestos jurídicos descritos en las fracciones del propio artículo.

Las excusas absolutorias constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de la pena. - Esto resulta imposible en el delito de la violación tumultuaría, - ya que estamos en presencia de un delito que exige una forma dolosa de culpabilidad y que representa un grave peligro para la víctima.

C A P I T U L O I V

IV.- LAS FORMAS DE PRESENTACION DEL DELITO.

A.- ITER CRIMINIS. El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación -- hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama ITER= CRIMINIS, es decir CAMINO DEL CRIMEN.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se la llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina -- con la consumación.

La Fase Interna, abarca tres etapas o períodos:

Idea criminosa o ideación; esta etapa aparece cuando en la mente humana existe la tentación de delinquir, que puede ser acogida o -- desairada por el sujeto. Si el sujeto le da albergue, permanece -- como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación, es la meditación sobre la idea criminosa, en una -- ponderación entre el pro y el contra, existe una lucha entre la -- idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhi-- bitorias.

Resolución, se presenta este período cuando existe la intención y -- la voluntad de delinquir; pero su voluntad, aunque firme, no se -- exteriorizado, sólo existe como propósito en la mente.

La Fase Externa, se presenta desde el momento en que el delito se -- hace manifiesto y termina con la culminación.

Manifestación, cuando la idea criminosa aflora al exterior, surge en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, por tanto existe solo en la mente del sujeto.

Preparación, los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos.

La ejecución puede presentarse en dos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

La violación tumultuaria es delito en el cual puede darse la tentativa. Es preciso sin embargo, tener en cuenta que, para calificar el hecho como tentativa, debe poderse establecer que el "propósito" de los agentes era el acceso carnal, en que la violación consiste, y no simplemente unos torpes desahogos y hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado. Todos los actos de tentativa verdadera se caracterizan aquí por un fin específico, generalmente existirá tentativa calificada, pues para llegar a la violación es preciso realizar actos impúdicos en sí mismos delictivos.

Soler manifiesta "al examinar la agravante de grave daño veremos que la figura de violación comprende en sí los rastros de ligeras violencias, que la ley presupone precisamente para que pueda calificarse el hecho como de violación; pero no lo están las lesiones leves que excedan ese mínimo, las cuales concurrirán materialmente. El poder de absorción de la figura no va más allá de leves equimosis, no va para herida de arma blanca ni para golpes de cierta consideración.

También queda absorbida por la figura de la privación de la liber-

de la víctima ya que no se concibe la violación de la libertad - sexual sin vulnerar, al mismo tiempo la libertad personal."

La Suprema Corte de Justicia, admite la tentativa, al establecer - "que si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directamente e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, - comete el delito de violación en grado de tentativa. Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal vigente en el Distrito -- Federal, comete el delito de violación el que, por medio de la - violencia física o moral, tenga cópula con persona, sin voluntad - de ésta, sea cual fuere su sexo,... y de acuerdo al artículo 12 -- del propio Código, hay tentativa punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Ahora bien, si se comprueba que el acusado ejecutó actos que tendrían a verificar la cópula, y si el dictamen del médico legal consta que la - ofendida presentaba esquistosis en los órganos genitales e igualmente se justifica que el acusado no logró llegar al fin de sus -- deseos, por causas ajenas a su voluntad, como la de haber sido - sorprendido en el momento de consumir los hechos, aquél es reo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria de garantías. Si el delito de lesiones se evidenció y fue el medio del que se valió el sujeto - activo para consumir el acto tentado de violación en la ofendida, ya que al oponerse la golpeó en diversas partes de su organismo, - pero el agente desistió de su propósito por una causa ajena a su voluntad, toda vez que al pasar un tercero lo impidió, de ahí que en la estricta técnica existió violación en grado de tentativa."

Este criterio también sirve para orientar al legislador en el caso de la violación tumultuaria, aunque al perpetrarse este delito, --

como concurra, necesariamente varios sujetos activos, difícilmente se les intimida, únicamente la autoridad (policía) puede lograr ese propósito.

En otra ejecutoria el Tribunal sostiene " si solo existe el desgarramiento del periné, no puede tenerse por comprobado el cuerpo -- del delito de violación pero sí el de tentativa de violación, ya -- que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, -- fue por causas ajenas a la voluntad del agente."

En fin, contamos con las siguientes resoluciones; si los médicos -- legistas encuentran desgarraduras incompletas en hímen de la ofendida, pero no permite la introducción del órgano sexual masculino, se llega al conocimiento de que en el caso, se trata de un delito-tentado de violación. Es correcto declarar la culpabilidad del -- quejoso como autor del delito de tentativa de violación, si la cópula se trató de imponer al sujeto pasivo no se consumó por causas ajenas a su voluntad, que es lo que caracteriza a la tentativa de violación como delito inacabado.

Es indudable que, en el delito de violación tumultuaria puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración. En otros -- términos, habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o total -- ejecución, no se introducen los órganos masculinos en el orificio-valvular o anal, sin ningún ulterior resultado. Y es indudable -- que el comienzo de ejecución, o sea la tentativa inacabada, se -- efectúa en la vis absoluta o compulsiva." Así Frias Caballero expone "La fijación del comienzo de la ejecución debe efectuarse de conformidad a la regla del uso del medio señalado por el tipo; -- apenas se use la violencia o la amenaza formal efectiva y real, la tentativa ha comenzado, y agrega, que cuando son utilizados los -- casos de hipnotismo, embriaguez, afrodisíacos, narcó- - - --

como concorra, necesariamente varios sujetos activos, difícilmente se les intimida, únicamente la autoridad (policía) puede lograr ese propósito.

En otra ejecutoria el Tribunal sostiene " si solo existe el desgarramiento del periné, no puede tenerse por comprobado el cuerpo -- del delito de violación pero sí el de tentativa de violación, ya -- que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, -- fue por causas ajenas a la voluntad del agente."

En fin, contamos con las siguientes resoluciones; si los médicos -- legistas encuentran desgarraduras incompletas en hímen de la ofendida, pero no permite la introducción del órgano sexual masculino, se llega al conocimiento de que en el caso, se trata de un delito-- tentado de violación. Es correcto declarar la culpabilidad del -- quejoso como autor del delito de tentativa de violación, si la cópula se trató de imponer al sujeto pasivo no se consumó por causas ajenas a su voluntad, que es lo que caracteriza a la tentativa de violación como delito inacabado.

Es indudable que, en el delito de violación tumultuaria puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración. En otros -- términos, habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o total -- ejecución, no se introducen los órganos masculinos en el orificio-- valvular o anal, sin ningún ulterior resultado. Y es indudable -- que el comienzo de ejecución, o sea la tentativa inacabada, se -- efectúa en la vis absoluta o compulsiva." Así Frias Caballero expone "La fijación del comienzo de la ejecución debe efectuarse de-- conformidad a la regla del uso del medio señalado por el tipo; -- apenas se use la violencia o la amenaza formal efectiva y real, la tentativa ha comenzado, y agrega, que cuando son utilizados los -- casos de hipnotismo, embriaguez, afrodisíacos, narcó- - - --

ticos, etc., y son utilizados por los agentes con el propósito de llegar por ese medio a la realización de la cópula, la tentativa - ha comenzado, no habrá ninguna duda al respecto, si se piensa que estos actos son también un primer ataque al bien jurídico protegido, puesto que anula la libertad sexual.

En fin, podemos decir que el momento del ITER CRIMINIS, abarca desde el momento en que los sujetos activos del delito de violación - tumultuaria la intención de copular, y cuando se presenta la tentativa, que abarca desde que realiza la violencia hasta los actos-ejecutivos anteriores a la introducción de los órganos sexuales -- masculinos en el orificio vulvar o anal.

El arrepentimiento consiste en una vez realizados todos los actos-de ejecución, impedir la consumación del delito. Esto quiere decir que los sujetos activos han llevado a cabo, en forma total, -- los actos de ejecución, en todo caso, del resultado.

Con relación al tema de coexistencia de la tentativa de violación - estableceremos que Cuello, estima que la determinación de si el -- hecho constituye tentativa de violación, presenta no escasas dificultades, por las semejanzas que presenta con el abuso deshonesto-violento, pues los actos externos (como arrojar a la víctima sobre el lecho, levantar sus vestidos, etc.), la violación o más -- bien dicho la tentativa de violación los actos que se realizan se encaminan al acceso carnal, existe un ánimo de yacer, ahora bien - los actos impúdicos realizados violentamente sobre una mujer, o -- sin su consentimiento, pueden ser calificados de tentativa.

Para Puig Peña, precisamente en el ánimo de yacer, se distingue el delito de abusos deshonestos violentos de la tentativa de violación, ya que aquél se caracteriza porque los actos ejecutados no-

tienden al yacimiento." (51)

Los Tribunales han establecido: " Conforme al artículo 244 del -- Código Penal del Estado de Tamaulipas, comete el delito de atentado al pudor, el que sin consentimiento de esta última, ejecuta en ella un acto erótico-sexual, sin llegar a la cópula. Francisco -- González de la Vega, en su obra "El Código Penal Comentado", refiriéndose al artículo 260 del Código Penal del Distrito Federal, -- que es en todo semejante al 244 del Código de Tamaulipas, expresa que el atentado al pudor es un acto sexual incompleto; lo es materialmente, ya que la acción erótica no debe llegar a la cópula, si éste acontece, desaparece la figura y surge posiblemente la violación; es además incompleto subjetivamente, puesto que si el atentado persigue una próxima fornicación desaparece también el atentado, pudiendo surgir la tentativa de violación. Ahora bien, si el acusado de atentado al pudor se le imputa que ayudó a otro, sujetando a la ofendida para que tuviera contacto carnal con ella, -- lo cual no llegó a ocurrir, por haber intervenido la policía, no se llenan los requisitos del citado artículo 244, sino en todo caso, podría haberse llegado a tener como legalmente comprobado el -- cuerpo del delito de tentativa de violación, y el auto de formal prisión dictado, por el mencionado delito de atentados al pudor, -- es violatorio de garantías, y debe concederse el amparo sin perjuicio de continuar en forma legal la averiguación, cuando fuere -- procedente." En otra ejecutoria se dice: "Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, por su esencia misma, no -- pueden coexistir y se excluyen uno al otro, puesto que en el primero de ellos, no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula carnal, y en el segundo, se efectúan los actos -- preparatorios para dicha cópula, que no llega a realizarse por -- causas ajenas a la voluntad del activo."

(51)

Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. op. cit. pp. 82 y 83.

Esto es, constituye aquel delito una acción lujuriosa que el agente realiza físicamente en el cuerpo del pasivo de la infracción, - como puede serlo una caricia o un tocamiento corporal obsceno, o - que el agente haga ejecutar a la ofendida, pero es esencial que el agente no tuviera el propósito de realizar la cópula, en tanto que la violación sexual fue tentada por el quejoso, si quedó plenamente probado que se proponía realizar la cópula, lo que no llegó a - término por causas ajenas a su voluntad.

No es exacto que el delito de actos libidinosos quede subsumido en la violación, por ser aquellos un medio para excitar el acto carnal y consumir la violación, porque en los actos libidinosos se -- ejecutan maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e -- inmediato de llegar a la cópula.

Así pues, como en todos los casos, para que pueda darse o tenerse por ejecutada una tentativa de violación, es indispensable la prueba del dolo de consumir el delito que acompaña a los actos de ejecución. El desistimiento voluntario de llegar a acceder a la víctima, supone, también, desistimiento de consumir el delito, y por tanto, impunidad con respecto a esa tentativa, sin perjuicio de la pena aplicable por otro hecho típico que se hubiera cometido con -- el comienzo de ejecución. Es para nosotros dudoso si tales actos constituyen un delito de atentado al pudor del artículo 124 bis -- del Código Penal, aunque nos inclinamos a negar tal afirmación, -- porque el delito de atentado al pudor tiene su dolo consistente en la ejecución de actos de impudicia que no lleguen al coito; con -- ellos el autor satisface su libido; ese es su fin, que resulta difícil de imaginar como logrado en quien tienta el acceso carnal y luego desiste voluntariamente de él.

No aparece, pues, que se pueda pensar que se halla presente en tales casos el dolo del atentado al pudor que generalmente le es - -

asignado.

González Blanco, establece que "la tentativa por sus característi--
cas el delito de violación no descarta la posibilidad de la ten--
tativa, en términos del artículo 12 de nuestro Código Penal, y és--
ta existirá cuando el sujeto activo dé principio a la ejecución --
directa de los actos que configuran el delito sin llegar al resul--
tado que debía producirse, por causas ajenas a la voluntad; y tam--
poco por la tentativa desistida, en el caso de que el culpable vo--
luntariamente deje de ejecutar los actos violentos. Respecto a --
esta última, las opiniones están divididas en la doctrina, las in--
tenciones no pueden ser objeto de sanción, mientras no haya sido --
traducida externamente por actos que las releven en forma indubi--
table, el desistimiento voluntario, limita la voluntariedad del --
agente al hecho ya realizado y tal es lo querido y lo punible." --
(52)

De tal suerte, esos hechos que no deben haber llegado nunca a --
constituir el acceso carnal, deben ser considerados como configu--
radores del atentado al pudor.

"De acuerdo con la doctrina tradicional, los actos preparatorios o
de ejecución, se sancionan, no como las formas de Iter Criminis, -
sino como delitos específicos, cuando encuadran en una figura tí--
pica determinada. Por lo que respecta a la tentativa desistida, -
en la violación, las violencias ejercidas por el sujeto activo, --
sobre el pasivo, constituyen actos eróticos en virtud del elemento
subjetivo que les anima, aunque dichos actos no tuvieran por obje--
to llegar a la cópula, no hay que olvidar que, dentro de las for--
mas clásicas de la culpabilidad de violación es un delito de dolo--
específico correspondiendo al genérico el atentado al pudor. Quien

quiso tener cópula con una persona, es decir, lo más aceptable - - forzosamente atentar al pudor de ella, es decir, lo menos." (53)

Por otra parte, Alfredo Achaval manifiesta que, la tentativa se da cuando a pesar de no haber acceso carnal, el agresor demuestra de manera inequívoca de lograr el mismo, en algunas de las circunstan- - tancias contempladas en el artículo 119. Así se tendrá en cuenta la tentativa, aunque luego de venida la resistencia el autor del - hecho sólo logre, por su pérdida de erección, por no tener, o cualquier otra causa, un simple acercamiento a las zonas genitales.

En algunos casos se ha contado con el consentimiento, las caricias en zonas sexuales o en zonas socialmente permitidas, la víctima -- solo ha negado su consentimiento para el acceso carnal y no ha - - considerado agresivo el tocamiento, la caricia y aún el acercamiento corporal del pene. Tales casos son de difícil apreciación pues no puede dejar de valorarse el error del "agresor", que ha llegado a caricias avanzadas en forma progresiva, pero siempre con un consentimiento tácito y aún expreso, que no llega hasta el acceso - - carnal y de ahí su error.

El uso del dedo ha preocupado a distintos autores, Thoi not (Med - Leg. 1926, Ed Salvat, Bardonia, Tomo II pág. 35 y 36), afirma que las caricias digitales están destinadas a veces a preparar y facilitar el coito en especial en niñas, y otras veces dependen ya de la brutalidad sádica recayendo en adultos- Bonnet F. interpreta -- que la lesión pudo ser el primer paso de un intento violatorio, el tiempo preparador y facilitante de la ulterior penetración del - - órgano viril.

Actualmente en las prácticas son comunes entre muchas parejas, que

las caricias puedan ser una de ellas la introducción del dedo, especial en los casos de insuficiente lubricación, pero de aceptar el sujeto activo, la relación sexual, aquí ya no existe la tentativa ni la violación, ya que el sujeto pasivo estando consciente de lo que es un acto sexual, y de ser autónomo para conducirse libremente a aceptar esta relación.

"El delito de violación tiene la forma dolosa de la culpabilidad.- Ure afirma que tal dolo consiste nada más que en la voluntad de tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo, mediante fuerza o intimidación o aprovechando las condiciones especiales de la víctima y resulta indiferente que el delincuente haya sido motivado, para obligar a un matrimonio, por venganza, o cualquier otra causa hasta el simple deseo de satisfacer el líbido, entendido por consiguiente como circunstancia atenuante de la responsabilidad, - que éste también puede ser válido en la tentativa." (54)

"Maggiore, manifiesta que el momento consumativo del delito de - - unión carnal "se verifica al realizarse ésta, o sea con el contacto del miembro viril con el orificio valvular o anal; y así debe tenerse por consumada, y no tentada, la unión carnal con una niña-incapaz, por su tierna edad, de permitir la introducción del miembro a la vagina." (55)

González Blanco, opina que el momento consumativo puede establecerse dos sistemas para tener por consumado el delito de violación y ellos son: materialista, que exige como condición necesaria, la -- penetración del órgano masculino en el femenino, aunque la cópula sea imperfecta; y el racionalista, que exige el simple contacto o-

- (54) Achaval, Alfredo. Delito de Violación (Estudio Sexológico Médico-Legal) Edit. Abeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires 1978. pp.219-220.
(55) Giuseppe Maggiore. op. cit. p. 82.

aproximación, pues atiende de preferencia las circunstancias morales de la acción del agente. Ahora bien, el artículo 265 de nuestro Código Penal, para tener debidamente comprobado el delito de violación por lo que a la cópula se refiere, no se requiere ni siquiera una introducción plena del miembro masculino, menos una cópula perfecta, sino que es suficiente la simple conjunción, superficial, imperfecta de las partes sexuales, a condición de que haya introducción del pene en vaso idóneo.

En el caso del artículo 266 bis del Código Penal, puede suceder -- que el sujeto pasivo de la violación, no manifieste en forma clara que no acepta el ultraje, pero que en ese momento sufra un gran trauma emocional, ello no quiere decir que tácitamente otorga su consentimiento la víctima. Por lo que consideramos que ante una tentativa de violación tumultuaria, la autoridad debe sancionar la tentativa y la privación ilegal de la libertad, independientemente de cualquier otro delito, como lo serían las lesiones por citar un ejemplo.

B.- CONCURSO DE DELITO. La violación tumultuaria puede concurrir con otros delitos, con el homicidio y especialmente con el de lesiones graves o menos graves, causadas a la víctima en sus partes sexuales o en otras de su cuerpo a causas de la violencia empleada, o proveniente del contagio de enfermedades sexuales. A veces las lesiones causadas a la víctima son exclusivamente manifestaciones sádicas que pueden llegar a las graves mutilaciones, incluso a la muerte de la violada, hechos que pueden ser manifestaciones de anomalía psíquica de los agentes. En todos estos casos la pena se agravará.

Tratándose de robo y violación, el delito se vuelve más complejo, la agravante de ejecutar el hecho en la morada del ofendido no es inherente a este delito y es apreciada por nuestros legisla-

dores.

"La violación se diferencia del estupro en que en éste la unión se efectúa con voluntad de la víctima, mientras que en aquélla se consigue contra la voluntad de la misma o sin ella." (56)

También se puede encuadrar la figura de la privación de la libertad de la víctima, ya que no se concibe la violación de la libertad sexual sin vulnerar, al mismo tiempo, la libertad personal. Sin embargo, esa privación de la libertad queda absorbida por la figura del artículo 119 es estrictamente necesaria para la violación y con respecto a la víctima.

Si la víctima es mantenida o dejada en encierro o atada, la privación de la libertad concurre materialmente. Lo mismo sucede si la privación de la libertad recae sobre otra persona, por ejemplo, el marido, aún cuando el hecho no se hubiese podido cometer de otro modo, por tanto en estos casos se tratará de concurso real.

Puede presentarse el problema del concurso de normas incompatibles entre sí, o bien, el concurso de delitos.

" Se impone por tanto, el estudio de las hipótesis siguientes :

- I.- La violación y las lesiones.
- II.- La violación y el incesto.
- III.- La violación y el rapto.
- IV.- La violación y la corrupción de menores.
- V.- La violación y las amenazas. "

(56) Cuello Calón, Eugenio, revisado por César Camargo Hernández. op. - cit. pp. 161 y 162.

sobre la violación y las lesiones, se hará mención de algunas opiniones:

Soler estima que "la violación deja siempre rastros indudables en el cuerpo, algunos de ellos característicos de este delito, como - la rotura del hímen; pequeñas equimosis y aún lesiones inguinales. No son estos los daños a que esta figura agravada se refiere. Ni siquiera es correcto pensar en que los rastros de esa clase puedan hablarse de violación. La circunstancia de que una lesión no pueda llamarse propiamente grave daño, no impide la aplicación de la figura de la violación simple en concurso real con lesiones leves, siempre que no se trate de una de esas lesiones que puedan decirse presupuestas por el delito de violación." (57)

Rainieri piensa que si la violencia supera los golpes, se tiene -- concurso de delitos con la lesión personal o el homicidio.

Cuello Calón sostiene que en la violación pueden concurrir varios delitos; con el homicidio y especialmente con lesiones graves o -- menos graves causadas a la víctima en sus partes sexuales o en -- otras de su cuerpo a causa de la violencia empleada, o provenientes de contagio de enfermedades sexuales.

Manzini expone que las lesiones personales voluntariamente inferidas por el culpable en el acto de cometer el delito de violación, -- como también el homicidio preterintencional, son punibles. Agrega que si las lesiones son consecuencia no querida del delito de violación, el culpable responde de este delito en concurso material -- con el delito de lesiones culposas, precisando que:

En el caso de lesión personal dolosa cometida (sobre la víctima o-

(57)

Porte Petit, Candaudap. op. cit. p. 92.

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

La lesión personal culposa (consecuencia no querida del delito - consumado o simplemente intentado de violación) concurre con la violación.

Carrancá y Trujillo sostienen "si se causaren lesiones, ellas integrarán el elemento "fuerza física", no es el caso de concurso ideal de delitos".

Es indudable que los sujetos activos del delito de violación pueden cometer, además de este delito el de lesiones.

El artículo 268 del Código de Nuevo León, establece que si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas del concurso.

"Los Tribunales han establecido que aún cuando puedan separarse la violación y las lesiones, como ejecutados en actos distintos, no procede la acumulación, si las ligeras lesiones que presenta la víctima, constituidas por escoriaciones, constituyen uno de los elementos del delito de violación que en su persona se cometió, ya que demuestran que fue objeto de violencia, no puede constituir en forma independiente el delito de lesiones.

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

Cuando de ninguna manera puede separarse la violación de las lesiones, como ejecutados en actos distintos, no procede la acumulación. (Anales de Jurisprudencia, Tomo V, Núm. 1, p. 681).

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

Estuvo en lo justo el sentenciador, establece González Blanco, al establecer las reglas para la acumulación de las sanciones correspondientes a los delitos de violación y lesiones, si no es exacto que se hayan ejecutado en un mismo acto, puesto que las lesiones se realizan en actos diversos al de la actividad sexual.

No es atendible la aseveración del quejoso en el sentido de que la lesión que infirió al menor ofendido fue consecuencia del empleo de la fuerza física y medio para lograr la realización del delito de violación. Ciertamente la violencia física se caracteriza en que constriñe objetivamente a la víctima para realizar en ella la fornicación, siempre existe acción compulsiva ejecutada materialmente en su cuerpo a fin de impedir su resistencia muscular; mas tales imposiciones puede consistir en simples maniobras coactivas o en la comisión de ataque corporal constitutivo de otros delitos, como acontece en la especie. En efecto, el golpe que propinó el inculpado ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación, porque no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutadas en actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal. (Informe rendido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1963 p. 26).

"La violación y el asalto, está aplicada justificada las penas correspondientes a los delitos, porque aún cuando al cometerse el -- delito de violación se ejerció la violencia, esta característica -- también encuadra en el delito de asalto, y el artículo 2º del Código Penal para el Distrito Federal." (58)

C.- CONCURSO DE PERSONAS.

El problema que se plantea con relación al concurso de personas en el delito de violación, es el de determinar las diversas formas de participación con relación a este delito.

LA AUTORIA INTELECTUAL, puede presentarse en el delito de violación tumultuaria, ya que un individuo puede determinar a otros que cometan el delito en estudio; hipótesis que establece el Código -- Penal, que son responsables del delito los que determinen intencionalmente a otros a cometerlo.

Existe el autor material o inmediato, cuando un sujeto integra el delito de violación son responsables del delito, los que lo realicen por sí mismos en forma activa.

Cuestión de sumo interés es el de resolver si el delito de violación se puede presentar el caso de coautoría. Según nuestro -- Código Penal establece que son los que se realicen conjuntamente.

Sobre este particular pensamos que es posible la existencia de la coautoría, porque siendo ésta la integración conjunta del tipo, es posible que se presente en la violación, realizando el sujeto algún elemento del propio tipo de violación.

"Novoa Monreal, se refiere a la coautoría, trata precisamente el caso en que un individuo realiza la cópula y otro lleva a cabo la violencia física, considerando que estamos frente a una coautoría, si alguien ve que otro trata de violar a una mujer y sin que éste lo pida, pero con su aceptación implícita, sujeta a la mujer -- para que se logre la consumación, hay coautoría." (59)

La Suprema Corte de Justicia ha establecido que "si fueron varias personas que asaltaron y violaron a una de las ofendidas, y -- causaron las lesiones mortales a otra, debe estimarse que se está en el caso de la coparticipación, que es el fenómeno jurídico -- cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito."

En cuanto a la autoría mediata en el delito de violación hay dos -- corrientes; la que niega la posibilidad de la autoría mediata en -- el delito de violación, y que la admite.

Entre los que rechazan la autoría mediata en la violencia carnal -- está Vannini, al sostener: "Tratándose delito de violación, no -- es posible en la violencia carnal la figura del llamado "autor -- mediato"; figura que en cambio es posible, en los delitos materiales en cuanto que consisten en "producir un resultado determinado". -- Así la figura del autor mediato es posible en el homicidio, en el -- que la causa del resultado muerte, es tanto aquel que da el golpe -- (autor inmediato) como instigador del golpe (autor mediato). Sin -- embargo, en los delitos formales el autor del delito no es cual -- quier persona cuyo comportamiento haya de cualquier manera contribuido a la realización del delito mismo, autor es solamente quien -- ha llevado a cabo la acción ejecutiva característica del delito."

§59)

Monreal Novoa. Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1966. p. 179.

Por el contrario Pannain considera: " La cuestión del agente mediato es diversa del concurso de personas: en el último caso hay un autor inmediato y un concurso en el hecho por él realizado; en el primero, hay una actividad realizada a través del sujeto inculparable que hace las funciones de mero instrumento. Se sostiene que en la hipótesis de quien determine a un sujeto inimputable a cometer el delito de violencia carnal, no existe la responsabilidad -- del autor mediato sino el hecho de un concurrente responsable en -- el delito cuyo ejecutor material no es punible. La afirmación debe rechazarse. La institución del agente mediato no se presenta -- positivamente, sólo a propósito de los delitos materiales: es preciso solamente que se haya cometido un delito o un hecho a través -- de la persona que es como instrumento material." (60)

Porte Petit establece que " puede darse el caso de que un individuo utilice a un inimputable para que realice la cópula en los -- términos y con las personas a que se refiere la ley. No siendo la posible autoría mediata sirviéndose de un incumplable por error -- esencial e invencible, porque se necesitaría que el instrumento -- desconociera que realiza el tipo, lo que no puede suceder en el -- caso de la violación, dado que para consumar la cópula, se necesita la existencia de la violencia física y moral, que implica -- forzadamente el conocimiento de la integración del tipo. En cambio -- puede presentarse el caso de un instrumento inculparable por inexigibilidad.

En lo referente a la complicidad que establece la fracción I del -- artículo 13 del Código Penal, en el sentido de que son responsables del delito los que intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su consumación, es indudable que puede existir, a virtud de que un individuo puede cooperar a la realización o integración -- del tipo de violación."

D.- CONCURSO NECESARIO DE PERSONAS.

Acerca del concurso de personas en el delito de violación, -- Maggiore establece que valen las reglas generales, "es obvio-- que los copartícipes deben responder del mismo título de de-- lito atribuido al autor principal, aún cuando en éste se re-- quiera alguna calidad personal precisa.

Cuando la violencia cometida por cinco o más personas, el delito - se agrava. Pero no constituye agravante el concurso de menor nú-- mero de personas." (61)

Cuando la violación se produce con el concurso de personas, cuando se realiza el delito de violación con dos o más personas, concurre el delito de VIOLACION TUMULTUARIA; tratándose de simple concurso, no es necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal; - - basta que concurren para que otro lo tenga.

"Debe entenderse que la agravante se dá cuando concurren dos per-- sonas (el autor y el otro), porque el verbo concurrir abarca al-- autor tanto como a los cómplices. Cuando un delito es cometido -- por varios, todos concurren, en consecuencia dentro de esos dos a-- que la ley se refiere, está también el autor. Se ha juzgado que - para la procedencia de esta agravante era necesario participar en-- la ejecución o a lo menos prestar ayuda o asistencia durante el -- hecho. Creemos que el mismo principio es válido ante nuestra ley-- porque siendo la participación una forma normal no agravada del -- delito, para fundar la agravación de pena, se hace necesario bus-- car un fundamento especial para el caso de la violación, y éste no se halla sin el hecho de que la concurrencia de varios, facilita -- de modo notable precisamente la ejecución con esta clase de deli-- tos. Por ejemplo, si un amigo prestó su cuarto; pero no intervino

para nada en la ejecución del hecho mismo, el delito no es agravado." (62)

Las agravantes se completan con la previsión de que el hecho se -- haya cometido con el concurso de dos o más personas. La ley se -- refiere a quienes intervienen materialmente en el delito. La razón de la agravante radica en que el hecho es facilitado para el autor, el par de las posibilidades de resistencia o defensa de la víctima se reduce. Así vistas las cosas, el autor también cuenta para el cómputo de las dos personas con cuyo concurso se ejecuta -- el hecho." No es preciso que los partícipes hayan tenido acceso -- carnal ni siquiera propósito de tenerlo, según establece Balestra, lo que aquí tiene significación, sigue manifestando, son los actos que importan intervenir en la ejecución del hecho.

Como dice muy bien Núñez, la ley no ha querido consagrar el absurdo de que lo prevé como circunstancia posible para todos los delitos, sea siempre una calificante para la violación. No es preciso que todos los que intervienen sean culpables, es suficiente con -- que lo sea el autor principal, el que accede carnalmente a la víctima; la ley no requiere que el hecho sea cometido por dos o más -- personas responsables, sino con el concurso de dos o más personas. Y concluye Núñez; si más de uno ha tenido acceso carnal con el -- concurso del otro u otros, cada cual es autor de violación calificada, por la pluralidad de las personas que intervienen en el -- hecho." (63)

"La Suprema Corte de Justicia de Tucumán, Jurisprudencia de Argentina. Se pronunció expresamente en el sentido de que la inimputabilidad de alguno de los que concurren al hecho no excluye la --

(62) Cfr. Soler, Sebastian. op. cit. p. 292

(63) Cfr. Núñez, José Manuel. El Concurso de Dos o Más Personas en la -- Violación, en la Ley, T. 34, p. 1073.

agravante, la Cámara Criminal de Tucumán, establece, hay uniformidad en el sentido de no requerir el acceso carnal de todos los que intervienen en el hecho, porque en el concurso de varios facilita al autor la perpetración del delito. Por último, se ha señalado, en la mayoría de los casos, que es preciso que la acción de quienes concurren tenga lugar durante el hecho para vencer la resistencia de la víctima.

La Cámara del Crimen de la Capital entendió que se configura el -- agravante con la intervención pasiva de partícipes cuya presencia -- resultó intimidatoria para la víctima, la que fue utilizada como -- medio para cometer el hecho. En la misma dirección el fallo dictado por la Sala Especial de Cámara del Tribunal citado un último -- término el 12 de julio de 1974."

En concurrencia de otro u otros agentes no implica que todos realicen sobre la violencia de acceso carnal, ni siquiera que tenga el -- propósito de hacerlo. Esta forma específica del concurso, que el -- Código de Rocco de 1930 no quiso sumar a las agravantes genéricas -- por participación, para no complicar más el sistema.

Son pertinentes dos fallos de la Corte Italiana, así pues, contrario a la legislación argentina, para que se dé el delito con coparticipación es necesario que exista la simultaneidad de acción de -- parte de ellos el acto en el cual se comete en el cuerpo de la víctima, a continuación se establecen dos fallos de ésta:

a).- No es necesario que las diferentes personas realicen actos de violencia material sobre la víctima, sino basta su presencia que -- intimide.

b).- Para que exista el concurso de varias personas en el delito de violencia carnal es necesaria la simultaneidad de acción de parte --

de ellos en el acto en el cual el actor principal comete violencia sobre el sujeto pasivo.

El o los que ejecutan el acto carnal, responden conforme a sus instintos y pueden tener concursantes como copartícipes primarios o -- accesorios, enfoca la ley a quien o quienes ayudan material o moralmente a vencer la voluntad de la víctima.

"Carlos Pérez al respecto opina " no es cuestión uniformemente aceptada la de que una sola persona logre someter por la fuerza física a otra a fin de abusar carnalmente de ella. Hay autores que niegan la eficacia de un solo violador. Sin embargo no conviene citar -- principios absurdos, ya que todo depende, entre otras cosas, del -- estado de la víctima, de sus reservas orgánicas y mentales, de -- quien implica la fuerza o infiere la amenaza, de los medios de que estos dispongan, de las relaciones particulares con aquella.

La autoría en la violación no puede ser sino sucesiva, como en el -- caso juzgado por el Tribunal Supremo de España.

Mientras uno de los procesadores yacían violentamente con la ofendida, el otro la sujetaba y apretándole la boca, y así alternativamente, a fin de poder cada cual a su vez realiza cumplidamente su criminal propósito. Semejante acto de sometimiento por medio de la fuerza, de directa ejecución de uno de los elementos integrantes -- del propio delito, señalo ciertamente de necesaria y eficaz cooperación para perpetrarlo, y por tanto, en uno u otro concepto determinante de la responsabilidad del autor. La audiencia sentenciadora, al calificar a cada uno de los recurrentes como autor de un delito y cómplice de otro, lejos de infringir la ley, le ha dado perfecta aplicación." (64)

- (64) Cfr. Notas tomadas: Tratado de Derecho Penal. Tomo IV de Luis Carr-- los Pérez. Editorial Tierras. Bogotá 1971. pp. 456 y 457.

CONCLUSIONES

- 1a. Dentro de nuestra sociedad mexicana, la comisión de los delitos -- sexuales ha sido un factor preocupante. Pero dentro de esos delitos considero que la violación es la más grave de todos ellos, -- porque además de la brutal ofensa erótica que representa, los medios comisivos que intrínsecamente, llevan peligro y daño a la libertad sexual, a la integridad corporal y en muchas ocasiones a la propia vida.

La violación ha sido un delito severamente castigado a través de -- nuestra historia, se considera tan grave el delito, que las sanciones que imponían entonces privaban al hombre de los más altos -- valores humanos, como lo son la vida, la libertad, la pérdida del patrimonio y en ocasiones la castración.
- 2a. Los Códigos Penales de 1871 y 1929, establecían que comete el delito de violación: "el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona SIN VOLUNTAD DE ESTA, sea cual -- fuere su sexo". La legislación vigente en 1931 y 1967, eliminan -- de la redacción del tipo penal del artículo 265 "SIN VOLUNTAD DE -- ESTA", lo cual resulta incomprensible, toda vez que el aspecto volitivo, traducido en el consentimiento para la cópula hacen inexistente la conducta ilícita del agente activo.
- 3a. Considero que nuestros Códigos Penales anteriores al de 1991, cometieron un gran error al no definir claramente que debía entenderse por cópula, caen en abigüedades que pueden llevarnos a confusiones.
- 4a. La violación tumultuaria, aparece por primera vez en el Código Penal de 1931, precisamente en la creación del artículo 266 bis, se perpetra el delito "cuando la violación fuere cometida con inter--

vencción directa e inmediata de dos o más personas." Me parece que es correcto que la pluralidad de participantes activos en la comisión del delito de violación tumultuaria sea considerada una agravante, ya que el sujeto pasivo cuenta con menos elementos para repeler la agresión, es decir, que la víctima queda en total estado de indefensión.

- 5a. En la violación se establece que el sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera sin distinción de sexo. Es decir en forma normal de hombre a mujer, anormal de hombre a hombre. No se configura la violación de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no -- existe propiamente el fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable característica de introducción del -- miembro viril, por tal motivo considero también que la mujer no -- puede ser sujeto activo en la comisión de este delito por una sencilla razón, por carecer de miembro viril para la cópula.

Ahora bien, de acuerdo al último párrafo del artículo 265 del Código Penal, concluyo que solamente en esta hipótesis la mujer puede ser sujeto activo en la violación, por tratarse de la introducción de un instrumento externo a dicho sujeto y que no va contra -- natura de la propia mujer.

- 6a. El acceso carnal de acuerdo con lo establecido en el Código Penal, solo puede llevarse a cabo a través de los medios exigidos por el tipo, o sea la cópula por medio de la vis absoluta o vis compulsiva, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo.

- 7a. De acuerdo con la reforma del 22 de diciembre de 1990 el Código -- Penal, la persona que cometa el delito de violación no alcanzará -- el beneficio de la libertad provisional bajo caución, es decir, ni en la violación propia, ni en la violación ficta o presunta y mucho menos en la violación tumultuaria.

En mi opinión esta reforma es el resultado de la concientización -- de nuestros legisladores de un problema que tendía a generalizarse, prueba de ello es la creación de las Agencias Especializadas en -- Delitos Sexuales, que pretenden terminar con la impunidad a base -- de un esfuerzo en la renovación de todo el sistema (averiguación-- previa).

- 8a. Al ayuntamiento carnal o acceso sexual con personas incapacitadas-- para resistir el acto sexual por enfermedades de la mente o del -- cuerpo, menor de doce años, o por semejante estado de indefensión, constituye un delito especial, previsto por la propia descripción-- legislativa, se conoce como violación presunta, violación equipa-- rada o violación impropia.
- 9a. Para que pueda configurarse plenamente el delito de violación tu-- multuaria, es condición indispensable que en la ejecución de la -- misma intervengan directa e inmediatamente dos o más personas, en-- forma activa realizando la cópula sobre el mismo sujeto con la -- concurrencia de las modalidades de tiempo y lugar.
- 10a. Respecto a la cópula como elemento típico del delito de violación, a través de sus formas; normal (vía vaginal) y anormal (vía -- anal u oral), me permito manifestar:

Las consecuencias derivadas de la cópula son diferentes; por la -- vía vaginal, podría provocar embarazos o enfermedades venéreas, -- además de los problemas psicológicos, tratándose de personas mayo-- res de doce años. Por la vía anal a través de uso de instrumentos distintos al miembro viril puede producir desgarramientos graves e inclusive ocasionar la muerte, no olvidar que entre los aztecas -- era éste el castigo que se le imponían a los homosexuales activos. Por la vía oral el resultado que puede producir son traumas, por -- lo que se concluye que para la imposición de la penalidad debe --

considerarse el alcance o resultado de la conducta desplegada por el sujeto activo, para agravar la misma en los casos en que existan mayor riesgo, inclusive de perder la vida.

- 11a. La libertad sexual traducida como el derecho que cada persona tiene para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales -- constituye el bien jurídicamente tutelado en el delito de violación.
- 12a. Considero que en cuanto a la calidad del sujeto activo en la comisión del delito de violación, solo puede serlo el varón, no obstante que nuestra legislación vigente establece que puede una persona de uno u otro sexo, sin que interesen las condiciones del sujeto pasivo, es decir, si es casada, soltera, virgen o prostituta.
- 13a. Considerar que la vis compulsiva puede operar en el caso de que la mujer sea sujeto activo en la violación, me parece una situación -- subjetiva difícil de comprobar.
- 14a. Según las estadísticas, de los delitos sexuales la violación constituye el 56.05%. Este delito se perpetra con mayor frecuencia en personas del sexo femenino (96%), la mayor incidencia está entre los 12 y 18 años de edad. El 68.94% son mujeres solteras; el 6% son casadas, la escolaridad es media básica (secundaria). Pero lo más importante es que sólo el 19.47% se presentó a denunciar el -- delito por sí mismas. Por tal motivo las autoridades han creado -- las Agencias en Delitos Sexuales y el Centro de Terapia de la Mujer Violada, con objeto de crear confianza entre la población y -- abatir la impunidad.
- 15a. La conducta típica en el delito de violación se integra por el -- acceso carnal o cópula, siempre que ésta se realice con violencia, ya sea en forma física o moral. En ausencia de estos elemen--

tos difícilmente se puede configurar la violación.

- 16a. La tipicidad entendida como la adecuación de la conducta al tipo penal en el delito de violación, consistirá en el hecho de que el sujeto activo imponga por medio de la violencia física o moral la cópula a una persona de cualquier sexo; elemento principal, sin el consentimiento de la víctima. Debemos considerar que en las hipótesis del artículo 266 del Código Penal, aunque existiera consentimiento éste sería invalidado, debido a las circunstancias precarias de la víctima.
- 17a. La antijuricidad en este ilícito se presenta cuando se vulnera el derecho que tiene la víctima para decidir con quien está dispuesto a mantener relaciones sexuales, es decir, cuando el bien jurídicamente tutelado que es la libertad sexual se transgrede.
- 18a. La imputabilidad en el delito de violación siempre estará seguida de una conducta dolosa del sujeto activo, en la cual no puede ser excluido éste. Resulta difícil que debido a la naturaleza de este ilícito, el sujeto pudiera cometerlo sin haberlo deseado, excepto en la hipótesis de que se tratara de un inimputable.
- 19a. La violación presupone una conducta dolosa que consiste en la voluntad del activo de tener cópula con el sujeto pasivo contra su voluntad para que podamos hallar culpabilidad, es decir que el autor de la conducta buscó este resultado, el de copular, ya sea por medio de la vis absoluta o vis compulsiva, aprovechando las condiciones especiales de la víctima.
- 20a. Delito es el acto en omisión que sancionan las leyes penales. Encontramos que en el artículo 266 bis del Código Penal, se encuentran las agravantes específicas, como en el caso de la fracción I que se refiere a la violación tumultuaria. La agravación de la --

pena se da debido al peligro social que representa y a que los -- elementos integradores del delito de violación, se agrega a la -- circunstancia de que esta figura es plurisubjetiva, es decir, dos o más sujetos activos.

En el delito de violación no se dan las condiciones objetivas de -- punibilidad ni las excusas absolutorias.

- 21a. Se admite la tentativa en el delito de violación cuando el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infrac-- tor impidieron la consumación de su propósito. Habrá tentativa, -- cuando existiendo un comienzo o total ejecución, no se introduce -- el pene en el orificio vulvar o anal.
- 22a. La violación concurre con otros delitos, pero principalmente con -- las lesiones, el homicidio, las amenazas, la privación de la liber-- tad. Aunque existe el criterio que aún cuando puedan separarse la violación y las lesiones, como ejecutadas en actos distintos, no -- procede la acumulación, si las ligeras lesiones que presenta la -- víctima, constituidas por escoriaciones, constituyen uno de los -- elementos del delito de violación que en su persona se cometió.
- 23a. En el caso de la violación tumultuaria y en relación con el concur-- so de personas, serán responsables penalmente del delito de viola-- ción, quienes materialmente realicen la cópula, sobre el sujeto -- pasivo, es decir, son los autores materiales o inmediatos como -- técnica y doctrinalmente se les conoce.
- 24a. En relación con el concurso necesario de personas en la violación-- tumultuaria, para que el delito se configure es menester la parti-- cipación de dos o más activos en la comisión directa de los hechos, más no se integra el tipo cuando intervienen otras personas en di--

versas actividades relacionadas con los mismos. Estas últimas son responsa--
bles penalmente en los términos del artículo 13 del Código Penal.

B I B L I O G R A F I A

- ACHAVAL, Alfredo DELITO DE VIOLACION. Editorial Abeledo-Perrot, S.A.- Buenos Aires, 1978.
- CARRANCA y Rivas, Raúl DERECHO PENITENCIARIO, CARCEL Y PENAS EN MEXICO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- CASTELLANOS, Fernando LÍNEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.
- CORDOVA ARIZMENDI, Enrique APUNTAMIENTO DEL DERECHO PENAL, PARTE - ESPECIAL. Editorial Cárdenas, México,- 1976.
- CUELLO CALÓN DERECHO PENAL TOMO II (PARTE ESPECIAL).- Editorial Bosch, 1943.
- DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA VOLUMEN II. Madrid, 1847.
- FONTAN BAL'ESTRA, Carlos TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO V, PARTE - ESPECIAL. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GIL'BSON, Charles LOS AZTECAS BAJO EL DOMINIO ESPAÑOL 1519-1810. Editorial Siglo XXI 1984.
- GONZALEZ BL'ANCO, Alberto DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL- DERECHO POSITIVO MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.

- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco COMENTARIO AL CODIGO PENAL. Editorial --
Porrúa, S.A. 1975.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS. Edi-
torial Porrúa, S.A. 1975.
- MAGGIORI, Giuseppe DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, VOL. IV DELI-
TOS EN PARTICULAR. Editorial Temis, Bogotá,
Colombia 1989, 4a. Edic.
- MARCHORI, Hilda PSICOLOGIA CRIMINAL. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1989.
- MARCHORI, Hilda TRATAMIENTO PENITENCIARIO. Editorial Po-
rrúa, S.A. México, 1989.
- MOMMSEM DERECHO PENAL ROMANO TOMO II.
- MONREAL NOVOA CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO TOMO II.- -
Editorial Jurídica, Chile, 1966.
- NUÑEZ, José Manuel EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS EN LA --
VIOLACION EN LA LEY, T. 34.
- PEREZ, Luis Carlos TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO IV. Edito-
rial Tierras, Bogotá 1971.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE LA VIO-
LACION. Editorial Porrúa, S.A. México.
- RARILLA BAS, Fernando EL DELITO DE VIOLACION, Madrid, 1936.
- RIVA PALACIO, Vicente MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS. Editorial -
Cumbre. México, 1984.
- SOLER, Sebastian DERECHO PENAL ARGENTINO III. Editorial Ar--
gentina, Buenos Aires. 1978.
- VAILANT, George LA CIVILIZACION AZTECA, ORIGEN, GRANDEZA Y
DECADENCIA. Fondo de Cultura Económica, -
México 1944.

VARGAS E ITURBIDE, Romero

LOS GOBIERNOS SOCIALISTAS DEL ANAHUAC. -
Editorial México, 1978.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO PENAL DE 1871.

CODIGO PENAL DE 1929.

CODIGO PENAL DE 1931.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA --
REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1991.

JURISPRUDENCIA

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, SEXTA EPOCA, TOMO XXIV pp. 32 y 187.
2a. PARTE.

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, QUINTA EPOCA, TOMO LI. pp. 150 y 2916.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA TUCUMAN. JURISP. ARGENTINA, TOMO III. 1953 p. 425.