

524
205

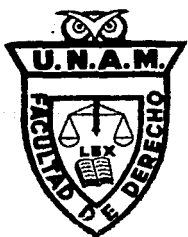


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ESTUDIO DOGMATICO DE LA VIOLACION EQUIPARADA
PREVISTA EN EL ARTICULO 265, TERCER PARRAFO
DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

TESIS PROFESIONAL
Que para obtener el Titulo de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
MARIA JOSEFINA LOPEZ ROBLES



México, D. F. FACULTAD DE DERECHO 1993

SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENES PROFESIONALES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	12

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE VIOLACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

1.1	Código de 1871.....	14
1.2	Código de 1929.....	21
1.3	Código de 1931.....	26
1.4	Análisis Comparativo de los tres Códigos.....	35

CAPITULO II

ANALISIS DOGMATICO DE LA VIOLACION PREVISTA EN EL ARTICULO 265, TERCER PARRAFO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1	Noción General del delito.....	40
2.2	Concepto de Violación.....	44
2.2.1	Etimológico.....	44
2.2.2	Gramatical.....	45
2.2.3	Jurídico (Legal, Doctrinal y Jurisprudencial).....	46
2.3	Clases de subtipos de violación.....	48
2.3.1	Genérica.....	48

	Pág.
2.3.2 Equiparada.....	49
2.3.3 Agravada.....	50
2.4 Motivos por los cuales fue reformado el artículo - 265 del Código Penal para el Distrito Federal en - el año de 1989.....	51
2.5 Ultimas reformas al artículo 265 del Código Penal- para el Distrito Federal (1989 y 1991).....	52
2.6 Elementos Positivos y Negativos de la violación -- realizada con un elemento o instrumento distinto - al miembro viril.....	54
2.6.1 Conducta y Ausencia de Conducta.....	55
2.6.2 La Conducta.....	55
2.6.3 Clasificación en orden a la conducta.....	59
2.6.4 Clasificación del delito en orden al resultado....	60
2.6.5 La Ausencia de Conducta.....	61
2.6.6 Situaciones o hipótesis en las cuales puede presen tar la ausencia de conducta.....	62
2.7 Tipicidad y Atipicidad.....	69
2.7.1 El Tipo.....	69
2.7.1 Bis La Tipicidad.....	72
2.7.2 Elementos del Tipo.....	73
2.7.3 Clasificaciones en orden al Tipo.....	87
2.7.4 La Atipicidad.....	92

	Pág.	
2.8	Antijuricidad y Causas de Justificación.....	94
2.8.1	La Antijuricidad.....	94
2.8.2	Las Causas de Justificación.....	97
2.9	Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad.....	110
2.9.1	La Culpabilidad.....	110
2.9.2	La Imputabilidad.....	114
2.9.3	La Inimputabilidad.....	117
2.9.4	Las Formas de Culpabilidad (dolo, culpa y preter-- intención).....	120
2.9.5	Las Causas de Inculpabilidad.....	127
2.10	Punibilidad y Excusas Absolutorias.....	130
2.10.1	La Punibilidad.....	130
2.10.2	Las Excusas Absolutorias.....	134

CAPITULO III

FASES DEL DELITO "ITER CRIMINIS"

Y CONCURSO DE DELITOS.

3.1	Iter Criminis.....	137
3.2	Fase Interna.....	138
3.3	Fase Externa.....	144
3.4	Tentativa.....	147
3.5	Formas de la Tentativa.....	149

	Pág.	
3.5.1	Tentativa acabada o conocida como delito frustra- do.....	149
3.5.2	Tentativa inacabada.....	151
3.6	Delito Imposible.....	154
3.7	Delito Putativo.....	156
3.8	Consumación.....	157
3.9	Concurso de Delitos.....	158
3.10	Formas del Concurso de Delitos.....	158
3.10.1	Concurso ideal o formal.....	158
3.10.2	Concurso ideal o material.....	161

CAPITULO IV

AUTORIA Y PARTICIPACION

4.1	Terminología.....	164
4.2	Autor Inmediato.....	165
4.3	Coautor.....	166
4.4	Autor Mediato.....	168
4.5	Instigador.....	170
4.6	Cómplice.....	174
4.7	Auxiliador.....	175
4.8	Encubridor.....	176

	Pág.
4.9 Datos Estadísticos (sobre el delito de viola--- ción en general).....	179
CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFIA	188

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

Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1988, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de enero de 1989 y puesto en vigor el 10 de febrero del mismo año; se reforma y se adiciona un segundo párrafo al artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, quedando en los siguientes términos: "Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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

Con la inclusión de este segundo párrafo se ha creado un nuevo tipo al que nosotros hemos intitulado "VIOLACION EQUIPARADA", inclusión que ha sido del todo correcta; en virtud de que no se debe de dejar impune un delito de tal magnitud porque con la comisión del mismo no solo se afecta la integridad física de la persona, sino su equilibrio emocional, - - psíquico, familiar y social.

Es preciso destacar que si los tipos penales se crean, cambian o desaparecen, es debido a los cambios sociales que traen como consecuencia la perturbación de la paz social, por lo tanto, cuando una conducta queda tipificada adquiere ya un sentido de desvaloración social.

Dada la creación de este delito y siendo uno de los más graves que prevé nuestra ley sustantiva penal, es de nuestra inquietud llevar a cabo un análisis del mismo; y en virtud de que en la doctrina no encontramos -- antecedente alguno, creemos conveniente aplicar teoría general del deli-

to, para así poder obtener una integral visión de dicha conducta ilícita. Con la última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación -- del día 21 de enero de 1991, vigente al día siguiente de su publicación, se aumenta la pena de la violación realizada con un elemento o instrumento distinto al miembro viril, siendo ésta de tres a ocho años de prisión. Con esta última reforma, ante los reclamos insistentes por diversos grupos sociales, el legislativo ha tratado de aplicar una punibilidad más severa; sin embargo, consideramos que la misma no ha sido impuesta a la gravedad del delito, por lo que es de nuestra opinión que nuevamente se lleve a cabo una reforma y se imponga una sanción igual o mayor al tipo básico del delito de violación para que así se logre uno de los objetivos primordiales, siendo éstos los de una mayor prevención y justicia social.

El presente trabajo está constituido por cuatro apartados o capítulos; - en el primero de ellos, hacemos una breve reseña histórica del delito de violación en nuestra legislación penal; en el segundo, realizamos un estudio dogmático de este nuevo tipo al que nosotros hemos denominado violación equiparada; el tercero corresponde a las fases o desarrollo del delito siendo éstas las del "Iter criminis", es decir camino del delito y concurso de delitos, y un último capítulo dedicado a la Participación.

Finalmente, solo cabe mencionar que nos queda la esperanza de que algún día se reforme el artículo 265, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal en los términos ya propuestos y ojalá en el futuro se logre disminuir la comisión de dicho ilícito para así poder mantener un estado de justicia e igualdad, y sobre todo de tranquilidad social.

C A P I T U L O I

1. RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE VIOLACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

1.1 CODIGO DE 1871.

Desde el año de 1862, el C. Presidente de la República Mexicana licenciado Benito Juárez había ordenado que se integrara una comisión para la formulación de un Proyecto de Código Penal Federal, así el entonces Ministro de Justicia Jesús Terán nombró la misma, quedando integrada por los licenciados José María Herrera Zavala, Manuel Zamacona, Antonio Martínez de Castro y Carlos María Saavedra, comisión que sólo concluyó el primer libro porque se vieron en la necesidad de suspender -- sus trabajos con motivo de la intervención francesa. Posteriormente, en el año de 1868, una vez restablecida la paz en la República por conducto del Ministro de Justicia licenciado Ignacio Mariscal, se procedió nuevamente a integrar una comisión para que continuara la redacción de dicho código. Esta nueva comisión fue organizada y presidida por el licenciado Antonio Martínez de Castro, quien fue nombrado como Presidente de la misma, interviniendo como vocales los licenciados Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega y como Secretario el licenciado Indalecio Sánchez Gavito. (1)

Este Código de 1871 o Código de Martínez de Castro como es conocido, por haber sido el jurisconsulto más destacado quien para la elaboración

(1) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1977. Págs.123 y 124. 12a. ed.

del mismo, tomó como modelo el Código Español de 1870, fundamentándolo en las Garantías Individuales de la Constitución de 1857 y en los Postulados de la Escuela Clásica; mismo que quedó conformado por 1150 artículos, de los cuales uno es transitorio y se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre los delitos en particular y una última sobre faltas. Basado principalmente en la teoría de la justicia absoluta y de la utilidad social, combinadas trata al delito como entidad y teóricamente sigue el dogma del libre albedrío.

Dos aspectos de gran relevancia que imperaron en este primer código, fueron el delito intentado y la libertad preparatoria; con ésta última se logró un gran avance en nuestro sistema penal que posteriormente sería adoptada por los Códigos Europeos.

Su exposición de motivos expresa lo siguiente:

"Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque sólo el transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que, por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la salvación del pueblo mismo para quien se dictaron". (2)

(2) Instituto de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomo 1.- México, 1979 Pág. 232.

La exposición de motivos no hace referencia alguna al delito de violación, solamente el Ilustre Señor Martínez de Castro en el libro tercero denominado de los delitos en particular señalaba la necesidad de -- examinar cuales eran las acciones humanas que debían considerarse como delitos, concluyendo junto con la comisión que no deberfan erigirse -- en delitos sino aquellos actos que al mismo tiempo son contrarios a la justicia moral y a la conservación de la sociedad. Es en la redacción del texto en donde se lleva a cabo la distribución de los delitos; así el DELITO DE VIOLACION queda comprendido bajo el Capítulo III del TITULO SEXTO intitulado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, mismo que contenfa quince títulos, y el cual quedó redactado de la siguiente manera:

T I T U L O S E X T O

DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS LA MORAL PUBLICA O LAS BUENAS COSTUMBRES.

C A P I T U L O I

Delitos contra el estado civil de las personas.

C A P I T U L O II

Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres.

C A P I T U L O III

Atentados contra el Pudor, Estupro y Violación.

C A P I T U L O IV

Rapto.

C A P I T U L O V

Adulterio.

C A P I T U L O VI

Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales.

C A P I T U L O VII

Provocación a un delito Apología de éste o de algún vicio.

Así el delito de Violación se contempló en el artículo 795 y subsiguientes que a la letra dicen:

"ARTICULO 795.-

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

"ARTICULO 796.-

Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de su razón aunque sea mayor de edad".

"ARTICULO 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 10 - - años".

"ARTICULO 798.-

Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones se -

observarán las reglas de acumulación".

"ARTICULO 799.-

A las penas señaladas en los artículos 794, 796, 797 y 798 se aumentarán:

Dos años cuando el reo sea ascendiente o descendiente, padrastro o madrastra del ofendido o la cópula sea contra el orden natural.

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere sustutor, 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".

"ARTICULO 800.-

Los reos de que 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 el ejercicio de su profesión al funcionario público, cirujano, comadrón, dentista o maestro que hayan cometido el delito, abusando de sus funciones".

"ARTICULO 801.-

Quando 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".

"ARTICULO 802.-

Siempre que del estupro o de la violación resultare alguna enfermedad a la persona ofendida, se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que corresponda 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 señala el artículo 557". (3)

En relación al encuadramiento que se hizo al delito de violación bajo el título sexto intitulado "Delitos contra el orden de las familias, - la moral pública o las buenas costumbres", contamos con las siguientes opiniones:

El maestro Francisco González de la Vega nos comenta: "la adecuación que se dió al delito de violación no fue la correcta, toda vez que los delitos mencionados dentro del mismo capítulo corresponden a formas -- muy variadas de acciones típicas y también heterogéneas especies de -- bienes jurídicos objeto de la tutela penal, pues algunos conciernen a la honestidad o moralidad pública, otros a la libertad o seguridad - - sexuales, otros son protectores de las formalidades matrimoniales o -- del carácter monogámico del matrimonio y algunos atañen a la preven- - ción general de cualquier especie de delitos o vicios". (4)

Por su parte el ilustre penalista Don Mariano Jiménez Huerta expresa:

(3) Leyes Penales Mexicanas. Op. Cit. Págs. 449 y 450.

(4) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. México, Porrúa, S.A. 1980. 16ava. ed.

"El rubro de este delito ha sido notoriamente inadecuado dado que el bien jurídico ofendido es un aspecto de libertad de la persona humana".

(5)

En nuestra opinión, consideramos que la ubicación dada al delito de -- violación que llevó a cabo el Código Penal de 1871 en el capítulo III- en su Título Sexto denominado Delitos contra el orden de las familiar, la moral pública o las buenas costumbres fue impropia, en virtud de -- que clasificó diversos delitos bajo un mismo rubro, sin tomar en cuenta el bien jurídicamente tutelado. toda vez que del tipo que nos ocupa el bien jurídicamente protegido es la libertad sexual, no quedando así agrupados los demás delitos ya que éstos comprenden otros bienes tutelados.

1.2 CODIGO DE 1929.

En septiembre de 1903, se formuló un Proyecto de Reformas al Código Penal de 1871, por lo que se procedió a formar una comisión, inicialmente quedando integrada por los Señores licenciados Miguel S. Macedo, -- Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel; y, posteriormente formaron parte de la misma Julio García, Juan Pérez de León y Jesús M. Aguilar.

Los trabajos de revisión del Código de Martínez de Castro no llegaron a convertirse en Ley, toda vez que sus autores conocedores de las modernas escuelas penales, en particular de la corriente de los positivistas Italianos, estimaron que deberían de respetar los principios ge

(5) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo III. México, Porrúa, S.A. 1978. Pág. 218, 3a. ed.

nerales del Código de 1871, conservando así el núcleo de su sistema y de sus disposiciones, limitándose a incorporar en él nuevos preceptos e instituciones exigidos por el Estado, por lo que su labor se concretó únicamente a corregir erratas, a aclarar obscuridades y modernizarlo antiguo.

Posteriormente en el año de 1925, nuevamente se designó a otra comisión revisora en la que figuraron los Señores licenciados Ignacio Ramírez - Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique Garduño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. (6)

José Almaraz fue quien publicó una explicación de las labores desarrolladas en la que manifestó que se encontró con un anteproyecto para los dos primeros libros del Código que mantenían los postulados de la escuela clásica, inconformándose al respecto y al mismo tiempo aduciendo la ruptura de los principios classicistas, en virtud de que si se continuara con ellos, la delincuencia seguiría su marcha ascendente, presentando así un estudio crítico de los principios de la escuela clásica y un anteproyecto propio; estudios que hizo suyos la comisión y que sirvieron de base al nuevo Código, tomando como base los postulados de la escuela Positiva. Es así como el entonces Presidente de la República Mexicana Lic. Emilio Portes Gil en uso de sus facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por Decreto de fecha 9 de febrero de 1929, expide el Código Penal de 1929, entrando éste en vigor el 15 de diciembre del mismo año. Se trata de un Código de 1233 artículos, de los cuales cinco son transitorios; su principal autor es Don José -

(6) Cfr. Leyes Penales Mexicanas. Tomo 3. Op. Cit., Pág. 10.

Almaraz, quien reconoce que es un Código de transición con muchos defectos y sujetos a enmiendas importantes; sin embargo entre sus méritos está el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha contra el delito a base de defensa e individualización de sanciones. (7)

Este ordenamiento de 1929 no contiene exposición de motivos, en su libro tercero habla en especial de los delitos en particular, señalando que los actos y omisiones catalogados en el mismo, se declaran como tipos legales de delitos.

Por lo tanto, el delito de violación queda comprendido en este tercer libro en el título DECIMOTERCERO, Capítulo III, denominado DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL y señalado bajo los artículos 860 a 867- que a la letra dicen:

"ARTICULO 860.-

Comete el delito 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."

"ARTICULO 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 expedido el uso de la razón, aún cuando sea mayor de edad."

(7) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte - General de Derecho Penal. México, Porrúa, S.A. 1984. Pág. 53, 9a. ed. y Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General. México, Trillas, S.A. 1986. Pág. 63, 1a. ed.

"ARTICULO 862.-

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

"ARTICULO 863.-

Si la violación fuere precedida o acompañada de otros delitos se observarán las reglas de acumulación."

"ARTICULO 864.-

A las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862, se aumentarán:

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."

"ARTICULO 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."

"ARTICULO 866.-

Cuando los delitos de que hablan los artículos 851, 857 y 860 se come-

tan por un ascendiente, descendiente quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a patria potestad respecto de todos sus descendientes e 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."

"ARTICULO 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." (8)

Como se observa, el Código Penal de 1929 agrupó al delito de violación atendiendo al bien jurídicamente protegido. Sobre este particular, el maestro Francisco González de la Vega nos comenta:

"La distribución que se le dió al delito en comento acusa mejor técnica que la del primer ordenamiento penal; sin embargo, se incluyeron in debidamente los delitos de: atentados al pudor, rapto, estupro y el incesto, en virtud de que no constituyen atentados contra la libertad sexual, pues más bien ofenden a la seguridad sexual los tres primeros, y el último de los mencionados al buen orden familiar." (9)

(8) Leyes Penales Mexicanas. Tomo 3. Op. Cit., Pág. 204.

(9) González de la Vega, Francisco. Op. Cit., Pág. 308.

Por su parte el penalista Mariano Jiménez Huerta apunta:

"Con más certero criterio el Código de 1929 incluyó estos delitos en el título Decimotercero del libro tercero, denominado "Delitos contra la libertad sexual." (10)

Para nosotros la adecuación que se dió a este delito fue más propia,-- no obstante a que bajo el mismo título se hayan agrupado a otros delitos que no corresponden al mismo bien jurídicamente protegido.

1.3 CODIGO DE 1931 (VIGENTE).

Con fecha 15 de diciembre de 1930 se firma el Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales por la Comisión redactora, en estos nuevos estudios colaboraron los Señores licenciados Alfonso Teja Zabre, quien fungió como Presidente, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles, quienes manifestaron que al ponerse en vigor el Código Penal de 1929 con sus leyes de procedimientos complementarias, se observaron serias dificultades de aplicación y se hicieron críticas, tanto por la técnica del nuevo ordenamiento como por sus consecuencias materiales, sus defectos de funcionamiento y hasta sus errores de redacción, inconvenientes que -- fueron advertidos desde los primeros meses de la vigencia dicho ordenamiento, con tales caracteres de notoriedad.

Esta comisión redactora concluyó la redacción del hoy vigente ordenamiento penal (1931) para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y de toda la República en materia del Fuero Federal, código que no

(10) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., Pág. 218.

se sujetó a los postulados de la escuela clásica, ni a los de la positiva, sino que estableció varias innovaciones, como la de ampliar el arbitrio judicial en la aplicación de la pena, desapareció el catálogo de agravantes y atenuantes, limitó en su ejercicio al C. Agente - del Ministerio Público la acción de reparación del daño exigible al - responsable, desaparecieron las diversas formas de tentativa entre -- otras. (11)

Estimamos conveniente transcribir las siguientes orientaciones que si vieron de base para la elaboración del Código Penal de 1931.

"Ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es possible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y -- realizable.

La fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", debe complementarse -- así: "No hay delincuentes sino hombres".

El delito es principalmente el hecho contingente. Sus causas son múl-tiples: es resultado de fuerzas antisociales.

La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos par-ciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.

Lo fundamental es la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal es un servicio público de la seguridad y el or--

(11) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Págs. 128 y 129.

den: la escuela positiva tiene valor científico como crítica y métodos. El derecho penal es fase jurídica; y, la ley el límite de la política criminal. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito". La manera de remediar el fracaso de la escuela clásica no la proporciona la escuela positiva. Con recurso jurídico y pragmático debe buscarse la solución, principalmente por:

- a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales.
- b) Disminución del casuismo con los mismos límites.
- c) Individualización de las sanciones. (transición de la pena a la medida de seguridad).
- d) Efectividad de la reparación del daño.
- e) Simplificación del procedimiento. Racionalización (organización científica) del trabajo de oficinas judiciales.

Y los recursos de una Política Criminal con estas orientaciones:

- 1.- Organización práctica del trabajo de los presos. Reforma de prisiones, creaciones de establecimientos adecuados.
- 2.- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa.
- 3.- Contemplar la función de las sanciones, por medio de la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reducción profesional, etc.).
- 4.- Medidas sociales y económicas de prevención." (12)

(12) Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3.- Op. Cit., Pág. 290.

Este Código Penal de 1931 (vigente), fue creado con firme dirección, el cual ha permitido ir acopiando experiencias para la educación de normas sencillas, modernas, fácilmente aplicables y sobre todo ser un instrumento jurídico acorde con el estado actual de la sociedad.

Se trata de un código compuesto por 400 artículos, de los cuales tres son transitorios y fue promulgado el 13 de agosto de 1931, por el entonces Presidente de la República Mexicana Pascual Rubio Ortz, que en el uso de las facultades que le confirió el H. Congreso de la Unión por decreto de fecha 2 de enero del mismo año. En su estructura interna - adiciona importantes innovaciones, agregando las del Código de 1929; - además de mantener abolida la pena de muerte, da extensión uniforme al arbitrio judicial por medio de amplios, mínimos y máximos para todas - las sanciones, fijándose reglas adecuadas al uso de dicho arbitrio; y, perfeccionándose técnicamente la condena condicional, la tentativa, el encubrimiento, la participación, algunas excluyentes, y por otro lado, se dió carácter uniforme a la pena pública, a la multa y a la reparación del daño. (13)

Es así como nuestro Código Penal se ha considerado como un instrumento jurídico que día tras día se ha ido adecuando a una moderna Política - Criminal, cuyo principal fin es aplicar una ley a las condiciones reales del país.

En lo concerniente al delito de violación el Código Penal de 1931 hoy-vigente, no contiene exposición de motivos, la existente, misma que -- fue elaborada por el licenciado Alfonso Teja Zabre y presentada ante-

(13) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Págs. 128 y 129.

el Congreso Jurídico Nacional en mayo de 1931, la cual no hace mención alguna al delito de violación, solo habla de diversas orientaciones generales para la nueva legislación penal mexicana.

En el libro segundo del texto, el cual forma parte integral de nuestra disposición penal vigente en el TITULO DECIMOQUINTO intitulado "Delitos Sexuales" y bajo el Capítulo I, incluye el delito en comento, mismo que fue tipificado en los artículos 265 al 266 bis, los que a la letra expresan:

"ARTICULO 265.-

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

"ARTICULO 266.-

Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."

"ARTICULO 266 bis.-

Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco a mil a doce mil pesos. A los demás participantes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra descendiente, por éste - contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o por el 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 destituido definitivamente del cargo o empleo, o suspendido por el término de cinco años en el -- ejercicio de dicha profesión." (14)

Respecto al encuadramiento que los legisladores dieron al delito de -- violación en el Título DECIMOQUINTO denominado "Delitos Sexuales" bajo el Capítulo I de nuestra Legislación Penal vigente para el Distrito -- Federal, los penalistas Francisco González de la Vega y Don Mariano -- Jiménez Huerta comentan:

El primero de ellos manifiesta:

"Observando la naturaleza de las acciones características de cada uno de los delitos y la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de la tu tela penal, podemos concluir que el atentado al pudor, al estupro y la violación, en puridad doctrinaria, están bien clasificados como sexuales, ya que en ellos la conducta del delincuente siempre consiste en - actos corporales de lubricidad -caricias eróticas o ayuntamientos - --

sexuales - que producen como resultado la lesión de la libertad o de la seguridad sexuales del sujeto pasivo." (15)

El segundo de los mencionados expresa:

"El vigente código se tipifica en el título DECIMOQUINTO del libro segundo que lleva abigarrado nombre de "Delitos Sexuales", en el que se trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa las conductas de los sujetos activos de los diversos delitos que recoge. Se abandona plenamente en aras de un sistema que, además de ser exótico a la estructura del código es jurídico y enraiza en la fisiología de los instintos eróticos, el correcto criterio del bien jurídico objeto del título penal, para seguir el sistema del viejo Código Penal Soviético de 1922, cuya sección V del capítulo IV de su parte esencial - llevó por rubro "Delitos en la esfera de las relaciones sexuales." (16)

Nosotros estimamos que con mayor acierto en el código actual, se llevó a cabo una mejor clasificación respecto a los dos códigos anteriores, toda vez que el delito de violación fue incluido en un título denominado "Delitos Sexuales", aunque dicha denominación no sea del todo correcta, en virtud de que únicamente se enfoca a la naturaleza de dicha conducta y no al bien jurídico protegido.

En los últimos años, el artículo 265 ha sufrido una serie de reformas, algunas han sido favorables, otras no, siendo éstas las de 10. de febrero de 1989 y las de 21 de enero de 1991.

(15) González de la Vega, Francisco. Op. Cit., Pág. 309.

(16) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., Pág. 218.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de enero de 1989 y entrando en vigor el día 1o. de febrero del mismo año, se reforma el artículo 265 y se adiciona un segundo párrafo creando un nuevo tipo de la siguiente manera:

"ARTICULO 265.-

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

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

Este artículo, nuevamente fue reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 1991 y puesto en vigor a partir del mismo mes y año.

Se derogó la denominación del Título Decimoquinto y del Capítulo Primero del mismo Título del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal y quedó en los siguientes términos:

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

C A P I T U L O I

Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación.

Asimismo, se adicionó un párrafo segundo y el segundo pasa a ser párrafo tercero también reformado, quedando en los siguientes términos:

"ARTICULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral reali--

ce cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de - -
ocho a catorce años.

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

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

Nosotros estimamos que la denominación del título es correcta, en ra-
zón de que precisa los bienes jurídicos tutelados y no como el anterior
que no era del todo adecuado, toda vez que no atendía al bien jurídico
protegido sino a la naturaleza de la conducta realizada.

Es preciso destacar que los tipos se crean, cambian y desaparecen en -
función de una afectación a la sociedad y en particular a cada indivi-
duo, es clara la inclusión del párrafo tercero del artículo 265 de - -
nuestro ordenamiento vigente (1931) que nosotros lo hemos denominado -
"violación equiparada" el cual es tema de este presente trabajo.

La creación de este tipo, se debió a que día con día se ha visto su co
misión. lo que obligó al legislador ante un reclamo insistente de la -
sociedad a que lo estableciera formalmente en una ley, así es evidente
que tal conducta injusta se concibe como perturbadora de la paz social,
tan es así que su creación tiende a fomentar una prevención general.

1.4 ANALISIS COMPARATIVO DE LOS TRES CODIGOS.

El Código Penal de 1871 al igual que el de 1929, definen al delito de violación en los mismos términos de la siguiente manera:

"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."

Atendiendo a esta concepción, tenemos que ambos códigos requerían que la cópula se impusiera por medio de la violencia física o moral sin la voluntad del pasivo, siendo redundante tal exigencia legal. toda vez -- que al obtener la cópula con cualquiera de los presupuestos señalados, -- existe la presunción de que en ningún momento existió consentimiento -- por parte de la persona ofendida, es decir por el sujeto pasivo; sin em bargo, creemos que si puede existir un supuesto en donde se realice la violación con la voluntad del sujeto pasivo. Cuando una persona ha sido intimidada, pero por el temor que se le ha infundado acepta ser vio lada, se vé claramente que existe uno de los presupuestos (violencia mo ral) para que se configure el delito en comento con el consentimiento - del pasivo; aunque consideramos que estamos ante la presencia de una vo luntad viciada.

De igual manera se señala la misma pena para los dos primeros códigos - penales, pero se fijaba un límite al juzgador al imponerla, ésto era en cuanto a la calidad del sujeto pasivo, ya que se establecía en los si- guientes términos:

ORDENAMIENTO DE 1871.

"ARTICULO 797.-

La pena de violación será de seis años 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."

De lo antes transcrito, hacemos la siguiente consideración: Creemos -- que no es del todo claro, toda vez que en el mismo no se señala una -- pena como mínima, sólo como máxima, situación que nos conlleva a no po der en un momento dado establecer el término medio a que se refiere en su segundo párrafo.

ORDENAMIENTO DE 1929.

"ARTICULO 862.-

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

De la transcripción de este artículo se hace la siguiente reflexión: - en primer término se le daba al juzgador un amplio arbitrio judicial al imponer la pena, lo cual podría ser de tres días de prisión hasta de - seis años de prisión o diez años según el caso; y en segundo término - al igual que el primer código penal sólo establece un máximo para la - pena y no un mínimo y por último es eliminada la expresión Término Me- dio a que se refería el de 1871.

ORDENAMIENTO DE 1931.

Inicialmente el Código Penal de 1931, hoy vigente definió al delito de violación de la siguiente manera:

"ARTICULO 265.-

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

Del artículo citado hacemos el siguiente análisis:

El Código Penal hoy vigente de 1931, al definir el delito de violación suprime la exigencia del elemento "sin la voluntad del pasivo" que contenían los códigos de 1871 y 1929.

En el mismo artículo, señala el precepto y la sanción, a diferencia de los dos códigos anteriores. La sanción a imponer tratándose del pasivo púber es de dos a ocho años de prisión, fijando con ello el legislador un mínimo y un máximo.

En relación a lo señalado en el sentido de que si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de cuatro a diez años de prisión y multa de cuatro mil a ocho mil pesos. en este caso, estamos ante un delito complementado cualificado.

Con las reformas llevadas a cabo en diciembre de 1983 y enero de 1984, el artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que dó en los siguientes términos:

"ARTICULO 265.-

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

Se vé claramente que con la nueva reforma se aumenta la pena, tratándose de una persona púber. Con respecto a su segunda parte se estaba ante un delito cualificado, toda vez que habfa una exigencia de la ley en cuanto a la calidad del sujeto pasivo, ésto es, se requerfa que la víctima fuera impúber, aumentándose con ello la pena, siendo ésta de seis a diez años de prisión.

Con las últimas reformas hechas al artículo 265 del Código Penal vigente hacemos las siguientes consideraciones.

Con la reforma que se hizo en diciembre 30 de 1988, misma que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de enero de 1989 se adiciona un segundo párrafo al artículo 265, creando así un nuevo tipo que nosotros hemos intitulado "Violación Equiparada". estudio del presente trabajo. Por lo tanto, el tipo de violación señalado en el primer párrafo queda como tipo fundamental o básico, toda vez que no contiene ninguna circunstancia que implique agravación o atenuación de la pena; --asimismo, se aumenta la pena señalada de seis a ocho años, siendo ahora de ocho a catorce años.

Asimismo, desaparece el tipo de violación complementado cualificado a que se referfa el precepto anterior en su segunda parte, aplicándose ahora la misma pena tanto para el sujeto pasivo púber como para el impúber.

Finalmente con la reforma publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de enero de 1991 misma que estuvo en vigor al día siguiente de su publicación, se deroga la denominada del Título Décimo Quinto y del Capítulo Primero del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Por otra parte al artículo 265 se le adiciona un segundo párrafo, en consecuencia el segundo pasa a ser tercero, mismo que también es reformado. Así queda definido el concepto de la cópula en este mismo artículo.

Con esta última reforma el legislador hace una correcta denominación en cuanto al título mencionado en líneas arriba, agrupando con ello a diversos delitos y en particular al delito de violación atendiendo con ello al bien jurídico tutelado, situación que no se conlleva en los dos códigos anteriores.

En cuanto a la reforma al tercer párrafo antes segundo del artículo 265, se aumenta la pena de uno a cinco años de prisión, siendo ahora de tres a ocho años de prisión, pena que en nuestra estimación no es justamente adecuada a la gravedad de la comisión del delito, en virtud de que tanto sus consecuencias físicas como psíquicas son mayores que las del tipo básico del delito de violación, por lo que en nuestra consideración se debería aplicar una pena igual o mayor a la establecida para este delito.

C A P I T U L O I I

2. ANALISIS DOGMATICO DE LA VIOLACION EQUIPARADA PREVISTA EN EL TÉRCER PARRAFO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL PARA EL D.F.

2.1. NOCION GENERAL DEL DELITO.

Antes de comenzar el desarrollo del presente capítulo, hemos decidido - dedicar un breve espacio a lo que es el delito, así como a definir desde diversos puntos de vista a la violación prevista en el artículo 265, primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que una vez que tengamos en mente los elementos que constituyen un delito y sepamos en qué consiste el tipo básico del delito de violación, obtendremos una mejor comprensión de la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril a la que nosotros hemos intitulado Violación Equiparada, ya que ésta viene a constituir una de las -- clases del tipo básico.

Doctrinariamente existen diversas opiniones en relación a la concepción del delito, ésto es, en razón al número de elementos que integran al -- mismo. Así se habla de una concepción bitómica, tritómica, tetratómica, hexatómica y heptatómica.

CONCEPCION BITOMICA.

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal define al delito en los siguientes términos:

"ARTICULO 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Del contenido del precepto transcrito, tenemos que de acuerdo a su definición, el delito corresponde a una concepción bitómica; por tanto, el delito es una conducta punible, es decir, son dos elementos constitutivos: el elemento material del delito (conducta) y sus consecuencia (punibilidad). Algunos autores indican que relacionando este artículo con los demás de nuestro ordenamiento penal, podemos obtener los elementos integrantes del delito, según la concepción que se adopte.

CONCEPCION TRITOMICA.- Uno de los partidarios de esta concepción es el ilustre Edmundo Mezger al señalar que son tres los elementos que constituyen al delito, siendo éstos: la acción, la antijuricidad y la culpabilidad. (17)

Y en relación a la tipicidad agrega:

"No constituye, en esta correlación un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: "acción típica", "antijuricidad típica" y -- "culpabilidad típica". (18)

Por otra parte, no hace referencia a las condiciones objetivas de punibilidad ni a la pena, siendo ésta última para él una consecuencia del hecho punible.

CONCEPCION TETRATOMICA.-El penalista Fernando Castellanos Tena sostiene una concepción tetratómica, al expresar:

- (17) Cfr. Mezger, Edmundo: Derecho Penal. Parte General. (Trad. del alemán por Conrado A. Finzi); Cardenas Editor y Distribuidor, 1955, Pág. 80. 6a. ed.
 (18) Ibid., Pág. 80.

"Los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad (o antijuricidad) y culpabilidad, más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario". (19)

En cuanto a la imputabilidad apunta:

"Es un presupuesto de la culpabilidad o si se quiere del delito, pero no un elemento del mismo". (20)

Respecto a la punibilidad comenta:

"No adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece, en virtud de la naturaleza del comportamiento". (21)

Finalmente al referirse a las condiciones objetivas de punibilidad nos dice:

Tampoco constituyen elementos esenciales del delito, pues sólo por -- excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena. (22)

CONCEPCION PENTATOMICA.- El maestro Francisco Pavón Vasconcelos es -- quien afirma que al delito lo constituyen cinco elementos al manifestar: "El delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible". (23)

- (19) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal.Parte General. México. Porrúa,S.A.1984. Pág.132. 20 ed.
- (20) Ibid., Pág. 130.
- (21) Ibid., Pág. 130.
- (22) Cfr. Ibid., Pág. 132.
- (23) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano.- Parte General. México. Porrúa,S.A.,1985. Pág. 165. 7a. ed.

Asimismo, acepta que la punibilidad es un elemento del delito, pero la distingue de la pena, diciendo que la punibilidad es una amenaza de pena para quien cometa el delito y la pena es la consecuencia del mismo.

(24)

CONCEPCION HEXATOMICA.- Para el jurista alemán Ernesto Von Beling el delito es: "La acción típica antijurídica, culpable, cometida a una -- adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". (25)

De la definición transcrita, tenemos que para que sea delito un acto -- necesita reunir ciertos requisitos como: acción descriptiva objetiva-- mente en la ley, es decir, tipicidad, contraria a derecho, ésto es, que exista antijuricidad, dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena o sea que tenga señalada una penalidad; y que se den las condiciones objetivas de punibilidad. (26)

CONCEPCION HEPTATOMICA.- Don Luis Jiménez de Asúa señala que las características del delito son:

"Actividad; adecuación típica; antijurídica; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad."

(27)

(24) Cfr. Ibid., Págs. 108 y 109.

(25) Von Beling, Ernesto, citado por Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el delito. México. Hermes 1986. Pág. 206.

(26) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 206.

(27) Ibid., Pág. 207.

Como observamos, el maestro Jiménez de Asúa incluye la imputabilidad -- como elemento del delito y considera a la penalidad (punibilidad) y a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos integrantes del delito, por tanto para él son siete los elementos que integran al delito.

Para el objetivo del presente trabajo, nosotros adoptaremos la concepción tetratómica, pues en nuestro parecer son cuatro los elementos -- constitutivos del delito. Nos adherimos a los autos que niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad; sin embargo, abarcaremos a la punibilidad, aclarando que se tomará en cuenta como consecuencia del -- delito y no como elemento del mismo.

2.2 CONCEPTO DE VIOLACION.

La violación la definiremos desde diversos puntos de vista como a continuación se exponen:

2.2.1 Etimológico.

El autor Vicente García de Diego, nos dice en su Diccionario Etimológico e Hispánico, que de acuerdo a la raíz u origen de la palabra violación es:

"La acción de violar y es un término que proviene del latín Violatio- - Onis;

El vocablo violar es un término que proviene del latín Violare". (27-Bis)

(27-Bis) García de Diego, Vicente. Diccionario Etimológico e Hispánico. Madrid, Saeta. 1954. Pág. 553, 1a. ed.

2.2.2 Gramatical.

Violación en su aspecto gramatical se ha conceptualizado de la siguiente -- manera:

Para la Enciclopedia Jurídica Omeba la violación consiste en:

"El acceso carnal logrado en los siguientes casos:

1. Con fuerza o intimidación para vencer la oposición del sujeto pasivo.
2. Con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su descenso o resistirse.
3. Con quien por ser menor de doce años o estar privado de razón carece jurídicamente de capacidad para consentir la relación sexual". (28)

Por su parte el penalista Rafael de Pina Vara, en su Diccionario de Derecho nos define a la violación como:

El acceso carnal obtenido por la violencia física o moral con -- persona de cualquier sexo sin su voluntad". (29)

Finalmente el autor Guillermo Cabanellas, en su obra intitulada Diccionario de Derecho Usual nos dice que violación es:

"Tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando -- fuerza o grave intimidación o, en todo caso, si es menor de 12 años, en que carece de discernimiento para conseguir un acto de tal trascendencia". (30)

- (28) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina. 1968. Pág. 696. 1a. ed.
- (29) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. México, Porrúa, S.A. 1989. Pág. 482. 16ava. ed.
- (30) Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 1968. Pág. 409. 6a. ed.

2.2.3. JURIDICO .

Este punto de vista lo enfocaremos en tres aspectos:

1. Legal .

Nuestra Legislación Penal vigente en el Distrito Federal, en su artículo 265 define al delito de violación en los siguientes términos:

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

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

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

2. Doctrinal .

Sobre este particular, existe una gran mayoría de autores que definen - al delito de mérito, pero solo nos avocaremos a algunos de ellos.

El ilustre maestro Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica nos dice que el delito de violación se configura:

"Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que se resiste; - y, se obtiene empleando violencia verdadera o presunta". (31)

(31) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol.IV. (Trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero). Bogotá, Temis.- 1973, párrafo 1523. 3a. ed.

El tratadista Italiano Giuseppe Magiore, define a la violación como:
 "Obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o de - -
 amenazas". (32)

Para el Argentino Sebastian Soler, la violación consiste en:
 "El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante - -
 violencia real o presunta". (33)

Por su parte el penalista Mexicano Celestino Porte Petit Candaudap, se-
 ñala que la violación consiste en:

"La cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis-
 absoluta o de la vis compulsiva". (34)

Finalmente el autor Mexicano Francisco González de la Vega, expresa que
 el delito de violación es:

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio-
 de la coacción física o de la intimidación moral". (35)

3. Jurisprudencial.

Por su parte la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la
 jurisprudencia en el sentido de que se deben reunir ciertos requisitos-
 esenciales para que se pueda configurar el delito de violación, la que-
 al pie de la letra dice:

- (32) Magiore, Giuseppe. Derecho Penal. Vol. IV. Bogotá, Temis, 1972. -
 Pág. 56. 2a. ed.
- (33) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Buenos Aires,
 Tipográfica Editora Argentina. 1956. Pág. 342. 3a. ed.
- (34) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito
 de Violación. México, Regina de los Angeles. 1973. Pág. 12. 2a. ed.
- (35) González de la Vega, Francisco. Op. Cit., Pág. 379.

"VIOLACION, ELEMENTOS DEL DELITO DE.- El de violación tiene como elementos esenciales: a) La consumación de la cópula; b) el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por la coacción moral, siendo necesario hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que producen en la víctima; c) que la cópula realizada con violencia se verifique con ausencia de la voluntad del sujeto pasivo".

Amparo directo 2845/66.- Ladislao García Chávez.- 30 de noviembre de 1966. 5 votos.- Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez". (36)

Una vez definida la violación desde diversos puntos de vista ya expuestos, nosotros nos adherimos más a la definición señalada por nuestra legislación penal para el Distrito Federal; sin embargo, creemos que dicho artículo debe ser nuevamente reformado para quedar en los siguientes términos:

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

2.3 CLASES O SUBTIPOS DE VIOLACION.

2.3.1 G e n é r i c a .

(36) Zavaleta Castro, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1981. Pág. 1104.

La violación genérica o reconocida como propia, es el tipo básico del delito de violación y se encuentra prevista en el artículo 265, primer párrafo del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

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

2.3.2 Equiparada .

Es la que doctrinalmente conocemos como violación presunta o impropia, la ley exige ciertos requisitos en cuanto a la calidad del sujeto pasivo para que pueda constituir una violación equiparada; mismos que son señalados en el artículo 266 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra expresa:

"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.

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".

De igual manera llamaremos violación equiparada a la señalada en el artículo 265 último párrafo del mismo ordenamiento penal ya citado, y ésta se dará cuando:

"Artículo 265.....

.....

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

Sobre este tipo en particular, posteriormente haremos un estudio más profundo, toda vez que es tema del presente trabajo.

2.3.3 A g r a v a d a .

De acuerdo a nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal la violación será agravada cuando concurren las siguientes circunstancias:

"Artículo 266 bis.- Las penas previstas para abuso sexual y la violación se aumentarán en una mitad en su último 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 amasijo 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".

2.4 MOTIVOS POR LOS CUALES FUE REFORMADO EL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN EL AÑO DE 1989.

El C. Licenciado Carlos Salinas de Gortari, Presidente actual de la República Mexicana, en su exposición de motivos de fecha 14 de diciembre de 1988, señaló que las principales causas por las que ponfa a consideración del H. Congreso de la Unión para que se reformara el artículo - 265 y otros de nuestro ordenamiento punitivo, es porque día con día -- existe un mayor reclamo por parte de diversos grupos sociales, los cuales manifiestan que ya se ha tolerado un mayor incremento de la actividad delictiva sin que se tomen ciertas medidas al respecto, y ante esta situación consideran que sus bienes jurídicos que el derecho penal tutela se ven afectados, trayendo como consecuencia una intranquilidad social perturbando con ello la paz pública.

Es por ello que el Licenciado Salinas de Gortari consideró que era indispensable profundizar en una reforma jurídica que concierna a una política del Estado por poner énfasis en la tutela de la paz colectiva, - en un orden jurídico de libertad y democracia, asimismo, señaló que el fin de dicha reforma jurídica es pretender dar soluciones con penas más severas conforme a la gravedad de los delitos y que a su vez tengan --

una mayor eficacia preventiva. (37)

En nuestra opinión, consideramos acertada la iniciativa propuesta por el actual Presidente de la República Mexicana, toda vez que no se debe de dejar impune un hecho delictuoso como es el caso de la violación -- realizada con el elemento o instrumento distinto al miembro viril; pero si bien es cierto que se pretende imponer penas más severas conforme a la gravedad de los delitos, con el fin de obtener una mayor eficacia - preventiva de los mismos, ésto debe adecuarse a una realidad en la comisión. así como en los resultados de cada delito, situación que no se llevó a cabo en el delito señalado en líneas arriba.

2.5 ULTIMAS REFORMAS AL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL. (1989 y 1991).

El Código Penal de 1931 (vigente), se ha venido reformando en estos -- últimos años, algunas reformas han sido adecuadas y benéficas, otras - no tanto, siendo éstas últimas las de los años de 1989 y 1991.

Con fecha 3 de enero de 1989 el Diario Oficial de la Federación publicó un Decreto, mediante el cual se reforma y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, mismo que entró en vigor a partir del día 1o. de febrero del mismo año.

Con esta reforma el artículo 265 queda en los siguientes términos:

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

(37) Cfr. Diario Oficial de la Federación. Exposición de Motivos. -- México. 3 de enero de 1989. Págs. I a la XI.

Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por --
vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miem-
bro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el-
sexo del ofendido." (38)

De la nueva reforma, se observa lo siguiente: Se aumenta la pena al -
tipo básico del delito de violación, en virtud de que antes se imponía
una pena de seis a ocho años de prisión y ahora es de ocho a catorce -
años.

Se adiciona un segundo párrafo que antes no se contemplaba y que consi-
deramos que es del todo adecuado porque como manifesté en líneas ante-
riores no se debe de dejar impune un hecho delictivo, aunque la pena -
que se imponga no es conforme a la gravedad del delito.

Este mismo artículo fue nuevamente reformado por Decreto publicado en-
el Diario Oficial de la Federación con fecha 21 de enero de 1991 y -
puesto en vigor el día 22 del mismo mes y año, quedando de la siguien-
te manera:

"ARTICULO 265.-

.....

Para efectos de este artículo se entiende por cópula, la intro-
ducción 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 miem--

bro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido." (39)

De esta última reforma es preciso destacar que el legislador acertó en una forma correcta al introducir un nuevo párrafo que quedaría como --segundo; y, el segundo pasaría a ser tercero, toda vez de que con este segundo párrafo se ha dejado bien claro uno de los elementos primordiales que hacen que se integre el delito de violación como es la cópula lo que no queda lugar a dudas para que el juzgador determine la existencia del mismo.

Por otra parte, cabe señalar con relación al tercer párrafo, en el sentido de haberse aumentado la pena, ésta no fué establecida de acuerdo a una política criminal que se adecue con la realidad de los hechos, es decir a la gravedad del delito.

2.6 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA VIOLACION REALIZADA CON ELEMENTO O INSTRUMENTO DISTINTO AL MIEMBRO VIRIL.

Es imprescindible en todo estudio establecer el método a seguir, para así poder llevar a cabo un análisis completo y certero de una figura delictiva; y en virtud de que en la doctrina no encontramos antecedente alguno respecto de la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril a la que nosotros hemos intitulado violación equiparada, creemos necesario aplicar la teoría general del delito, ya que al aplicar ésta a un tipo en particular podremos analizar -

(39) Diario Oficial de la Federación. México. 21 de enero de 1991. - Págs. 22 y 23.

exhaustivamente cualquier delito; es por ello que, coincidimos con la opinión del tratadista Don Celestino Porte Petit Candaudap al expresar que:

"El estudio de los delitos, en especial debe efectuarse aplicándose la teoría del delito en particular pues aquélla no puede vivir aislada, - sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática, es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva, en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal". (40)

Es así como comenzaremos a analizar cada uno de los caracteres positivos del delito; y, junto a ellos su aspecto negativo aplicando ambos - al delito que nos ocupa.

2.6.1 Conducta y Ausencia de Conducta.

2.6.2 C o n d u c t a .

La conducta dentro del campo del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura al delito. Las denominaciones que -- diversos tratadistas le han dado a este término son las siguientes: Acción, acto, acaecimiento o acontecimiento, mutación en el mundo exterior, hecho o bien conducta. (41)

- (40) Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática sobre los delitos - la vida y la salud personal. México.Porrúa,S.A.1980. Pág.XVIII. 5a. ed.
- (41) Cfr. Porte Petit Candaudap,Celestino.Apuntamientos de la Parte- General de Derecho Penal. Op. Cit., Pág. 289.

Nosotros coincidimos con el mismo criterio de Don Celestino Porte Petit Candaudap cuando señala que:

"No es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo." -
(42)

Por tanto, el término que nosotros aplicaremos a la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril será sólo el de conducta, en virtud de que al cometerse dicho ilícito no produce -- ninguna mutación en el mundo exterior.

La conducta en sentido amplio, consiste en una actividad voluntaria -- (acción) o en una inactividad voluntaria (omisión).

Respecto a ésta contamos con las siguientes opiniones:

Para Don Celestino Porte Petit la conducta consiste en:

"Un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa). (43)

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos apunta:

"La conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntarias. - Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta puede expresarse: acción u omisión. Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como omitir el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un -

(42) Ibid., Pág. 293.

(43) Ibid., Pág. 295.

factor psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada". (44)

Finalmente el autor José A. Sainz Cantero expresa:

"Por conducta humana comprendemos tanto las acciones en el sentido positivo (hacer algo: causar la muerte de una persona, por ejemplo), como las omisiones (no hacer algo que se espera que el sujeto realice: - no prestar auxilio a la persona que se encuentra necesitada de ayuda, - pudiendo hacerlo sin riesgo del que lo presta o de otra persona)." - - (45)

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

Ahora bien, si afirmamos que el elemento material consiste en una conducta, debemos precisar cuál o cuáles formas de la conducta admite el tema de mérito, es decir la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril.

En principio tenemos que las formas mediante las cuales se manifiesta la conducta son:

Acción u

Omisión.

Respecto a la acción nos dicen los siguientes autores:

El profesor Francisco Pavón Vasconcelos señala:

"La acción es el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma-

(44) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano-Parte General. México, Porrúa, S.A. 1978. Pág. 176. 4a. ed.

(45) Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Bosch. 1982. Pág. 224.

voluntaria". (46)

Por su parte Don Celestino Porte Petit comenta:

"La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta". (47)

Y agrega el mismo autor:

"La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que - da lugar a un "tipo de prohibición". (48)

Por último el penalista Fernando Castellanos Tena manifiesta:

"El acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, -- todo movimiento voluntario del organismo capaz de modificar el mundo -- exterior o de poner en peligro dicha modificación". (49)

Nosotros diremos que la acción es toda actividad o movimiento corporal-voluntario.

Por lo tanto, podemos señalar como elementos de la acción los siguientes:

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

a) Voluntad o querer:

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción y es entendida como la libre manifestación del espíritu (autodeterminación).

(46) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 188.

(47) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 299.

(48) Ibid., Pág. 300.

(49) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 152.

b) La actividad:

La actividad o movimiento corporal es el elemento externo de la acción y consiste en la actividad que realiza el agente al exterior la interna decisión. La actividad sin el elemento voluntad no constituye la acción.

c) Deber jurídico de abstenerse:

En la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar por tanto hay una violación a una norma prohibitiva. (50)

Por lo antes expuesto, creemos innecesario de analizar la otra forma - mediante la cual se manifiesta la conducta (omisión), en virtud de que estimamos que el delito a tratar sólo puede llevarse a cabo por un hacer voluntario (acción), toda vez, que es imposible que se realice por una omisión simple o bien por una comisión por omisión, ya que no es factible que mediante un no hacer voluntario exista una introducción - de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, y al mismo - se utilicen los medios necesarios que en este caso son la violencia física o moral.

2.6.3 Clasificación en orden a la conducta.

Para poder llevar a cabo la clasificación de los delitos en orden a la conducta se debe atender a la actividad o inactividad, independientemente del resultado material.

Doctrinalmente la clasificación de los delitos en orden a la conducta es la siguiente: Delitos de acción, de omisión, omisión mediante acción,

(50) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Págs. 302 y 303.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Págs. 154 y 155.

mixtos de acción y omisión, delito sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento, omisión de resultado, doblemente omisivos, -- unisubsistente y plurisubsistente y habitual. (51)

Nosotros no haremos el estudio de cada una de estas clasificaciones, -- sino sólo de aquéllas que se adecuan al tipo en estudio.

Así en nuestra opinión la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril, se clasifica en orden a la conducta como un delito de:

a) **A c c i ó n :**

Porque solo puede cometerse mediante una actividad voluntaria y no por una inactividad voluntaria, es decir, no se puede realizar mediante una omisión.

b) **Unisubsistente:**

Porque es un delito que se consume en un solo acto y que viene a ser en el momento de introducir cualquier instrumento o elemento distinto al miembro viril mediante la fuerza física o moral.

c) **Plurisubsistente:**

Porque si bien se puede llevar a cabo mediante un solo acto, éste no es suficiente para que su ejecución violenta se verifique en varios actos.

2.6.4 **Clasificación en orden al resultado.**

De igual manera, la doctrina clasifica a los delitos en cuanto al re-

(51) Cfr. Porte Petit Candaudap. Celestino. Op. Cit. Pág. 371. Pavón-Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 219.

sultado de la siguiente manera: Instantáneo, instantáneo con efectos permanentes o permanente impropio, permanente, necesariamente permanente, eventualmente permanente, de simple conducta o formal, de resultado material, de daño y de peligro. (52)

El delito en comento se estima en orden al resultado:

a) De mera conducta o formal:

Porque al realizarse no sufre un cambio en el mundo exterior.

b) Instantáneo:

Porque tan pronto se introduce el elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía vaginal, anal u oral, por medio de la violencia física o moral, se agota su consumación, es decir termina.

c) De daño :

En razón de que al efectuarse se lesiona el bien jurídicamente tutelado, que el caso que nos ocupa es la libertad sexual.

2.6.5 Ausencia de Conducta.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta, y si ésta comprende tanto la acción como la omisión, en consecuencia su aspecto negativo abarca la actividad y la inactividad voluntarias.

Respecto a la ausencia de conducta contamos con las siguientes opiniones:

El maestro Fernando Castellanos Tena apunta:

"La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la --

(52) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Págs.379 y 380. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 219.

actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico." (53)

Por su parte Don Celestino Porte Petit argumenta:

"La ausencia de conducta es el aspecto negativo del primer elemento positivo del delito y entraña la actividad y la inactividad no voluntarias". (54)

Para el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos existe ausencia de conducta cuando:

"La acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad". (55)

Nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal regula a la ausencia de conducta como una circunstancia excluyente de responsabilidad en su artículo 15, fracción I, que a la letra señala:

"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal. I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

Del artículo transcrito, observamos claramente que en tan pequeña definición se regula genéricamente al aspecto negativo de la conducta, éste es, que siempre que una persona realice una actividad o inactividad -- involuntarias habrá ausencia de conducta.

2.6.6 Situaciones o hipótesis en las cuales puede presentarse ausencia de conducta.

(53) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 162.

(54) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 405.

(55) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 244.

a) Fuerza Física irresistible o vis absoluta.

Sobre este particular tenemos los siguientes comentarios:

Para el Jurista José A. Sainz Cantero habrá fuerza irresistible cuando:

"La conducta corporal externa se produce de modo mecánico, debido a -- una fuerza física exterior, a la que el sujeto materialmente no puede resistir, anula totalmente la voluntad de actuación (acción) o de no - actuación (omisión)". (56)

Por su parte Don Celestino Porte Petit expresa:

"La fuerza física irresistible o vis absoluta se presenta cuando el su jeto realiza un hacer o un no hacer por violencia física humana irresis tible". (57)

Finalmente el penalista Francisco Vasconcelos asevera:

"La vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto ausencia del- coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de mane ra que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar- por sí una acción u omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o- deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena, pues ta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñi- do no ha podido materialmente oponerse". (58)

Nosotros al igual que los destacados autores antes citados, considera- mos que la fuerza irresistible o vis absoluta si es una causa de ausen cia de conducta y ésta se presenta cuando una persona realiza un hacer o un no hacer fuera de su voluntad, es decir, que no querfa ejecutar.

(56) Sainz Cantero, José A. Op. cit., Pág. 283.

(57) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Págs. 406 y 407.

(58) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 245.

b) Fuerza Mayor.

La fuerza mayor para el tratadista Raúl Zaffaroni es:

"La fuerza irresistible que puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero. Hay fuerza física proveniente de la naturaleza - - cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por una corriente de agua, empujado por un árbol que cae, etc.". (59)

Al respecto Don Celestino Porte Petit nos dice:

"La fuerza mayor o vis maior es una de las hipótesis de ausencia de - - conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza -- una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, - - sub-humana". (60)

Finalmente el maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala:

"La fuerza mayor presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales". (61)

Y agrega el mismo autor:

"La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor (vis maior), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito de ausencia de conducta". (62)

Para nosotros la fuerza mayor o vis maior es aquella proveniente de la-

(59) Zaffaroni, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. México.- Cárdenas Editor y Distribuidor. 1986. Pág. 381. 1a.ed.

(60) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 416.

(61) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 147.

(62) Ibid., Pág. 248.

naturaleza o de los animales que hacen que el sujeto realice una actividad o inactividad involuntaria, por lo que en este supuesto estimamos que también nos encontramos con la presencia de una ausencia de conducta.

c) Movimientos reflejos.

Los movimientos reflejos para el penalista Miguel Angel Cortés Ibarra son:

"Aquellas reacciones involuntarias originadas en tendencias instintivas". (63)

El profesor Fernando Castellanos Tena comenta:

"Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos, o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito". (64)

Por su parte Don Celestino Porte Petit expresa:

"Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de esta acción, porque falta la voluntad. Sin embargo, puede suceder que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación". (65)

Nosotros concluimos que los movimientos reflejos constituirán una ausencia de conducta sólo cuando el sujeto no pueda controlar sus reac-

(63) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México. Porrúa, S.A. 1971. Pág. 127. 1a. ed.

(64) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 164.

(65) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 417.

ciones instintivas, toda vez, que el caso que nos ocupa hay un movimiento corporal involuntario.

d) Sueño, Sonambulismo e Hipnotismo.

Sobre estos casos o hipótesis, cabe hacer hincapié que en la doctrina no existe un criterio uniforme que señalen que se está ante una ausencia de conducta, ya que al respecto existen dos posturas:

1. Los que afirman que se está ante una ausencia de conducta.
2. Los que sostienen que se trata de un caso de inimputabilidad.

S u e ñ o :

Para el maestro Don Celestino Porte Petit, el sueño constituye una ausencia de conducta al expresar:

"El que está dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí, la tajante diferencia entre el durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, la cual forma parte integrante de aquélla como elemento de la misma". (66)

Por su parte el penalista Ignacio Villalobos nos dice que, el sueño -- puede constituir tanto una ausencia de conducta como un estado de imputabilidad al señalar:

"El sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, -- según el caso, a una *actio liberae in causa*, cuando el responsable la prevé y la consciente al entregarse al sueño". (67)

(66) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 418.

(67) Villalobos, Ignacio, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., Pág. 165.

Y agrega el mismo autor:

"Admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la consciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumar actos mal interpretados y que, por supuesto resulten tipificados penalmente". (68)

Finalmente, el destacado autor Francisco Pavón Vasconcelos nos dice, - el sueño dá lugar a una ausencia de conducta al exponer:

"El sueño, estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la -- mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Al no integrarse la conducta, por falta de -- voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito". (69)

Y agrega el mismo autor:

"Pero puede surgir responsabilidad culposa, si el resultado no fue pre visto, teniendo obligación de preverlo, en razón de la naturaleza pre visible y evitable del hecho, o habiéndolo representado, tuvo la esperanza de su no aparición". (70)

En nuestra opinión, el sueño constituye una ausencia de conducta, toda vez de que el sujeto que está dormido realiza una conducta que está -- fuera de su voluntad llevarla a cabo.

Sonambulismo:

Para el destacado penalista Ignacio Villalobos el sonambulismo es una causa de inimputabilidad al indicar:

(68) Ibid., Pág. 185.

(69) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 249.

(70) Ibid., Pág. 249.

En el sonambulismo sí existe conducta, mas falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad)". (71)

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos indica:

El estado sonambólico es similar al sueño, distinguiéndose de éste y por ello involuntarios". (72)

En nuestra consideración, el sonambulismo al igual que el sueño constituye una causa de ausencia de conducta, en virtud de que el sujeto realiza un movimiento corporal involuntario.

Hipnotismo :

Para el penalista Ignacio Villalobos el hipnotismo es una causa de inimputabilidad al expresar:

"En el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda en el que se dice hay una obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comunmente esgrimido, respectivamente a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia, pero aún admitiendo ésto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un transtorno funcional de las facultades de conocer y querer tratase de una inimputabilidad". (73)

(71) Villalobos, Ignacio. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 164.

(72) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 249.

(73) Villalobos, Ignacio. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Págs. 164 y 165.

Al respecto Don Celestino Porte Petit argumenta:

"Si el sujeto es hipnotizado sin su conocimiento se estará ante una -- ausencia de conducta".

Y agrega el mismo autor:

"Si al sujeto se le hipnotiza con su consentimiento con fines delictuosos entonces será responsable, pues se está ante la actio liberae in - causa". (74)

Nosotros nos adherimos a la misma opinión del ilustre maestro Don Celestino Porte Petit.

Por lo que respecta al delito en análisis, consideramos que no es posible que se presenten los casos o hipótesis antes señalados, en virtud de que para la configuración de este delito debe existir una conducta llevada a cabo mediante la violencia (física o moral), por tanto no es dable que un sujeto introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal y al mismo tiempo se esté ante -- una ausencia de conducta.

2.7 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

2.7.1 El Tipo.

Antes que nada, tenemos que hablar del tipo, ya que éste constituye -- uno de los principios del Derecho Penal, teniendo así el principio de "NULUM CRIMEN SINE TIPO".

Respecto al concepto del tipo tenemos las siguientes opiniones:

Para el penalista Miguel Angel Cortés Ibarra, el tipo es "La figura -- abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la --

(74) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 421.

simple descripción de una conducta o hecho y sus circunstancias".(75)

Para el jurista José A. Sainz Cantero, el tipo viene a ser "El conjunto de las características de la acción prohibida que fundamentan su antijuricidad". (76)

Por su parte el ilustre maestro Francisco Pavón Vasconcelos nos dice - que tipo es "Una descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa - al conectarse a ella una sanción pena?". (77)

Finalmente Don Celestino Porte Petit indica que el concepto que se le dé al tipo debe ser "En el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, -- conteniendo además según el caso, elementos normativos, subjetivos o -ambos". (78)

Nosotros diremos que tipo es una conducta o hecho que se describen en la ley concretamente, aunque algunas veces esa descripción sea meramente objetiva como sucede en el homicidio, o en otros casos se sumen elementos normativos o subjetivos, trayendo consigo esa conducta o hecho una sanción penal.

El tipo viene a ser el presupuesto del delito; y asimismo, constituye uno de los grandes principios dentro de nuestro Derecho Penal intitulado "Principio de Legalidad", que es una máxima garantía que brinda el Estado para con sus gobernados, haciendo con ello que se viva en un -- estado de igualdad y democracia, ya que mediante esta máxima garantía-

(75) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 129.

(76) Sainz Cantero, José.Op.Cit., Pág. 292.

(77) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 259.

(78) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Págs. 423 y 424.

se limita el poder punitivo Estatal.

Al respecto el ilustre penalista José Angel Sainz Cantero en su obra - Lecciones de Derecho Penal nos dice:

"El principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sin lege), encuentra esta formulación: ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior a su perpetración haya considerado como -- tal (nulum crimen sin previa lege); no podrá aplicarse ninguna pena -- que no haya sido previamente establecida por la ley (nulum poena sine-lege), su envoltura latina se debe a Feuerbach, quien lo enunció en -- conexión en su teoría de la coacción psicológica, en cuanto a que, -- para que a la pena le sea posible cumplir la función de coacción, psíquicamente sobre los ciudadanos, es preciso que el delito y la pena -- aparezcan claramente descritos en la ley. La idea que constituye el -- núcleo del principio de legalidad no encuentra su origen en el autor -- citado, sino que es el fruto de una larga y apasionada evolución, donde se ha enfrentado una lucha contra la arbitrariedad y el poder".(79)

El tipo en nuestro tema de estudio, está contemplado en el Título Decimocuarto, intitulado "Delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", bajo el Capítulo I, Artículo 265, párrafo tercero de nuestro ordenamiento penal para el Distrito Federal, que a la letra -- dice:

"ARTICULO 265

.....

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que -- introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento dis

(79) Sainz Cantero, José A. Op. Cit., Págs. 38 y 39.

tinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cualfuere el sexo del ofendido".

Del artículo transcrito, tenemos que a primera vista se desprenden del tipo los siguientes elementos:

- a) Introducir un elemento o instrumento,
- b) Por vía vaginal o anal,
- c) Por medio de la violencia física o moral y
- d) Sea cualfuere el sexo del ofendido.

Una vez ya manifestado en líneas anteriores que es el tipo, nos avocaremos a hablar del segundo elemento constitutivo del delito.

2.7.1 Bis T i p i c i d a d.

La tipicidad algunas veces se ha llegado a confundir con el tipo, como ya se dijo anteriormente el tipo viene a constituir el presupuesto de la tipicidad, y ésta es un elemento del delito.

Respecto a este segundo elemento tenemos los siguientes comentarios:

Para el maestro Fernando Castellanos Tena, la tipicidad consiste en: "El encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.- En suma la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". (80)

Al respecto el penalista Miguel Angel Cortés Ibarra expone:

"La tipicidad es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo,- y ésta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la pre-

(80) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 168.

vista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la Ley". (81)

Por su parte el destacado jurista Don Luis Jiménez de Asúa, señala que la tipicidad es:

"La descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad". (82)

Finalmente, el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos apunta:

"Tipicidad es la adecuación de la conducta o hecho a la hipótesis legislativa". (83)

Para nosotros tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo; y habrá tipicidad en el delito en análisis del presente trabajo, cuando un sujeto realice una conducta y ésta se adecue exactamente a lo que está descrito en el párrafo tercero del artículo 265 de nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal.

2.7.2 Elementos del tipo:

Respecto a éstos, contamos con las siguientes opiniones:

Para el maestro Don Celestino Porte Petit forma parte del tipo, el presupuesto del delito el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho, asimismo, forman parte del mismo las modalidades de la conducta referencias de tiempo lugar, referencia legal a otro hecho punible, o referencia de otra índole, exigida por el tipo y los medios empleados, elementos normativos de valoración jurídica o cultural y --

(81) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 129.

(82) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Sudamérica na 1931. Pág. 235. 12a. ed.

(83) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 277.

elementos subjetivos del injusto; el sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico material o bien jurídico y el objeto material. (84)

Por su parte el tratadista Miguel Angel Cortés Ibarra comenta que:

"Los elementos de la descripción típica son los siguientes:

Sujeto, modalidades de la conducta, objeto material, elementos objetivos, normativos y subjetivos". (85)

El gran penalista alemán Edmundo Mezger, señala que: "Los elementos típicos objetivos del mundo sensible externo y elementos típicos subjetivos del injusto, elementos típicos normativos, elementos del juicio - cognitivo, elementos típicos del juicio valorativo, emocional; que exigen una valoración en sentido estricto; elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho, el sujeto de la acción - jurídico-penal -- la acción y el objeto de la acción. (86)

Nosotros consideramos a los elementos del tipo de la siguiente manera:

Para un tipo normal, es decir, en situaciones meramente objetivas, serán sujeto activo, la acción, pudiendo tener ésta las modalidades de: tiempo, lugar y medios, el objeto de la acción, el bien jurídicamente protegido.

Para un tipo anormal, serán los elementos para un tipo normal, más los elementos normativos (de valoración jurídica o cultural) y elementos -

(84) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 432.

(85) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 129.

(86) Cfr. Mezger, Edmundo. Op. Cit., Págs. 146 a la 148.

subjetivos del injusto (características subjetivas situadas en el alma del autor), pudiendo concurrir uno o ambos.

En el análisis del tema de mérito, estimamos que contiene los elementos que mencionamos en el tipo normal, en virtud de que no se contemplan - elementos normativos ni subjetivos.

A continuación estudiaremos cada uno de estos elementos enfocados a -- nuestro tema de tesis.

a) Elemento Material. (Conducta- acción)

Respecto al elemento material Don Celestino Porte Petit nos dice:

"Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o -- los de resultado material". (87)

Cuando hablamos del primer elemento del delito, es decir, la conducta- o el hecho señalamos que la violación realizada con elemento o instru- mento distinto al miembro viril, sólo puede llevarse a cabo mediante - un hacer voluntario.

Sólo cabe agregar las modalidades de la acción.

b) De lugar o espaciales.

Respecto a esta modalidad Don Celestino Porte Petit nos comenta:

"El tipo puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar. Por- tanto, es necesario que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas por el tipo". (88)

(87) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 432.

(88) Ibid., Pág. 432.

Por su parte el penalista Francisco Pavón Vasconcelos argumenta:

"La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia - en el hecho de tales elementos del tipo, trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión". (89)

Finalmente el ilustre tratadista Luis Jiménez de Asúa señala:

"El tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al sujeto, al tiempo, al lugar, a la - - ocasión y al medio". (90)

En nuestra consideración, respecto al tipo que nos ocupa, se exige una modalidad espacial o de lugar en cuanto a la conducta; en virtud de que el tipo se describe de la siguiente manera:

"... al que introduzca por la vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril ..."

Como podemos observar en este delito, la ley exige que el sujeto activo leve a cabo una conducta consistente en introducir un elemento o instrumento, pero esta introducción sólo debe llevarse a cabo en la vía vaginal o anal, de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, debe entenderse por vía vaginal el órgano copular de las hembras y que va desde - la vulva hasta la matriz, y por vía anal el orificio en que termina el conducto digestivo y mediante el cual se expide el excremento. (91)

- (89) Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1987. Pág. 727. 8va. ed.
- (90) Jiménez Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 253.
- (91) Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Barcelona, España, Carro-gio 1982.

Por tanto, si el sujeto activo no lleva a cabo la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por cualquiera de estas dos vías no habrá tipicidad, en consecuencia no existirá este delito.

Por otro lado, estimamos que el tipo puede ser alternativo en cuanto a la modalidad del lugar o espacial, en virtud de que como ya lo señalé en líneas anteriores, la introducción puede ser por vía vaginal o anal, es decir que el delito se integrará cuando únicamente la acción (conducta) se realice por una sola vía y no por ambas, aunque puede también presentarse esta situación.

c) Modalidades en cuanto a los medios de ejecución.

Sabemos que algunos tipos para su integración exigen determinados medios, los cuales son esenciales para la existencia del delito.

El penalista Miguel Angel Cortés Ibarra, manifiesta que "Los medios de ejecución son preponderantes para la calificación del delito". (92)

Por su parte Don Celestino Porte Petit en su obra intitulada Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, apunta:

"Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados"; y, ello quiere decir, que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo correspondiente". (93)

En nuestra opinión, el tipo de examen requiere del medio de "LA VIOLENCIA" que en este caso puede ser física o moral, y ésta viene a consti-

(92) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 130.

(93) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 436.

tufu el elemento fundamental para que se configure el delito.

A continuación estudiaremos cada uno de los tipos de violencia que la Ley nos exige en este caso:

Violencia Física.

Respecto a ésta, el Doctor Alberto González Blanco nos dice:

"Para que la violencia física tenga relevancia en la violación se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima". (94)

El penalista Enrique Cardona Arizmendi manifiesta:

"La violencia física es la fuerza material encaminada a vencer una resistencia que entraña un obstáculo para la comisión de un delito; en este caso es una resistencia de carácter física, que entraña un obstáculo para realizar la cópula". (95)

La doctrina señala los siguientes requisitos para la existencia de la fuerza física o vis absoluta:

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo,
- b) Debe ser la fuerza suficiente para vencer la resistencia; y
- c) La resistencia debe ser seria y constante o continuada. (96)

(94) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. México, Porrúa, S.A. 1979, Pág. - 152. 4a. ed.

(95) Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. -- México, Cárdenas. 1980. Pág. 170.

(96) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Op. Cit., Pág. 22.

Respecto a este último requisito el maestro Francisco Carrara comenta:

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

(97)

Para el análisis de nuestro tema en estudio, estimamos que por violen-- cia física debe mantenerse la fuerza material que ejerza el sujeto ac-- tivo sobre el sujeto pasivo al momento de introducir un elemento o ins-- trumento distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal, por tan-- to, no estamos de acuerdo que exista el tercer requisito que señala la-- doctrina para que exista la fuerza física, toda vez, de que creemos - - lógico que el sujeto pasivo solo resista en un principio y después - - acepte ésta y goce la situación tan indigna, ya que ataca una de las -- libertades más preciadas como es la libertad sexual.

Violencia moral.

Otros de los medios que la Ley exige para la comisión de este delito, - es que exista violencia moral, intimidación o vis compulsiva.

Para el penalista Francisco González de la Vega, la violencia moral - - consiste en "Constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por --

evitar males mayores le impidan resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido". (98)

Por otro lado, el maestro Alberto González Blanco nos dice:

"La violencia moral se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidación a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición, según Carrara, que sean serios y constantes. Esta forma de violencia aún cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa; y, a diferencia de lo que sucede en la -- violencia física no impone la resistencia. (99)

Finalmente Don Celestino Porte Petit argumenta:

"Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula". (100)

Nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Don Celestino Porte Petit para la aplicación al tema en estudio.

d) Sujeto activo.

En principio tenemos que únicamente el hombre incumple o realiza normas prohibitivas. Dentro del ámbito del Derecho Penal son los denominados-sujetos activos los que realizan conductas al tipo descrito en la Ley.

(98) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. México.-Porrúa, S. A. 1988. Pág. 397. 22a. ed.

(99) González Blanco, Alberto. Op. Cit., Pág. 155.

(100) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación. Op. Cit., Pág. 25.

Al respecto, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo expone:

"Nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente -- consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo".

(101)

Por su parte Don Celestino Porte Petit Candaudap anota:

"El sujeto activo es el que interviene en la relación del delito como -- autor, coautor o cómplice". (102)

Finalmente, el penalista Miguel Angel Cortés anota:

"El sujeto del delito es la persona física individual que desarrolla la acción criminal. Este elemento queda incluido en las formas " el que " " al que " " a la ", haga esto o lo otro, que usa nuestro legislador en diversas figuras delictivas". (103)

Nosotros diremos que el sujeto en nuestro tema de mérito, será aquél -- que introduzca por vfa vaginal o anal cualquier elemento o instrumento-- distinto al miembro viril, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Por otro lado, los tratadistas realizan una clasificación del sujeto -- activo en cuanto a la calidad del mismo, así lo dividen:

- a) Tipos generales.
- b) Tipos comunes o indiferentes.

El tratadista Edmundo Mezger nos dice:

"Las disposiciones penales contenidas en la parte especial empiezan con

(101) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. -- México, Porrúa, S.A. 1982, Pág. 250. 14ava. ed.

(102) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. Cit., Pág. 346.

(103) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit.. Pág. 129.

las palabras " el que... sinónimo de cualquiera ". (104)

En ciertas ocasiones el sujeto reviste de ciertas cualidades para la -- configuración del tipo.

Al respecto Don Celestino Porte Petit comenta:

"En ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una -- calidad de dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos". (105)

Cuando el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor -- debe ejecutar por sí mismo, se estará ante la presencia de los delitos denominados de propia mano.

El autor Edmundo Mezger manifiesta:

"Los delitos de propia mano son aquellos en los que puede ser autor solamente la persona que actúa directamente". (106)

De igual manera la doctrina clasifica al sujeto activo en cuanto al número y se dice que si la conducta se realiza por uno o más sujetos, estaremos en la presencia de un tipo monosubjetivo, en cambio si en el -- delito intervienen dos o más sujetos activos el tipo será plurisubjetivo o concurso de persona. (107)

e) El objeto Jurídico o Material.

El objeto jurídico o material viene siendo el objeto de la acción. La

(104) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 148.

(105) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. Cit., Pág. 438.

(106) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 148.

(107) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 441.

doctrina hace la distinción entre objeto jurídico y objeto material, - éste último ha recibido diversas denominaciones como son: objeto de -- ataque, objeto de la conducta, objeto corporal y objeto de acción entre otras. (108)

Nosotros sólo hablaremos del objeto material, toda vez de que el objeto jurídico le dedicaremos otro punto más adelante.

Respecto al objeto material contamos con las siguientes opiniones:

El maestro Don Celestino Porte Petit nos dice:

"También el objeto forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto jurídico o material".(109)

Para el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo es:

"La persona o cosa sobre la que recae el delito". (110)

Por su parte el penalista Mariano Jiménez Huerta apunta y comenta:

"Cuando el objeto material sobre el que recae la conducta típica es -- una persona, ésta tiene el carácter de sujeto pasivo de delito y es -- también titular del bien o interés tutelado en el tipo penal. Así, por ejemplo en el homicidio, la persona sobre la que recae la acción homicida es contemporáneamente objeto material de la conducta y titular del delito. Pero existen otros casos en los que no hay identidad alguna entre la persona sobre la que recae la acción material del sujeto activo y el sujeto pasivo". (111)

- (108) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo III.- El Delito. Buenos Aires, Losada. 1958. Pág. 109, 2a.ed.
 (109) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 442.
 (110) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 257.
 (111) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo I. México, - 1980. Pág. 82 3a.ed.

En nuestra consideración, el objeto material en el análisis del delito en el presente trabajo consistirá en un objeto material personal, en virtud de que la conducta (acción) sólo podrá recaer sobre una persona independientemente de su sexo, en consecuencia el hombre o mujer a quien se le introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía anal (hombre o mujer) o vaginal (mujer) por medio de la violencia física o moral será el objeto material.

Cabe mencionar que la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril, el objeto material coincide con el sujeto pasivo del delito.

f) Bien Jurídico.

Doctrinalmente el objeto jurídico ha recibido diversas denominaciones: objeto de protección, objeto de ataque, objetividad tutelada, o bien - objeto jurídico.

En relación a este elemento del tipo contamos con las siguientes opiniones:

El maestro Raúl Zaffaroni nos comenta:

"El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida con el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conducta que le afecten. Los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos -- objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal". (112)

(112) Zaffaroni, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1985. Págs. 409 y 410 1ra.ed.

Para el profesor Francisco Pavón Vasconcelos el objeto jurídico es: --
 "Un bien jurídico tutelado a través de la Ley Penal mediante la amenaza de una sanción, puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico por constituir éste su esencia". (113)

Por su parte, Don Celestino Porte Petit expresa:

"Debemos entender por bien jurídico el valor tutelado por la Ley Penal".
 (114)

En lo que concierne al tema en análisis, nosotros concebimos el bien -
 jurídico como un elemento esencial para la existencia del tipo consistente en el derecho de disponibilidad de ciertos objetos que tiene la persona como son: la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, el -- honor entre otros, mismos que son protegidos por la ley mediante la -- amenaza de sanción para el caso de que se lesionen o pongan en peligro. En consecuencia el interés que tutela la ley del tipo que nos ocupa, - es la libertad sexual, entendida ésta como el derecho que el ser humano tiene de disponer de su cuerpo para la realización de actos libidinosos ajenos a la cópula.

g) Sujeto Pasivo.

Doctrinalmente se distingue entre sujeto pasivo genérico y sujeto pasivo específico o inmediato. Nosotros únicamente nos abocaremos a éste- último.

Al respecto el penalista Español Gonzalo Rodríguez Mourullo señala:

(113) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 175.

(114) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 442.

"El sujeto pasivo específico o inmediato o sujeto pasivo sin más, es el titular directo del bien protegido de la norma y ofendido por la acción descrita en el tipo (el titular de la vida en el homicidio, el titular del derecho real de propiedad en la apropiación indebida, etc..)". (115)

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

"Como el sujeto pasivo se conoce al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito". (116)

Por su parte el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo, distingue entre sujeto pasivo del daño y ofendido y expresa:

"El sujeto pasivo de daño lo es el que sufre perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. aclarando- aunque los dos sujetos generalmente coinciden sujeto pasivo típico y sujeto pasivo del daño, no son idénticos, como se advierte en el delito de homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido y pasivo de éste". (117)

De la misma opinión es el penalista Fernando Castellanos Tena y comenta:

"El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coinci-

- (115) Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Derecho Penal.Parte General.Madrid, Civitas, 1977. Pág. 282. 1a. ed.
- (116) Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. México, - Porrúa, S.A. 1987. Pág. 171.
- (117) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano.Parte General. México, Porrúa. S.A. 1982. Pág. 256 4a. ed.

dencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso". (118)

Para nosotros, el sujeto pasivo es el titular del derecho u objeto protegido a través de una norma jurídico penal; y, se manifiesta como el derecho a la vida, a la propiedad, al honor, al pudor, a la libertad sexual, etc. Por tanto, en nuestro tema el sujeto pasivo viene a ser el titular de la libertad sexual.

Por otra parte, en algunas veces el tipo exige una calidad en cuanto al sujeto pasivo y así se señala que el pasivo puede ser personal o impersonal, será personal cuando el tipo exija esa calidad, en consecuencia será impersonal cuando no se exija tal calidad.

En nuestra opinión, consideramos al tipo de mérito como un tipo impersonal, toda vez que el delito se menciona en los siguientes términos:

"ARTICULO 265 del Código Penal para el Distrito Federal (tercer párrafo)".....

..... sea cual fuere el sexo del ofendido".

De lo que se ve claramente que la Ley no exige ninguna calidad en el sujeto pasivo, por lo que éste puede ser hombre o mujer de cualquier edad, raza, condición, etc.

2.7.3 Clasificación en orden al tipo.

(118) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho Penal. Parte General. México. Porrúa.S.A. 1989. Págs. 151 y 152, 26va. ed.

Diversos tratadistas clasifican al tipo de la siguiente manera:

Normales, anormales, fundamentales o básicos, especiales, complementados autónomos o independientes, subordinados, casuísticos, amplios, de daño (o de lesión), de peligro, de formulación libre, mixtos alternativamente formados, vinculado o de medios legalmente limitados, alternativamente formado por acciones, por omisiones, por acción y omisión, por omisión o acción, de ofensa simple o defensa compleja, entre otros. (119)

Nosotros solo nos abocaremos a aquella clasificación que en nuestro parecer admite el tema de estudio:

Por tanto se clasifica en:

a) Fundamental o básico.

Al respecto, el penalista Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

"Se estiman tipos básicos o fundamentales a los que constituyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales". (120)

Don Luis Jiménez de Asúa comenta:

"En una buena sistemática legislativa, los tipos básicos han de presidir la exposición de la parte especial de los Códigos, puesto que constituyen su médula". (121)

Finalmente el autor Don Celestino Porte Petit apunta:

"Tipo básico es aquel que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia-

(119) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Págs. 173 y 174.

(120) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 285.

(121) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 909.

es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave o atenúe la penalidad". - (122)

Para nosotros el tema de mérito es un tipo fundamental o básico, en -- virtud de que no se deriva de ningún otro tipo y tampoco contiene elementos o circunstancias que ayuden a aumentar o disminuir la pena.

b) Autónomo o independiente.

Para el penalista Fernando Castellanos Tena un tipo es un autónomo o -- independiente cuando:

"Tienen vida propia, sin depender de otro tipo". (123)

De la misma opinión es el tratadista Luis Jiménez de Asúa al comentar: "Hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con -- otros en referencia de fundamento, poseen absoluta autonomía". (124)

En nuestro parecer, el tema de análisis es un tipo fundamental o básico, toda vez que tiene vida propia, es decir, existe por sí solo sin -- depender de otro tipo.

c) De Formación Casuística vinculado o medios legalmente limitados.

Al respecto el tratadista Edmundo Mezger comenta:

"Los delitos con medios legalmente determinados, son aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante -- cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se --

(122) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 448.

(123) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 173.

(124) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 909.

na conseguido en la forma que la Ley expresamente determina". (125)

Por su parte Don Celestino Porte Petit nos dice que:

"Debe entenderse por tipos de formulación casuística aquél en que se -
señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico". -
(126)

El tipo de mérito es la formulación casuística, vinculado o de medios-
legalmente limitados, en virtud de que la conducta (acción) consis-
tente en introducir cualquier elemento o instrumento distinto al miem-
bro viril, por la vía vaginal o anal por medio de la violencia física-
o moral: se está indicando casuísticamente los medios por los que se -
debe llevar a cabo la conducta para que ésta sea típica.

d) Alternativamente formado en cuanto a los medios.

Cabe mencionar que esta clasificación se tomó de la obra de Don Celestino Porte Petit Candaudap intitulada Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación, en la cual nos comenta:

"El delito de violación es un tipo alternativamente formado en cuanto a los medios, en virtud de que puede realizarse por medio de la vis -- compulsiva o de la vis absoluta". (127)

De acuerdo a lo expuesto por el autor, nosotros estimamos que nuestro - tema de examen, es un tipo formado en cuanto a los medios, toda vez -- que en el mismo se señala claramente los medios de ejecución para la - integración del ilícito, siendo éstos: La violencia física (vis abso-

(125) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I (Trad. del alemán por José Arturo Rodríguez Muñoz) Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933. Pág. 324, 2a. ed.

(126) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 452.

(127) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación. Op. Cit. Pág. 33.

luta), la violencia moral (vis compulsiva), o pudiendo concurrir --
ambas.

e) Tipo Normal.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena, un tipo normal es:

"La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una --
descripción objetiva, privar de la vida a otro; pero a veces el legis-
lador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjeti-
vos. Si las palabras se refieren a situaciones puramente objetivas, -
se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario esta-
blecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anor-
mal". (128)

Por su parte el tratadista Luis Jiménez de Asúa argumenta:

"La Ley al definir los delitos, es decir, al establecer los tipos lega-
les para que cumplan su predominante función ratio cognoscendi, suele-
limitarse a dar una descripción objetiva mas o menos escueta y detalla-
da". (129)

Agrega el mismo autor:

"Los tipos no dejan de tener naturaleza normal, de mera descripción --
objetiva, por contener en lo dicho por la ley referencias y modalidades
en la acción". (130)

Y, finalmente nos dice:

"A menudo nos ofrecen en la ley elementos subjetivos o elementos norma

(128) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 170.

(129) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 792.

(130) Ibid.. Op. Cit. Pág. 793.

tivos que se hallan insertos en el tipo anormal". (131)

Para nosotros la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril, es un tipo normal, pues ésta no contiene elementos subjetivos ni normativos.

f) De Ofensa Simple.

Al respecto Don Celestino Porte Petit nos dice:

"Tipos de ofensa simple son aquéllos en los que se lesiona un solo bien jurídico". (132)

Al igual que este autor, nosotros consideramos que el tema del presente trabajo, es un tipo de ofensa simple, en virtud de que al realizarse lesiona un bien jurídicamente tutelado por la ley, que en este caso se trata de la libertad sexual.

2.7.4 La Atipicidad.

En principio tenemos que la ausencia de tipicidad o atipicidad no -- equivale a una ausencia del tipo, en virtud de que ésta supone la falta de previsión de una conducta o hecho en la ley.

En cambio la atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad.

Respecto a la atipicidad contamos con las siguientes opiniones:

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice:

"La atipicidad es la ausencia de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa". (133)

(131) Ibid., Op. Cit. Pág. 794.

(132) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 463.

(133) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 174.

Por su parte Don Celestino Porte Petit nos manifiesta:

"La descripción de la conducta o hecho existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo". (134)

Finalmente el penalista Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

"Concretamente se originan hipótesis de atipicidad: a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo, b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo, c) -- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley, por cuanto a sus atributos, d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo. e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo". (135)

En nuestra opinión, nosotros diremos que en nuestro delito de análisis habrá atipicidad cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Cuando exista consentimiento por parte del pasivo (aunque algunas veces se puede dar éste pero está viciado, toda vez que se otorgó mediante una violencia física o moral).
- b) Cuando no se dé la referencia de carácter espacial, es decir, si la introducción de un instrumento o elemento distinto al miembro viril no se lleva a cabo por las vías que en este caso son la anal o vaginal, entonces nos encontraremos ante una atipicidad, y

(134) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 406.

(135) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 290.

- c) Cuando no se realice por medio de la violencia física o moral o ambas.

2.8 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

28.1 Antijuricidad.

La antijuricidad es otro de los esenciales elementos del delito. La conducta además de ser típica, tiene que ser antijurídica, es decir contraria al Derecho.

Doctrinalmente se habla de antijuricidad Material o Formal.

Al respecto Franz Von Liszt citado por el autor Miguel Angel Cortés Ibarra elaboró una doctrina dualista de la antijuricidad en los siguientes términos:

- a) "Una conducta contraria a la sociedad (antijuricidad material), b) Una infracción a la ley objetiva, establecida por el Estado (antijuricidad formal). En la primera lo característico es la violación de las - - normas ético sociales, aceptadas por el derecho. La antijuricidad formal se caracteriza por la oposición de la conducta a la ley, reconozca - ésta o no, normas de cultura". (136)

En la antijuricidad material, existen dos posturas y sobre éstas nos dice Don Celestino Porte Petit:

- "a) La que trata de encontrar la esencia de la antijuricidad material en el campo o zona jurídica en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo y
b) La que busca obtener la esencia de la antijuricidad material, fuera del área jurídica o extra jurídica". (137)

(136) Von Liszt, Franz, citado por Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op.Cit. Pág.133.

(137) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 485.

Por su parte el penalista Ignacio Villalobos comenta:

"El quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye-- la antijuricidad material". (138)

Nosotros nos adherimos a la primera postura de Don Celestino Porte Petit, en el sentido de que la antijuricidad material encuentra su ausencia en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo, en consecuencia el tema de mérito será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico que en este caso se trata de la libertad sexual..

En relación a la antijuricidad formal, el maestro Don Celestino Porte -- Petit expone:

"La conducta o hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una -- norma penal prohibitiva o preceptiva". (139)

Y agrega el mismo autor:

"Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuricidad formal, debemos utilizar el sistema de "excepción legal", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son licitos; es decir, el concepto se dá de la antijuricidad, es un concepto - negativo". (140)

Por otro lado, el penalista Ignacio Villalobos señala:

"La infracción de las leyes significa una antijuricidad formal". (141)

(138) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1960, Pág. 181, 2a. ed.

(139) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit., Pág. 484.

(140) Ibid., Pág. 484.

(141) Villalobos, Ignacio. Op. Cit., Pág. 181.

Finalmente Don Celestino Porte Petit nos dice:

"Para la existencia de la antijuricidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud". (142)

De igual manera nos adherimos a la misma opinión del maestro Don Celestino Porte Petit, por tanto, consideramos que el tema de análisis será formalmente antijurídico, cuando siendo típico, no esté amparado por -- alguna causa de justificación (causa de licitud) de la que señala el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Antijuricidad objetiva y subjetiva.

Al respecto el penalista Fernando Castellanos Tena argumenta:

"El juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, - pero no en un proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa". (143)

El tratadista Edmundo Mezger apunta:

"Lo que contradice a la norma objetiva de valoración es "antijuricidad-objetiva" o, se acostumbra decir en la actualidad, "injusto". (144)

Por su parte el autor Don Celestino Porte Petit sostiene:

"La antijuricidad es objetiva, y existe cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento sub

(142) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 484.

(143) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 178.

(144) Mezger, Edmundo. Op. Cit.. Pág. 134.

jetivo, la culpabilidad". (145)

Y agrega el mismo autor:

"La circunstancia de que la antijuricidad tenga naturaleza objetiva, -- tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o hecho. En consecuencia, la teoría de la antijuricidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuricidad es independiente, autónoma de la culpabilidad". (146)

Por nuestra parte coincidimos con la misma opinión del maestro Don Celestino Porte Petit.

2.8.2 Causas de Justificación.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad.

Respecto a este punto negativo contamos con las siguientes opiniones:

El penalista Miguel Angel Cortés Ibarra expone:

"Las causas de justificación eliminan la antijuricidad de la conducta.- La eliminación de este esencial elemento del delito, requiere una expresa declaración en la ley: así las causas de justificación están contenidas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y son - las siguientes:

- a) Legítima defensa,
- b) Estado de necesidad,
- c) Cumplimiento de un deber,

(145) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 486.

(146) Ibid. Pág. 487.

- d) Ejercicio de un derecho, e
- e) Impedimento legítimo". (147)

Para el tratadista Luis Jiménez de Asúa son causas de justificación: "Las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, ésto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta; sin embargo - el carácter de ser antijurídico, de contrarios a Derecho, que es el - elemento más importante del crimen". (148)

Y el mismo autor señala como causas de justificación:

"a) Legítima defensa; b) Estado de necesidad; c) Ejercicio de un derecho; oficio a cargo (en que incluimos las vías de hecho, el derecho de corrección el privilegio de los parlamentos, cuando se pueda presentar como algo más que un privilegio y d) Cumplimiento de un deber (ordenados por la ley o por la autoridad cuando el contenido es justo, etc.)". (149)

Nosotros estudiaremos las causas de justificación que prevé el artículo 15 de nuestro Ordenamiento Penal vigente en sus diversas fracciones y - así veremos si se pueden presentar en el tema de mérito.

a) Legítima defensa.

La legítima defensa es una causa de justificación y se encuentra establecida en la fracción III del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

(147) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 140.

(148) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 1035.

(149) Ibid., Págs. 1059 y 1060.

En relación a la legítima defensa, contamos con las siguientes opiniones:

Para el tratadista Luis Jiménez de Asúa la legítima defensa consiste: "En la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la ofensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios". (150)

Por su parte el ilustre Edmundo Mezger nos dice:

"La legítima defensa es aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico". (151)

Finalmente nuestra legislación Penal vigente para el Distrito Federal nos define a la legítima defensa en los siguientes términos:

"ARTICULO 15

II...

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

De este artículo se desprenden los siguientes elementos de la defensa legítima:

1. Elementos positivos:

a) Agresión,

(150) Jiménez de Asúa.Luis, citado por Castellanos Tena,Fernando. - Op. Cit. Págs. 191 y 192.

(151) Mezger, Edmundo. Op. Cit. Pág. 168.

- b) Real,
- c) Actual,
- d) Inminente, y
- e) Sin Derecho.

2. Elementos negativos:

- a) Provocación suficiente.

3. Necesidad racional de la defensa empleada. (152)

Por lo tanto haremos un breve análisis de estos elementos.

a) Agresión.

Don Edmundo Mezger señala que debe entenderse por agresión:

"La conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos". (153)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado el criterio en los siguientes términos:

"Por agresión debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar bienes jurídicamente protegidos". (154)

b) Real.

Debemos entender por real aquéllo que verdaderamente exista.

c) Actual

La agresión, además de ser real debe ser actual para que se integre la-

(152) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 520.

(153) Mezger, Edmundo, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino.- Op. Cit. Pág. 503.

(154) Seminario Judicial de la Federación, CXIII, Pág. 369 cita de - Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 503.

justificante.

El profesor Francisco Pavón Vasconcelos nos comenta:

"La agresión debe ser actual, queriendo con ella significarse que sucede en el presente". (155)

Al respecto Don Celestino Porte Petit apunta:

"La exigencia de ser actual la agresión, excluye dos momentos: el pasado y el futuro. Por consiguiente, no podrá haber legítima defensa contra una agresión "acabada o terminada", o bien, que sólo amenaza en lo porvenir; y, si el peligro subsiste, indudablemente sigue existiendo la actualidad de la agresión". (156)

d) Inminente.

En la redacción del artículo 15 antes citado, se expresa lo siguiente:

"..... Actual o inminente."

De tal manera que, el sujeto puede repeler una agresión en el momento o bien cuando sea próxima, cercana o inmediata. (157)

e) Sin Derecho.

La agresión debe ser real, actual o inminente y además sin derecho, para que se pueda constituir la causa de justificación.

El maestro Fernando Castellanos Tena expresa:

"La agresión ha de ser sin derecho; ésta es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa,-

(155) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa, S.A. 1985. Pág. 317 12a. ed.

(156) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 506.

(157) Cfr. Ibid. Pág. 506.

la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual por consiguiente un delito, dá lugar a la defensa legítima". (158)

2. Elementos Negativos.

a) Provocación suficiente.

Este requisito encuentra su fundamento en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal vigente en su fracción III párrafo primero, que a la letra dice:

ARTICULO 15.....

I..

II...

III... y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

Esto quiere decir que el agredido no debe haber provocado la agresión, - éste es, si la provocación fue bastante y adecuada para originar la - - agresión no podrá ampararse como una legítima defensa .

Al respecto el autor Francisco González de la Vega expone:

"La defensa no es legítima cuando se pruebe que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella. Por provocar la agresión se entiende que el agredido haya dado lugar a ella por realizar un acto indebido o injusto, siendo el verdadero responsable del ataque".

(159)

(158) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 194.

(159) González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. México. Porrúa, S.A. 1987. Pág. 82 8va. ed.

3. Necesidad racional de la defensa empleada y los medios empleados.
En relación a este punto, contamos con los siguientes criterios:

El penalista Francisco González de la Vega apunta:

"La calificación de la necesidad del medio empleado ha de hacerse según un doble criterio: objetivamente, de acuerdo con las modalidades características de la agresión; y, subjetivamente según la apreciación que de la necesidad haga personalmente en vista de los datos objetivos del ataque la apreciación de la necesidad es subjetiva, ha de apreciarla el que se defiende". (160)

Por su parte el maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos dice:

"La necesaria proporcionalidad racionalmente apreciada, es una circunstancia objetiva que ha de valorar el juez en función a la norma cultural y que se expresa en nuestro derecho, diciendo que ha de haber necesidad racional del medio empleado en la defensa". (161)

Finalmente Don Edmundo Mezger comenta:

"La defensa se entiende necesaria sólo cuando aparece objetivamente exigida para repeler el ataque, pues el derecho no debe el paso al injusto". (162)

En nuestra consideración en el delito en estudio, no puede concebirse - la legítima defensa, en virtud de que no es dable de que un sujeto introduzca un elemento o instrumento en la vía vaginal o anal por medio de

(160) Ibid. Pág. 83.

(161) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 500.

(162) Mezger, Edmundo, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Ibid. - Pág. 501.

la violencia física o moral para repeler una agresión en los términos-- señalados en el artículo 15 fracción III de nuestro ordenamiento Penal-- vigente para el Distrito Federal.

b) Estado de necesidad.

El Estado de Necesidad es otra de las causas de justificación, y tiene su fundamento en el artículo 15 fracción IV del Código Penal para el -- Distrito Federal, que a la letra dice:

"Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real. actual o inminente, no ocasionando intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber-jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y me nos perjudicial a su alcance".

De este precepto se desprenden los siguientes requisitos del estado de necesidad.

1. Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.

El estado de necesidad se encamina principalmente a proteger un interés jurídico del cual sea titular el afectado o un tercero.

Al respecto el tratadista Eugenio Cuello Calón manifiesta:

"El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato-para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada median-te lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (163)

(163) Cuello Calón, Eugenio, citado por Reyes Echandia, Alfonso. Dere-
cho Penal. Parte General. Bogotá, Temis. 1989, Pág. 160 11ava.ed.

2. Que exista un peligro real, actual o inminente.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos dice:

"Exigir un peligro real es tanto como desechar todo aquél que sea sólo-imaginario; de aquí que la apreciación de la realidad del peligro imponga al juzgador preferentemente el exámen del caso objetivo, más que el-subjetivo". (164)

Y sigue diciendo el mismo autor:

"También es requisito que el peligro sea inminente, es decir que amenace con el mal prontamente; y, esta próxima contemporaneidad de la necesidad y el peligro es también circunstancia objetiva". (165)

Por tanto, el peligro será real cuando éste sea existente y no imaginario, ésto es, que se esté en la posibilidad de sufrir un daño.

Y el peligro será actual o inminente cuando esté a punto de ocurrir.

3. Que el agente no haya ocasionado el peligro intencionalmente ni por su grave imprudencia.

El peligro será intencionalmente cuando el agente dolosamente provoca - un resultado.

El peligro ocasionado por imprudencia es el que se produce en razón de un actuar sin la cautela necesaria que, según la experiencia, debemos - emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún-daño". (166)

(164) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Pág. 515.

(165) Ibid., Pág. 515.

(166) Cfr. Reyes Echandía, Alfonso. Op. Cit., Pág. 162.

4. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. En esta situación se encuentran los bomberos, policías, miembros de la Cruz Roja, capitanes de barco, etc., quienes en el ejercicio de sus funciones o cargos deberán afrontar el peligro y no eludirlos, ni contrarrestar con acciones lesivas de ajenos e inocentes intereses, así un bombero no podría ampararse en un estado de necesidad si deja morir a una persona bajo las llamas de un incendio no rescatándola porque tenía el riesgo de quemarse él también.

5. Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Al respecto el maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos dice:

"Sólo subsidiariamente se justifica la acción en estado de necesidad; si hubiere la posibilidad de emplear un medio que pueda ser puesto en práctica con menor daño y que por ello sea más aconsejable y menos dañoso, la acción será plenamente inculpa". (167)

En nuestro tema de mérito, nosotros estimamos que no puede existir la causa de justificación denominada "Estado de Necesidad", pues es inconcebible que un sujeto introduzca por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real o inminente no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

(167) Carrancá y Trujillo. Raúl. Op. Cit. Pág. 515.

c) Ejercicio de un derecho.

Respecto al ejercicio de un derecho como causa de justificación nos comentan los siguientes autores:

El penalista Colombiano Alfonso Reyes Echandia comenta:

"Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal". (168)

Por su parte, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos sostiene:

"Concretamente, el ejercicio de un derecho como causa de justificación se origina: a) En el reconocimiento de un hecho por la ley sobre el de recho ejercitado. b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmen te excluye la antijuricidad de la conducta o el hecho, pero la autoriza ción extra o contra legem no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hechos conforme a derecho. La facultad o autorización concedida requiere: 1) Que derive de una autoridad; 2) Que ésta actúe dentro del marco de su competencia, y 3) Que la autorización reúna los requisitos legales". (169)

El ejercicio de un derecho tiene su fundamento legal en el artículo 15, fracción V del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra señala:

"ARTICULO 15

.....

(168) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit. Pág. 178.

(169) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Págs. 335 y 336.

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

En nuestra estimación, creemos que el ejercicio de un derecho como causa de justificación no es dable en la violación realizada con elemento o instrumento distinto al miembro viril, en virtud de que no hay disposición alguna que permita a un sujeto llevar a cabo dicha conducta y que ésta sea justificada por el ejercicio de un derecho, de igual manera -- tampoco existe norma alguna que conceda la facultad o autorización a un sujeto para que realice tal conducta.

d) Cumplimiento de un deber.

Sobre esta causa de justificación nos dice el maestro Francisco Pavón - Vasconcelos lo siguiente:

"Lógico es considerar que en tales casos, quien cumple con la ley no -- ejecuta un delito por realizar la conducta o hecho típico, acatando un mandato legal". (170)

El cumplimiento de un deber deriva de funciones públicas, o sea de deberes de servicio, y de un deber impuesto al particular, en tales casos -- el sujeto no actúa antijurídicamente, sino que su conducta es lícita -- por estar autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. (171)

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 15. fracción V exige que el sujeto debe obrar en cumplimiento de un deber, siem

(170) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 341.

(171) Cfr. Ibid., Págs. 341 y 342.

siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir - el deber.

Nosotros consideramos que en nuestro tema de estudio, no es posible que se dé esta causa de justificación, en virtud de que no existe precepto- señalado en la ley de la que se derive una función pública consistente- en que un sujeto tenga que introducir un elemento o instrumento distin- to al miembro viril en la vía anal o vaginal por medio de la violencia- física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido. De igual manera, - no existe norma alguna que imponga un deber al particular de realizar - dicha conducta.

e) Impedimento legítimo.

Respecto a esta justificante el penalista Fernando Castellanos Tena expresa:

"El impedimento legítimo opera cuando el sujeto teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación de una norma de carácter superior, comparada con la que establece el de ber de realizar la acción". (172)

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala:

"Tratándose de esta causa de justificación la conducta enjuiciada será- siempre omisiva, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación se -- origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar. El impedi-

(172) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 215.

mento cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón - la omisión no es antijurídica". (173)

El impedimento legítimo está contemplado como circunstancia excluyente de responsabilidad en el artículo 15 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

"ARTICULO 15

.....

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo - que manda, por un impedimento legítimo".

En nuestra opinión, consideramos que en el análisis del presente trabajo no puede ser posible que un sujeto justifique una conducta de tal -- magnitud, argumentando que la llevó a cabo por un impedimento legítimo, en razón de que no existe disposición legal que imponga el deber de introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal por medio de - la violencia física o moral a persona de sexo indistinto.

2.9 CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

En principio, tenemos que una conducta será delictuosa no sólo cuando - sea típica y antijurídica, sino además culpable.

2.9.1 La Culpabilidad.

La culpabilidad es el presupuesto de la pena, porque a nadie se le puede deducir responsabilidad punitiva si no ha realizado una conducta cu] pablemente típica y antijurídica.

La culpabilidad es un elemento del delito, sin él no es posible conce-- bir su existencia.

(173) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 353.

Respecto a este elemento del delito, contamos con las siguientes opiniones:

El tratadista alemán Mezger nos dice:

"La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". (174)

Del mismo parecer es el tratadista Don Luis Jiménez de Asúa al expresar: "En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la responsabilidad personal de la conducta antijurídica". (175)

Finalmente, el autor Alfonso Reyes Echandia nos dice:

"La culpabilidad puede definirse como la actitud consciente de la voluntad que dá lugar a un juicio de reproche en cuanto al agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente". (176)

Entre las principales doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad son: La teoría psicológica, la teoría normativa y la finalista. Pasaremos a dar una breve explicación de cada una de ellas:

Teoría Psicológica.

Sobre esta teoría nos dice el maestro Raúl Carrancá y Trujillo lo siguiente:

"La teoría psicológica dá origen a la relación psíquica de casualidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre -

(174) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 189.

(175) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley del Delito. Bogotá, Temis, 1954.- Pág. 379 2a. ed.

(176) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 206.

es sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica; y, de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta o sea su culpabilidad, en razón que el sujeto ha podido actuar conforme a derecho". (177)

Por su parte el penalista Fernando Castellanos Tena expresa:

"La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la --antijuricidad de la conducta". (178)

Nosotros concluimos que esta teoría considera que entre el sujeto y el resultado debe haber un nexo psíquico o psicológico; lo que quiere decir que el estudio de la culpabilidad según esta teoría se hará en base a - un análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.

Teoría Normativa o Normativista de la culpabilidad.

Al respecto el penalista Fernando Castellanos Tena señala:

"La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. Así la - culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con - la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de-

(177) Carrancá y Trujillo, Rég. Op. Cit., Pág. 387.

(178) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 234.

reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: - por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, - cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a Derecho; es decir, el deber ser-jurídico". (179)

Por su parte el jurista alemán Edmundo Mezger expone:

"La teoría normativa es el conjunto de aquellos presupuestos de la norma que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (180)

En nuestra opinión, en esta teoría no basta con que exista un nexo psicológico y el resultado; sino es necesario que el sujeto se le pueda reprochar el haber obrado contrariamente a lo establecido por la norma.

Teoría finalista.

Sobre ésta nos comenta el autor Alfonso Reyes Echandia:

"La característica fundamental de esta teoría es el desplazamiento del dolo, del ámbito de la culpabilidad al del injusto, entendiendo por injusto la conducta típica y antijurídica en cuanto tal". (181)

Y expresa el mismo autor:

"Para los finalistas, la culpabilidad estaría integrada por estos tres elementos: exigibilidad de una conducta conforme a la ley, imputabilidad de su autor y posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito -- del hecho realizado". (182)

(179) Ibid., Pág. 236.

(180) Mezger, Edmundo, citado por Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 204.

(181) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 205.

(182) Ibid., Pág. 205.

Esta teoría surgió como un paso ulterior a la normativa y tiene su fundamento en las acciones dolosas, ésto es, las dicisiones que llevaron a realizar la conducta o hecho.

Para nosotros, la teoría más correcta es la normativa, porque se emite un juicio en contra del sujeto por haber violado la norma perceptiva o normativa.

Así Don Edmundo Mezger nos dice que la culpabilidad presupone para la acción culpable en la persona del autor:

1. Su imputabilidad. Esta imputabilidad viene a constituir una característica auténtica de la culpabilidad, y no un simple presupuesto de ésta.
2. Una determinada forma de la culpabilidad (dolo, culpa, o preterintención).
3. La ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad. - (183)

Ahora bien, haremos un breve análisis de estos elementos, para estar en posibilidad de dar nuestro punto de vista en relación a nuestro tema de estudio.

2.9.2 La Imputabilidad.

Diversos tratadistas consideran a la imputabilidad como un presupuesto-general del delito, otros como un elemento integral del mismo; otros -- como un presupuesto de la culpabilidad o como un elemento de la misma.- (184)

(183) Cfr. Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 199.

(184) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 370 y Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 178.

Entre los que sostienen que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad se encuentran:

El penalista Fernando Castellanos Tena al expresar:

"La imputabilidad funciona como un presupuesto de la culpabilidad y - - constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal". (185)

El tratadista Alfonso Reyes Echandia señala:

"El hombre no podrá ser llamado culpable si antes no es imputable, es - decir, si no está en posesión de un mínimo de condiciones psíquicas y - físicas, en virtud de las cuales pueda atribuírsele el delito, con lo - que el juicio de culpabilidad, presupone, pues, un juicio de imputabili - dad". (186)

Dentro de los autores que afirman que la imputabilidad es un elemento - de la culpabilidad tenemos a:

Edmundo Mezger quien nos dice:

"Es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades perso - nales exigibles para la imputación a título de culpabilidad, con lo que la imputabilidad del autor es elemento constitutivo de la culpabilidad". (187)

Por su parte Hans Welzel manifiesta:

"La teoría finalista también considera que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad, creen que es imputable quien está en capacidad de -

(185) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 233.

(186) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 190.

(187) Mezger, Edmundo. Citado por Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 190.

comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad de acuerdo con esa comprensión, pero aceptan, que el imputable pueda actuar dolosamente o culposamente". (188)

Al respecto, el maestro Fernando Castellanos Tena define a la imputabilidad como "El conjunto de condiciones mínimas de salud y de desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". (189)

Finalmente el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos nos dice:

"Unicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". (190)

Nosotros estimamos que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y un sujeto será imputable en el delito en estudio, cuando al realizar dicha conducta tenga capacidad de conocer y comprender la ilicitud de la misma y autodeterminarse con esa comprensión. Por último, -- sólo cabe aclarar que la imputabilidad tiene su fundamento legal en el artículo 15 fracción II de nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal, y en contrario sensu de lo señalado en esta fracción, un sujeto será imputable cuando al realizar la conducta descrita en el tercer párrafo del artículo 265 del mismo ordenamiento citado, no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con -

(188) Welzel, Hans, citado por Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 190.

(189) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 233.

(190) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 373, 7a. ed.

esa comprensión, aún cuando en los casos en que el propio sujeto haya -
provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

2.9.3 La Inimputabilidad.

La inimputabilidad constituye al aspecto negativo de la imputabilidad.

Respecto a esta face negativa contamos con las siguientes opiniones:

El profesor Francisco Pavón Vasconcelos nos indica:

"La inimputabilidad supone incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión". (191)

Por su parte el penalista Fernando Castellanos Tena nos dice:

"Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquéllas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". --
(192)

Finalmente el tratadista Miguel Angel Cortés Ibarra comenta:

"La inimputabilidad representa el carácter negativo de la imputabilidad: es su antítesis. Elimina el presupuesto de la culpabilidad y, en consecuencia al delito mismo". (193)

Y señala el mismo autor:

"La imputabilidad es capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente; pues bien, cuando esa -

(191) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 375.

(192) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 223.

(193) Cortés Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., Pág. 183.

aptitud psíquica o esa capacidad de comprender la ilicitud de actuar es inexistente por encontrarse gravemente alterada o inmadura, se dice, -- que el sujeto es inimputable y, por lo tanto penalmente irresponsable". (194)

La inimputabilidad tiene su fundamento legal en el artículo 15 fracción II de nuestro Ordenamiento Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra expresa:

"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:
I...

II. Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con una comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

De esta fracción se desprenden dos causas por las que el sujeto puede ser inimputable:

- a) El trastorno mental, y
- b) El desarrollo intelectual retardado.

a) El trastorno mental.

Respecto a esta causa de inimputabilidad, el maestro Fernando Castellanos Tena nos comenta:

"El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes; por lo tanto, al intérprete no le es dable dis

(194) Ibid., Pág. 183.

tinguir. Infiérese que puede operar la inimputabilidad, tanto en un --
trastorno efímero como en uno duradero". (195)

Y comenta el mismo autor:

"Además de los trastornos mentales transitorios o permanentes, ya se se
ñalan a los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, -
que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse -
de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero --
trastorno mental". (196)

Por su parte el penalista Alfonso Reyes Echandia apunta:

"Por trastorno mental ha de entenderse como una alteración psicossomáti-
ca de tal magnitud que impida a quien la padece comprender la ilicitud-
de su conducta o autoregularse de conformidad con dicha comprensión". -
(197)

Y agrega:

"El trastorno mental como fuente de inimputabilidad pudo haber sido cau
sado por muy diversos factores: traumáticos, hereditarios, psicológicos,
orgánicos, lo que importa en el plano jurídico penal no es, entonces el
orígen mismo de la alteración biosfísica sino su contaneidad con el he-
cho realizado la magnitud del equilibrio que ocasionó en la conciencia-
del autor y el nexo causal que permita vincular inequivocadamente el --
trastorno sufrido a la conducta ejecutada". (198)

Finalmente en cuanto a los menores de edad, para la legislación mexicana
es inimputable a una persona que en la fecha en la que comete el delito

(195) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Págs. 226 y 227.

(196) Ibid., Pág. 227.

(197) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 196.

(198) Ibid., Págs. 195 y 196.

no haya cumplido los dieciocho años de edad, en cuyo caso su inimputabilidad depende solamente de su minoridad cronológica y no admite prueba en contrario. Así todos los menores de edad, han quedado al margen de la aplicación de Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores". (199)

Por lo que respecta a nuestro tema de análisis, nosotros estimamos que si puede presentarse alguna de las causas de inimputabilidad de las que citamos en líneas anteriores, toda vez de que un sujeto puede realizar la conducta prevista en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, pero al momento de llevar a cabo dicha conducta, puede actuar bajo un trastorno mental siendo éste -- transitorio o permanente; también puede actuar bajo un desarrollo intelectual retardado como es el caso de los sordomudos o ciegos, o bien -- puede ser una persona menor de edad, es decir, que aún no haya cumplido los dieciocho años de edad que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente, pues en tal situación, el sujeto responde penalmente por el dolo o la culpa en que se hallaba en el momento de colocarse voluntariamente en situación de inimputabilidad respecto del hecho delictivo ejecutado en tal estado.

2.9.4 Formas de culpabilidad.

De acuerdo a nuestro ordenamiento penal las especies o grados de culpabilidad son: Dolo, culpa y preterintención.

(199) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 381.

En el análisis del presente terabajo, solo haremos referencia al dolo, - en virtud de que el tipo previsto en el artículo 265, tercer párrafo, - únicamente puede cometerse dolosamente, pues es inconcebible que un sujeto culposamente (negligencia, imprudencia e impericia) introduzca - un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o - anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo- del ofendido.

En relación al dolo, diversos tratadistas distinguen varias clases.

Siguiendo la postura del destacado maestro Celestino Porte Petit, tene- mos la siguiente clasificación:

- A) En cuanto a su nacimiento
 - a) Dolo inicial o precedente.
 - b) Dolo subsiguiente.

- B) En cuanto a su extensión
 - a) Dolo determinado.
 - b) Dolo indeterminado.

- C) En cuanto a las modalidades de la dirección
 - a) Dolo directo.
 - b) Dolo eventual.
 - c) Dolo de consecuencia necesaria.

- D) En cuanto a su intensidad
 - a) Dolo genérico.
 - b) Dolo específico.

- E) En cuanto a su duración
- Dolo de ímpetu.
 - Dolo simple.
 - Dolo de propósito.
- F) En cuanto a su contenido
- Dolo de daño.
 - Dolo de peligro.
 - Dolo de daño con resultado de peligro.
 - Dolo de peligro con resultado de daño.
- G) En razón a su categoría.
- Dolo principal.
 - Dolo necesario.
- H) En razón a su realización
- Dolo posible.
 - Dolo real. (200)

De las clasificaciones antes expuestas sólo nos abocaremos al estudio - del dolo directo señalado en la letra C) bajo el inciso a); en virtud - de que en nuestra consideración es el único que presenta nuestro tema - de mérito.

En principio diremos en términos generales en que consisten las teorías que explican la naturaleza del dolo.

- Teoría de la Voluntad.

Esta teoría consiste en afirmar que el sujeto obra con dolo cuandoha

(200) Porte Petit Candaudap, Celestino, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Págs. 395 y 396.

tenido el deseo, la intención de producir el resultado.

Lo característico de esta teoría es que el maestro Francisco Carrara se refirió a la intención como el ingrediente necesario que acompaña el -- acto delictivo. (201)

b) Teoría de la Representación.

Esta teoría afirma que el dolo se integra cuando el sujeto se ha re presentado el resultado.

Por lo tanto, el dolo encuentra su naturaleza jurídica en la simple representación mental del evento, o lo que es lo mismo en su previsión. - (202)

c) Teoría de la Representación y de la Voluntad en forma conjunta.

Esta teoría señala que obra con dolo el sujeto que se ha representado el resultado y además lo ha requerido.

La esencia de esta teoría es que se actúa dolosamente quien no solo ha representado el hecho y su significación, sino que además su voluntad - es encaminada directa o indirectamente a la producción del resultado. - (203)

d) Teoría Finalista.

Esta teoría argumenta que el sujeto lleva a cabo un hecho psicológico caracterizado por la intención de producir un resultado.

El dolo tiene su fundamento en el injusto como aspecto subjetivo de la acción. (204)

(201) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 388.

(202) Cfr. Reyes Echandia, Alfonso. Op.Cit., Pág. 208.

(203) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 390.

(204) Cfr. Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 208.

De las teorías antes expuestas, nosotros consideramos correcta la tercera porque ciertamente el sujeto tiene la voluntad de causar un resultado. Una vez ya definida su naturaleza del dolo, diremos que significa el dolo directo que es el que nos ocupa.

Respecto a éste contamos con las siguientes opiniones:

El tratadista Luis Jiménez de Asúa nos dice:

"El dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las -- circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (205)

El penalista Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

"Existe dolo directo cuando la voluntad es encaminada directamente al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado". (206)

Nuestro Código Penal vigente fundamenta al dolo en el artículo 8vo. - - fracción I, y asimismo, lo define en el artículo 9o. en los siguientes términos:

"ARTICULO 9.- Obra intencionalmente el que, conociendo del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

(205) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires. Abeledo Perrot, Sudamericana. 1989. Pág. 365.

(206) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 396.

De las definiciones expuestas, podemos decir, que los elementos del dolo son los siguientes:

a) Un elemento intelectual.

Este elemento consiste en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuricidad, como conciencia del quebrantamiento del deber), y

b) Un elemento emocional o afectivo.

Este elemento consiste en la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado. (207)

El penalista Colombiano Alfonso Reyes Echandia nos comenta al respecto: "Son dos los aspectos o momentos que integran el fenómeno del dolo, a saber: uno cognoscitivo o intelectual y otro volitivo o intencional". (208)

En relación al aspecto cognoscitivo nos señala el mismo autor:

"Tener conocimiento del hecho significa: que el agente conozca la naturaleza de su comportamiento de acuerdo con la descripción que de él hace el legislador en el respectivo tipo legal, y que tenga conciencia de su antijuricidad". (209)

De igual manera, al respecto el elemento volitivo o intencional nos dice lo siguiente:

"No basta la representación mental del resultado de su comportamiento típico y antijurídico para que pueda hablarse de dolo; es necesaria, --

(207) Cfr. Ibid., Pág. 395.

(208) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 209.

(209) Ibid., Pág. 210.

además la voluntad de ocasionarlo, el llamado momento volitivo del dolo. Este aspecto de dolo consiste, pues, en querer el resultado de la propia conducta que se sabe antijurídica". (210)

Y concluye el mismo autor:

"Este querer el resultado de la propia conducta sólo es predicable de los tipos penales de resultado; respecto de los de mera conducta, basta la voluntad del comportamiento, lo que significa que es en ellos suficiente que el agente quiera ejecutar la acción u omisión descritas en el respectivo tipo legal. (211)

En consecuencia concluimos que el tipo previsto en el artículo 265 párrafo tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual es tema de este estudio; sólo puede cometerse bajo la forma de culpabilidad, siendo ésta en forma dolosamente y partiendo de que es un dolo directo como ya lo manifesté en líneas arriba, el dolo contiene un elemento volitivo o intencional lo que es suficiente para comprender que basta la voluntad del sujeto para realizar el comportamiento descrito en el tipo, sumando a éste el elemento cognoscitivo lo que quiere decir que el activo debe conocer las circunstancias de ilícito, querer y aceptar el resultado prohibido por la Ley, lo que significa que el sujeto debe saber que vá a introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en la vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido y, además debe estar consciente de que al realizar dicha conducta está violando una norma prohibitiva y que tiene la voluntad de llevarla a cabo.

(210) Ibid., Pág. 210.

(211) Ibid., Págs. 210 y 211.

Finalmente cabe mencionar que no podría llevarse a cabo una violación - equiparada culposa, pues ésta requeriría no querer realizar la conducta; situación antagónica a la esencia de este tipo.

2.9.5 Causas de Inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad vienen a constituir el aspecto negativo -- de la culpabilidad, y son denominadas también como: causas exculpatorias, causas de exclusión o excluyentes de culpabilidad.

Diversos tratadistas coinciden en el mismo criterio de manifestar que - las causas de inculpabilidad son aquéllas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. (212)

Si se presentare una causa de inculpabilidad, daría lugar que una conducta que fuera típica y antijurídica no constituyera un delito.

La mayoría de los doctrinarios coinciden en que son dos las causas genéricas de exclusión de culpabilidad:

El error, y

La no exigibilidad de otra conducta.

Respecto al error, éste comprende como especies al mismo: error de hecho y de derecho o de prohibición.

El error de hecho se subdivide a su vez en: Esencial e Inesencial o - - Accidental.

En principio, diremos que el error es el falso concepto de algo, que -- uno cree pero no coincide con la realidad.

(212) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 257. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 433.

El penalista Alfonso Reyes Echandia nos dice:

"Por error de hecho, debemos entender la equivocación que versa sobre - uno o cualquiera de los elementos de la conducta descrita en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material". (213)

Error esencial es aquél que incide o recae sobre algo fundamental o básico.

Error accidental o inesencial es cuando algo recae sobre algo que no es fundamental o básico, sino recae en algo meramente accesorio". (214)

Así tenemos que el error accidental o inesencial se divide en:

1. Aberratio ictus (error en el golpe)
2. Aberratio in persona (error en la persona)
3. Aberratio delicti (error en el delito)

Ahora bien, el error de hecho puede ser vencible o invencible. Será -- vencible cuando el sujeto puede removerlo, conocerlo y evitarlo debido a las circunstancias particulares del caso, por tanto, en este caso se excluye el dolo pero no la culpa; y es invencible cuando debido a las - particularidades del caso el sujeto no puede conocerlo ni evitarlo, en consecuencia se estará ante una inculpabilidad. (215)

De lo antes expuesto, nosotros creemos que puede existir la posibilidad de que se presente el error de hecho vencible, toda vez de que puede -- darse el caso de que un sujeto introduzca un elemento o instrumento - -

(213) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit. Pág. 232.

(214) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.Cit., Pág. 258 a 262; Jiménez de Asúa, Luis. Op.Cit., Págs. 239 y 390.

(215) Cfr. Ibid., Págs. 436 y 437.

distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal y crea que está llevando esta conducta con el consentimiento del pasivo, por tanto si hay culpabilidad.

El error es vencible, entonces su proceder sería culposo, pero el tipo en estudio no admite esta forma de culpabilidad.

El error anula el dolo se estaría ante una inculpabilidad.

La no exigibilidad de otra conducta.

Al respecto el ilustre penalista Luis Jiménez de Asúa apunta:

"De la índole normativa de la culpabilidad, que constituye un juicio de reproche, se deduce que cuando no es exigible otra conducta, nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad". (216)

Nuestra Legislación Penal vigente fundamenta a esta causa de inculpabilidad en el artículo 15, fracción VI que a la letra señala:

"Obrar en virtud de... temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista - - otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

De lo que se ve claramente que la Ley denomina como "Temor fundado e irresistible" a esta clase de inculpabilidad y que nosotros conocemos - - comúnmente como violencia moral (vis compulsiva).

Por tanto la operancia del temor fundado e irresistible (vis compulsiva) se fundamenta en la coacción moral del sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente; en consecuencia, la voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del ilícito hace desaparecer la

(216) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 410.

culpabilidad, es decir se trata de una auténtica " no exigibilidad ", - reconocida por nuestro derecho vigente, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de un propio sacrificio.

Sabemos quien realiza un comportamiento típico y antijurídico constreñido moralmente, no es responsable por faltar el elemento primordial -- denominado culpabilidad.

En relación al delito en estudio, estimamos que si se puede presentar - esta causa de inculpabilidad denominada la no exigibilidad de otra conducta, violencia moral (vis compulsiva) o como la consagra nuestro -- Ordenamiento Penal vigente, temor fundado e irresistible; en virtud de que un sujeto puede introducir un elemento o instrumento distinto al -- miembro viril en la vía vaginal o anal sin haber concurrido su voluntad o como ya lo manifesté en líneas atrás no existió el elemento volitivo -- del dolo, es decir, su voluntad fué viciada en este caso por la vis -- compulsiva, ésto significa que a pesar de que el sujeto tuvo conocimiento de su conducta típica y antijurídica no le es reprochable porque su voluntad estuvo viciada; en consecuencia, el sujeto puede ampararse bajo la causa de inculpabilidad denominada " No exigibilidad de otra conducta".

Finalmente creemos innecesario referirnos al error accidental, error de derecho o prohibición (eximentes putativas), así como a la no exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad y obediencia jerárquica), toda vez que son impropiedades en el tipo en estudio.

2.10 LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

2.10.1 La Punibilidad.

Doctrinariamente existe discrepancia si la punibilidad es elemento del-

Por su parte el ilustre autor Francisco Pavón Vasconcelos considera:
 "La punibilidad es un elemento del delito, pero debe distinguirse entre la punibilidad y pena, la primera consiste en la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social; en tanto que la pena será la consecuencia de un delito". (220)

Finalmente Edmundo Mezger expresa:

"La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, ésto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido". (221)

Y señala el mismo autor:

"La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídicas penas del hecho punible, ésto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal". (222)

De las opiniones antes expuestas tenemos: Los tres primeros autores citados consideran negarle el rango de elemento esencial del delito a la punibilidad, tomando como base la definición tetratómica del delito y en virtud de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, nosotros nos adherimos a estas consideraciones y también agregáramos que la punibilidad es consecuencia del delito porque al presentarse las denominadas excusas absolutorias se excluye la pena.

(220) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 453.

(221) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 353.

(222) *ibid.*, Pág. 353.

Sin embargo, estimamos que el razonamiento del maestro Francisco Pavón-Vasconcelos es con gran acierto, toda vez que cada tipo penal contiene un elemento de punibilidad; ésto es una amenaza de pena para el caso de que se cometa el delito y en consecuencia de ello la pena vendría a - - constituir el castigo que se imponga al activo.

En lo que concierne a nuestro tipo de estudio, la punibilidad o amenaza de pena se encuentra contemplada en la descripción del mismo, y que a - la letra dice:

"ARTICULO 265...

.....

.....

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

Como se puede observar claramente el legislador señaló una pena para el sujeto que realice tal comportamiento descrito, sin embargo nosotros -- consideramos que ésta es baja en relación al tipo descrito en el primer párrafo de este mismo artículo (violación propia), en virtud de que - si hacemos una comparación tanto física como psíquica de los dos tipos- resulta de más gravedad la conducta descrita en el tercer párrafo, que- en este caso, se trata de una violación realizada con un instrumento o elemento distinto al miembro viril.

Por lo que creemos conveniente que debe llevarse una reforma en cuanto a la penalidad en este tercer párrafo, imponiendo la sanción que señala

la violación propia o más alta, ya que si bien es cierto el fin del Derecho Penal es readaptar al individuo a la sociedad, se tratará de - - cumplir con éste.

De igual manera consideramos que se debe aumentar la pena, tratándose - de un sujeto pasivo menor de doce años de edad, que no tenga capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta que se ejecuta en su persona o que por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad.

2.10.2 Las Excusas Absolutorias.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Al respecto el penalista Fernando Castellanos Tena expresa:

"Las excusas absolutorias son aquellas causas, que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de - justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del -- delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), - permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. -- (223)

En nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal se señalan las siguientes excusas absolutorias: a) Excusa en razón de mínima - temebilidad; b) Excusa en razón de la maternidad conciente; c) Encubri-

(223) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Págs. 276 y 277.

miento de parientes y allegados; d) Evasión de presos; e) Excusa por -- graves consecuencias sufridas por el delito. (224)

Por su parte, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo apunta:

"En general, podemos decir que se apoyan desde el punto de vista subjetivo en la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela; pero, al mismo tiempo este fundamento puede descomponerse sistemáticamente en -- las siguientes especies: a) Excusas en razón de los móviles efectivos-revelados; b) Excusas en razón de la copropiedad familiar; c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela; d) Excusas en razón de la maternidad conciente; e) Excusas en razón del interés preponderante y f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada". (225)

De lo antes expuesto, podemos concluir que el Estado no sanciona determinados delitos por razones de política criminal, ya que las circunstancias que concurren en el sujeto activo hacen que quede subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, pero por causas personales se excluye la pena.

Por lo que respecta a nuestro tema, nosotros consideramos que no se presenta ninguna excusa absolutoria; es decir, no existe causa alguna por la que se deje de aplicar la sanción establecida en el párrafo tercero de nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 265. pues sería ilógico pensar que por razones de justicia o equidad por una política criminal, se dejara de castigar a un sujeto que introduzca

(224) Cfr. Ibid., Págs. 277 a 279.

(225) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México. Porrúa, S.A. 1982, Pág. 630 14a. ed.

en vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al - -
miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere-
el sexo del ofendido.

C A P I T U L O I I I

3. FASES DEL DELITO "ITER CRIMINIS" Y CONCURSO DE DELITOS.

3.1 ITER CRIMINIS.

Camino en latín se dice Iter Criminis -camino del delito-, que vá desde su ideación hasta su consumación.

Al respecto contamos con las siguientes opiniones:

El penalista Fernando Castellanos Tena nos comenta:

"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". (226)

Por su parte Don Luis Jiménez de Asúa expresa:

"El iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento -- del delito, ésto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él has ta que consigue el logro de sus afanes". (227)

Finalmente el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo nos manifiesta:

El iter criminalis, o sea, según los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, denominaron el "iter criminis" como el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, es decir, el proceso antes de -

(226) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 281.

(227) Jiménez Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 459.

la perpetración de un hecho en la ley como delito. (228)

De las opiniones antes expuestas, se vé claramente que existe unanimidad en la doctrina en el sentido de que el iter criminis es el camino del delito, comprendiendo desde la ideación hasta el agotamiento; por lo tanto, el proceso del mismo queda comprendido en dos fases o momentos como a continuación lo exponemos:

Fase interna	Idea criminosa o ideación
Subjetiva o	Deliberación
psíquica	Resolución

Iter criminis

Fase externa	Manifestación
objetiva o	Preparación
Física	Ejecución (tentativa o consumación) (229)

Una vez señaladas las dos fases o momentos del iter criminis, haremos un breve análisis de las mismas para así poder estar en posibilidades de dar una opinión respecto a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual es tema del presente trabajo.

3.2 Fase Interna.

(228) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Pág. 581.

(229) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 282 y Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Págs. 581 a 583.

Esta etapa del iter criminis como ya lo señalé en líneas arriba, se manifiesta a través de tres momentos.

1. Ideación.

La ideación es el primer período de la fase interna y consiste cuando-- el sujeto concibe, planea, surge en él la idea en su mente de violar, - es decir, de cometer el delito.

Al respecto el maestro Francisco Pavón Vasconcelos comenta:

"El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer el delito. Puede ser que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en un principio, surja nuevamente -- iniciándose la llamada deliberación". (230)

Para el penalista Fernando Castellanos Tena este primer momento surge - cuando:

"En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser -- acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le dá albergue, permanece como idea fija en su mente, y de ahí puede surgir la deliberación". (231)

Por su parte el penalista Jesús Angeles Contreras manifiesta:

"La ideación o idea criminosa surge en la mente como una "tentación" de delinquir. Esta idea puede ser rechazada o admitida por el sujeto y en este último caso surge la deliberación". (232)

Ahora bien, nosotros estimamos que en nuestro tema de mérito si puede -

(230) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. - Parte General. México. Porrúa, S.A. 1978. Pág. 425 4a. ed.

(231) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 282.

(232) Angeles Contreras, Jesús. Op. Cit., Pág. 228.

darse este primer momento (ideación), toda vez, que en un sujeto surge-- en su mente la idea de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido; sin embargo, esta idea puede ser aceptada o rechazada por el agente, si es rechazada la idea es nula, empero si es aceptada surge el segundo momento de la fase internadominada deliberación.

2. Deliberación.

La deliberación es el segundo período de la fase interna y consiste en - esa lucha interna del sujeto si conviene o no cometer el delito.

Para el maestro Jesús Angeles Contreras este segundo momento existe cuando:

"En la meditación o reflexión sobre la idea criminosa, examinando el - "pro" y el "contra". Si se impone el "super yo" constituido por fuerzas positivas morales, religiosas, culturales y sociales exhibitorias a través de la autocensura, la idea criminosa es rechazada; si se impone el - "ello" resultante de fuerzas negativas, la idea criminosa se desarrolla incitando la resolución". (233)

Por su parte el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo expresa:

"El sujeto delibera sobre la posibilidad de su logro, enervado por sus motivos". (234)

Finalmente el penalista Fernando Castellanos Tena señala:

"La deliberación consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en - una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada-

(233) Ibid., Pág. 228.

(234) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Pág. 581.

es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante.-- En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas - morales, religiosas y sociales inhibitorias". (235)

Por lo que a nosotros concierne, respecto al tema en estudio opinamos -- que si es posible que se dé este segundo período de la fase interna y -- consistirá en la meditación que lleve a cabo el sujeto activo sobre la idea surgida en su mente de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia- física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, existiendo una lu- cha interna entre la idea criminosa acogida en su mente y los aspectos - de carácter moral, religioso, social o cultural.

3. Resolución.

La resolución es el tercer período o momento de la fase interna y consis- te en la decisión del sujeto activo de actuar delictuosamente.

Respecto a esta última etapa de la fase interna, contamos con las si- -- guientes opiniones:

El penalista Fernando Castellanos Tena sostiene:

"A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El suje- to, después de pensar lo que vá a hacer, decide llevar a la práctica su- deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al "exterior, sólo existe como propósito en la mente". (236)

Por su parte el autor Jesús Angeles Contreras expresa:

"La resolución corresponde ya a la intención y voluntad de delinquir; --

(235) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 282.

(236) Ibid., Pág. 282.

el sujeto decide llevar a la práctica su idea criminosa; el propósito -- persiste en la mente, aún sin exteriorizarse". (237)

Y en relación al tipo en estudio, nosotros argumentamos que si es dable- que se dé este tercer y último momento de la fase interna del iter crimi- nis, toda vez de que el sujeto ya superó el conflicto entre la idea cri- minosa y los factores que pugnan contra ella, decide llevar a la prácti- ca introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril, en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual - fuere el sexo del ofendido, pero esa decisión no se exterioriza, sólo -- queda como propósito en la psique del sujeto.

Doctrinariamente existe el mismo criterio al sostener que la fase inter- na, subjetiva o psíquica del iter criminis, no tiene trascendencia jurf- dico penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos- o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurfdicamente protegido. Ya el jurista Ulpiano nos decía en su frase célebre "Cogitationis poenam nemo", lo que querfa decir que nadie puede ser penado por sus pensamien- tos, principio que ahora es dominante en las legislaciones penales.(238)

Sobre el particular nos dicen los ilustres tratadistas Francisco Carrara y Raúl Carrancá y Trujillo lo siguiente:

El primero de los autores mencionados comenta:

"El ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del or-- den, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del -- hombre gracias a una coacción eficaz, pero los derechos del hombre no se

(237) Angeles Contreras, Jesús. Op. Cit., Pág. 228.

(238) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 460. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 282.

ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre -- las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos sin cometer abuso, - no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la - tierra corresponde a la autoridad: la tutela del orden interno sólo a - Dios. Y cuando se dice que la Ley Penal no ha de castigar los pensamien - tos se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de -- momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y -- determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución". (239)

El segundo expresa:

"No hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa sobre lo que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso, el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado para refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán sólo por medio de ésta en - incriminable". (240)

En conclusión de los dos tratadistas antes señalados, concluimos que el - solo pensamiento no viene a constituir delito, por lo tanto en nuestro - tema en cuestión es de plena aceptación que puede presentarse esta primera fase interna del iter criminis, toda vez que en un sujeto puede nacer la idea, deliberarla y resolverla, pero mientras no ejecute ningún acto - externo que lesione el interés jurídicamente protegido, tratándose en -- este caso de la libertad sexual; y en razón de que únicamente queda como propósito en la mente del agente de delinquir, entonces dicho pensamien - to no será delito.

(239) Carrara, Francisco, citado por Castellanos Tena, Francisco. Op.- Cit., Pág. 283.

(240) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Pág. 581.

3.3 Fase externa.

La fase externa viene a constituir el segundo período del iter criminis y la misma se compone de tres momentos o fases:

1. Manifestación.

La manifestación es el primer momento que integra la fase externa, objetiva o física del iter criminis y consiste cuando la idea que surge en la mente del activo tiende a realizarse en el mundo exterior, pero sólo como idea o pensamiento exteriorizado.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos dice al respecto:

"En la fase externa el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se juzga insuficiente para ello buscará coordinar sus fuerzas con otras afines: propondrá, inducirá, conspirará. También puede ofrecerse la manifestación de la idea por medio de una confesión espontánea del propósito, para no realizarlo, o bien de esa misma confesión, pero producida para dar a entender que su propósito se realizará en daño de alguien". (241)

Por su parte el autor Jesús Angeles Contreras señala:

"La idea criminosa se exterioriza, surge ya en el mundo de relación. - - Esta manifestación, en general no es criminable, aunque existen algunas figuras de delitos cuyo tipo se agota con una sola manifestación de la idea criminosa". (242)

Por lo que respecta a nuestro tema de mérito, nosotros consideramos que si se puede este primer momento de la fase externa, es decir la manifes-

(241) Ibid., Pág. 582.

(242) Angeles Contreras, Jesús. Op. Cit., Pág. 231.

manifestación de la idea criminosa sobre la que ha deliberado y resuelto ejecutar, consistente en introducir un elemento o instrumento distinto - al miembro viril en vía anal o vaginal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, no obstante a ello, dicha manifestación no es incriminable, habida cuenta que este delito requiere de la realización de la conducta que describe el tipo para que ésta sea punible.

2. Preparación.

La preparación es el segundo momento que integra la fase externa del iter criminis, y son aquéllos que sirven para la ejecución de otros actos.

Sobre este particular contamos con las siguientes opiniones:

Don Luis Jiménez de Asúa comenta:

"Los actos preparatorios se producen después de la manifestación los cuales no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente". (243)

Para el maestro Sebastian Soler, los actos preparatorios son:

"Aquéllas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner - en peligro efectivo un bien jurídico dado". (244)

Por su parte el penalista Fernando Castellanos Tena señala:

"Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no re-

(243) Jiménez de Asúa, Luis, citado por Castellanos Tena, Fernando. -- Op. Cit., Pág. 284.

(244) Soler, Sebastian, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 284.

velan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir". (245)

Finalmente el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo expresa:

"La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales. Aquí puede darse la preparación pu-
tativa, porque los medios no sean realmente aptos para producir la viola-
ción que se hubiera resuelto cometer.

La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equívoco, no puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco, lo que sí es sancionable por considerarse un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa". (246)

De las opiniones antes expuestas, podemos deducir que los actos preparatorios se dividen en:

Actos Equívocos y son aquéllos que admiten varios significados, (por - - ejemplo el sujeto que compra una pistola para su defensa).

Actos Unívocos que vienen a ser aquéllos que tienen un solo significado. Estos actos indican claramente la idea del sujeto (por ejemplo un sujeto compra papel para falsificar billetes). Y por lo que concierne a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal para el -- Distrito Federal, el cual es estudio del presente trabajo, nosotros estimamos que si se puede presentar este segundo momento de la fase externa u objetiva del iter criminis, en virtud de que es dable que en sujeto nazca la idea criminosa, la delibere y asimismo decida resolverla (fase-interna), y posteriormente manifieste en el mundo exterior esa idea criminosa y por último prepare la ejecución del ilícito: sin embargo los --

(245) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 284.

(246) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., Pág. 583.

actos que realice para tal efecto pueden ser equívocos o a menos que se determine que eran unívocos porque se encontraron elementos suficientes para realizar la conducta descrita en el tipo en estudio, en tal situación dicha preparación de ejecución sería impune, toda vez de que el sujeto en ningún momento ha realizado un principio de ejecución que haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado, siendo en este caso la libertad sexual, por tanto su conducta no encuadra dentro de lo que sería una tentativa punible establecida en el artículo 12 de nuestro ordenamiento antes citado.

3. Ejecución (tentativa o consumación).

La ejecución viene a constituir el tercer y último elemento de la fase externa, objetiva o física del iter criminis, por lo tanto serán actos de ejecución aquellos que ponen en movimiento el verbo núcleo del tipo; y se dice que es el momento pleno de ejecución del delito, el cual puede ofrecer dos diversas formas: Tentativa y Consumación. De estas dos formas haremos un breve análisis.

3.4 Tentativa.

Al respecto, exponemos las siguientes opiniones:

El penalista Fernando Castellanos Tena nos dice que por tentativa debe entenderse:

"Los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto".

(247)

(247) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit., Pág. 285.

Y agrega el mismo autor:

"En la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate". (248)

Por su parte el penalista Francisco Javier Ramos Bejarano define a la tentativa como:

"La ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes del querer del agente". (249)

Para el ilustre Luis Jiménez de Asúa la tentativa debe definirse como:

"La ejecución incompleta de un delito". (250)

Finalmente el autor Jesús Angeles Contreras nos señala:

"En la tentativa existe ya un principio de ejecución, diferenciándolos de los "actos preparatorios" en que en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo delictivo". (251)

De las opiniones antes expuestas concluimos como elementos de la tentativa los siguientes:

- a) Querer y voluntad de cometer un delito.
- b) Una conducta (acción u omisión) que deberfa producirlo o evitar el delito.
- c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

(248) Ibid., Pág. 285.

(249) Ramos Bejarano, Francisco Javier, citado por Castellanos Tena,-- Fernando, Op. Cit., Pág. 285.

(250) Jiménez de Asúa, Luis, citado por Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 285.

(251) Angeles Contreras, Jesús, Op. Cit., Pág. 232.

Si concurren estos tres elementos, estaremos ante una tentativa y ésta - será punible, su fundamento legal lo encontramos en el artículo 12 primer párrafo de nuestro Ordenamiento Penal vigente para el Distrito Federal, - que a la letra expresa:

"ARTICULO 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que deberfa producirlo u omitiendo la que deberfa evitarlo, si aquél no se consuma por causas - - ajenas a la voluntad del agente".

Tratándose de nuestro tema de mérito, estimamos que si se puede presentar la tentativa cuando un sujeto ejecute voluntariamente una conducta - que deberfa producir un delito y no se consuma el delito por causas ajenas a su voluntad.

3.5 Formas de la tentativa.

La tentativa puede ser:

3.5.1 Tentativa acabada o conocida como delito frustrado.

Nos comenta el autor Gustavo Malo Camacho lo siguiente:

"La tentativa acabada existe cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad". (252)

Del mismo criterio es el penalista Fernando Castellanos Tena al señalar: "Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce-

(252) Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del delito. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1971, Pág. 13. 1a. ed.

por causas ajenas a su voluntad". (253)

Por su parte el penalista alemán Johannes Wessels expresa:

"La tentativa es acabada cuando el autor ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado típico". (254)

De las definiciones anteriores, podemos concluir como elementos de la tentativa acabada los siguientes:

- a) La intención del agente de cometer un ilícito.
- b) La realización total de todos los actos de ejecución.
- c) La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Aplicando estos tres elementos al delito en estudio, diremos que habrá tentativa acabada cuando un sujeto quiera introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido y lleve a cabo una total realización de los actos, de ejecución no logrando la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad.

Por otra parte, en la tentativa acabada puede presentarse el arrepentimiento pero no el desistimiento. Habrá arrepentimiento cuando el sujeto impide la consumación del delito por mutuo propio, después de haber ejecutado todos los actos que hubieran consumado el delito.

Al respecto nos comenta el ilustre penalista Francisco Pavón Vasconcelos lo siguiente:

(253) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 287.

(254) Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. (Trad. de la 6a. ed., alemana de 1976 por Coronado A. Finzi), Depalma, 1980, Pág. 112.

"El arrepentimiento activo o eficaz es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez logrado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado". -- (255)

De lo antes mencionado, podemos concluir que el arrepentimiento activo o eficaz en su modalidad de tentativa acabada sólo puede presentarse en -- los delitos de resultado material, no así en los mera conducta. en virtud de que para que pueda presentarse el arrepentimiento, tiene que existir la posibilidad del resultado material.

En consecuencia son elementos del arrepentimiento activo o eficaz:

- 1.- Querer el resultado.
- 2.- Una total ejecución de los actos productores del resultado.
- 3.- No consumación del delito por voluntad del propio agente.(256)

El arrepentimiento eficaz o activo tiene su fundamento legal en lo establecido en el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra expresa:

"ARTICULO 12.-

.....

Si el sujeto... espontáneamente...impide la consumación - del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere..."

3.5.2 Tentativa inacabada.

Respecto a esta forma de tentativa contamos con las siguientes opiniones:

(255) Pavón Vasconcelos, Francisco. citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 287.

(256) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 287.

Para el jurista alemán Johannes Wessels la tentativa inacabada se presen
ta cuando:

"El autor no ha hecho todo o cree no haber hecho todo lo que, según su -
representación del hecho, es necesario para su consumación". (257)

De la misma opinión es el penalista Edmundo Mezger al señalar:

"El autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario que hiciera de -
acuerdo a su proyecto". (258)

Por su parte el penalista Fernando Castellanos Tena sostiene:

"En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos --
tendientes a la producción del resultado, pero por causa extrañas, el --
sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una -
incompleta ejecución". (259)

Y agrega el mismo autor:

"La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para
la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del
sujeto". (260)

De las opiniones antes señaladas, se desprenden como elementos de la ten
tativa inacabada los siguientes:

- a) La intención del sujeto de querer cometer un delito.
- b) Un inicio de ejecución de un hecho ilícito.
- c) La no consumación del ilícito por causas ajenas a la voluntad
del sujeto.

(257) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 184.

(258) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 291.

(259) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 287.

(260) Ibid., Pág. 287.

Aplicando estos tres elementos al delito previsto en el artículo 265 tercer párrafo de nuestro Ordenamiento Penal vigente para el Distrito Federal, el cual es tema del presente trabajo, diremos que se puede presentar la tentativa inacabada cuando el sujeto tenga la intención de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido; y, asimismo lleve a cabo un principio de ejecución, es decir, que realice aquellos actos los cuales sean suficientes para lograr el resultado querido y no se consume el delito por causas ajenas a su voluntad.

Puede acontecer que el sujeto deje de realizar el último o los últimos--actos de ejecución por causas propias, entonces estaremos ante un desistimiento, el cual opera como eximente de la pena.

Respecto al desistimiento comenta Edmundo Mezger lo siguiente:

"El desistimiento consiste en abandonar las acciones ulteriores necesarias para terminar el hecho. El desistimiento es espontáneo cuando el autor ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución, por circunstancias independientes de su voluntad". (261)

Por su parte, el autor alemán Johannes Wessels expone:

"En la tentativa inacabada no procede la punibilidad del autor, si éste abandona espontáneamente la ulterior ejecución del hecho". (262)

Acorde con el punto de vista de los dos autores antes citados, diremos que los elementos de la tentativa desistida son:

(261) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 292.

(262) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 185.

- 1.- Querer el resultado.
- 2.- Un principio de ejecución.
- 3.- La no realización del último acto (s) de ejecución por voluntad propia del agente.
- 4.- La no consumación del delito.

Ahora bien, en lo que concierne al tema en estudio, nosotros consideramos que estaremos en presencia de un desistimiento en la tentativa inacabada cuando concurren los cuatro elementos que señale con antelación, es decir, cuando el agente quiera cometer el delito, inicie actos de ejecución idóneos e inequívocamente dirigidos a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, empero el agente desiste espontáneamente de la ejecución del último acto dando lugar a la no consumación del delito, por lo tanto no se impondrá pena o medida de seguridad por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos, como lo señala el artículo 12, párrafo tercero del mismo ordenamiento punitivo ya citado.

3.6 Delito Imposible.

a) Delito imposible.

El jurista alemán Johannes Wessels nos dice que el delito imposible o la tentativa inidónea como él la llama se da cuando:

"La ejecución de la decisión de cometer el hecho no puede producir, en contra de la representación del autor, por razones de hecho o jurídicas, la realización completa del tipo objetivo de lo injusto. Esto ocurre en caso de que el autor no reconozca la idoneidad del sujeto, del objeto -- del hecho o del medio para llevarlo a cabo". (263)

(263) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 180.

Por su parte, el penalista Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

"El delito es imposible por inexistencia del objeto cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea un "elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente". (264)

Finalmente el tratadista Colombiano Alfonso Reyes Echandía apunta:

"El delito imposible debe ubicarse como causal de atipicidad, dado que - si la conducta del autor es idónea para producir el resultado previsto - en el tipo legal o si se verifica sobre objeto material inexistente, en una y otra hipótesis tal comportamiento no encuadra en la descripción -- típica". (265)

De las opiniones transcritas, tenemos que las características del delito imposible, radica en que el delito no se consuma debido a la idoneidad de los medios empleados para alcanzar el fin propuesto por el sujeto, o bien a la inexistencia del objeto jurídico (bien jurídico tutelado) o -- material (real y personal).

Acorde con lo anterior, nosotros estimamos al igual que el connotado penalista Colombiano Alfonso Reyes Echandía que en el tipo de mérito más -- que un delito imposible, se trata de una causa de atipicidad cuando el -- sujeto realice la conducta descrita en el párrafo tercero del artículo -- 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consistente en introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, toda vez que -- si los medios utilizados no son la violencia física o moral que exige el

(264) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 442.

(265) Reyes Echandía, Alfonso. Op. Cit., Pág. 127.

tipo o que tal comportamiento no se realice sobre una persona, por tanto se estará ante una atipicidad y no ante un delito imposible.

3.7 Delito Putativo.

Sobre el delito putativo o imaginario como los doctrinarios lo llaman, - contamos con las siguientes opiniones:

El penalista Fernando Castellanos Tena manifiesta:

"En el delito putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe. No existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria; el sujeto cree erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente". (266)

Y agrega el mismo autor:

"El delito putativo como no es delito no puede sancionarse en grado de - tentativa ni de supuesta consumación". (267)

Por su parte el alemán Johannes Wessels argumenta:

"En el delito putativo, el autor cree erróneamente que su conducta cae - bajo una norma prohibitiva, la que sólo existe en su imaginación o que - extiende excesivamente en perjuicio suyo a causa de una interpretación - falsa (error de prohibición, de subsunción o acerca de la punibilidad -- invertido)". (268)

De acuerdo con las opiniones sustentadas por los penalistas citados, con sideramos que no se debe de hablar de un delito putativo, en virtud de - que dicha norma no está prevista como delito en la Ley Penal, entonces-- estaríamos ante una ausencia de tipo.

(266) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 288.

(267) Ibid., Pág. 288.

(268) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 181.

3.8 Consumación.

La consumación viene a constituir el último momento en el iter criminis o camino que recorre el delito.

Al respecto, comenta el maestro Fernando Castellanos Tena lo siguiente: "Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal". (269)

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa nos dice:

"La consumación se refiere al delito perfecto y éste no es definido por los Códigos Penales en la parte general; pero se entenderá por delito -- perfecto aquél que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal". (270)

Y argumenta el mismo autor:

"Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente -- realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice -- que el delito se encuentra consumado". (271)

Finalmente, el ilustre maestro Francisco Carrara dice que la consumación consiste en:

"Haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado". (272)

Con apoyo en los autores citados, podemos concluir que el tipo en estudio, estará consumado o perfeccionado, cuando la ejecución del sujeto -- reúna todos y cada uno de los elementos del delito previsto en el párra-

(269) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 205.

(270) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 492.

(271) Ibid., Pág. 492.

(272) Carrara, Francisco, citado por Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 492.

fo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito -- Federal.

3.9 Concurso de delitos.

El concurso de delitos, constituye una de las formas de aparición del -- delito.

A veces, el delito es único, consecuencia de una sola conducta, pero pue den ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo - sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varios delitos; a tal situación se le dá el nombre de concurso, sin duda porque en la misma pena concu-- rren varias autorías delictivas.

Por tanto, la teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de un juicia miento jurídico-penales frente a un solo delito y de la pluralidad de -- delitos. (273)

3.10 Formas del Concurso de delitos.

El concurso de delitos puede darse mediante dos formas:

Formas que analizaremos a continuación.

3.10.1 Concurso ideal o formal.

Se dice que existe un concurso ideal o formal cuando hay unidad de acción y pluralidad de resultados.

Sobre este particular nos dice el penalista Colombiano Alfonso Reyes - - Echandia lo siguiente:

(273) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 301.

"Se dá el concurso ideal o formal cuando un mismo comportamiento humano se subsume simultáneamente en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí". (274)

Por su parte el maestro Fernando Castellanos Tena expresa:

"En este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal -y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto- se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho". (275)

Con apoyo a las opiniones de los autores citados, podemos decir que lo fundamental del concurso ideal o formal radica en que con una misma conducta un sujeto comete diferentes delitos.

El concurso ideal o formal tiene su fundamento legal en el artículo 18, primera parte de nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito -- Federal, que a la letra reza:

"ARTICULO 18. Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se -- cometen varios delitos..."

En la doctrina existe un criterio uniforme en el sentido de que el con-- curso ideal o formal se divide en:

- a) Concurso ideal o formal homogéneo.
- b) Concurso ideal o formal heterogéneo.

(274) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 143.

(275) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 301.

a) El concurso ideal o formal homogéneo se presenta cuando con una conducta se violan varias disposiciones penales iguales y compatibles entre sí.

Se señalan como requisitos de esta figura:

1. Una conducta,
2. Varias lesiones jurídicas, y
3. Compatibles entre sí. (276)

En nuestro parecer al tipo en análisis, creemos que no puede darse la figura del concurso ideal o formal homogéneo, en virtud de que un sujeto al realizar la conducta prevista en el artículo 262, tercer párrafo del Código Penal vigente para el Distrito Federal, únicamente lesiona un bien jurídicamente protegido, que en este caso se trata de la libertad sexual, y en caso de que llegue a lesionar otro bien, éste no será compatible entre sí.

b) Concurso ideal o formal heterogéneo:

Esta figura se presenta cuando con una conducta se producen varias lesiones jurídicas distintas entre sí.

Se establecen como requisitos de esta figura los siguientes:

1. Una conducta (acción u omisión),
2. Varias lesiones jurídicas y
3. Diferentes entre sí.

Nuestro punto de vista con respecto al delito en estudio, consideramos -- que sí puede presentarse la figura en el concurso ideal o formal, toda -- vez, que al realizarse la conducta que prevé el artículo 265, tercer pá--

(276) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal.- Parte General. México, Trillas 1990, Pág. 820.

rrafo de la Ley Penal, se pueden lesionar bienes jurídicos distintos, - - ejemplo: (violación y contagio venéreo).

3.10.2 Concurso real o material.

Sobre esta figura el penalista Francisco Pavón Vasconcelos apunta:

"Existe concurso real de delitos cuando una misma persona realiza dos o - más conductas independientes que impiden cada una la integración de un -- delito cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído senten- cia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguir-- los no está prescrita". (277)

Por su parte el destacado autor Fernando Castellanos Tena señala:

"Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes - sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al -- llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo, tratán-- dose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con rela- ción a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo, cometidos por un mismo sujeto)". (278)

Finalmente Alfonso Reyes Echandia dice:

"Esta modalidad se presenta cuando varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de - violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadra en varios tipos penales o en varias veces en el mismo tipo". (279)

(277) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 530.

(278) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 306.

(279) Reyes Echandia, Alfonso. Op. Cit., Pág. 143.

El concurso real o material, tiene su fundamento legal en el artículo 18, en su segunda parte del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra señala:

"ARTICULO 18.-..... Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

De igual manera, el concurso real o material se divide en:

- a) Concurso real o material homogéneo.
- b) Concurso real o material heterogéneo.

a) El concurso real o material homogéneo.

Sobre este tipo de concurso el penalista Alfonso Reyes Echandia argumenta: "El concurso real o material homogéneo se presenta cuando los delitos cometidos por el mismo sujeto son de la misma especie, o por mejor decir, cuando sus conductas se subsumen dentro de una misma categoría de tipos (básicos o especiales)". (280)

Se establecen como requisitos del concurso real o material homogéneo los siguientes:

1. Unidad del sujeto activo.
2. Pluralidad de conductas.
3. Pluralidad de adecuaciones a un mismo tipo penal." (281)

b) El concurso real o material heterogéneo.

Esta figura se presenta cuando los delitos perpetrados son de distinta especie; es decir, cuando se encuadran en diversos tipos penales.

(280) Ibid., Pág. 145.

(281) Cfr. Ibid., Pág. 146.

Los requisitos de este tipo de concurso real o material son los siguientes:

1. Unidad de sujeto activo.
2. Pluralidad de conductas.
3. Pluralidad de adecuaciones a tipos distintos.

Nosotros opinamos que en el tipo analizado si puede presentarse el concurso real o material heterogéneo, en virtud de que un sujeto puede cometer la conducta ilícita que nos ocupa y puede además cometer otros delitos, siendo éstos diferentes y también distintos los bienes jurídicamente tutelados, por ejemplo: (un sujeto primero roba a una persona, después le produce lesiones, posteriormente la viola y finalmente la mata).

CAPITULO IV

4. AUTORIA Y PARTICIPACION.

4.1 TERMINOLOGIA.

La autorfa y la participación constituyen también una de las formas especiales de aparición del delito.

No existe un criterio uniforme en la doctrina respecto a esta forma de aparición del delito, las denominaciones que ha tenido son las de: participación, concurso de personas en el delito, pluralidad de delincuentes, autorfa, participación y codelincuencia. (282)

Nosotros consideramos que es difícil encontrar un término genérico que abarque ambas figuras, es por eso que hemos decidido llamar a esta forma especial de aparición del delito "Autorfa y Participación".

Respecto a esta forma de aparición del delito, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

"En un sentido amplio, a la concurrencia de personas en el delito se le llama "participación", pero en un sentido estricto, participación es solo la concurrencia de quienes participan sin ser autores. Este doble sentido de la palabra "participación", obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito". (283)

(282) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., Pág. 857.

(283) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 601.

Para el autor citado, la participación en sentido amplio, abarca tanto a los autores, instigadores y cómplices; y, en sentido estricto, comprende sólo a los instigadores y cómplices.

4.2 Autor inmediato.

El autor inmediato es una de las formas de la autoría, algunos tratadistas la denominan también autor directo o material.

Respecto a esta forma de autoría contamos con las siguientes opiniones:

El penalista alemán Johannes Wessels expone:

"Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente". (284)

Por su parte el autor Sebastian Soler afirma:

"Autor inmediato es el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva". (285)

Finalmente el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni señala:

"Es autor directo el que realiza personalmente la conducta típica, aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza la conducta". (286)

La autoría inmediata, directa o material tiene su fundamento legal en el artículo 13, fracción II del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra reza:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

I.....

II. Los que realicen por sí;"

Con apoyo a los puntos de vista de los autores citados, será autor inme-

(284) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 156.

(285) Soler, Sebastian, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. - Págs. 463 y 464.

(286) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 609.

diato, directo o material en el delito de análisis el sujeto que realice personalmente la conducta consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido; y ante esta situación se dice, que el autor estuvo en condiciones de acuerdo a su voluntad de evitar o no dicha conducta ilícita, por lo tanto es responsable del delito en términos del artículo 13, fracción II de la Ley Sustantiva Penal.

4.3 Coautor.

El coautor también es otra de las formas de la autoría.

Sobre este particular dice el maestro Francisco Pavón Vasconcelos lo siguiente:

"El coautor al igual que el autor, es quien realiza la actividad conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley. Indebidamente se habla de coautor, pues éste, en rigor técnico es un autor. Por ello Sauser define a la actividad de los coautores como "la ejecución" común concientemente". (287)

Para el tratadista alemán Johannes Wessels la coautoría es:

"La comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración conciente y querida". (288)

Y agrega el mismo autor:

"Sólo puede ser coautor quien viene al caso como autor idóneo del hecho punible correspondiente y, al llevar a cabo el tipo, realiza en su perso

(287) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 464.

(288) Wessels, Johan. Op. Cit., Pág. 157.

na las intenciones especiales mencionadas en la ley, por ejemplo, la intención de apoderamiento". (289)

Por su parte el jurista Edmundo Mezger expone:

"Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, ésto es, en cooperación conciente y querida. A cada uno de ellos se le imputará el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado al hecho, ni muy especialmente el punto a que se haya llegado la realización personal del mismo". -- (290)

De los puntos de vista con antelación, se observa claramente que la característica esencial de la coautoría estriba en que varios sujetos deben actuar como autores en la comisión del delito; sin embargo, puede suceder que cada uno de los coautores desarrolle de manera integral y simultáneamente la misma conducta típica, en este caso estaremos en presencia de una coautoría propia, y se estará ante coautoría impropia cuando un mismo acontecimiento típico es realizado conjuntamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como propio.

El fundamento legal de la coautoría lo encontramos en el artículo 13, -- fracción III de la Ley Sustantiva Penal, que a la letra dice:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito.

I.....

II.....

III. Los que lo realicen conjuntamente".

(289) Ibid., Págs. 157 y 158.

(290) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 311.

La coautoría si puede presentarse en el tipo en estudio, de acuerdo a la opinión sustentada por Hans Heinrich Jescheck, quien afirma que "En una violación en la que uno de los intervinientes aplica la violencia mientras el otro realiza el acto sexual, ambos son coautores". (291)

Opinión contraria es la que sostiene Edmundo Mezger al señalar que "La coautoría aparece excluida de los delitos de propia mano, pues este delito, precisamente a causa de su exigencia de una realización personal del tipo conjunto, excluye la realización en común". (292), opinión que compartimos pero no obstante a ello, estimamos que en el tipo previsto en el artículo 265, tercer párrafo del Código Penal si se puede presentar la figura de la coautoría, toda vez que si un sujeto introduce un elemento o instrumento por la vía vaginal y otro por la vía anal, ambos son coautores. Por lo tanto, es nuestro punto de vista si un sujeto lleva a cabo dicha conducta ilícita (introducir un elemento o instrumento) y otro colabora en el delito aplicando la violencia física o moral, su contribución es la de un cómplice.

4.4. Autor Mediato.

El autor mediato al igual que el inmediato, es una forma de autoría. Algunos autores la denominan autoría indirecta, autoría de mano ajena o autor tras el autor. (293)

Para el jurista alemán Edmundo Mezger autor mediato es:

"El que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente el tipo de un hecho - - -

(291) Jescheck Hans, Heinrich, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación. Op. Cit., Pág. 78.

(292) Mezger, Edmundo, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., Pág. 881.

(293) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 608.

punible". (294)

Por su parte, el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni apunta:

"El autor mediato es el que realiza, quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o injustificadamente".- (295)

Finalmente el penalista Francisco Pavón Vasconcelos nos dice:

"Autor mediato se denomina como tal al que para realizar el delito se va le, como ejecutor material de una persona exenta de responsabilidad, -- bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable". (296)

El autor mediato tiene su fundamento legal en el artículo 13, fracción - IV de la Ley Sustantiva Penal que al pié de la letra indica:

"ARTICULO 13.- Son responsable del delito.

I....

II...

III...

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;"

Como ya lo manifesté en líneas anteriores, el tipo en estudio es un deli to de propia mano, ésto es que la conducta se realice personalmente por el sujeto, por lo tanto no admite la autoría mediata, ya que es imposi-- ble la ejecución del delito por otra persona.

Sobre este particular contamos con las siguientes opiniones:

El penalista Johannes Wessels apunta:

(294) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 309.

(295) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 608.

(296) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 463.

"La autoría mediata también resulta excluída en los delitos de propia -- mano". (297)

Por su parte Reinhart Maurach sostiene:

"La autoría mediata es imposible en los delitos de propia mano". (298)

Con base a las opiniones transcritas se reafirma lo señalado en el senti do de que es imposible la autoría mediata puede darse en el tipo en aná lisis dada la naturaleza del delito de propia mano.

4.5 I n s t i g a d o r .

El instigador es una de las formas de participación. Algunos autores lo denominan también determinador o autor intelectual.

Respecto a esta forma de participación tenemos los siguientes comentarios:

Para el tratadista Luis Jiménez de Asúa instigador es:

"El que induce o determina a otro a cometer el hecho". (299)

Por su parte el jurista alemán Edmundo Mezger apunta:

"Instigador es un hecho punible, es el que hace surgir en otro, con vo-- luntad de instigador, la resolución de cometer un hecho y dá lugar, de - tal manera a que cometa el hecho como autor". (300)

Finalmente el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

"Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un - injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigador (autor) debe- ser una conducta típica y antijurídica". (301)

(297) Wessels, Johannes. Op. Cit., Pág. 161.

(298) Mourach,Reinhart, citado por Porte Petit Candaudap,Celestino.Pro-- grama de Derecho Penal. Parte General.Op. Cit., Pág. 890.

(299) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 507.

(300) Mezger, Edmundo. Op. Cit., Pág. 313.

(301) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 632.

Instigador, determinador o autor intelectual tiene su fundamento legal - en el artículo 13, fracción V de nuestro Ordenamiento Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra establece:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

I.....

II....

III...

IV....

V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;"

Con apoyo a los puntos de vista de los autores antes citados, podemos -- señalar como elementos de la instigación los siguientes:

1. Determinar un sujeto a otro,
2. Dolosamente, y
3. A la comisión de un delito.

1. Determinar un sujeto a otro.

El instigador puede actuar sobre el ejecutor material mediante las si- - guientes formas:

a) La orden.

Que viene a ser la imposición que hace un superior jerárquico a su - inferior para que lleve a cabo determinada conducta.

b) El mandato.

Es cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva - utilidad y provecho de quien encomienda.

c) Coacción.

Es cuando un sujeto emplea violencia moral sobre otra persona para -

así de esa manera actúa conforme a sus deseos.

d) Consejo.

Es la instigación que se hace alguno para inducirlo a cometer un -- delito que le beneficiará.

e) Convenio o asociación.

Es el pacto realizado entre dos o más personas para realizar una -- conducta ilícita para utilidad común o respectiva de todos. (302)

2. Dolosamente.

Sobre este elemento de la instigación nos comentan los siguientes autores:

Para el penalista Francisco Pavón Vasconcelos el dolo en la instigación -- comprende:

"La representación y la voluntariedad de que se hace surgir en otro la -- resolución de cometer el acto y de que el resultado se produce por ese -- " otro " como un autor plenamente responsable". (303)

Y agrega el mismo autor:

"El alcance del concepto anterior está en relación a la idea de la insti -- gación como causación dolosa del resultado, cuando se hace surgir en -- otro la resolución de delinquir. es decir, de expresar su conducta y pro -- ducir el resultado como autor plenamente responsable, de manera tal que -- si no hay responsabilidad plena en el sujeto ejecutor material del hecho -- no puede hablarse propiamente de instigación, sino de autoría mediata".- (304)

(302) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 458.

(303) Ibid., Pág. 459.

(304) Ibid., Pág. 459.

Por su parte el maestro Eugenio Cuello Calón expresa:

"La inducción ha de ser intencional, el inductor, como el autor material ha de tener conocimiento de las circunstancias del hecho así como de la ilicitud del acto que induce". (305)

En fin, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni argumenta:

"La instigación es dolosa, pero como se trata de una tipicidad accesoria, el dolo del instigador está necesariamente referido al dolo del autor, - aunque se distingue del mismo; el dolo de instigación es el querer que - otro realice solosamente el tipo. La instigación debe tener por resultado haber decidido el autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya -- está decidido a realizarlo, no puede haber instigación. La contribución que se hace cuando el autor está ya decidido, aportando ideas para la -- realización, es cooperación o complicidad psíquica". (306)

3. A la comisión de un delito.

El instigador debe determinar dolosamente a otra persona para que realice una conducta ilícita.

De acuerdo a lo antes expuesto, nosotros estimamos que la instigación -- como una forma de la participación si es posible que pueda presentarse - en el tipo previsto en el artículo 265, tercer párrafo de la Ley Sustantiva Penal vigente en el Distrito Federal, en virtud de que un sujeto -- puede determinar dolosamente a otro para que realice dicha conducta que prevé tal precepto; y, para efectos de la pena ordinariamente se equipara al instigador con el autor material.

(305) Cuello Calón, Eugenio. citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., Pág. 900.

(306) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Págs. 663 y 664.

4.6 C ó m p l i c e .

El cómplice constituye otra de las formas de la participación.

Sobre esta figura nos dicen los siguientes autores:

Para el tratadista Luis Jiménez de Asúa, el cómplice es:

"El que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que -- favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario".

(307)

Al respecto el profesor Francisco Pavón Vasconcelos señala:

"Complicidad consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo". (308)

Finalmente el penalista Eugenio Raúl Zaffaroni comenta:

"Cómplice es quien auxilia o coopera dolosamente al injusto doloso de -- otro. La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, - incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro, también sea cómplice". (309)

El cómplice tiene su fundamento legal en el artículo 13 fracción VI del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a la letra establece:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

I.....

II....

III...

IV....

V.....

(307) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit., Pág. 509.

(308) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 464.

(309) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. Págs. 636 y 637.

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro --
para su comisión.

De las opiniones antes sustentadas, así como lo señalado en el artículo de referencia, se observa claramente que la complicidad en su aspecto -- objetivo exige doble elemento:

- a) Un auxilio al delito o una cooperación.
- b) La ejecución del delito por otro.

Nuestro punto de vista con respecto al tema en estudio, consideramos que si se puede presentar la complicidad, en virtud de que un sujeto puede - auxiliar o cooperar a otro dolosamente en la comisión del delito, consistente en la introducción de un instrumento o elemento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido, por ejemplo:

Edgar introduce un instrumento a Galia por vía vaginal, mientras Manuel utiliza la violencia moral; por tanto Manuel debe ser considerado como - cómplice, en virtud de que coopera objetivamente en la comisión del delito cometido por Edgar.

4.7 A u x i l i a d o r .

El auxiliador es otra de las formas de participación.

Doctrinariamente al auxiliador se le conoce como auxiliador subsequens y es aquel sujeto que participa prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido el delito. (310)

Al respecto el tratadista Luis Jiménez Asúa expone:

"En el auxiliador existe nexo causal con la ejecución del delito. Y es-

(310) Cfr. Jiménez de Asúa. Luis. Op. Cit., Pág. 509.

que a pesar de que los actos son subsiguientes, la promesa es previa. - Se trata por tanto, de una actividad anterior al delito en la que es - - probable que se haya amparado el autor, que sin esa esperanza de facilidad en la fuga, por ejemplo, no se hubiere lanzado en la ejecución del crimen. Se trata pues, de conducta previa; y, por ello nos encontramos en presencia de cómplices y no de encubridores". (311)

El auxiliador tiene su fundamento legal en el artículo 13, fracción VII- de nuestro ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal que a la letra señala:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

I.....

II.....

III....

IV.....

V.....

VI.....

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito;"

En nuestra opinión el auxiliador si puede presentarse en el delito de -- mérito, toda vez que un sujeto puede auxiliar en cumplimiento de una promesa previa a la persona que ha realizado la conducta que prevé el artículo 265, tercer párrafo de nuestro ordenamiento penal vigente para el - - Distrito Federal.

4.8 Encubridor .

(311) Ibid., Pág. 509.

Inicialmente el encubridor fué contemplado en el artículo 13, fracción VII, como una de las formas de participación en los siguientes términos:

"ARTICULO 13.- Son responsable del delito:

.....

VII. Los que en casos previstos por la ley, auxiliien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictiva".

A partir de la reforma de 1983 a la fracción VII del citado artículo, al encubrimiento se le consideró como una figura autónoma, en virtud de que es una conducta realizada posterior a la ejecución del delito. (312)

La reforma quedó en los siguientes términos:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

.....

VII. Los que con posterioridad a su ejecución al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;".

Como se observa claramente la fracción VII del artículo 13 antes de la reforma no hacía referencia a la promesa anterior a la ejecución del delito, lo que actualmente sí, dando lugar a figura del auxiliador subsequens, y por otro lado dió lugar al encubrimiento como un tipo autónomo y no como una forma de participación.

Sobre este particular nos comentan los siguientes tratadistas:

El penalista Francisco Pavón Vasconcelos apunta:

"La aplicación del principio de la causalidad, base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos --

(312) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 295.

adoptado, excluye el encubrimiento, pues el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea en forma directa o indirecta, de ahí que el encubrimiento se construya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos del Código". (313)

Y agrega el mismo autor:

"Los actos posteriores sólo pueden surgir cuando el acto del partícipe se encuentra necesariamente ligado a la ejecución del propio delito, de tal manera que integra condición causal del mismo, siendo ésta la razón para excluir los actos posteriores al delito que no hayan constituido un factor en su realización". (314)

Por su parte el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

"Sólo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado, cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y sólo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de alguno de los supuestos típicos de encubrimiento". - - (315)

Finalmente, Fernando Castellanos Tena señala:

"Si se considera a la participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquélla, -- salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente". ()

(313) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., Pág. 470.

(314) Ibid., Pág. 471.

(315) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit., Pág. 626.

(316) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., Pág. 295.

Con lo manifestado por este último autor citado, se hace la siguiente - reflexión:

Creemos que el maestro Fernando Castellanos Tena está en un error, en - el sentido de señalar que el encubrimiento será una forma de participa- ción cuando la acción posterior al delito haya sido acordada previamen- te ya que nuestra ley sustantiva penal es bien clara respecto a este -- caso al contemplarla como un auxiliador o como lo denomina la doctrina- auxiliador subsequens en su artículo 13, fracción VII, por lo tanto no- puede ser un encubrimiento como lo afirma dicho autor.

El encubrimiento tiene su fundamento legal en el artículo 400 del Códig- o Penal vigente para el Distrito Federal.

De lo antes expuesto, nosotros concluimos que el encubrimiento como fi- gura autónoma si puede presentarse en el tipo que nos ocupa, en virtud- de que un sujeto puede prestar auxilio o cooperación de cualquier espe- cie al autor del delito, consistente en la introducción de un instrumen- to o elemento distinto al miembro viril por medio de la violencia ffsí- ca o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, por acuerdo posterior- a la ejecución del citado delito. Siendo esta conducta un supuesto tí- pico de encubrimiento que establece el artículo 400, fracción II de la- ley sustantiva penal vigente para el Distrito Federal.

4.9 * Datos Estadfsticos

En los años de (1989 y 1990), la Procuraduría General de Justicia del - Distrito Federal a través de su Instituto de Formación Profesional y de las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales como son: las delegacio- nes de Coyoacán, Miguel Hidalgo y Venustiano Carranza, realizaron diver- sos estudios en relación al delito de violación.

Los resultados fueron obtenidos mediante dos exámenes, uno social y otro médico que fueron realizados directamente a las víctimas que se presentaron a denunciar por sí o por interpósita persona, siendo éstos los siguientes:

- En el año de 1989 se recibieron 1,434 denuncias, y en el año de 1990 2,434.
- El 90% de las víctimas son mujeres, lo que significa que se encuentra que muy pocos varones son sujetos pasivos de este delito.
- La edad de las víctimas fluctúa entre 1 y 60 años; pero, 1 de cada 5 víctimas es menor de doce años (violación impropia), y 2 de cada 3 son menores de edad, lo que nos muestra que este delito se comete principalmente en niñas y niños menores de edad.
- La familia es un factor influyente en la comisión del delito de violación, en virtud de que en el 50% de los casos falta alguno de los padres, y en el 15% están ausentes ambos, y en 4 de cada 10, los padres no están casados.
- En 2 de cada 3 violaciones el violador es un conocido.
- En 1 de cada 4 violaciones el violador es un pariente, siendo el propio padre en 1 de cada 5 casos.
- El 50% de las violaciones son cometidas en casa habitación, el 25% es en la casa de la propia víctima.
- En 1 de cada 5 violaciones son cometidas en parques y lotes baldíos.
- 1 de cada 5 son cometidas con el consentimiento de la víctima (menores de 12 años).

- Sólo en 1 de cada 4 casos se utilizan armas, y en 1 de cada 3 - fuerza física, lo que significa que la violencia física no es tan común como se piensa.
- En 2 de cada 3 casos se encuentran lesiones leves.
- Existe una mayor frecuencia de las violaciones cometidas en las - primeras horas de la noche, pero hay un buen número de violacio-- nes diurnas.
- En 1 de cada 3 violaciones son cometidas por pedir aventón, por - estar en un lugar despoblado o por asistir a una fiesta.
- El 50% de las denuncias se lleva a cabo dentro de las 24 horas de - sucedidos los hechos.
- Las víctimas que primero denuncian son las más lastimadas; la - decisión de denunciar surge dentro de los tres primeros días, des-- pués se alarga, por lo que en muchos casos ya no se encuentran -- señales físicas de violación.
- 1 de cada 10 víctimas resulta embarazada, factor influyente para - denunciar.
- Algunas violaciones son difíciles de probar, porque son falsas, - ya que se trata de estupro en los que supuestamente el agresor - no cumple.
- En el 50% de las denuncias, son llevadas a cabo por los padres, - principalmente por la madre, ésto es debido a que la mayoría de - las víctimas son menores de edad.
- Sólo 1 de cada 3 de las víctimas denuncia por sí misma, ésto es - por vergüenza o miedo.

- En 1 de cada 5 violaciones, la víctima se resiste, esto es por temor a que se le cause la muerte.
 - Después de la violación, la víctima siente miedo, temor, los cuales van combinados con la ira, la vergüenza, el dolor, etc., lo que es un factor determinante para denunciar el delito.
 - El 50% la familia de la víctima se llena de indignación y en 1 de cada 3 la reacción inmediata es de denunciar.
 - En 2 de cada 3 casos de violación, la víctima es apoyada por su familia, aunque 1 de cada 10 casos prefiere ocultar los hechos.
 - En 1 de cada 4 casos de violación, la familia tiene deseos de vergüenza, y la decisión de denunciar son 2 de cada 3 casos.
 - 2 de cada 3 víctimas son inocentes.
 - En 1 de cada 5 hay imprudencia y provocación.
 - El violador siempre ha sido una persona de sexo masculino.
 - En 2 de cada 3 casos se desconoce la edad, pero la mayoría de los casos son mayores que las víctimas.
 - El 50% de los violadores son solteros.
 - La mayoría de las violaciones son cometidas por un solo sujeto. -
- (317)

* Únicamente referidos al delito de violación en general.

(317) Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis Y/O. Víctimas del Delito de Violación en el Distrito Federal. Ponencia presentada al III Congreso Nacional de Criminología. San Luis Potosí, México. 1989.

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

PRIMERA.- No encontramos antecedente alguno de la violación realizada con un elemento o instrumento distinto al miembro viril, a la que nosotros hemos denominado "violación equiparada" en los Códigos Penales de 1871 y 1929.

SEGUNDA.- La violación realizada con un elemento o instrumento distinto al miembro viril, queda por primera vez tipificada en un segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal por decreto de fecha 30 de diciembre de 1988, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de enero de 1989 y puesto en vigor el 10. de febrero del mismo año. Y con la última reforma hecha al artículo mencionado del día 21 de enero de 1991 entrando en vigor al día siguiente de su publicación queda como tercer párrafo.

TERCERA.- De los delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, contenidos en el Título Decimoquinto bajo el Capítulo I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es sin duda uno de los -- más graves, el previsto en el artículo 265, tercer párrafo de dicho ordenamiento.

CUARTA.- Los elementos que integran al tipo estudiado son: a) Introducir un elemento o instrumento (distinto al miembro viril), b) Por vía vaginal o anal, c) Por medio de la violencia física o moral, y d)- Sea cual fuere el sexo del ofendido.

QUINTA.- El elemento material del delito examinado consiste en una conducta, por lo tanto sólo podrá llevarse a cabo cuando un sujeto intro

duzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril por un hacer voluntario (acción), siendo imposible pensar que se pueda cometer por un no hacer voluntario (omisión).

No es posible que pueda presentarse ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta, en virtud de que no es dable que un sujeto introduzca un elemento o instrumento por la vía vaginal o anal por medio de la fuerza física o moral y al mismo tiempo esté ausente de voluntad.

SEXTA.- Habrá tipicidad en el tipo cuestionado, cuando un sujeto realice una conducta, y ésta se adecúe exactamente a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 265, del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Existirá atipicidad cuando se realice la conducta típica y concurren las siguientes circunstancias: a) Que exista consentimiento por parte del sujeto pasivo, b) Cuando no se lleve a cabo por alguna de las vías señaladas en la Ley, y c) Que no exista violencia física o moral.

SEPTIMA.- El delito analizado será formalmente antijurídico, cuando siendo típico no esté amparado por alguna de las causas de justificación señaladas en el artículo 15 de la Ley.

Será materialmente antijurídico cuando se lesione el bien jurídicamente protegido o se esté en peligro de lesionarlo, siendo en este caso la libertad sexual.

No se puede presentar ninguna causa de justificación, en virtud, de que es inconcebible que un sujeto introduzca un elemento o instrumento por la vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral; y, diga que cometió dicha conducta ilícita porque existe una norma permisiva que lo ampara.

OCTAVA.- La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y en el tipo comentado, un sujeto será imputable cuando tenga capacidad de conocer y comprender la ilicitud de su conducta y autodeterminarse con esa comprensión. El fundamento legal de la imputabilidad se encuentra en el artículo 15, fracción II de la Ley sustantiva penal, y a contrario sensu a lo señalado en esta fracción, un sujeto será imputable cuando al realizar la conducta que prevé el artículo 265, tercer párrafo del ordenamiento ya citado, no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún en los casos en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente. Si se puede presentar alguna de las causas de inimputabilidad que establece el artículo arriba señalado.(art. 15, fracc. II).

NOVENA.- El tipo cuestionado, únicamente presenta la forma de culpabilidad dolosa, y de acuerdo a lo establecido en los artículos 80. - - fracción I y 90. primera parte, obra dolosamente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera y acepte el resultado prohibido por la Ley.

Pueden operar como causas de inculpabilidad: La no exigibilidad de otra conducta.

DECIMA.- La punibilidad que el legislador señaló en el tipo analizado, no ha sido establecida de acuerdo a la gravedad de la conducta ilícita; por lo que, nuevamente debe reformarse el artículo 265, en su tercer párrafo del Código Penal vigente para el Distrito Federal y establecer una sanción igual o mayor a la que contiene el tipo básico del delito de violación en su primer párrafo, del artículo citado.

En nuestra opinión propondríamos que quedara en los siguientes términos: "ARTICULO 265.- Se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca mediante la violencia física o moral, por vía vaginal o anal el miembro viril o cualquier elemento o instrumento distinto a éste, en persona de sexo indistinto. La misma pena se aplicará al que introduzca el miembro viril por la vía oral, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

DECIMA PRIMERA.- En delito examinado no se puede presentar ninguna excusa absolutoria, en virtud, de que no existe ninguna causa que por razones de justicia o equidad de acuerdo con una política criminal se --deje impune el delito previsto en el artículo 265, tercer párrafo del --Código Penal vigente para el Distrito Federal.

DECIMA SEGUNDA.- En el delito estudiado si se puede presentar la fase interna subjetiva o psíquica del iter criminis (camino del delito), misma que se manifiesta a través de tres etapas como son: Idea criminosa o ideación, Deliberación y Resolución; no teniendo ninguna trascendencia jurídico penal, en virtud, de que el solo pensamiento no delinque.

DECIMA TERCERA.-En el tipo comentado se puede presentar la tentativa acabada, así como la inacabada; la primera de las mencionadas se dará

cuando un sujeto lleve a cabo una total realización de los actos de ejecución y no logre la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad; y la segunda, se presentará cuando un sujeto tenga la intención de cometer la conducta ilícita y realice un principio de ejecución y no se consume el delito por causas ajenas a su voluntad.

DECIMA CUARTA.- En el tipo analizado si puede existir el concurso-ideal, en virtud de que con la comisión de dicho delito se pueden lesionar diferentes bienes jurídicamente protegidos como pueden ser (Violación equiparada y contagio venéreo).

Si puede presentar el concurso real o material, toda vez de que un sujeto puede cometer varias conductas que integren diferentes delitos y sean distintos los bienes jurídicamente tutelados, (robo, lesiones-violación equiparada y homicidio).

DECIMA QUINTA.- En el tipo examinado será autor inmediato, directo o material, aquel sujeto que realice personalmente la conducta ilícita.

Si se pueden presentar las figuras de la coautoría, el instigador, el cómplice y el auxiliador.

No se puede presentar la autoría mediata, por tratarse de un delito de propia mano.

DECIMA SEXTA.- En el tipo comentado si se puede presentar el encubrimiento, pero no como una forma de la participación sino como una figura autónoma.

DECIMA SEPTIMA.- Este delito es perseguible de oficio.

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

OBRAS CONSULTADAS

- Angeles Contreras, Jesús Compendio de Derecho Penal. Parte General. México, Textos Universitarios, S.A. 1969. 1a. ed.
- Cardona Arizmendi, Enrique Apuntamientos de Derecho Penal. México, Cárdenas 1980.
- Carrancá y Trujillo, Raúl Derecho Penal. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1977. 12a. ed.
1982. 14a. ed.
- Carrara, Francisco Programa de Derecho Criminal. Parte - Especial Vol. IV. Bogotá, Temis. 1973. 3a. ed.
- Castellanos Tena, Fernando Lineamientos Elementales de Derecho - Penal. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1984. 20a. ed.
1989. 26a. ed.
- Cortés Ibarra, Miguel Angel Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1971. 1a. ed.
- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Barcelona, Bosch. 1952. 8a. ed.
- González Blanco, Alberto Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. México, Porrúa, S.A. 1979. 4a. ed.
- González de la Vega, Francisco Derecho Penal Mexicano. México, Porrúa, S.A. 1980. 16a. ed.

-
- Jiménez Huerta, Mariano
1988. 22a. ed.
- Derecho Penal Mexicano. Tomo I. México, Porrúa, S.A. 1980. 3a. ed.
-
- Jiménez de Asúa, Luis
- Tomo III. 1978. 3a. ed.
- La Ley y el Delito. Buenos Aires, Sudamericana. 1981. 12a. ed.
-
- Malo Camacho, Gustavo
- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. -- El Delito. Buenos Aires, Losada. 1958. 2a. ed.
-
- Magiore, Giuseppe
- Tentativa del Delito. México, UNAM, - Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1971. 1a. ed.
-
- Márquez Piñero, Rafael
- Derecho Penal. Vol. IV. Bogotá, Temis. 1972. 2a. ed.
-
- Mezger, Edmundo
- Derecho Penal. Parte General. (Trad. del alemán por Conrado A. Finzi) Cárdenas Editor y Distribuidor. 1955. 6a. ed.
-
- Pavón Vasconcelos, Francisco
- Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa, S.A. 1978. 4a. ed.
-
1985. 7a. ed.
-
1987. 8a. ed.
-
- Porte Petit Candaudap, Celestino
- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, Porrúa, S.A. - 1984. 9a. ed.

-
- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. México, Porrúa, S.A. 1980. 6a. ed.
-
- Ensayo Dogmático sobre el Delito de - Violación. Regina de los Angeles. - - 1973. 2a. ed.
-
- Programa de Derecho Penal. Parte General, Trillas. 1990. 3a. ed.
- Reyes Echandia, Alfonso Derecho Penal. Parte General. Bogotá, - Temis. 1989. 11a. ed.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas. 1977. 1a. ed.
- Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Bosch. 1982. 1a. ed.
- Soler, Sebastian Derecho Penal Argentino. Tomo III. - - Buenos Aires, Tipográfica Argentina.- 1956. 3a. ed.
- Villalobos, Ignacio Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, Porrúa. S.A. 1960. 2a. ed.
- Wessels, Johannes Derecho Penal. Parte General (Trad. - de la 6a. ed. alemana de 1976 por - - Conrado A. Finzi) Buenos Aires. 1980.
- Zaffaroni Eugenio, Raúl Manual de Derecho Penal. Parte General. México, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1986. 1a. ed.
-
1988. 2a. ed.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la --
República en Materia Federal.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- Cabanellas, Guillermo Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV.
Buenos Aires. Bibliográfica Omeba. --
1968. 6a. ed.
- Diccionario de la Lengua Española. Barcelona, España, Carrogio. 1982.
- De Pina de Vara, Rafael Diccionario de Derecho. México, Po-
rrúa, S.A. 1989. 16a. ed.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Buenos Aires. Bibliográfica Ar--
gentina. 1986. 1a. ed.
- García de Diego, Vicente Diccionario Etimológico e Hispánico.--
Madrid, Saeta. 1a. ed.

OTRAS PUBLICACIONES (Diarios y Revistas)

Diario Oficial de la Federación. México, 3 de enero de 1989.

_____. México, 21 de enero de 1991.

Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México, 1979.

_____. Tomo 3.

Espinosa, María Esther y García, Eva. Una Violación cada 9 minutos. --
; Hay que romper el silencio !. México, Tiempo No.2581. 18 de octubre de
1991.

Zavaleta Castro, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal. México, -
Cárdenas Editor y Distribuidor. 1981.

P O N E N C I A S

Rodríguez Manzanera, Luis y Otros. Víctimas del Delito de Violación en-
el Distrito Federal. Ponencia presentada al III Congreso Nacional de --
Criminología. San Luis Potosí, México. 1989.