



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "

ESTUDIO JURIDICO PENAL DEL ARTICULO 266 DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

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

San Juan de Aragón, Estado de México

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION	XIII
CAPITULO I. ANTECEDENTES	
A. EN ROMA	1
B. EN MEXICO	7
1. Código penal de 1871	8
2. Código penal de 1929	11
3. Código penal de 1931	13
CAPITULO II. ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	
A. CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION FICTA ..	16
B. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION FICTA	20
1. Conducta	22
2. Tipicidad	30
a. El tipo	32
b. Clasificación del tipo	32
c. Elementos generales del tipo	35
d. Elementos especiales del tipo	39
e. Clasificación del delito en orden a los elementos del tipo	44
3. Antijuricidad	54
4. Imputabilidad	57
5. Culpabilidad	60
6. Condiciones objetivas de punibilidad ..	66
7. Punibilidad	66
C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE LA VIOLACION FICTA	67
1. Ausencia de conducta	68
2. Atipicidad	71
3. Causas de justificación	74
4. Inimputabilidad	76
5. Inculpabilidad	78
6. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad	79
7. Excusas absolutorias	79
D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO	81
1. Consumación	82
2. Tentativa	82
a. Tentativa acabada	84
b. Tentativa inacabada	84
3. Delito imposible	88
E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION)	89

F. CONCURSO DE DELITOS	92
1. Concurso ideal	92
2. Concurso real	93
G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO	97
1. Denuncia	97
2. Querrela	98
3. Autorización	99
4. Excitativa	99

CAPITULO III. CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL TIPO EN ESTUDIO

A. FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNO AL DELITO	102
1. Endógenos	110
2. Exógenos	111
B. CASTIGO Y PREVENCION COMO FINES DE LA PENA	112
C. LA IMPUBERTAD Y LA INCAPACIDAD PARA RESISTIR LA CONDUCTA DELICTUOSA, CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD	118
D. REFLEXIONES RESPECTO A LA VIOLENCIA EN LA VIOLACION FICTA	122
E. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO	132
1. En el impúber	134
a. Físicos	134
b. Psicológicos	134
c. Morales	135
2. En el incapaz o imposibilitado	136
a. Físicos	136
b. Psicológicos	136
c. Morales	138
3. En la colectividad	138
a. Psicológicos	138
b. Morales	139

CAPITULO IV. BREVE ANALISIS COMPARATIVO DEL CONTENIDO Y PENALIDAD DE LOS ARTICULOS 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL, ANTES Y DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS

A. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL, ANTES DE LAS REFORMAS	140
B. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO EN CITA, DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS ...	144

Pág.

C. NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 266
DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ... 147

CONCLUSIONES 152

BIBLIOGRAFIA 158

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

El presente trabajo de investigación, tiene como objeto de estudio el artículo 266 del Código penal, tanto en su contenido como penalidad, ya que en este artículo se hace la descripción legal correspondiente a una conducta que contraviene el orden social en gran manera, una conducta de gran impacto y trascendencia: la agresión sexual, el ataque sexual a menores de doce años y a los incapaces o imposibilitados para resistir la conducta delictuosa.

Pensamos que la sociedad completa reprueba los delitos en general, pero, más los delitos de tal índole, por lo que todos deseáramos poder decir que tales delitos no existen. No obstante, día con día estos delitos se cometen, no sólo en todo el país, sino por todo el mundo. Así, surge pues la necesidad creciente de hacer algo, algo para erradicar dichas conductas, cuyos efectos son devastadores en la vida de un individuo, y que tanto degradan a la sociedad; o por lo menos, algo para reprimirlos y reducir lo más posible su comisión.

Para erradicarlos harían falta dos cosas: primera una firme y adecuada educación sexual a hombres y mujeres, una educación que permita a las mujeres como futuras madres, inculcar en sus hijos el respeto por los demás, por la mujer, una educación que impida que los hombres sigan viendo a la mujer como un objeto para su placer sexual, que les permita

comprender que una buena relación no depende de una dominación violenta; y segunda, en cuanto a aquellos delincuentes sexuales a los que se considera enfermos y que realmente lo están, no hay que encerrarlos en una prisión por un número determinado de años, pues todo plazo se cumple, sino más bien, darles un tratamiento adecuado y eficaz que resulte en su cura, y por ende, en su readaptación social, pero, para que esto pueda llevarse a la práctica se requiere de una estructuración jurídica que brinde seguridad a la sociedad, y de una labor interdisciplinaria seria, conciente y ardua, la cual se encuentra aún en su génesis, luego entonces el país no está preparado para la cura de los delincuentes sexuales, como tampoco lo está para impartir la educación sexual necesaria.

Así pues, únicamente nos queda acudir a la represión, para reducir al mínimo la comisión de tales delitos. Ahora bien, dicha represión sólo se justifica a través de su regulación en el orden jurídico existente, pero además, para que la represión sea eficaz se requiere que la legislación penal, al sancionar una conducta, tome en cuenta todos los aspectos de la misma, y los fines que persigue al castigarla, a fin de que imponga la pena justa y necesaria. Nosotros por nuestra parte, nos preguntamos si el Código penal para el Distrito Federal da el trato adecuado al tipo en cuestión para lograr la defensa y seguridad de la sociedad, y es esta interrogante, la que nos motiva ha realizar el presente análisis jurídico.

El análisis jurídico que se pretende realizar sobre el tipo de la violación equiparada, está integrado por cuatro capítulos, en los cuales se encuentran puntos de gran interés en sí, y que además contribuyen a un mismo fin, a saber: dar respuesta lógica y acertada a la interrogante planteada.

El primer capítulo, contiene un breve panorama histórico del delito, en el cual se contempla el Derecho romano, y desde luego, el Derecho penal mexicano, incluyendo los Códigos de 1871, 1929, y 1931. Antecedentes que obviamente se estudian en relación a la regulación jurídica que recibía la conducta en cuestión.

El capítulo II, abarca todos aquellos puntos necesarios para un verdadero análisis dogmático como: los elementos positivos del delito, los elementos negativos, las formas de aparición del delito, el concurso de personas o participación, concurso de delitos, y finalmente las formas de persecución del delito, todos éstos, relacionados de forma íntima con la violación equiparada, y en todos ellos, también tratamos, aunque brevemente, los conflictos doctrinarios que surgen a partir de los mismos.

Forman parte importantísima en la realización de ésta tesis, los puntos constitutivos del capítulo III e incluso los dos primeros subtítulos del cuarto apartado, ya que, éstos son, o constituyen los argumentos clave, base de nuestra

propuesta sobre el tema, misma que se expresa claramente en el último punto del capítulo IV. Tales puntos se refieren a los factores que influyen en torno al delito; al fundamento, fines, e importancia de la medida de la pena; a la calidad de los sujetos pasivos de la violación equiparada, como circunstancias agravantes de la responsabilidad; a las especiales circunstancias que rodean el uso de la violencia en este delito, los efectos que produce la comisión del mismo; y finalmente, un breve estudio comparativo entre el artículo 265 primer párrafo y el artículo 266, antes y después de las últimas reformas. Todo lo anterior contribuye de forma concreta, a la formulación de la propuesta mencionada.

Finalmente cabe advertir al lector, que la presente investigación, tiene los límites de nuestra perspectiva, nuestro criterio, nuestros conocimientos jurídicos o generales, donde quizá hagan falta conocimientos médicos, de psicología, sociología, etc; conocimientos que suplimos, sólo con un razonamiento lógico, pero simple.

No obstante lo anterior, tenemos la satisfacción de haber realizado una investigación más o menos completa, donde no únicamente se hizo una compilación de datos, sino además pudo expresarse abiertamente toda crítica u opinión que se consideró oportuna, además de ofrecer una proposición práctica, que pensamos acertada, misma que dejamos a su consideración.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

A. EN ROMA

B. EN MEXICO

1. *Código penal de 1871*
2. *Código penal de 1929*
3. *Código penal de 1931*

CAPITULO I

ANTECEDENTES

A. EN ROMA

En primer término, citaremos el concepto romano del delito en general; posteriormente, haremos referencia a la clasificación de los delitos en públicos y privados; señalaremos también los delitos que pertenecen a un grupo y a otro, sin olvidarnos de indicar las figuras que se incluyeron en la categoría de delitos, en el último siglo de la República; y finalmente trataremos aquello que se relaciona directamente con el delito en materia, concluyendo con las acciones, leyes y pena que procedían respecto al delito en cuestión.

En la antigua Roma, y en atención a lo anterior, tenemos que: "*Por delictum se entiende, en la época clásica, el acto ilícito castigado con una pena privada y por consiguiente fuente de obligaciones, mientras que crimen indica un hecho ilícito castigado con una pena pública.*"¹

Ahora bien, al incluir los conceptos anteriores, *...acto o hecho ilícito castigado con una pena...* se habla de algo común que en cierta forma unifica los conceptos de *delictum* y *crimen*, unificación que posiblemente es el antecedente romano de la definición legal del delito, descrita en el Código penal mexicano y otros de nuestro tiempo.

Como se desprende del concepto citado, los ilícitos se dividían en dos grupos, según el castigo que les correspondiera, así, "*...se distinguió entre delicta publica y delicta privata*".²

En un principio se pensó que los delitos privados dañaban únicamente al particular, mientras que los públicos ponían en peligro evidente a toda la comunidad; los privados se perseguían a iniciativa de la víctima, en tanto que los públicos eran perseguidos de oficio o a petición de cualquier ciudadano; en los primeros la pena se ejecutaba por los particulares y sólo a éstos beneficiaba, y en los segundos

1 Hernández Tejero, DERECHO ROMANO, p. 257

2 Raúl Carrancá y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO: PARTE GENERAL, p. 95

la pena se ejecutaba por el Estado.

No obstante lo anterior, los autores están de acuerdo en que los delitos privados se constituyen en delitos públicos, pues, finalmente se acepta que: "...afectaban la paz pública y que el Estado debía reprimirlos independientemente de la voluntad de las víctimas."⁴

Respecto a los delitos en particular y a su clasificación, el *furtum*, rapiña, *iniuria*, y *damnum iniuria datum* son los delitos que al principio pertenecían al Derecho penal privado.⁵ Por otra parte, al Derecho penal público corresponde el *perduellio* y el *parricidium*.⁶

Luego, Mommsen señala que el sistema penal antiguo fue esencialmente ampliado en el último siglo de la República, con lo que se incluyeron en la categoría de delitos varias relaciones éticas que no estaban comprendidas en la esfera jurídica. Así, en momentos diversos, y aunque con muy poca organización, se introducen delitos tales como la coacción, la falsificación, atentados al pudor, adulterio, y finalmente la herejía y el rapto.⁷

3 Cfr. Sabino Ventura Silva, DERECHO ROMANO, p. 387; Margadat S. Guillermo F., DERECHO PRIVADO ROMANO, p. 432

4 Ventura, loc. cit.

5 El *furtum* se refería al robo en sí, la rapiña al robo con violencia, la figura de *damnum iniuria datum* consiste en daño a las cosas. (Hernández Tejero, loc. cit.)

6 El *perduellio* es la traición a la patria, y el *parricidium* se refiere al homicidio. (Mommsen, op. cit., p. 332, 333)

7 Op. cit., p. 334

En seguida destacamos cuestiones importantes, mismas, que se refieren a figuras citadas con antelación, tales como, la iniuria, coacción, atentados al pudor, y el rapto, lo cual consideramos necesario, en virtud de que el antiguo Derecho romano, no distinguió la violencia carnal del rapto; ni el estupro del adulterio, o de la violación, englobando así, en un solo grupo la conducta sexual ilícita.⁸

Ahora, respecto a la iniuria, ésta, en sentido estricto implica cualquier acto cometido en ofensa de una persona; puede ser *verbis* o *re*, según fuese de palabra o hecho; *levis* y *atrox*, según la gravedad y siempre que se tratara de lesiones físicas, *hay iniuria atrox* cuando la ofensa resulta agravada por circunstancias de lugar o condición de la víctima.⁹

En cuanto a la coacción (*vis*) Mommsen afirma que: "*Vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción.*"¹⁰

8 Cfr. Francisco Carrara, PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL: PARTE ESPECIAL, VOL. II, p. 290 (# 1541); D. 48, 5, 6, 1.; D. 48, 5, 30, 9.

9 Cfr. Hernández, *op. cit.*, pp. 259,260; En un principio la iniuria consistía en lesiones físicas, pero, posteriormente el pretor extiende el concepto a las lesiones morales. Y en tiempos de Silla, una Lex Cornelia otorga a la víctima una opción entre la *actio iniuriarum* y el procedimiento previsto para delitos públicos; Y, en tiempos de Justiniano, se transforma en delito público. Cfr. Margadant, *op. cit.*, pp. 440,441

10 *op. cit.*, p. 410

Son varias las formas de coacción que Mommsen describe, pero, sólo nos interesa una, aquella en la que se declara: "El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su propia voluntad, así como también el estuprarla, eran hechos que, aun siendo las víctimas individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley *plotia*, pero sí de la más severa de las *Julias* sobre la coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital."¹¹

Nótese que se unen, bajo la misma forma de coacción, el rapto y el estupro.

Por otra parte, respecto a los atentados al pudor hay dos puntos importantes a tratar: Primero, el ofender el pudor, de alguien, es una conducta que encuadra en la figura de la iniuria; y segundo, el que atenta contra el pudor de una mujer o un hombre, tanto ingenuos como libertinos, responde precisamente, con la acción de injurias.¹²

Ahora, recuérdese que el rapto podía caer en una de las formas de coacción, no obstante, cuando no hubiese de ser castigado con la acción correspondiente a dicha figura, el padre y el marido de la persona raptada podían perseguirlo por medio de la acción de injurias. Y cuando el rapto es

¹¹ *Ibidem*, p. 416

¹² Cfr. D. 47, 10, 1, 2.: D. 47, 10, 9, 4.

considerado, por Constantino, delito público, es castigado como tal, por lo que, corresponde a este delito la pena capital.¹³

En cuanto al estupro, cuando se comete contra una esclava procede la acción de injurias, y si la esclava que ha sufrido el estupro es impúber, procede también la acción de la *Ley Aquilia*, ya que la *Ley Julia* solamente se aplica cuando las víctimas son personas libres.¹⁴

Por último, con relación al estupro hacemos la cita siguiente: "*No hay duda de que puede acusarse sin límite de tiempo al que cometió estupro por violación, en un hombre o en una mujer, ... (Ulp. 4 de adult.)*"¹⁵

En concreto y con base en todo lo anterior, son tres los puntos que nos interesan relativos a los antecedentes romanos del delito que se estudia, mismos que indicamos a continuación:

1º Las figuras delictivas de carácter sexual, no se encontraban bien delimitadas en el antiguo Derecho romano, lo cual, hace imposible señalar una figura específica como antecedente directo y único de la violación ficta. Por lo que,

13 Cfr. Mommsen, op. cit., p. 439

14 Cfr. D. 47, 10, 25.; D. 48, 5, 6.

15 D. 48, 5, 30, 29, 9.

a nuestro juicio puede considerarse como antecedente del delito en cuestión la conducta sexual ilícita en sí.

2º Las vías procesales o las acciones a que se podía recurrir, en vista de un ilícito de carácter sexual, son: la acción de injurias, la acción de la ley Aquilia, y sobre todo, la acción de la ley Julia.¹⁶

3º La unión sexual violenta con cualquier persona se castigaba con la pena de muerte, en atención a la lex Julia de vi pública.¹⁷

B. EN MEXICO

En virtud a que el delito que se estudia se encuentra establecido en la ley penal mexicana, es la misma la que se contempla en este inciso abarcando los Códigos penales de 1871, 1929, y 1931. Unica y exclusivamente se hará una breve mención relacionada con las comisiones que formularon los proyectos, y desde luego se destacarán los artículos que se ocupan de la violación y de la violación ficta, se harán también observaciones referidas al contenido de dichos artículos, al momento de comentar cada uno de los códigos, pero la comparación entre los mismos se realizará al final del capítulo. Comparación relativa a la violación ficta.

¹⁶ Vid. supra.

¹⁷ Cfr. Gonzalez Blanco Alberto, DELITOS SEXUALES, p. 137; Carrara, loc. cit.; Mommsen, op. cit., pp. 416, 439, 440

1. Código penal de 1871

Los trabajos para la elaboración de este Código, dieron principio en el año 1861 y estuvieron a cargo de los licenciados D. Urbano Fonseca, D. José María Herrera y Zavala, D. Alonso Martínez de Castro, D. Manuel María Zamacona y D. Carlos María Zaavedra. Comisión nombrada por el Ministro de Justicia D. Jesús Terán, por instrucciones provenientes del entonces presidente de la República. Esta comisión trabajó hasta el año 1863 en el que la invasión francesa impide la continuación de su tarea.¹⁸

No obstante lo anterior, el 28 de septiembre de 1863 el mismo Licenciado Benito Juárez dispone que los trabajos para la formulación del Código penal deben continuar, por lo que, el Licenciado Ignacio Mariscal, entonces Ministro de Justicia, reorganiza e integra la comisión, que ha de continuar la elaboración de dicho Código, como sigue:

Presidente C. Antonio Martínez de Castro

C. Manuel Zamacona

C. José Ma. Lafraqua

C. Eulalio Ma. Ortega

Secretario C. Indalecio Sánchez Gavito.¹⁹

¹⁸ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. LEYES PENALES MEXICANAS, T. I., p. 269; En el mismo sentido, Porte Petit Celestino C., APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, pp. 50, 51

¹⁹ Cfr. *ibidem*

El Código que se trata debe ser considerado como un documento de orientación clásica dominado suavemente por el positivismo, admite: a) medidas preventivas y correccionales y b) libertad preparatoria y retención. Consta de 1152 artículos y 28 transitorios.²⁰

El tipo penal que se estudia tiene sus antecedentes en los artículos 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801 y 802 del Código penal de 1871, pero, los artículos 795, 796, 797 y 798 constituyen el antecedente más directo, los mencionados artículos establecen:

"Artículo 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.

Artículo 796. Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, ó que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

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

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

Artículo 798. Si la violación fuese precedida ó acompañada de golpes ó lesiones, se observarán las reglas de acumulación."²¹

En cuanto al contenido de estos artículos, hay varias observaciones por hacer.

La primera de ellas relacionada con el artículo 795,

²⁰ Cfr. Porte Petit, apud. Martínez de Castro, CRIMINALIA XII, pp. 289-299

²¹ INACIPE, op. cit., pp. 449, 450

especialmente con la parte que dice: "...por medio de la violencia... .. sin la voluntad de ésta..." respecto a la cual, algunos autores se manifiestan en cabal desacuerdo, ya que, al requerir el tipo la violencia como medio comisivo, les parece obvio que la cópula ha de efectuarse sin la voluntad de la víctima; en tanto que otros, consideran acertada la redacción del artículo en discusión, en virtud de que: bien puede darse una relación violenta, pero lícita entre un sádico y una masoquista, o bien, podría ser que una meretriz acepte de buen grado que la realización de la cópula se acompañe de violencia, siempre que se cubra el precio requerido por sus servicios.²²

No obstante lo anterior, consideramos innecesario que el tipo requiera, para la integración del delito, la realización de la cópula sin la voluntad del pasivo, supuesto que antes exige la violencia física o moral como medio para obtener la unión carnal. Además en los casos señalados con anterioridad, la violencia no se usa como medio para lograr el acceso carnal, sino el placer; y finalmente, aquellos no son la regla, sino la excepción.

En relación al artículo 796 sólo cabe señalar que para nosotros la conducta tipo amerita un aumento en la penalidad. Por otra parte los artículos 797 y 798 nos parecen acertados, y queremos destacar, que ya desde el Código de 1871 se

22 Cfr. Luis Carlos Pérez, TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO IV, p. 440

trata la menor edad del pasivo como agravante, lo cual se desprende claramente de la segunda parte del artículo 797.

2. Código penal de 1929

Esta vez los trabajos de elaboración, los llevó a cabo una comisión integrada por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, y Castañeda. Se iniciaron a fines de 1925. Por órdenes del entonces Presidente de la República Lic. Plutarco Elías Calles, quien dió instrucciones al Secretario de Gobernación para que nombrara la comisión redactora que se encargaría de la realización del nuevo Código penal, pero en el mes de mayo de 1926 el Lic. José Almaraz entra a substituir al Lic. Castañeda y se integran a la comisión los licenciados Enrique C. Gudiño y Manuel Ramos Estrada. Su contenido se despliega a lo largo de 1228 artículos y 5 transitorios.²³

Su finalidad más próxima es que "...en México se adopten principios científicos y racionales que hagan eficaz la lucha contra la delincuencia..."²⁴ en tal dirección estaban encaminados los esfuerzos del Lic. José Almaraz, integrante de la comisión.

El Código de 1929 tuvo como antecedente el Código de

23 Cfr. Porte Petit, *op. cit.*, p. 56

24 Instituto Nacional de Ciencias Penales, LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO III, p. 9

1923 del Estado de Veracruz en cuyos trabajos intervino también el Lic. José Almaraz.

Ahora bien, los artículos que nos interesan se encuentran en el presente Código, bajo el título decimotercero: De los delitos contra la libertad sexual, en su capítulo primero, y son: del artículo 860 al 863 mismos que transcribimos a continuación:

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

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

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

Artículo 863. Si la violación fuese precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación."²⁵

Artículos que no difieren en esencia de los artículos comentados en el inciso anterior, ya que prácticamente el contenido es el mismo incluyendo la penalidad, las únicas innovaciones son: primera, que en lugar de referir la edad se introduce el término púber; y la otra es que en el artículo 863 que ocupa el lugar del 798 del Código anterior, se habla de otros delitos en vez de golpes o lesiones, lo que no nos parece de gran trascendencia.

3. Código penal de 1931

El presente Código, según criterio de Jiménez de Asúa, "... representa una tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positiva, es decir, es un Código de filiación político-criminal."²⁶

Por otra parte, nótese que al momento de su redacción el Código en cuestión se integro por 400 bis artículos y 3 transitorios, pero ha sido objeto de múltiples modificaciones entre derogaciones y adiciones, motivo por el cual hoy cuenta con 10 artículos más que constituyen otro título del referido Código.

Las diversas intervenciones han afectado muchos de los artículos, entre ellos el 265, y el 266 que interesan a nuestro estudio. Sin embargo, independientemente de los cambios sufridos por los citados preceptos, transcribimos a continuación el texto original de los multicitados artículos, como corresponde a esta parte:

"Artículo 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.

Artículo 266. Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o

26 Cit. pos., Porte Petit, op. cit., p. 56

*que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."*²⁷

Una diferencia, bastante positiva por cierto, respecto a estos artículos con relación a los comentados anteriormente, se refiere al arbitrio que ahora goza el Juez, pues se le deja un margen bastante amplio entre el mínimo y el máximo de la sanción; un cambio más que igualmente nos parece acertado, es el hecho de que se unan las hipótesis de menor edad e imposibilidad para resistir la conducta delictuosa bajo el amparo de un mismo tipo penal.

No obstante lo anterior, obsérvese que la ley señala una pena agravada para la hipótesis que se encuentra en la segunda parte del artículo 265, por lo que, a nuestro juicio hay confusión, respecto a cual es la pena que ha de aplicarse en cada una de las hipótesis que integran el artículo 266.

Por otra parte, nos parece un error eliminar el precepto de los Códigos anteriores que hablaba de los golpes y lesiones u otros delitos, en donde se aplicarían las reglas de acumulación.

Una observación más que no podemos dejar de hacer, misma en la que cabe hacer énfasis, es el hecho de que la menor edad en el pasivo es una agravante, como en los otros Códigos.

27 INACIPE, op. cit., Tomo III, p. 341

Como mencionamos anteriormente, hay muchas reformas a este Código y estos artículos están dentro de ellas, pero, realmente nos interesan más las últimas reformas y éstas serán contempladas en el capítulo IV, por lo que no se indicarán en este punto más observaciones al respecto.

CAPITULO II
ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

A. CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION FICTA

B. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION FICTA

1. Conducta
2. Tipicidad
 - a. El tipo
 - b. Clasificación del tipo
 - c. Elementos generales del tipo
 - d. Elementos especiales del tipo
 - e. Clasificación del delito en orden a los elementos del tipo
3. Antijuricidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Condiciones objetivas de punibilidad
7. Punibilidad

C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE LA VIOLACION FICTA

1. Ausencia de conducta
2. Atipicidad
3. Causas de justificación
4. Inimputabilidad
5. Inculpabilidad
6. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad
7. Excusas absolutorias

D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

1. Consumación
2. Tentativa
 - a. Tentativa acabada
 - b. Tentativa inacabada
3. Delito imposible

E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION)

F. CONCURSO DE DELITOS

1. Concurso ideal
2. Concurso real

G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO

1. Denuncia
2. Querrela
3. Autorización
4. Excitativa

CAPITULO II

ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A. CONCEPTO DEL DELITO, (VIOLACION FICTA)

Es necesario que antes de indicar el concepto de la violación ficta, comentemos el concepto del delito en general; hagamos referencia a lo que se entiende por delitos sexuales; y así, finalmente abordar el concepto de la violación ficta.

Ya nuestro Código penal establece: "*Delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales...*"²⁸ Concepto que a

28 CODIGO PENAL MEXICANO, ART. 7, PAR. 1

juicio de algunos autores es incompleto, es una tautología, un juicio a posteriori, exacto, pero, que no aporta nada nuevo.²⁹

Se habla también de una noción vulgar, como una idea popular, empírica, que no contempla contenido, ni esencia, se considera un error que ya ha sido consagrado por algunos Códigos, entre ellos el mexicano. Además, hay autores que no están de acuerdo en considerar la punibilidad como un elemento del delito, ya que aquélla es sólo una consecuencia de éste.³⁰

Respecto a lo expresado anteriormente, cabe hacer notar que si bien es cierto, que la definición legal o formal del delito, no es completa y no se ocupa de contenido y esencia, también lo es que al compararla con la noción vulgar, se da algo de razón al legislador en lo acertado de su definición, puesto que la ley no fue hecha para satisfacer a los técnicos del Derecho, o para perderse en doctrinas más o menos complicadas, sino única y exclusivamente para que el pueblo pueda comprender lo que se le ordena y prohíbe en un ordenamiento legal y estando en posibilidad de entenderlo, esté realmente obligado a obedecerlo cabalmente.

No obstante lo anterior, de ninguna manera negamos la

29 Cfr. Jiménez de Asúa, LA LEY Y EL DELITO, p. 201; Maggiore G., DERECHO PENAL V.I., p. 252
30 Cfr. Villalobos, DERECHO PENAL MEXICANO, p. 201, 202; Jiménez de Asúa, loc. cit.

importancia que tiene lograr la formulación de un concepto completo, acertado, que nos indique con claridad lo que es el delito, lo cual ha sido objeto de investigación y estudio jurídico, en lugares y tiempos diversos.

Hay también, una concepción integral jurídica:³¹ jurídica porque la definición contiene un punto de vista esencialmente jurídico sin pretender encontrar causas o motivaciones de la conducta delictuosa; se dice integral ya que se intenta que sea concreta, sencilla, pero completa, que por medio de sus aspectos estructurales se conozca su contenido y esencia.

Dentro de la concepción integral, tenemos varias definiciones, mismas que se formulan con base en el número de aspectos que se atribuyan al delito, él que constituye una unidad indivisible.

Ahora hacemos alusión únicamente a la definición con la que estamos de acuerdo, para no extendernos más en esta parte. Por lo cual citamos en seguida, la definición jurídica integral que nos ofrece Edmundo Mezger, "acción típicamente antijurídica y culpable".³²

Posteriormente explicaremos, el porqué de nuestra elección o mejor dicho porqué sólo admitimos la existencia

31 Cfr. Ignacio Villalobos, op. cit., p. 209

32 Cit. pos., Jiménez de Asúa, op. cit., p. 206

de cuatro aspectos del delito, cuando hablemos de cada uno de los mismos y de aquellos que son considerados por otros autores como elementos esenciales del delito, sin serlo para nosotros.

Respecto a los que es considerado como delito sexual tenemos que: "*Se da el nombre de delito sexual a la conducta sexual que ofende a la sociedad dentro de la que el delincuente vive.*"³³ Definición que no nos complace porque nos parece incompleta, equivocada, en virtud de que no describe o explica la esencia de los delitos sexuales, además de que la estructura de la definición se desbarata, si pensamos, en que hay conductas sexuales que ofenden a la sociedad, no obstante lo cual, no se consideran delitos; el mismo autor, indica que: "*cualquier acto criminal inducido por una motivación sexual puede ser considerado como un delito sexual.*"³⁴ Lo anterior, carece de exactitud, pues, en primer término aunque en algunas ocasiones, efectivamente, puede haber motivación sexual; en otras aunque el delito sea sexual su motivación puede tener otro contenido, e.g. la venganza, la humillación, o ser en sí un acto de violencia.³⁵ Y en segundo término, como el mismo autor señala, hay conductas que aun teniendo motivaciones sexuales no son consideradas dentro de esta clase de delitos.

33 Benjamín Karpman, LA PSICOPATOLOGIA SEXUAL, p. 9

34 *Ibidem*

35 "El objetivo de la violación no es el acto sexual en sí; más bien, el perpetrador se vale de este para cometer un acto de violencia. "Wanda Keyes-Robinson, inspectora jefe de la Unidad de Agresiones Sexuales de Baltimore, cit. pos., Watch Tower. ¡DESPERTADI, VIOLACION SEXUAL, p. 5

Para nosotros, en términos jurídicos los delitos sexuales son: *Actos criminales que atacan la libertad sexual, o bien, el normal desarrollo psicosexual de los pasivos, en los que se emplean diversos medios comisivos y cuya motivación puede ser cualquiera.*

Definición que sin duda quedará más clara, una vez que hablemos de los elementos o aspectos esenciales del delito, pero, por el momento pasamos a hablar de la violación ficta.

En relación al concepto del delito de violación ficta, vamos a utilizar el contenido del artículo 266 como base. de tal manera que: *"La violación ficta, impropia o equiparada³⁶ es la realización de cópula, con persona menor de doce años, o persona que no pueda comprender o resistir el hecho, en la que se emplea o no la violencia".*

Así, se han destacado los conceptos del delito, delitos sexuales y de violación ficta, mismos que no deben perderse de vista, que deben tenerse presentes, a efecto de lograr una mejor comprensión del tema.

8. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION FICTA

En la doctrina, hay principalmente dos sistemas para el

³⁶ Ficta, es un término empleado por Carrancá y Trujillo; Impropia, Por Marcela Martínez Roaro; y equiparada, es el término que se utiliza en el artículo 266 reformado del Código penal. Términos inexactos, pues, presentan una idea falsa de la esencia del tipo.

estudio jurídico del delito: *el unitario o totalizador y el atomizador o analítico*. Según el primero, el delito integra un todo orgánico e insoluble, que no puede dividirse, ni para su estudio. Pero, el sistema atomizador realiza el estudio del delito a través de sus elementos constitutivos, o aspectos estructurales, sin que, ello implique negar la unidad que constituye el ilícito penal. Ahora bien, hay diversidad de criterios en relación al número de elementos que integran el delito, como mencionamos anteriormente, así e independientemente de que ya señalamos estar de acuerdo con la concepción tetratómica, y a efecto de poder hablar de los elementos que trata dicho concepto y los que a nuestro juicio no son elementos del delito, transcribimos a continuación el concepto heptatómico que expone Jiménez de Asúa.

*"...delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."*³⁷ Con base en el concepto anterior, haremos el estudio de los elementos del delito, utilizando pues el sistema atomizador o analítico.

Por otra parte, obsérvese que el análisis dogmático que realizamos se refiere al delito de violación ficta, y ya que toda la información general que manejemos ha de relacionarse con el ilícito citado, es necesario reproducir el tipo del

37 Jiménez de Asúa, op. cit., p. 207

artículo 266 del Código penal para el Distrito Federal, lo que hacemos acto seguido:

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

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."³⁸

En atención a lo anterior, los elementos positivos del delito de violación ficta, que se comentarán en este título son:

1. Conducta
2. Tipicidad
3. Antijuricidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Condiciones objetivas de punibilidad
7. Punibilidad

1. Conducta

En primer término, queremos dejar establecido que la conducta es o constituye realmente un aspecto esencial del delito, la misma, se considera soporte natural del ilícito con

esta aclaración, y en virtud de que la conducta es la base estructural del delito, iniciamos con el análisis de la conducta. Para comenzar dicho estudio de manera lógica, veamos primeramente el concepto de conducta.

Las definiciones que hay de conducta son varias, misma que reproducimos a fin de poder concluir algo respecto a ellas. Así, tenemos que Castellanos Tena, afirma: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".³⁹

Por su parte Maggiore Giuseppe define el aspecto que tratamos de la siguiente forma: "Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce una mutación en el mundo exterior".⁴⁰

Jiménez de Asúa define la palabra acto, primer carácter del delito, como sigue: "Manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".⁴¹

El mismo autor define el acto de forma más concreta cuando dice: "El acto es pues, una conducta humana voluntaria

39 Fernando Castellanos Tena, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, p. 149

40 Maggiore Giuseppe, DERECHO PENAL, V. I, p. 309

41 Op. cit., p. 210

que produce un resultado." ⁴²

Con base en los conceptos anteriores podemos concluir, que la conducta como elemento del ilícito penal, debe reunir algunas características, las cuales señalamos a continuación:

a. Ser un acto humano, con ello se quiere decir que el Derecho penal no acepta como agentes del delito, a los animales o a las fuerzas de la naturaleza.

b. Ser voluntaria, en este punto pensamos como Jiménez de Asúa, que respecto a la voluntad hay grandes conflictos en la doctrina, pero no pretendemos discutirlos aquí, por lo que: -
"Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión, espontánea o motivada." ⁴³

c. Además incluye la acción y la omisión: la acción *strictu sensu* es, "...todo movimiento voluntario de organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. En tanto que por su parte, la omisión ...radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar." ⁴⁴

d. También, debe producir un resultado, un cambio en el mundo exterior, sea notorio, o muy poco perceptible.

42 Loc. cit.

43 *Ibidem*

44 Castellanos Tena, *op. cit.*, pp. 152, 153

Luego, los autores atribuyen a la conducta los siguientes elementos:

Aquellos que constituyen la acción, son: la actividad volitiva, el resultado y el nexo causal. En cambio los elementos constitutivos de la omisión son: abstención, resultado y nexo causal.⁴⁵

Ya se hablo acerca del hacer y no hacer como aspectos positivo y negativo de la conducta. Ahora por lo que hace al resultado diremos que, el mismo puede presentarse bajo dos formas: una jurídica y la otra material.

El resultado en sí, es la modificación del mundo exterior y son parte de ese mundo, no sólo las cosas materiales, sino hasta los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad en que, la acción delictuosa produce zozobras, sufrimientos, aprensiones y alarma. Esto último produce o mejor dicho consiste en mutaciones de orden moral que no por serlo dejan de perturbar el mundo exterior.⁴⁶

Como ya se dijo el resultado nunca falta en la conducta, y consecuentemente, tampoco falta en el delito; puede faltar el efecto material pero siempre habrá algún resultado, si no de daño, de peligro; jurídico, sino físico.⁴⁷

45 Cfr. Osorio y Nieto, *SINTESIS DE DERECHO PENAL*, pp. 56, 57; Castellanos, op. cit., p. 155

46 Cfr. Maggiore, op. cit., pp. 320, 321; Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 214, 215

47 Cfr. loc. cit.

En relación al nexo causal, cabe señalar que cuando se habla de que la acción produce un cambio en el mundo exterior, se sugiere al mismo tiempo la existencia de una relación entre la conducta y el resultado.

Refiriéndose a la mencionada relación Osorio y Nieto señala: "El nexo causal es la vinculación estrecha, ineludible, indispensable entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa a efecto."⁴⁸

Son muchas las teorías que acerca de la causalidad se han elaborado, pero como mencionamos con anterioridad, no es nuestro objetivo entrar en la polémica doctrinaria, para no extender demasiado este trabajo. Por lo que únicamente las mencionaremos, por lo menos algunas de ellas:⁴⁹

a) Causa eficiente, que distingue la causa productora del resultado, de las condiciones. (Heilbron, R. Horn. Kohler Kraus, Rohland, Stoppato, Luchini. etc.)

b) Causa necesaria (Rainieri)

c) Causa en sentido individualizado, que designa como causa una de las condiciones del resultado "Doctrina de la

48 Op. cit., p. 57

49 Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 223, 224

preponderancia" (Binding), de la "condición más eficaz" (Birkmeyer), etc.

d) Causación adecuada, que es la que atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado.

e) Equivalencia de las condiciones o teoría de la condición, según esta teoría toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*. Teoría correcta a juicio de varios autores entre ellos Jiménez de Asúa.

Nosotros nos limitamos a un concepto simple, como el que se expuso en primer término, pero no sin antes invitar al lector que quiera profundizar en el tema, a consultar algunas de las obras que lo tratan.⁵⁰

Por otra parte, además de los caracteres y elementos de la acción y omisión que ya vimos, se habla de elementos implícitos en ella y que por lo mismo son esenciales. "Quien dice <acción>, dice implícitamente <un sujeto que obra sobre alguna cosa>. Tenemos, pues: 1) un agente; 2) una obra; 3) un paciente; y 4) un objeto de la obra."⁵¹

50 Cfr. Castellanos, Maggiore, Villalobos, Jiménez de Asúa, op. cit.

51 Maggiore, op. cit., p. 310

Lo que no sólo parece lógico sino que, no se riñe con los conceptos que se expresaron con anterioridad, por lo que hablaremos brevemente de los elementos esenciales de la conducta.

Cuando decimos agente, hablamos del sujeto activo, o bien, de la persona que comete la conducta delictuosa, ya sea en su calidad de autor principal, ya como copartícipe. Toda persona que reúna o no cualidades especiales, pero, ya hablaremos más ampliamente de las calidades del sujeto activo y de la participación, en su momento.

Paciente del delito o sujeto pasivo, es la persona singular o colectiva sobre quien recae la acción del agente, es el titular del derecho violado. A la par que ésta, surge la figura del ofendido, mismo que sufre en forma indirecta los efectos del delito, aunque generalmente concurren la calidad de ofendido y la de sujeto pasivo en una misma persona.⁵²

El objeto de la obra que señala Maggiore, es el objeto del delito, mismo que se distingue en objeto material y objeto jurídico. *"El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa"*.⁵³ Y en ocasiones, el objeto material coincide con el sujeto pasivo.

52 Cfr. Osorio y Nieto, op. cit., p. 56; Castellanos Tena, op. cit., p. 151, 152

53 Castellanos, loc. cit.

El objeto jurídico es motivo de controversia, ya que por una parte hay autores para quienes dicho objeto lo constituye el bien protegido por la ley, el cual es lesionado por el acto delictuoso; en tanto que para otros como Franco Sodi, el objeto jurídico es la norma que se viola.⁵⁴ Nosotros estamos de acuerdo con la primera afirmación en virtud de que los intereses protegidos de los delitos que conocemos, son los valores constitutivos del objeto jurídico de los mismos.

Ahora bien, tomando en cuenta todo lo anterior, y con relación al delito en estudio, procedemos a la clasificación del tipo en orden a la conducta:

En primer término tenemos que, el tipo establecido en el artículo 266 es un delito de acción, pues la realización de la cópula requiere de un comportamiento positivo, por la naturaleza de la conducta el delito no puede verificarse por medio de una abstención, por lo que no puede considerarse un delito de omisión, ya sea propia o impropia.⁵⁵

En orden al número de actos que lo integran se clasifica en unisubsistente, en vista de que la conducta requerida por

54 Cfr. Castellanos, loc. cit.

55 En la doctrina, los ilícitos se dividen en delitos de acción y de omisión; y los de omisión se dividen a su vez en delitos de omisión simple o propia y en delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. En los de acción se viola una norma prohibitiva; los de omisión propia infringen una ley dispositiva y producen un resultado típico o jurídico; los de comisión por omisión infringen una ley dispositiva y una prohibitiva, y producen un resultado típico y además uno material, pues así lo requiere el tipo.

el tipo se constituye por un solo acto, la realización de la cópula.

La violación equiparada es un delito formal, o de mera actividad, porque el tipo se integra en cuanto al elemento objetivo, por la realización de la cópula, es decir por un hacer sin resultado material, sin modificación en el mundo exterior. Nótese, que se dice que el tipo no exige, para que se configure el delito, un resultado material, más no que no lo haya, no se dice que la conducta no produce resultado, pues recordemos que este es un elemento de aquélla y que no hay delito sin resultado.

En relación al resultado el delito es instantáneo. "... porque la violación realizada en el momento de la consumación se extingue con ésta y se consuma al verificarse la cópula."⁵⁶

Y por último es un delito de daño, porque al consumarse, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

2. Tipicidad

La tipicidad es otro más de los elementos positivos del delito, un aspecto sin el cual no se podría hablar de delito, ya que es indispensable a éste.

Respecto al concepto de tipicidad, tenemos que: "...es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. ...es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley".⁵⁷

Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula siguiente: "*nulum crimen sine tipo*".⁵⁸

Ambos conceptos pueden considerarse adecuados, pero nos parece más concreto el segundo.

La tipicidad es elemento esencial del delito en virtud de que, si una conducta determinada no encuadra en ningún tipo penal, no puede decirse que dicha conducta constituya un ilícito. El fundamento legal de la tipicidad se encuentra expresado claramente en la Constitución Federal en el artículo 14, que a la letra dice:

"...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..."

Ahora bien, respecto a los conceptos de tipicidad que se mencionaron, cabe hacer notar que dentro de los mismos se introdujó otro concepto diferente, el tipo; tipicidad y tipo

⁵⁷ Castellanos, op. cit., pp. 167, 168

⁵⁸ *Ibidem*, p. 168

son cosa distintas, que no deben confundirse, un concepto sirve al otro, ya vimos uno, procedmos ahora al concepto de tipo, en el inciso siguiente.

a. Tipo

Con base en los conceptos de tipicidad contemplados en párrafos anteriores podemos decir que el tipo es *la descripción legal formulada en abstracto*, es decir, la descripción de una conducta en la ley penal, lo que convierte dicha conducta en un ilícito, si ésta se llega a realizar. No todos los tipos son iguales, unos son más completos que otros, ya que no sólo describen el elemento objetivo, pues incluyen en su descripción a la culpabilidad o elemento subjetivo.

Jiménez Huerta define el tipo como: "*el injusto recogido y descrito en la ley penal*".⁵⁹ Algo con lo que no estamos de acuerdo, pues, cómo puede considerarse correcto definir el tipo como el injusto recogido en la ley penal, si lo típico no siempre es antijurídico.

b. Clasificación del tipo

Los tipos se clasifican en:⁶⁰

⁵⁹ Cit. pos. Castellanos, op. cit.

⁶⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 254, 255; Castellanos, op. cit., p. 170 y ss.

1) Normales y anormales. Los primeros son aquellos en los que la ley se limita a hacer una descripción objetiva, aunque no por ello dejan de contener referencias y modalidades en algunos casos; los anormales son aquellos en los que el legislador incluye elementos normativos o subjetivos, es decir, aquellos que envuelven el estado anímico del sujeto.

2) Fundamentales o básicos. Estos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. El tipo es básico cuando tiene plena independencia.

3) Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros elementos mismos que excluyen la aplicación del tipo fundamental, pueden ser cualificados o privilegiados.

4) Complementados. Estos presuponen la aplicación del tipo básico y una norma más, misma que contiene una circunstancia o peculiaridad que complementa al primero. Igual que los especiales pueden ser agravados o privilegiados.

5) De formulación casuística. Son aquellos en los que la ley describe varias formas de ejecutar el delito. Y se clasifican a su vez en alternativos y acumulativos; los primeros, prevén dos o más hipótesis comisivas, pero, el tipo se colma con cualquiera de ellas; en tanto que los acumulativos requieren el concurso de todas las hipótesis.

6) De formulación amplia. En éstos la ley describe únicamente la conducta en forma genérica, por lo que se pueden utilizar diversos medios comisivos. Antolisei afirma que son tipos de forma libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado.⁶¹

7) De daño y de peligro. Los primeros son aquellos en los que el tipo tutela el bien jurídico frente a su destrucción o disminución; los de peligro serán aquellos cuya tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

En cuanto al delito en estudio, el tipo se encuentra establecido en el artículo 266 del Código penal, el cual ya transcribimos anteriormente. Y será típica aquella conducta que se adecúe perfectamente al tipo citado, que contenga todos y cada uno de los elementos que lo integran, mismos que comentaremos después de clasificar el tipo.

Así, siguiendo un orden lógico, en atención a la clasificación del tipo, y respecto a la violación equiparada, tenemos que ésta es normal por ser un tipo de descripción puramente objetiva y no contener un elemento normativo, ni uno subjetivo; es un tipo especial, agravado, y autónomo; en atención a los medios comisivos el tipo es de formulación

61 Cfr. Antolisei, cit. pos., Porte Petit, op. cit., pp. 357, 358

casuística, alternativamente formado, ya que, el artículo 266 del Código penal, prevé más de una hipótesis (sin violencia, con violencia física, o violencia moral), y se colma con cualquiera de ellas; es de daño o lesión, pues protege el bien jurídico contra la disminución o destrucción.

c. Elementos generales del tipo

La ley al delinear la conducta, que ha de considerarse delictuosa, toma en cuenta los elementos que la constituyen, tanto los generales como los especiales.

Los elementos generales son naturales a todos los tipos, y cabe hacer énfasis en que ninguno de ellos puede faltar en la conducta, ya que, la falta de uno o de todos los elementos daría lugar a una atipicidad; *los elementos especiales* son las notas distintivas de un delito en especial.

Ahora, como corresponde a este inciso, tenemos que *los elementos generales* son: una conducta, un sujeto activo, un sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, el objeto material, y un resultado.

Conducta

De la conducta ya hablamos como elemento del delito, no obstante, en relación al tipo, este requiere de una conducta,

misma que se manifiesta en el tipo, a través de un verbo principal. el cual se verifica por medio de un hacer, o un abstenerse de obrar (no hacer). Así, la conducta será de acción o de omisión según sea el caso.

La violación equiparada, establecida en el artículo 266 del Código penal, contiene como verbo principal "realizar". El verbo típico, obviamente se lleva a cabo mediante un hacer, motivo por el cual este delito es de acción, como se había comentado.

Sujeto activo

Este es la persona que ejecuta el delito, ya sea en su calidad de autor principal o como copartícipe, y como ya mencionamos en el subtítulo anterior, el sujeto activo puede ser cualquier persona física que reúna o no cualidades especiales, según lo requiera el tipo.⁶²

El sujeto activo que corresponde al delito en estudio, con base en la descripción del tipo: "...al que...", puede ser cualquiera. Cualquiera que realice cópula en las circunstancias señaladas por el tipo, con las personas previstas en el mismo.

Sujeto pasivo

⁶² Vld. Supra II, B, 1

El pasivo de un ilícito cualquiera, es aquel sobre quien recae la conducta delictuosa, el titular del bien protegido, ya sea una persona singular o colectiva, física o moral.

Respecto a la violación equiparada, el artículo 266 del Código penal, contiene dos fracciones que se refieren al sujeto pasivo: la fracc. I requiere que el sujeto pasivo sea menor de doce años; y la fracc. II alude a la persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo. Nótese que el tipo se colma con cualquiera de las hipótesis previstas pero, sea cual fuere la calidad que revista el sujeto pasivo, siempre será una persona física.

Bien jurídico

El bien jurídico tutelado, en este delito, puede ser la libertad y el normal desarrollo psicosexual: en el caso del menor de doce años, se aclara que, en virtud de que el pasivo es un impúber, éste no se encuentra en las condiciones de madurez necesarias para decidir y externar su voluntad en cuanto a sus relaciones sexuales, de tal manera que no se puede decir que tenga libertad sexual, y no se puede lesionar lo que no existe; en iguales circunstancias se encuentran las personas que no tienen capacidad para comprender el hecho, por padecer alguna enfermedad mental que les impida elegir el objeto de su actividad sexual. Pero aquellas que no pueden

resistir el hecho por causas diversas, no obstante las cuales puede decirse que tienen capacidad para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, con alguien que sea de su agrado, o para abstenerse, sí tienen libertad sexual, razón por la cual, el tipo admite la libertad sexual como bien jurídico protegido en éste último supuesto; el normal desarrollo psicosexual será el bien jurídico protegido, cuando el pasivo sea el menor de doce años, pero no en aquel que no puede comprender el significado del hecho, ya que, en tales circunstancias no creemos que dicho sujeto tenga probabilidades de un normal desarrollo psicosexual. Sin embargo, hay que garantizarle cierta seguridad, pues con todo es una persona sujeto de derechos, sujeto de la protección que otorga el Derecho penal, mismo que debe garantizar su integridad física, sino psíquica.

Objeto material

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción física del reo. En ocasiones la calidad de sujeto pasivo y objeto material recaen en una misma persona.⁶³

En la violación equiparada el objeto material y el sujeto pasivo coinciden.⁶⁴

63 Cfr. Giuseppe Maggiore, op. cit., p. 313

64 Cfr. Martínez Roaro Marcela, DELITOS SEXUALES, p. 231

Resultado

Este implica una modificación en el mundo exterior, del cual forman parte, no sólo las cosas materiales, sino hasta los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad. Por otra parte, recordemos que el resultado es un efecto de la conducta y que nunca falta en ella, ni en el delito.⁶⁵

En la violación equiparada siempre habrá un resultado jurídico, y puede o no haber un resultado material, pero, no hay que olvidar que el tipo no lo exige, lo cual encuadra la figura delictiva, en los delitos formales o de mera actividad.

d. Elementos especiales del tipo

El tipo presenta o mejor dicho exige, algunas veces para la integración del delito, "...referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio".⁶⁶ Estas y otros elementos especiales son motivo de este subinciso. Por lo cual hacemos a continuación una lista de los elementos especiales:

Calidad del sujeto activo
Calidad del sujeto pasivo
Calidad en el objeto material

⁶⁵ Vld. Supra II, B, 1

⁶⁶ Jiménez de Asúa, op. cit., p. 253

Cantidad en el sujeto activo
 Cantidad en el sujeto pasivo
 Cantidad en el objeto material
 Referencias temporales
 Referencias espaciales
 Referencias de ocasión
 Referencias a los medios comisivos
 Elemento normativo
 Elemento subjetivo
 Elemento objetivo

Ahora bien, en vista de que dichos elementos se presentan incidentalmente, única y exclusivamente trataremos aquellos que se relacionan con el tipo en cuestión, que son requeridos por el tipo.

Calidad del sujeto pasivo

Este se refiere a las características que debe tener una persona, a efecto de ser considerada pasivo de este delito.

El delito de violación equiparada, sí requiere calidad en el sujeto pasivo, de hecho establece tres hipótesis: una es, ser menor de doce años de edad; otra, ser incapaz de comprender el significado del hecho; y finalmente, que no pueda resistir el hecho (por cualquier causa). En este orden, es decir, en atención a la calidad del sujeto pasivo el tipo es de formulación casuística, alternativamente formado, ya que, se colma con cualquiera de las hipótesis previstas.

Referencias temporales

En algunas ocasiones los tipos aluden a una referencia en orden al tiempo, y de no ejecutarse la conducta en el momento, o lapso de tiempo requerido por el tipo, aquella no será típica.⁶⁷

En la violación equiparada, se hace una referencia temporal que coincide con la calidad del sujeto pasivo que se establece en la fracción I del artículo 266. La referencia temporal de la que hablamos, es la edad del pasivo, referencia que requiere el tipo, sólo en la hipótesis de la fracción citada.⁶⁸

Referencias a los medios comisivos

La descripción legal, solicita o requiere algunas veces, de ciertos o determinados medios, a efecto de que se configure el ilícito, o bien, para que, proceda la agravante.

En el delito que se estudia, el tipo es alternativamente formado, en relación con la agravante, ya que para que ésta proceda se requiere el empleo de la violencia, ya sea física o moral, como se desprende del último párrafo del texto legal, que a la letra dice:

"...Si se ejerciera violencia física o moral, el

67 Cfr. Porte Petit, op. cit., p. 342

68 Cfr. Martínez Roaro, loc. cit.

mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."

En relación a la violencia, como medio comisivo en la violación equiparada ya hablaremos más ampliamente.⁶⁹

Elemento normativo

Según Mezger "...los elementos normativos son presupuestos de lo injusto tipificado. ...sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales."⁷⁰

Dichos presupuestos de lo injusto tipificado, no son otra cosa que conceptos que se encuentran incertos en la descripción legal; y la valoración especial a que se refiere Mezger, es una valoración de carácter cultural o jurídico; cuando dice: situaciones reales, se refiere a los casos concretos que se presentan ante el aplicador de la ley.

En concreto los elementos normativos son: los conceptos del tipo que han de determinarse a través de una valoración jurídica o cultural por el aplicador de la ley.

Ahora bien, en el delito en cuestión y a nuestro juicio

69 Vid. Infra III, D

70 Jiménez de Asúa, op. cit., p, 258

podría pensarse que la cópula es un término que debe valorarse, ya que el significado del concepto cópula en sentido jurídico es muy amplio, no hay uniformidad de criterios, como lo señala González Blanco.⁷¹ De tal manera que no es fácil comprender cabalmente, y de forma acertada dicho concepto, tan es así, que el legislador se ha visto obligado, en fecha más o menos reciente, a adicionar el artículo 265 del Código penal para el Distrito Federal, como sigue:

*"...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."*⁷²

Pero es precisamente gracias a esa adición al artículo 265, que la valoración respecto a ese concepto ya no es necesaria, por lo que el posible elemento normativo de la violación desaparece. Y en cuanto al elemento subjetivo, tenemos que el tipo no lo requiere expresamente, así que se puede ver claramente que el delito en estudio, al no contener otro elemento que el objetivo o puramente descriptivo, se clasifica dentro de los delitos normales.

Elemento subjetivo

Los elementos subjetivos, "...se refieren a estados

71 Cfr. González Blanco, op. cit., p. 146 y ss.

72 Cfr. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION N. 14, publicado el 21 de enero de 1991

ánimicos del autor en orden a lo injusto." ⁷³ Los elementos subjetivos, son pues, caracteres situados en la psique del autor del delito.

Nos damos cuenta claramente, de que la descripción legal no hace referencia expresa al elemento subjetivo, no obstante es obvio que la figura lo requiere, ya que por la naturaleza de la conducta puede decirse que esta sólo puede verificarse dolosamente, es decir, siempre que haya intención de tener la cópula, sin o contra la voluntad de la víctima. Lo anterior se refiere, por supuesto, a la violación equiparada, en la que el conocimiento de la calidad de los pasivos y la voluntad de verificar la cópula constituyen el dolo específico.

Elemento objetivo

Este se refiere a la sola descripción objetiva, cuyo objeto es determinar la conducta, lo cual se logra a través del verbo típico.

El tipo de la violación ficta, tiene como verbo principal, "...realizar..."

e. Clasificación del delito en orden a los elementos del tipo

73 Jiménez de Asúa, op. cit., p. 255

1) En orden al sujeto activo por su calidad, los delitos se clasifican en:

a) *Determinado*. Cuando el tipo requiere cualidades específicas en el agente.

b) *Genérico*. Es aquel, en el que el sujeto activo puede ser cualquiera.⁷⁴

2) En orden al sujeto activo por su cantidad, los delitos son:

a) *Unisubjetivos*. En éstos es suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto.

b) *Plurisubjetivos*. Requieren necesariamente, en virtud de la descripción típica, de la actuación de dos o más sujetos.

3) En orden al sujeto pasivo por su calidad:

a) *Personales*. En los que el tipo requiere una calidad específica del sujeto pasivo.

b) *Impersonales*. El sujeto pasivo lo puede ser cualquiera.

⁷⁴ Magglore los denomina de sujeto calificado o de sujeto indiferente

4) En orden al sujeto pasivo por su cantidad, los tipos pueden ser:

a) *Unisubjetivo*. El tipo se colma con un sujeto pasivo

b) *Plurisubjetivo*. La descripción legal requiere la presencia de dos o más pacientes del delito.

5) En orden al bien jurídico protegido, se clasifican en:⁷⁵

a) *De daño o lesión*.

b) *De peligro o amenaza*.

6) En orden al objeto material, se dividen en:

a) *Materiales*. Cuando se supone un resultado externo.

b) *Formales o de mera actividad*. En ellos el tipo no requiere un resultado material para que se configure el ilícito. De ellos se piensa equivocadamente que carecen de resultado.

7) En orden al acto por su forma, los delitos pueden ser de:

⁷⁵ Vld. Supra II, 8, 2, b

a) *Acción*. Son aquellos cuya conducta se realiza a través de un hacer, un movimiento corporal. Estos infringen una ley prohibitiva e implican un resultado material.

b) *Omisión*. Son aquellos en los que la conducta consiste en una abstención, en un no hacer, o dejar de hacer. Violan una ley o dispositiva, y producen un resultado típico.

c) *Comisión por omisión*. Igual que los delitos de omisión simple o propia, en los de comisión por omisión la conducta consiste en un no hacer, voluntario o culposo, pero, se diferencian de los primeros, en virtud de que infringen dos normas a la vez una prohibitiva y otra preceptiva, y además producen un resultado típico y uno material.

8) En orden al acto por su número, los delitos se dividen en:

a) *Unisubsistentes*. El tipo requiere de un solo acto, para la integración del delito.

b) *Plurisubsistentes*. El delito se consuma con la ejecución de varios actos.

9) En orden al resultado por su duración y presentación, los delitos se clasifican en:

- a) Instantáneo.
- b) Permanente o continuo.
- c) Continuado.

Los anteriores son los que la ley reconoce y establece en el Código penal para el Distrito Federal, en su artículo 7, fracciones I, II, y III, que a la letra dicen:⁷⁶

"...El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, Cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

10) En orden a los medios de comisión:

a) De formulación libre. También son llamados delitos de formulación amplia, en estos no se requiere de ningún medio específico, por lo que la conducta delictiva puede verificarse con cualquier medio idóneo.

b) De formulación casuística. "Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito."⁷⁷ Y estos a su vez se

⁷⁶ Otros agregan el instantáneo con efectos permanentes, e.g. Castellanos, Maggiore, op. cit.
⁷⁷ Castellanos, op. cit., p. 172

dividen en:

- *De formulación alternativa.* El tipo prevé dos o más hipótesis comisivas, pero, se colma con cualquiera de ellas.

- *De formulación acumulativa.* En estos se requiere el concurso de todas las hipótesis comisivas previstas en el tipo.

11) En orden al elemento subjetivo, se clasifican en:⁷⁸

a) *Doloso.* Cuando el agente quiere realizar la conducta y que se produzca el resultado.

b) *Culposo o imprudencial.* En éstos el sujeto activo no desea el resultado típico, pero, éste se produce por su conducta falta de atención, de cuidado, de prudencia.

c) *Preterintencional.* Son aquellos en los que el resultado va más allá de lo querido y aceptado por el agente.

12) En orden a los elementos normativo, subjetivo, y objetivo, los delitos son:

a) *Normal.* Cuando el tipo se integra con la pura

⁷⁸ Cfr. Osorio y Nieto, op. cit., p. 47

descripción objetiva.

b) *Anormal*. Cuando el tipo, además de la descripción objetiva, contiene un elemento normativo, o un subjetivo.

Con base en la información anterior, procedemos ahora a clasificar la violación equiparada en orden a los elementos del tipo.

Genérico

En atención al sujeto activo por su calidad el tipo en estudio es genérico lo cual se desprende del texto legal, "... al que..."

Unisubjetivo

La violación equiparada es un delito unisubjetivo en atención al sujeto activo por su número, en virtud de que, el tipo exige la participación de un solo sujeto.

Personal

El ilícito en cuestión es personal en orden al sujeto pasivo por su calidad, ya que el artículo 266 del Código penal, en sus fracciones I, y II establece las calidades que requiere el tipo, lo que se ve claramente en el citado

artículo, "... I ... persona menor de doce años de edad; y - -
 II ... persona que no tenga la capacidad de comprender el
 significado del hecho, o por cualquier causa no pueda
 resistirlo."

Unisubjetivo

En atención al sujeto pasivo por su cantidad el tipo de violación ficta, es unisubjetivo porque se requiere única y exclusivamente un paciente del delito.

De daño o lesión

En virtud de que el bien jurídico tutelado, ya sea la libertad sexual o el normal desarrollo psicosexual se protege contra la pérdida o destrucción.

Formal o de mera actividad

En vista de la descripción legal, puede decirse que: la violación equiparada es formal, porque aquella no requiere un resultado material, basta pues, para la configuración del delito, la realización de la conducta, "...realice cópula...".

De acción

El delito en estudio, es de acción por la naturaleza de

la conducta, misma que sólo se puede llevar a cabo por medio de un hacer, de un movimiento corporal voluntario. No obstante lo anterior, Vannini plantea algo interesante: "...Es evidente que ninguno puede ser autor de este delito por omisión. Pero, ...bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo."⁷⁹

En cuanto a la observación de Vannini, estamos de acuerdo, pero ésta se comprenderá más claramente cuando abordemos el tema de la participación.

Unisubsistente

En orden al acto por su número, la violación equiparada es unisubsistente, ya que la cópula consiste en sí, en un sólo acto y aquella es la requerida por el tipo.

Instantáneo

El ilícito que tratamos, en orden al resultado por su duración y presentación es instantáneo, en virtud de que conducta y resultado se consuma y agota en el mismo momento de su ejecución.

De formulación casuística alternativamente formado

79 Cit. pos., Porte Petit, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, p. 28

El tipo establecido en el artículo 266, con base en su formulación, es casuístico alternativamente formado, ya que el tipo señala más de una hipótesis comisiva y se colma con cualquiera de ellas. Lo que se desprende del texto legal que describe el ilícito en cuestión, en la parte que dice: "...sin violencia... ..Si se ejerciera violencia física o moral...".

Doloso

En orden al elemento subjetivo, la violación equiparada, es un delito doloso, ya que si aquella se verifica con violencia física o moral, es inconcebible la realización de la cópula sino dolosamente, ahora bien, una violación culposa requeriría no querer la cópula, lo cual es un absurdo, ya que ésta es la esencia de la violación.^{79 bís}

Normal

El delito en estudio, en orden a su composición, es decir, en atención al elemento normativo, subjetivo, y objetivo, es normal, en virtud de que el tipo se integra únicamente con la descripción objetiva, no contiene elementos normativo o subjetivo, aunque se aclara que este último se da en el delito de violación equiparada en el deseo del activo de tener cópula con un menor de doce años, un incapaz o imposibilitado, sin que ésto se exprese claramente en el tipo.
79 bís Cfr. Porte Petit, op. cit., pp. 61, 62

3. Antijuridicidad

Concepto

Respetando un orden de prelación lógica, tenemos que: La antijuridicidad constituye un juicio objetivo referido a una conducta típica que pretende valorar, si la misma es injusta, por contradecir "...los derechos subjetivos (Ihering), a los bienes jurídicos (Liszt), a las normas jurídicas primarias (Binding), o a las de cultura (Mayer Sauer)."⁸⁰ Lo que dependerá de si hay o no una causa de justificación.⁸¹

Con base en lo anterior, podemos decir que, el elemento del delito que ahora tratamos requiere para su existencia, que la conducta:

- a. Encuadre en un tipo penal; y
- b. No esté amparada por una causa de justificación.⁸²

⁸⁰ Jiménez de Asúa, op. cit., p. 277

⁸¹ Son varias las definiciones que sobre antijuridicidad expresan los autores, mismas que se quisieron integrar en una sola, en la medida de lo posible, con el objeto de ofrecer una perspectiva más amplia, pero acertada. No obstante lo anterior, consideramos conveniente, exponer aquí, algunos de los diversos criterios, para dejar en libertad al lector de que razone los mismos y elija el que preffera. "Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal." Para Porte Petit, "Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación." "Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo." (Castellanos, op. cit., p. 177, 178) "Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado." "...lo antijurídico es, para él, el ataque al bien jurídico." (Mayer y Mezger, citado e interpretado respectivamente, por Jiménez de Asúa, op. cit., p. 276)

⁸² Cfr. Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, p. 376, 377

Si reflexionamos un poco nos daremos cuenta de que una conducta típica siempre va a contradecir, atacar, o violar los derechos subjetivos, los bienes jurídicos, etc., y que la misma no podrá dejar de ser antijurídica, si la ley que origina la antijuridicidad, no declara o reconoce una causa de justificación.

Antijuridicidad formal y material

No debemos pasar por alto el hecho de que hay autores que la antijuridicidad contiene en sí dos aspectos, uno formal y otro material.

"Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material."⁸³

Sin embargo, no todos están de acuerdo en considerar la antijuridicidad en ambos sentidos, para Jiménez de Asúa v. gr. "...la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia."⁸⁴

83 Castellanos, op. cit., p. 180, 181

84 Jiménez de Asúa, op. cit., p. 278

Respecto a lo anterior, tenemos algunas observaciones que hacer: la primera, en relación a la tipicidad, recordemos que ésta es la adecuación de la conducta al tipo, y aunque en ella va implícita la contradicción de la conducta con la esencia del Derecho, la tipicidad no se ocupa de ésto último, sino simplemente de que la conducta encuadre en la descripción legal, ésto y no otra cosa es el contenido del concepto de tipicidad; Obsérvese también que, por analogía, si el resultado típico o formal existe y es diferente del resultado material, de igual modo podemos concebir una antijuricidad formal y otra material. Así "...el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad."⁸⁵

Ahora, en cuanto a la violación equiparada, ésta será antijurídica siempre, en virtud de que, la ley no reconoce que alguien tenga derecho al coito con un menor o incapaz, pues, la única manera de tener derecho al coito, es por medio del sujeto pasivo de la relación. Y en las hipótesis del tipo en cuestión ésto no es posible, ya que como mencionamos con anterioridad, el menor no tiene la madurez necesaria para decidir y expresar su voluntad respecto a las relaciones sexuales, y en la segunda hipótesis, si se habla de

85 Jiménez de Asúa, loc. cit.

incapacidad para comprender el significado del hecho, o imposibilidad para resistirlo, se entiende que no hay voluntad, o consentimiento para realizar el acto, que ni siquiera se puede manifestar.

4. Imputabilidad

En primer término, hay que hacer énfasis en que, como vimos cuando hablamos del elemento subjetivo, se requiere del conocimiento y la voluntad, para que una conducta sea culpable en cualquiera de sus formas. Lo que se explicará más ampliamente, cuando abordemos la culpabilidad como elemento esencial del delito.

Ahora, pues, para que un sujeto sea culpable, es necesario que conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, para lo cual, requiere antes la capacidad de entender y de querer, es decir, la posibilidad de actuar conciente y voluntariamente.

Concepto

Hasta ahora hemos visto lo que se requiere, a efecto de considerar culpable al agente del delito, abordamos enseguida el concepto de imputabilidad, con el propósito de señalar la relación existente, entre ambos conceptos, con el objeto de entender también, cuál es la naturaleza de la imputabilidad.

En atención a lo anterior, tenemos que, según criterio de Castellanos Tena, la imputabilidad es: "...el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo."⁸⁶

Para Jiménez de Asúa, la imputabilidad es: "...conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre."⁸⁷

Concretamente, podemos decir también que la imputabilidad es: "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."⁸⁸

Luego, dicha capacidad comprende dos elementos: uno - intelectual, que implica el conocimiento y comprensión del carácter ilícito de la conducta; y otro volitivo, que consiste en el deseo de que se produzca el resultado.

Visto todo lo anterior, es fácil darse cuenta que la imputabilidad, es aquella aptitud (intelectual y volitiva) que se requiere, para que un sujeto sea culpable, es decir, el presupuesto necesario o indispensable a la culpabilidad.

86 Op. cit., p. 218

87 Op. cit., p. 325

88 Castellanos, loc. cit.

Nótese que en el primer concepto de imputabilidad, la capacidad se requiere en el momento del acto típico penal, y - no obstante, cabe hacer notar aquí, que es responsable de la conducta, el sujeto que: es incapaz en el momento de ejecutar el ilícito, pero, él mismo se coloca en situación inimputable dolosa o culposamente. A estas acciones se les llama *liberae in causa*, y su fundamento se encuentra en el acto precedente, es decir, aquel en que se colocó en situación inimputable, ya que hay una relación causal entre la decisión de delinquir y el resultado.

Obsérvese también, que el concepto que se comenta, dice en su parte final, que lo capacitan para responder del mismo, luego entonces, si un sujeto es imputable, debe, está obligado jurídicamente, ha dar cuenta a la sociedad por el acto delictuoso.

En relación a la violación equiparada, para la realización de la conducta típica y antijurídica, es necesaria la existencia previa de un sujeto imputable, para que aquella pueda ser atribuida a éste, luego, con base en el concepto de imputabilidad, se requiere que el sujeto tenga la aptitud psíquica intelectual, a efecto de que sepa y comprenda el carácter ilícito que reviste la cópula realizada con los sujetos pasivos que prevé el tipo penal, sea que la ejecute sin violencia, o con violencia física o moral; se requiere también, el elemento volitivo, que en el caso concreto de la

violación equiparada, permite al sujeto que conoce y comprende la naturaleza del acto, decida voluntaria y libremente realizar la unión carnal ilícita, así pues, el agente quiere realizar la cópula, y la producción del resultado típico.

5. Culpabilidad

Recordemos que el delito constituye una unidad indivisible, motivo por el cual, ahora que tratamos la culpabilidad, elemento esencial del delito, tendremos que referirnos de una manera u otra a la conducta y también a la antijuricidad, elementos que ya analizamos y que constituyen la parte objetiva del delito. La culpabilidad es un elemento de carácter subjetivo, a cuyo análisis procedemos a continuación.

Concepto

Hay diversos conceptos de culpabilidad, mismos que citamos en seguida a efecto de presentar un estudio más completo, así tenemos que:

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad en su sentido genérico, "...consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".⁸⁹

⁸⁹ Villalobos, op. cit., p. 281. 282

También Jiménez de Asúa, define la culpabilidad en un sentido amplio cuando dice que *aquella es, "...el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."*⁹⁰

Por su parte Maggiore señala que la culpabilidad es, *"la desobediencia consciente y voluntaria -y de la que uno está obligado a responder- a alguna ley."*⁹¹

Según Cuello Calón, la conducta es culpable, *"cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada."*⁹²

Finalmente, Castellanos Tena, considera la culpabilidad como *"el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."*⁹³

Los conceptos anteriores son claros, no obstante, difieren sustancialmente unos de otros, pues derivan de dos teorías distintas, a saber, la teoría psicológica de la culpabilidad y la teoría normativa o normativista. Las teorías citadas se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, procedemos a su estudio, con el propósito de ubicarnos en una de ellas, para lograr luego, elegir un concepto adecuado de

90 Op. cit., p. 352

91 Op. cit., p. 451

92 Cit. pos., Castellanos, op. cit., p. 233

93 Loc. cit., p. 234

culpabilidad.

Teoría psicológica de la culpabilidad

Respecto a esta teoría Maggiore comenta que para la misma, "la culpabilidad consiste en una relación (causal) entre el autor y el hecho, entre la voluntad del sujeto y la acción (o el resultado) como realidad objetiva. Queda fuera de esta relación todo juicio sobre la injusticia o no del acto."⁹⁴

La teoría anterior es en suma sencilla y clara, no obstante, recibe la crítica, de ser deficiente, ya que se limita a comprobar el nexo psicológico causal entre la acción y el resultado, olvidando el nexo que une la acción con la ley violada.⁹⁵

Teoría normativa o normativista de la culpabilidad

La esencia de ésta, la constituye un juicio de reproche, el cual se fundamenta, "...en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber."⁹⁶

Visto lo anterior, tenemos que el juicio de reproche -

94 Op. cit., p. 453

95 Cfr. Maggiore, op. cit., p. 455

96 Castellanos, op. cit., p. 236

se formula a partir de dos elementos: primero, una conducta dolosa o culposa de un sujeto imputable; y, un elemento normativo, que se integra con el deber jurídico que se exige al mismo sujeto.

Luego, en virtud de lo anterior, diremos que la culpabilidad, se refiere a un juicio de valor dirigido al nexo causal de la teoría psicológica, pero, en relación siempre con el deber jurídico.

Formas de la culpabilidad

Las especies de culpa, aceptadas por la doctrina son: el dolo y la culpa; pero, el Código penal para el Distrito Federal, agrega, por así decirlo, una más, la preterintencionalidad. Lo anterior se desprende del artículo 8, que dice:

"ART. 8.-Los delitos pueden ser:
I. Intencionales;
II. No intencionales o de imprudencia;
III. Preterintencionales."

Procedemos al estudio de cada una de las especies mencionadas, para lo cual, citamos en primer término el artículo 9 de nuestro ordenamiento penal:

"ART. 9.-Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte

el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

Ahora bien, hay varias observaciones por hacer, las que se refieren a los artículos citados: primero, en cuanto al artículo 8, aunque parece obvio, queremos enfatizar que las fracciones I, II, y III, corresponden al dolo, la culpa, y a la preterintención respectivamente; en cuanto al artículo 9, será nuestra base para hablar de las especies de la culpabilidad.

Dolo

Como se deduce de la lectura del primer párrafo, del artículo 9, el dolo, no es otra cosa, que un *comportamiento típico, antijurídico, conciente y voluntario.*

Luego, el dolo comprende dos elementos: el ético, que se refiere al conocimiento o conciencia del carácter ilícito de la conducta y el resultado, o bien, la conciencia de que se quebranta el deber, como señala Castellanos Tena; y el volitivo o psicológico que se constituye por la voluntad de realizar el acto que se sabe típico y antijurídico.

Culpa

Esta, a diferencia del dolo, no requiere de la intención del agente en cuanto a la producción del resultado. La culpa se presenta aquí, por la imprudencia o negligencia, de aquel que realiza una conducta voluntariamente, sin prever un resultado típico, previsible, y evitable.

Preterintencionalidad

Es una combinación del dolo y la culpa, ya que en primera instancia el sujeto activo actúa dolosamente, es decir conciente y voluntariamente respecto a la conducta y a determinado resultado, pero, éste último, va más allá del querido y aceptado por el sujeto, por su imprudencia, por la falta de previsión de lo que era previsible y evitable, culminando así su comportamiento de forma culpable.

El delito que se analiza, tomando en cuenta lo anterior, es un ilícito en el que la culpabilidad, asume la especie del dolo, en virtud de que la realización de la cópula siempre se lleva a cabo con intención, lo que se ve claramente cuando se verifica con violencia física o moral; y cuando se verifica sin violencia, la intención de delinquir se aprecia cuando se toma en cuenta la calidad de los pasivos; y finalmente, como se comentó cuando tratamos el elemento subjetivo del tipo, pensar que el delito puede cometerse en forma culposa, equivale a decir que el sujeto no quería la cópula, lo cual es contrario a la esencia del ilícito en cuestión.

6. Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son caracteres o partes integrantes del tipo cuando éste las contiene, o bien, requisitos ocasionales, y consecuentemente accesorios, fortuitos cuando no son requeridos por el tipo.⁹⁷

"...las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción".⁹⁸

Conceptos de gran utilidad; éstos implican la declaración de que las condiciones objetivas de punibilidad no son parte integrante del delito; no constituyen un aspecto del mismo.

En la violación equiparada, las condiciones objetivas de punibilidad no se dan, o mejor dicho no se requieren por el tipo.

7. Punibilidad

Hay diversas acepciones de la punibilidad, cuya certeza, no vamos a discutir, en virtud de que, nos interesa única y exclusivamente una de ellas, *la punibilidad como merecimiento*

97 Cfr. Castellanos, op. cit., p. 278

98 Liszt-Schmidh, cit. pos., Jiménez de Asúa, op. cit., p. 418

de penas, aquella que algunos consideran elemento esencial del delito, sin serlo.

Nosotros estamos convencidos de que la punibilidad es una consecuencia del delito, una medida para tratar de evitarlo, una represión para el mismo, pero de ninguna manera es un elemento esencial del delito, lo que apoyamos con la opinión de diferentes autores que han dedicado tiempo al estudio de este tema, tales como Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Castellanos Tena. Villalobos, v. gr. elaboró una fórmula que expresa concreta y claramente que la punibilidad no es elemento del delito:

*"Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible."*⁹⁹

No obstante lo anterior, consideramos necesario y conveniente, señalar la punibilidad, o pena que merece el delito que analizamos, a efecto de que nuestro estudio sea más completo. Así tenemos que: *se le impondrá prisión de ocho a catorce años, al que ejecute el delito sin violencia, ya que si se ejerciere violencia física o moral, la pena será de doce a veintiun años.*

C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE LA VIOLACION FICTA

99 Villalobos, op. cit., p. 212

En la teoría del delito se estudian los elementos esenciales del mismo, sus elementos positivos, mismos que ya han sido analizados, pero, a cada elemento positivo corresponde un elemento negativo. Si los primeros son esenciales para la integración y existencia del delito, los segundos eliminan al mismo, en caso de que se lleguen a presentar.

Así es, como para el estudio jurídico que realizamos es menester tratar también los elementos negativos del delito, los cuales son motivo de este título.

Recordemos que siguiendo un orden lógico, primeramente hablaremos de forma general, después especialmente del delito que analizamos, elemento por elemento. Ahora bien, los elementos negativos que vamos a estudiar son:

1. Ausencia de conducta
2. Atipicidad
3. Causas de justificación
4. Inimputabilidad
5. Inculpabilidad
6. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad
7. Excusas absolutorias

1. Ausencia de conducta

En cuanto a la ausencia de conducta, hay que considerar

en primer término, que la conducta constituye el soporte naturalístico del ilícito penal. Y consecuentemente si la conducta está ausente, no habrá delito.¹⁰⁰

Luego, es necesario establecer cuando puede decirse que la conducta no concurre en un delito, así, para el maestro Jiménez de Asúa, "...toda conducta que no sea voluntaria - en el sentido de espontánea- y motivada, supone ausencia de acto humano."¹⁰¹

Ya con anterioridad nosotros analizamos el concepto de conducta, y claramente se dijo que ésta tenía que ser voluntaria, para que constituyera la base estructural del delito. Ahora en el aspecto negativo, es menester señalar, en que casos un acto es involuntario, a este respecto el artículo 15 del Código penal, en la fracción I dice:

*"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:
I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias"*

Como se deduce de la fracción citada, la ley capta todas las especies de ausencia de conducta.

Por otra parte, en la doctrina hay diversos criterios que no coinciden en las causas de inexistencia de la voluntad, o

¹⁰⁰ Cfr. Castellanos, op. cit., p. 162

¹⁰¹ Jiménez de Asúa, op. cit., p. 220

bien, de la ausencia de la conducta. Para unos, las formas de ausencia del acto son: fuerza irresistible y sugestión hipnótica; para otros, la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos; y otros más incluyen el sueño, el hipnótismo y el sonambulismo, en los aspectos negativos de la conducta.

De las anteriores, aquellas que no están sometidas a discusión son:

1. La fuerza física irresistible (vis absoluta); y
2. La fuerza mayor (vis maior).

La primera consiste en una violencia material irresistible, no hay manifestación de voluntad del sujeto que es forzado de hecho, el hombre en tal caso constituye un mero instrumento, como señala Pacheco.¹⁰² Así, se estará hablando de un comportamiento involuntario, cuando se presenta la vis absoluta, lo que confirma el principio, "non agit, set agitur" (no obra, sino que es forzado a obrar).¹⁰³

El otro factor que elimina la conducta, la vis maior, opera, ya que el hombre se ve forzado a obrar por una fuerza extraña, procedente de la naturaleza o de los animales, lo que demuestra la falta del elemento volitivo.

102 Cfr. Pacheco, cit. pos., Castellanos, op. cit., p. 163

103 Cfr. Maggiore, op. cit., p. 320

Respecto al tipo especial de la violación, no podemos concebir la ausencia de la conducta a través de las formas que contemplamos, y de hecho de ninguna otra, ya que la realización de la cópula conducta eminentemente activa es absurdo pensar que un hombre puede ser obligado a ejecutar tal acto, por un animal, la naturaleza o incluso un hombre; y nos parece más absurdo aún pensar en que este comportamiento, pudiera verificarse por un movimiento reflejo, o sonambulismo.

2. Atipicidad

Cuando estudiamos la tipicidad, dijimos que ésta era la adecuación de la conducta al tipo, el encuadramiento de una conducta concreta a la descripción legal abstracta. Luego, la *atipicidad*, la ausencia de tipicidad, existirá cuando no haya una adecuación de la conducta concreta con el tipo, con los elementos integrante de la descripción formulada por la ley.

Por otra parte, no hay tipicidad cuando falta el tipo, es decir, cuando a pesar de una conducta antijurídica, contraria a la sociedad, el legislador no ha formulado la descripción correspondiente.

Ahora bien, con base en el primer supuesto se dan varias hipótesis de atipicidad, así tenemos:

"1ª *Ausencia del presupuesto del delito.*

- 2º Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- 3º Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- 4º Ausencia de objeto jurídico.
- 5º Ausencia de objeto material.
- 6º Ausencia de las modalidades de la conducta...
- 7º Ausencia del elemento normativo, y
- 8º Ausencia del elemento subjetivo del injusto." ¹⁰⁴

Visto lo anterior, toca ahora el turno a las posibles consecuencias de la atipicidad, para lo cual citamos nuevamente a Porte Petit, quien señala tres hipótesis de los efectos de aquélla.

- "a) No integración del tipo.
- b) Existencia de otro delito.
- c) Existencia de un delito imposible." ¹⁰⁵

Respecto a la primera, nos parece que, en cierta forma ésta es un efecto constante de la atipicidad, de tal suerte que se presenta junto a cualquiera de las otras dos. Y se da, obviamente, cuando a la conducta concreta falta alguno de los elementos requeridos por el tipo.

La existencia de otro delito, o mejor dicho traslación de tipo, se presenta cuando la conducta no encuadra en un tipo determinado por faltarle algún elemento requerido por aquel, pero, se adecua perfectamente a otro tipo establecido en la ley penal.

104 Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, p. 370

105 *Ibidem*, p. 371

Hay tentativa imposible, cuando falta el bien jurídico o el objeto material en la conducta.

Luego, en la violación ficta (equiparada) pueden presentarse las siguientes hipótesis de atipicidad:

Ausencia de calidad en el sujeto pasivo

Aquí, se presentan dos supuestos: primero, cuando el sujeto que se supone menor de doce años, es mayor, y si la conducta se ejecuta con violencia, estaremos en presencia, a nuestro juicio, de una traslación al tipo básico de violación; y si el sujeto que se piensa incapacitado o imposibilitado no lo está, y no se ejerce violencia, el tipo no se integra.

Ausencia de la referencia temporal

En cuanto a la referencia temporal dijimos en su momento que en este delito coincide con la calidad establecida en la primera hipótesis, y así, de igual forma la atipicidad y efecto de la misma coinciden.

Ausencia de los medios comisivos

Aunque reservamos este lugar a los medios comisivos, nótese, que en virtud de la formulación del tipo, la falta de la violencia física o moral no trae consigo la atipicidad, ya

que en este tipo, tales medios son requisito para que opere la agravación de la pena, y no para que se integre la figura delictiva.

Ausencia del elemento subjetivo del injusto

La descripción del tipo de la violación equiparada, no requiere expresamente el elemento subjetivo, no obstante, que la conducta de este ilícito lo requiere, lo manifieste o no la descripción legal. Respecto a este elemento citamos al maestro Eugenio Cuello Calón, quien dice: "El elemento subjetivo de esta modalidad de la violación está integrado por la conciencia de ser la violada menor de doce años y por la voluntad de realizar la unión carnal, por tanto, el desconocimiento de esta circunstancia excluye el dolo."¹⁰⁶

A ésto podemos agregar, que en la fracción II del artículo 266 el elemento subjetivo, también se integra por la conciencia de la calidad del pasivo. Luego el autor antes citado, dice: "En este caso es menester, para la existencia del delito, que el culpable tenga conocimiento del estado de carencia de razón de la mujer ofendida."¹⁰⁷

3. Causas de justificación

¹⁰⁶ Eugenio Cuello Calón, DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL, T. II, V. II, p. 594

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 592

En primer término, hay que hacer énfasis, en que, si bien es cierto, que todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitaren su configuración, también lo es que, ésto no opera en la antijuricidad.

La razón de lo anterior radica en el doble aspecto de la antijuricidad, por lo que no basta, la ausencia de la antijuricidad, o juricidad material, se requiere también, la eliminación de la antijuricidad formal. Así para la eliminación completa de la antijuricidad, para la integración de la excluyente de antijuricidad, se requiere la declaración o reconocimiento hecho por la ley.¹⁰⁸

Ahora bien, el aspecto negativo de la antijuricidad, lo constituyen las causas de justificación que, "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica."¹⁰⁹

Las causas de justificación, están reguladas expresamente en las fracciones III, IV, V y VIII del artículo 15, del Código penal, según criterio de Porte Petit; pero a nuestro juicio, la fracción VII del artículo en cita, establece una causa de justificación más. Luego, las causas de licitud, de acuerdo a la ley son: *legítima defensa, estado de necesidad,*

108 Cfr. Villalobos, op. cit., p. 335, 336, 351

109 Castellanos, op. cit., p. 183

cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, e impedimento legítimo.

El fundamento de las causas de licitud, lo encontramos en dos principios: de la ausencia del interés, y del interés preponderante.¹¹⁰

Ahora bien, consideramos innecesario profundizar en este tema, incluso tratar cada causa de licitud, en virtud de que ninguna de ellas es relevante para nuestro estudio, dada la imposibilidad de que se presenten en el delito que estudiamos.

Así, en la violación equiparada, no hay causas de licitud,¹¹¹ no se presenta ninguna posibilidad en este delito, para el autor del mismo, de actuar bajo alguna causa justificante, tenemos que v. gr. "No es posible imaginar una violación carnal justificada por legítima defensa."¹¹² Lo que, es más absurdo si pensamos en la calidad de los sujetos pasivos del ilícito en cuestión.

4. Inimputabilidad

En su momento, se definió la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, luego entonces su aspecto negativo, se refiere a la incapacidad para obrar con

¹¹⁰ Cfr. Mezger, cit. pos., Porte Petit, op. cit., p. 386, 387

¹¹¹ Cfr. Porte P., ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, p.49; Martínez R. Toc. cit.

¹¹² Vannini, cit. pos., Porte Petit, op. cit., p. 48

conciencia y voluntad, la inimputabilidad se constituye por diversas causas que atacan la capacidad del hombre, así tenemos que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber".¹¹³ En relación a éstas, Castellanos afirma que son, "todas aquellas 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."¹¹⁴

Las causas de inimputabilidad son: *minoría de edad, trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, y miedo grave.* Respecto a las anteriores el Código penal para el Distrito Federal, en el artículo 15, fracciones II, y VI, establece:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:
 ...II. Padeecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;
 ...VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Ahora, en relación al delito en estudio y de acuerdo

113 Jlménez de Asúa, op. cit., p. 339

114 Castellanos, op. cit., p. 223

con Martínez Roaro el sujeto activo de este delito goza de la protección de las causas establecidas por la fracción II, del artículo 15 del Código penal.

En cuanto a los menores infractores, serán remitidos al Consejo Tutelar para Menores Infractores.

5. Inculpabilidad

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad, y en virtud de los elementos que integran esta última, la inculpabilidad se presentará siempre que por alguna causa se invaliden o cancelen los elementos, intelectual o ético y emocional o volitivo o alguno de ellos. Para los normativos las causas de inculpabilidad son: *el error y la no exigibilidad de otra conducta*, pero, en virtud de que nuestra legislación penal se afilia a la teoría psicológica, tenemos que dogmáticamente, las causas de inculpabilidad son: *el error esencial de hecho, y la coacción sobre la voluntad.*¹¹⁵ Respecto a las causas de inculpabilidad, la fracción XI del artículo 15 señala:

*"...XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.
No se excluye la responsabilidad si el error es vencible."*¹¹⁶

115 Cfr. Castellanos, op. cit., p. 258

116 CODIGO PENAL MEXICANO, ART. 15, FRACC. XI

En la violación equiparada, el sujeto activo de este delito no será culpable cuando cometa "error de hecho invencible"¹¹⁷

"En cuanto a la culpabilidad en la violación equiparada, es requisito para fincarla que el sujeto activo conozca las condiciones que guarda la víctima, pues de lo contrario no incurre en responsabilidad, según estima Fontan Balestra, al considerar que en este último caso, <no existirá violación por falta de dolo específico, que es indispensable para la configuración del delito>".¹¹⁸

6. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad

Respecto a esta, tenemos que en virtud de que las condiciones objetivas no se prevén en la parte general de Código, "...su falta ha de investigarse en cada caso concreto de la Parte especial de la Ley."¹¹⁹

Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa no se dan, o mejor dicho no se requieren por el tipo.

7. Excusas absolutorias

117 Cfr. Martínez Roaro, op. cit., p. 232

118 González Blanco, op. cit., p. 170. 171

119 Jiménez de Asúa, op. cit., p. 425

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las excusas absolutorias, pero antes de proceder al concepto de las mismas, hay que hacer énfasis en que en virtud de que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia de éste, las excusas absolutorias no afectan la integración del delito, sólo su punibilidad.

En cuanto al concepto, Castellanos Tena expresa: "...son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."¹²⁰

La razón de ser, el fundamento de las excusas absolutorias lo constituye la mínima temibilidad, y la no exigibilidad de otra conducta.

Por otra parte, las excusas absolutorias propiamente dichas son:¹²¹

- a. Excusa en aborto imprudencial, o en aborto resultado de violación
- b. Excusa respecto a la falsa declaración del acusado
- c. Excusa por razones de mínima temibilidad
- d. Excusa a ciertos familiares cuando facilitan la evasión de un preso
- e. Excusa a ciertos familiares de un homicida si ocultan, destruyen o inhuman el cadáver de la víctima sin autorización para ello.

¹²⁰ Op. cit., p. 278

¹²¹ Cfr. Carrancá y Trujillo. CÓDIGO PENAL ANOTADO, ARTICULOS 333, 247 fracc. IV, 375, 151, 280

Luego, en la violación equiparada, el sujeto activo no puede actuar al amparo de ninguna excusa absolutoria, pues la ley no registra alguna para este delito.¹²²

D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

En primer término, cabe hacer una breve referencia al concepto y contenido del *iter criminis*, ya que es útil a fin de ubicar lógicamente y acertadamente las formas de aparición del delito.

Así, el camino del crimen o *iter criminis*, consiste en: - "el camino que recorre el delito, desde su ideación hasta su culminación..."¹²³

Ahora bien, el *iter criminis* contiene o comprende dos fases: fase interna, aquella que se desarrolla en la mente del sujeto, desde su iniciación (*idea criminosa*) hasta antes de exteriorizarse (*resolución*); fase externa, que se inicia con la manifestación y termina con la consumación.

Estas fases están constituidas a su vez por diversos momentos: la primera, por la *idea criminosa* o *ideación*, *deliberación*, y *resolución*; la fase externa, por la *manifestación*, *preparación*, y la *ejecución*. Y en este último momento, se dan

122 Cfr. González Blanco, op. cit., p. 171; Martínez Roaro, loc. cit.

123 Osorio y Nieto, op. cit., p. 77

las formas de presentación del delito, *tentativa y consumación* según sea el caso, mismas que abordamos a continuación.

1. Consumación

El delito se tiene por consumado, cuando la ejecución ha sido perfecta, es decir, cuando la acción encuadra en el tipo. Al respecto, tenemos que:

"el delito es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata".¹²⁴

En cuanto a la violación equiparada, la consumación se verifica, cuando el sujeto activo realiza la cópula con o sin violencia con los sujetos pasivos (cualquiera de ellos) descritos en el tipo.

2. Tentativa

Se entiende por tentativa, según criterio de Castellanos Tena: "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consume por causas ajenas al querer del sujeto."¹²⁵

124 CODIGO TOSCANO, ART. 43, cit. pos., Jiménez de Asúa, op. cit., p. 492

125 Castellanos, op. cit., p. 287

Respecto a la tentativa, también tenemos que, se presenta sólo en los delitos de acción, comisión por omisión, siempre que se equiparan a los de acción; en los delitos materiales; y por último, la tentativa es compatible únicamente con los delitos dolosos.¹²⁶

Por otra parte, la tentativa puede asumir dos formas: *la tentativa acabada, y la tentativa inacabada*, lo anterior, con base en la doctrina, pues nuestra legislación no hace distinción alguna en este sentido. El Código penal se ocupa más bien, cuando es punible la tentativa, y cuando no, lo que se desprende del artículo 12, del citado ordenamiento, que a la letra dice:

"ART. 12.-Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. ...Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna 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."

Ahora bien, realmente el Código no hace una distinción expresa, no obstante, para Castellanos el dispositivo capta ambas formas, en virtud de la imprecisión en la realización u omisión de los actos integrantes de la conducta.¹²⁷ Luego, es menester su estudio, al que ahora procedemos.

¹²⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 475, 476, 481

¹²⁷ Cfr. op. cit., p. 288

a. Tentativa acabada

La *tentativa acabada o delito frustrado*, se refiere a la realización de todos los actos de ejecución encaminados directamente a la producción de un resultado típico y antijurídico, empleando los medios idóneos para ese fin, pero aquél no se produce por causas ajenas a su voluntad.

En el delito frustrado no cabe el desistimiento, ya que no es posible desistirse de lo ya ejecutado, pero si puede hablarse del arrepentimiento activo o eficaz, el cual no es punible como vimos en el tercer párrafo del artículo 12 del Código penal.

b. Tentativa inacabada

También recibe el nombre de *delito intentado*, en éste la ejecución es incompleta, en virtud de que se omite uno o varios de los actos tendientes a la producción del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Y a diferencia de la tentativa acabada, sí admite el desistimiento, que en caso de presentarse origina que la tentativa no sea punible.

En cuanto a la tentativa en el delito de violación equiparada, citamos a algunos autores, a fin de que con base

en sus opiniones elaboremos una conclusión propia. Así tenemos que:

Para González Blanco la violación "...no descarta la posibilidad de la tentativa, en los términos del artículo 12 de nuestro Código Penal... y tampoco para la tentativa desistida... Por lo que respecta a la tentativa desistida, en la violación, las violencias ejercitadas por el sujeto activo, sobre el pasivo, constituyen actos eróticos en virtud del elemento subjetivo que les anima."¹²⁸

"...Garraud opina también, que la tentativa desistida constituye un delito de atentado al pudor."¹²⁹

Según criterio de Vannini "...lo que no consiente el delito de violación (en cuanto es delito formal) es la figura de la tentativa perfecta, la que en un tiempo se llamó <<delito frustrado>> desde el momento que una vez llevada a cabo en este delito la acción ejecutiva, el delito se consuma, agregando, que ...no consiente la figura de la tentativa atenuada por el arrepentimiento activo, ...pero, en cambio, es posible el desistimiento voluntario, circunstancia subjetiva resolutive de la ilicitud de la tentativa imperfecta."¹³⁰

128 González Blanco, op. cit., p. 172, 173

129 *ibidem*

130 Cit. pos., Porte Petit, op. cit., p. 68

En cuanto a la tentativa en el delito de violación, Porte Petit afirma que: "Es indudable que, en el delito de violación, puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración, así como el delito imposible. En otros términos, considerando el concepto que sostuvimos de cópula,¹³¹ habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o total ejecución, no se realiza la introducción del órgano masculino en el orificio vulvar por causas ajenas a la voluntad del agente."¹³²

Eugenio Cuello Calón señala, "...para que los actos impudicos realizados violentamente sobre una mujer, o sin su consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación, debe probarse cumplidamente en el culpable el ánimo de yacer.

Si el culpable, en el momento de haber dado principio a la ejecución del delito, desiste espontáneamente, no será punible... sin embargo, si los actos anteriores al desistimiento constituyen por sí un abuso deshonesto, será penado conforme al art. 430. Si el desistimiento no es espontáneo, si tiene lugar ante la resistencia de la víctima o de la llegada de un tercero, hay tentativa punible."¹³³

Francisco Carrara admite también la tentativa de violencia carnal, lo que se ve claramente cuando dice, "...es

131 "...la cópula puede ser normal o anormal. ...el acceso carnal normal se consuma desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar, con o sin la "seminatio

132 Porte Petit, op. cit., p. 18, 19, 72

<intra vas",

133 Eugenio Cuello Calón, op. cit., p. 595, 596

suficiente que el conocimiento carnal haya estado en el fin, aunque no haya estado en el resultado, cuya frustración da origen al título de violencia carnal intentada".¹³⁴

Una vez analizados estos criterios, podemos concluir, según nuestro propio criterio, que respecto a este tema se dan las siguientes hipótesis:

a. La violación equiparada si admite la tentativa, pero únicamente, la inacabada o delito intentado.

b. La tentativa inacabada en este delito admite el desistimiento, no obstante si los actos anteriores a éste constituyen por sí un delito, será penado como corresponda al mismo, como lo establece la parte final del párrafo tercero, en el artículo 12 de la ley penal, que dice: "...sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

c. (En atención a lo anterior) a pesar del desistimiento de la violación, puede integrarse el tipo descrito en el artículo 261, que establece:

"ART. 261.-Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda

resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo. Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión."

Formulamos las hipótesis anteriores, en virtud de que consideramos al igual que Vannini, que si se lleva a cabo la acción ejecutiva, el delito se consuma. E independientemente del concepto de cópula que ofrece Porte Petit, si se ejecuta la conducta cabalmente para la producción del resultado y puesto que este ilícito es considerado como formal, no podemos separar la conducta del resultado. Por lo que el resultado se produce originándose la consumación, y consiguientemente no hay lugar a la tentativa acabada; por otra parte, la segunda hipótesis, tiene su fundamento, en el multicitado artículo 12; finalmente, si bien es cierto que el artículo 261, y la tentativa inacabada punible se excluyen, en virtud de que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda si, también es cierto que al presentarse el desistimiento en la violación, desaparece el propósito de copular y en atención a la última parte del artículo 12 antes citado, lo que fue tentativa de violación (equiparada) da lugar a la configuración del tipo del artículo 261.

3. Delito imposible

En éste no se realiza la infracción de la norma penal -

por imposibilidad material, por inidoneidad en los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.¹³⁵

El delito imposible que podría ser confundido con el delito putativo, se diferencia de él, ya que en el primero, el resultado nunca se produce por imposibilidad material, en tanto que el delito se considera putativo por inexistencia total de la norma.

Por otra parte, en el Código no se incluye la tentativa del delito imposible por lo que éste no es sancionado.¹³⁶

Respecto al delito en estudio, hay autores v. gr. Porte Petit, que piensan que si se presenta el delito imposible, o mejor dicho la tentativa del mismo, e incluso, nos dan el ejemplo de aquel que siendo impotente no puede verificar la cópula, y por ende, el delito. No obstante, como ya se mencionó la ley penal de nuestro país no capta la tentativa del delito imposible, por lo que, aun si el citado ejemplo, puede darse, no será punible en grado de tentativa de violación, sino que quizá encuadre en el artículo 261.

E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION)

Respecto al concepto de participación, tenemos que ésta

135 Cfr. Castellanos, op. cit. p. 291

136 Cfr. CODIGO PENAL MEXICANO, ART. 12

"...consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad." ¹³⁷

Ahora bien, cabe destacar que no todos los participantes en el ilícito responderán en igual grado, ya que se tendrá que valorar dicha responsabilidad en cada caso concreto, donde ésta se determinara con base en el acto, aptitud para entender y querer, culpabilidad y en sí la forma y grado en que cada sujeto haya participado en la comisión del delito.

Luego, tenemos pues diversos grados o formas de participación:

- "a) Autores y coautores.
- b) Instigadores.
- c) Cooperadores necesarios.
- d) Cómplices." ¹³⁸

Nuestra legislación penal, trata de la participación en su artículo 13, que a la letra dice:

- "ART. 13.-Son responsables del delito:
- I. Los que acuerden o preparen su realización;
 - II. Los que lo realicen por sí;
 - III. Los que lo realicen conjuntamente;
 - IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

¹³⁷ Castellanos, op. cit., p. 293

¹³⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 501

- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
 VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.
 VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
 VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado"

Así, tenemos que de acuerdo a la ley se pueden distinguir las siguientes formas de participación:

1. Autoría material (fracc. II)
2. Coautoría (fracc. III)
3. Autoría mediata (fracc. IV)
4. Autoría intelectual (fracc. V)
5. Complicidad (fracc. VI y VII)
6. Complicidad correspectiva (fracc. VIII)

En cuanto al ilícito que se estudia, es claro que pueden presentarse, casi todas las formas de participación: La autoría material, aquel que realiza, por sí, la cópula en los términos del artículo 266, colmando el tipo en cuestión; respecto a la coautoría, ésta no es posible, si se piensa en que se trata de la realización conjunta de la cópula; la autoría mediata, puede darse cuando se utiliza a un inimputable, para que realice la cópula típica y antijurídica; la autoría intelectual, se da cuando un sujeto induce a otro a cometer el delito que el ha planeado; complicidad, ésta en los términos de las fracciones VI Y VII, es indudable

que puede presentarse muy fácilmente, en el delito que se analiza o en cualquier otro delito.¹³⁹

F. CONCURSO DE DELITOS

"Se da el concurso de delitos cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos."

Pensamos que resulta bastante clara la definición anterior, tenemos pues que lo único que requiere el concurso de delitos es la producción de varios resultados típicos, no obstante, de acuerdo con el concepto citado, en cuanto al concurso de delitos se presentan dos situaciones, dos especies de concurso: *concurso ideal*, y *concurso real*, que se regulan en el artículo 18 del Código penal, especies que abordamos en seguida:

1. *Concurso ideal*

Este se presenta cuando, como dice el artículo 18, "*con una sola conducta se cometen varios delitos.*" O bien, como cita Jiménez de Asúa, el concurso ideal se caracteriza como, "*un hecho que cae bajo más de una sanción punitiva.*"¹⁴⁰

Ahora bien, de los citados conceptos se deducen ciertos

139 Cfr. Porte Petit, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, p. 78 y ss.
140 Op. cit., p. 533

requisitos: *unidad de hecho (acto); violación de varias disposiciones legales; unidad de resolución.*

Unidad de hecho. Se refiere a una sola conducta, a la conducta como elemento del delito, es decir, aquella que comprende el acto voluntario, el resultado y el nexo causal.

Violación de varias disposiciones legales. Puede decirse que, no es otra cosa que el encuadramiento de la conducta con varios tipos, así, e.g. el que manejando, choca con otro auto y ocasiona muertos, lesionados y además los daños a la propiedad ajena.

Unidad de resolución. El sujeto activo, quiere y procura sólo un resultado típico, es decir, resuelve cometer una conducta pensando en obtener únicamente un resultado.

La penalidad al concurso ideal se encuentra establecida en el artículo 64, en su primer párrafo dice:

"ART. 64.-En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, si que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero".

2. Concurso real

Antes de proceder al concepto de éste, hay que hacer

énfasis en que, tanto en el concurso ideal, como en el concurso real se habla de un solo sujeto activo aunque de forma implícita.

Ahora, en relación al concepto del concurso real tenemos que: *"Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos."* Así lo dispone la segunda parte del artículo 18 de nuestro Código penal; y en términos similares, según criterio de Jiménez de Asúa, el concurso real consiste en: *"La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos."*¹⁴¹

Por otra parte, respecto a la penalidad, ésta se encuentra regulada también por el artículo 64, pero, en su párrafo dos, que establece:

"...En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero."

Son tres los sistemas que hay para la represión en caso del concurso real, de acuerdo a la doctrina, y éstos son: - - *acumulación material, absorción y acumulación jurídica.*

Acumulación material. En ésta, se suman las penas

141 Op. cit., p. 534

correspondiente a cada delito.

Absorción. La pena del delito mayor absorbe a las otras, por lo que se impone únicamente aquélla.

Acumulación jurídica. Se toma como base la pena más grave, y ésta se puede aumentar en relación a los demás delitos, de conformidad con la personalidad del culpable.

Ahora bien, como puede verse en el segundo párrafo del artículo 64, antes transcrito, y apoyándonos también con la opinión de Castellanos Tena, tenemos que, nuestra legislación penal, parece captar los tres sistemas.¹⁴²

Finalmente, respecto al concurso de delitos, con la violación equiparada pueden concurrir diversos delitos, dándose las siguientes hipótesis:

a. Pueden concurrir *el artículo 266, y el 261*, siempre - que el acto sexual con intención lasciva sea ejecutado con posterioridad a la violación.

b. Concorre también con el delito en estudio, *el tipo de lesiones*, situación en la que cabe destacar, que la violencia física, como uno de los posibles medios comisivos de la

¹⁴² Cfr. Op. cit., p. 310

violación equiparada, no implica necesariamente la producción de lesiones, por lo que, si éstas se presentan siendo innecesarias como son, constituyen un delito autónomo e independiente de la violación ficta.

Lo anterior se confirma con el criterio jurisprudencial expresado en las siguientes tesis:

"VIOLACION, ACUMULACION REAL DEL DELITO DE LESIONES A LA. En la violación, la violencia física se caracteriza porque se constriñe objetivamente a la víctima para realizar en ella la fornicación, y siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en su cuerpo a fin de impedir o superar su resistencia física; mas tales imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas o en la comisión de ataques corporales constitutivos de otros delitos y entonces el golpe productor de lesiones que se propine al ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación, porque no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutadas con actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código penal."¹⁴³

"VIOLACION Y LESIONES, AUTONOMIA DE LOS DELITOS DE. Tratandose de un caso de violación, no puede afirmarse que las lesiones producidas a la ofendida no constituyan conducta ilícita independiente de la violación, por constituir el medio violento para integrar este ilícito, si la violencia empleada no fue sólo la necesaria para vencer la resistencia, en tanto que haya motivado lesiones que pusieron en peligro la vida de la ofendida."¹⁴⁴

c. Igualmente pueden concurrir con la violación equiparada: el homicidio (Art. 302), amenazas (Art. 282), siempre que éstos se verifiquen con posterioridad a la

143 SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 6ª Epoca, Tomo LXXVI, p. 46

144 SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 7ª Epoca, Volumen 36, p. 41

violación equiparada, Y pueden concurrir también los delitos siguientes: peligro de contagio (Art. 199 bis), corrupción de menores (Art. 201), homicidio (Art. 207), privación de la libertad (Art. 365 bis), robo (Art. 367).

G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO

En relación con las formas de persecución, queremos hacer primero una breve referencia a las formas de conocer el delito y a los requisitos de procedibilidad, a efecto de complementar el presente título.

Luego entonces, hablaremos de la denuncia, querrela, autorización y excitativa.

I. Denuncia

En cuanto al concepto de ésta tenemos que, Manzini define: "la denuncia facultativa, o denuncia en sentido estricto, es el acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo, con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio, lesivo o no de intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que hayan cometido ese mismo delito o hayan tomado parte en él".¹⁴⁵

Y por su parte, García Ramírez indica que la denuncia -
"constituye una participación de conocimiento, hecha a la
autoridad competente, sobre la comisión de un delito que se
persigue de oficio."¹⁴⁶

Ahora bien la denuncia como condición de procedibilidad
debe distinguirse de la denuncia como medio informativo, ya
que la primera siempre que está a cargo del Ministerio
Público, se refiere a "...la instancia necesaria para que el
órgano jurisdiccional pueda avocarse a la instrucción del
proceso".¹⁴⁷

Y por último hacemos énfasis en que la denuncia como
medio informativo, puede ser formulada o presentada por
cualquiera.

2. Querrela

Esta igual que la denuncia, puede considerarse un medio
legal de informar al órgano competente, la comisión o posible
comisión de un delito. No obstante se diferencia de aquélla,
porque sólo puede recurrir a ella, el ofendido o su legítimo
representante, y siempre que sean de aquellos ilícitos que
por disposición legal se persigan a instancia de parte, y en
ella se ejerce además el derecho de demandar que se proceda.

¹⁴⁶ *Ibidem*

¹⁴⁷ Guillermo Colín Sánchez, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, p. 237

Para González Blanco, "la querrela es el derecho que se le concede a la víctima de un delito que por disposición de la ley se persiga a instancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento del órgano competente, y expresarle su voluntad de que se proceda en contra del delincuente."¹⁴⁸

Por otra parte, la querrela se entiende como un requisito de procedibilidad, en virtud de que aquella se concibe como un derecho del ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades y demandar que se proceda, luego, el poder judicial está condicionado a la voluntad del particular, pues sin la manifestación de ésta no puede proceder.¹⁴⁹

3. Autorización

Esta consiste en el permiso o anuencia de una autoridad competente, a efecto de que en algunos casos previstos por la ley, sea posible proceder penalmente contra algún funcionario, por la comisión de un delito del fuero común.¹⁵⁰

4. Excitativa

La excitativa, se entiende en sí como una forma de querrela, constituye también un requisito de procedibilidad,

148 González Blanco Alberto, EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO, p. 89

149 Cfr. Colín Sánchez, op. cit., p. 242, 243

150 Cfr. Manuel Rivera Silva, EL PROCEDIMIENTO PENAL, p. 128, 129; *Ibidem*, p. 252

en los términos de la misma, se encuentra regulada en el artículo 360, fracción II del Código penal para el Distrito Federal. Y se refiere a la queja y petición que presenta el representante de un país extranjero para que se proceda en contra de aquel que ha injuriado al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos, como se desprende del texto legal citado:

"ART. 360.-No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida excepto en los casos siguientes:
...II. Cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesaria excitativa en los demás casos."

El hecho de que la excitativa es un requisito de procedibilidad se ve claramente en el artículo transcrito, especialmente en la última parte.

Ahora bien, en cuanto a las formas de persecución de los delitos, tenemos los delitos que se persiguen de oficio, y los de querrela, que son aquellos que se persiguen a petición o instancia de parte. Puede decirse que la regla es la persecución de oficio, y la excepción los delitos de querrela, inclusive la forma de persecución es expresa en la ley para cada caso, tratandose de éstos últimos.

En los delitos de oficio, la denuncia constituye un

requisito de procedibilidad y un medio de poner el delito en conocimiento de la autoridad en los términos que antes señalamos, en éstos, se expresa cabalmente el poder punitivo del Estado, ya que sólo de éste depende todo el procedimiento; en tanto que los delitos de querrela necesaria, la querrela es la forma útil para poner en conocimiento de la autoridad competente el delito, y el requisito de procedibilidad para estos delitos lo es la querrela como manifestación de voluntad expresa con la que se demanda la persecución y el ejercicio de la acción penal en contra del delincuente. Por lo anterior, la persecución de estos delitos es potestad del ofendido, el cual en el momento que desee puede otorgar el perdón.

Finalmente, con relación al delito en estudio, sólo podemos decir que éste es perseguido de oficio, en virtud de que no hay en nuestra legislación disposición alguna en contrario.

C A P I T U L O I I I
CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL TIPO EN ESTUDIO

- A. FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNO AL DELITO**
 - 1. Endógenos
 - 2. Exógenos

- B. CASTIGO Y PREVENCIÓN COMO FINES DE LA PENA**

- C. LA IMPUBERTAD Y LA INCAPACIDAD PARA RESISTIR LA CONDUCTA DELICTUOSA, CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD**

- D. REFLEXIONES RESPECTO A LA VIOLENCIA EN LA VIOLACION FICTA**

- E. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO**
 - 1. En el impúber
 - a. Físicos
 - b. Psicológicos
 - c. Morales
 - 2. En el incapaz o imposibilitado
 - a. Físicos
 - b. Psicológicos
 - c. Morales
 - 3. En la colectividad
 - a. Psicológicos
 - b. Morales

CAPITULO III

CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL TIPO EN ESTUDIO

A. FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNO AL DELITO

En este apartado expondremos brevemente los factores que pueden llevar a una persona a delinquir, mismos que se dividen en endógenos y exogénos, los cuales son estudiados en forma general por parte de la criminología, ya que el objeto de estudio de ésta lo constituye el delincuente, el delito, sus causas y su represión. Pero la antropología, la psicología y la sociología criminales estudian dichos factores de manera más particular y proporcionan los datos obtenidos a la criminología.¹⁵¹

151 Cfr. Rafael de Pina, DICCIONARIO DE DERECHO, p. 193

En primer término tenemos que, la antropología criminal nace con César Lombroso, quien partiendo de sus estudios "... concluye que hay gran analogía entre el salvaje y el criminal nato... El criminal es pues un ser atávico y en estado patológico."¹⁵²

En la primera fase de la antropología criminal Lombroso crea un tipo cuyas alteraciones morfológicas o biológicas constituyen las únicas causas de la delincuencia sin tener en cuenta aquellas de carácter social, lo cual es un grave error, mismo que ha sido superado en la segunda fase de la antropología criminal.

La bio-sociológica o, bio-tipológica (doble síntesis de tipicidad: fisiológica y ontológica). Con base en ésta, los delincuentes se clasifican según su constitución psicofisiológica o según los móviles de su acción criminal, en: *locos, natos o por aptitud congénita, habituales, por ocasión y por pasión.*¹⁵³

Así la antropología criminal en su segunda fase, o bio-sociológica, señala los factores biológicos y sociales como causa de la delincuencia.

Por lo que respecta a la psicología criminal, ésta busca

152 Cit. pos., Raúl Carrancá y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO: PARTE GENERAL, p. 41

153 Cfr. Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 42

las causas del delito en los caracteres psicológicos del delincuente. Y encuentra su fundamento en el pansexualismo como explicación de los más íntimos impulsos de la conciencia.

"...el delito es producto de la inadaptación social a causa de los <<complejos>> de Edipo, de Electra, de Cain, de Diana, Clitemnestra, de castración, de autocastigo, etc., y de sus efectos sobre el yo, el super yo y el ello."¹⁵⁴

Para el pansexualismo la fuente primitiva de toda energía es el instinto sexual.

Es claro que la psicología criminal toma en cuenta solamente factores psicológicos en la determinación de la actividad criminal.

"La sociología criminal estudia, en su rama biosociológica, los caracteres individuales del delincuente con el fin de determinar las causas de su delito y su grado de temibilidad social; el campo de aplicación de la sociología criminal, comprende, las causas individuales del delito y, las de ambiente (físicas y sociales)."¹⁵⁵

Ahora bien, en el capítulo anterior al estudiar la conducta se dijo entre otras cosas que se entendía como

¹⁵⁴ El super-yo es la parte socialmente adaptada de la personalidad anímica; su fracaso es el delito; el yo es lo natural y el ello lo ancestral, (Ibíd., p. 45)

¹⁵⁵ Ib., p. 46

actividad motivada. Así, toda conducta humana es la reacción necesaria a los estímulos exteriores que recibe el hombre dentro del medio en que vive. No obstante lo anterior, dicha reacción depende de otros factores, mismos que se han clasificado en heredados, adquiridos y mixtos.¹⁵⁶

Observamos claramente que dichos factores se dividen en internos y externos, pero para mayor comprensión de lo anterior se hace conveniente hablar específicamente de cada uno de éstos.

Así, según criterio de Mira y López, *"Son heredados: la constitución corporal, el temperamento y la inteligencia; adquiridos: la experiencia anterior, la constelación, la situación externa y el tipo de reacción colectiva en vigencia; y mixto: el carácter, que como se verá, viene a ser la resultante del choque del hombre con el medio externo."*¹⁵⁷

La constitución corporal se integra por el conjunto de propiedades somáticas (morfológicas y fisicoquímicas) heredadas por el individuo.

La constitución afectiva o temperamento no influyen en la conducta mientras no se proyecte en el mundo exterior y choque con el medio ambiente.

156 Cfr. González Blanco, DELITOS SEXUALES, p. 55

157 Cit. pos., González Blanco. loc. cit.

La inteligencia es útil al hombre para determinar los estímulos que se le presentan señalándole la manera en que debe actuar.

Ahora, dentro de los adquiridos se encuentra la experiencia anterior, factor importante en la motivación de la conducta, ya que el pasado influye más en el hombre que el presente.

Mira y López da el nombre de constelación a la "influencia que las experiencias inmediatamente anteriores ejercen en la determinación de la reacción, frente a la situación actual."¹⁵⁸

La situación externa, es aquella que obliga a los hombres a comportarse de manera similar ante determinadas circunstancias, independientemente de su personalidad.

La reacción colectiva en vigencia, se refiere a las reglas impuestas por la opinión pública.

El carácter es el único factor mixto, como ya se dijo "resulta del choque entre el temperamento y el medio ambiente. Es el término de transición entre los factores endógenos y exógenos, integrantes de la personalidad."¹⁵⁹

158 Cít. pos., González Blanco, op. cit., p. 57

159 *Ibidem*, p. 58

Los anteriores son factores que sin duda intervienen en la motivación de la conducta, convirtiéndose también, en factores que influyen en torno al delito. Además se habla de otros factores en torno a la conducta sexual, los factores biológicos, que son estudiados por las teorías que explican biológicamente la conducta sexual. Dentro de las cuales se encuentran: teorías fisiológicas, teorías psicoanalíticas, teorías endocrinológicas.

La primera trata de explicar el delito sexual, partiendo de la anatomía y fisiología del cerebro.

Con base en la teoría fisiológica el delito sexual surge por el mecanismo defectuoso e incompleto de las relaciones cerebro espinales.

Así, la conducta sexual reviste cuatro modalidades según la combinación del tipo cerebro espinal del activo.¹⁶⁰

1º En los sujetos espinales, la conducta sexual es debida exclusivamente a un reflejo automático sin participación del cerebro.

2º En los cerebrales espinales posteriores, la conducta

160 Hay tres regiones básicas para las manifestaciones sexuales, mismas que derivan del eje cerebro espinal: "a) La médula con sus centros de erección y eyaculación; b) el cerebro posterior, asiento del instinto sexual y de las sensaciones; y c) el cerebro anterior, centro de sentimientos diversos." (Cfr. González Blanco, op. cit., p. 60, 61)

la conducta es de indole puramente instintiva.

3º Los espinales cerebrales anteriores, actúan bajo la dependencia de una idea inicial psíquica como estado normal, pero la idea impulsora es falsa y la conducta anormal.

4º Los cerebrales anteriores son, por lo común idealistas y rara vez su conducta se traduce en actos de violencia.

Teorías psicoanalíticas. El psicoanálisis se integra de cuatro principios básicos: 1º El determinismo psíquico; 2º El pansexualismo; 3º La represión y 4º La disociación ideoaffectiva.¹⁶¹

1º Todo acto psíquico tiene una significación y obedece a una motivación conciente o inconciente.

2º Este es consecuencia de que la fuente primitiva de toda energía es el instinto sexual.

3º Todas las experiencias psíquicas del sujeto, dañosas para su tranquilidad espiritual, son rechazadas del plano conciente hacia el inconciente, mismo en el que siguen activas.

4º En éste el tono afectivo de una idea pasa a otra

161 Cfr. *Ibidem*, p. 62 y ss.

cualquiera y la anima insospechadamente.

Todos los principios expuestos se refieren a la psique del individuo, por lo que, los factores que influyen en la conducta son para esta teoría, factores de carácter interno.

Teorías endocrinológicas. Estas recurren al estudio de las glándulas de secreción interna para explicar la conducta sexual del hombre.

Las hormonas secretadas por las glándulas, regulan, tanto la evolución orgánica del individuo, como la constitución psíquica, por lo que: "*de la distinta fórmula endocrina individual, depende en último término, la personalidad psíquica de todo sujeto*".¹⁶²

Dicha fórmula recibe el nombre de biotipo, en relación a lo cual, las teorías endocrinológicas, han diferenciado dos grandes grupos: a) *las constituciones normales* y b) *las constituciones displásicas*.

La *constitución morfológica normal* se refieren al volumen corporal y las proporciones existentes entre el tronco y las extremidades, y se divide a su vez en: *macroesplánicos* o *brevilíneos* y *microesplánicos* o *longilíneos*, en los primeros son

162 Pende, cit. pos., González Blanco, op. cit., p. 65

preponderantes, la función vegetativa y el ahorro de energías, y en los segundos sucede a la inversa.

Las constituciones morfológicas displálicas o anormales se dividen en: *hipergenitales, hipogenitales y disgenitales.*

Respecto a los individuos hipergenitales, hipogenitales o disgenitales, baste decir que sufren de alteraciones endocrinas, por lo que en ellos se halla la identidad que se encuentra en los delincuentes sexuales.

Ahora bien, "*el biotipo del delincuente sexual corresponde a la variedad hipogenital del tipo brevilineo de Pende.*"¹⁶³

Con base en esta teoría la acción reguladora de las hormonas, constituye el único factor determinante de la conducta sexual. Factor que viene a ser, obviamente, de carácter interno.

1. Endógenos

Visto lo anterior, podemos decir, que los factores endógenos son aquellos de carácter interno, o bien, inherentes al hombre, ya por herencia, por la anatomía y

fisiología del cerebro, por la psique del sujeto o en su defecto por la acción reguladora hormonal. Según se prefiera una u otra teoría de las expuestas anteriormente.

A nuestro juicio todos los factores comentados influyen de una manera u otra en la conducta del hombre.

2. Exógenos

Estos son aquellos externos al hombre, tratándose de factores adquiridos, de ambiente (físicos y sociolas), mismos que son estudiados por parte de la antropología criminal (bio-sociológica o biotipológica), y la sociología criminal.

Ahora bien, aun aceptando, que la conducta debe ser motivada y que el delito sexual se presenta como respuesta a los factores endógenos y exógenos, nos parece que, no se debe generalizar hablando de un tipo o biotipo de delincuente sexual. No todos los individuos que encuadran en los tipos establecidos cometerán necesariamente un delito sexual y a la inversa, no todos los delincuentes son anormales.¹⁶⁴

Por otra parte, *"Muchos violadores, en especial los que agreden a niños pequeños, les conocen, planean previamente lo que van a hacer y llevan su plan a la práctica cuando se les*

164 Cfr. Finkelhor David, EL ABUSO SEXUAL AL MENOR: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y TRATAMIENTO PSICOSEXUAL, p. 38, 39; En este sentido, Benjamín Karpman, LA PSICOPATOLOGIA SEXUAL, p.18

presenta la ocasión... Esto rebate la idea de que todos los violadores atacan al azar y dominados por un súbito e incontrolable apetito sexual." ¹⁶⁵

Pensamos que hay que tomar con cierta reserva la idea de que los violadores están, por decirlo así, predeterminados por los factores endógenos o exógenos.

Estamos de acuerdo con Dowdeswell Jane, cuando manifiesta que: "No hay nada absolutamente cierto sobre los violadores". ¹⁶⁶

B. CASTIGO Y PREVENCIÓN COMO FINES DE LA PENA

En primer término indicaremos el concepto de la pena, según el maestro Villalobos la pena es "un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico." ¹⁶⁷

Carrancá y Trujillo señala, "la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social." ¹⁶⁸

165 Dowdeswell Jane, LA VIOLACION: HABLAN LAS MUJERES, p. 46; Cfr. Sigmund Freud. TRES ENSAYOS SOBRE TEORÍA SEXUAL, pp. 17, 18

166 Op. cit., p. 56

167 Ignacio Villalobos, DERECHO PENAL MEXICANO, p. 522

168 Raúl Carrancá y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO: PARTE GENERAL, p. 516

Otros autores expresan los siguientes conceptos, "La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Lizst)." ¹⁶⁹

Por su parte Castellanos Tena, define la pena de la manera que sigue: "castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico." ¹⁷⁰

Ahora, observemos que las definiciones de Villalobos y Castellanos son prácticamente las mismas. Sin embargo, nos parecen junto con la de Carrancá, de las más completas y acertadas, excepto por una cosa, la de los primeros equivoca su parte final, en tanto que la de Carrancá nos parece un tanto extensa. Luego para nosotros la pena es:

Un castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, en pro de la justicia y la prevención de nuevos delitos, para la seguridad y defensa sociales.

Una vez manifestado el concepto de la pena que, a nuestro

169 Castellanos Tena, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, p. 317

170 *Ibidem*, p. 318; Cfr. Eugenio Zaffaroni, MANUAL DE DERECHO PENAL, p. 59

juicio es acertado, tenemos que profundizar en el tema, con el propósito de destacar el porque de dicho concepto.

Ahora bien, en cuanto a la fundamentación de la pena, creemos firmemente que la justificación de la misma radica en su necesidad, lo cual apoyamos con el criterio de Maurach Reinhart, para quien: *"Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su misma existencia."*¹⁷¹

No obstante lo anterior, en relación al fundamento de la pena, surgen diversas teorías, las cuales han sido clasificadas en tres grupos: *absolutas, relativas, y mixtas.*¹⁷²

Las primeras se apoyan en la fórmula de Séneca, *"punitur quia peccatum"* (se castiga porque se ha pecado). Así, la pena es consecuencia directa e inevitable de la comisión del delito. Y es impuesta para restablecer el equilibrio preestablecido, situación en la que se encuentra su razón de ser, lo que le concede el carácter de justa; restablecimiento que se da por reparación o retribución, y cabe destacar que en estas teorías la determinación de la pena se da con base en su culpabilidad.^{172 bis}

Las teorías relativas se basan en el contrato social, y

171 Maurach Reinhart. TRATADO DE DERECHO PENAL, p. 63

172 Cfr. Bauman Jürgen. DERECHO PENAL: CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA, p. 14 y ss.

172 bis Cfr. Argibay Molina, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL VOLUMEN II, p. 32, 34; *Ibidem*, p. 79

en éstas la pena se presenta como un medio para mantener la seguridad pública misma que se obtiene a través de la prevención general o especial; admiten que la pena constituye un mal, el cual se justifica sólo si se persiguen por éste determinados fines que sirven a la prevención del delito.¹⁷³

Aunado a lo anterior, es conveniente hacer énfasis en que para las teorías relativas, la medida de la pena se basa en la peligrosidad y no en la culpabilidad como sucede en las teorías absolutas, lo cual no hay que perder de vista porque en este título, quizá el fundamento no importe tanto como la medida de la pena, al efecto de contribuir a la comprobación de nuestra hipótesis.

Tengamos presente que, en ellas "el sustento de la imposición de la pena no se encuentra en la culpa sino en la peligrosidad."¹⁷⁴

Teorías mixtas o criterios intermedios o combinados, mismos que, según Maurach Reinhart son: "aquellos criterios que dejan intacto el carácter retributivo de la pena y persiguen solamente fines de prevención en tanto no resulte modificado el carácter de la pena, de retribución de la culpabilidad del hecho."¹⁷⁵

173 Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 150; Maurach Reinhart, op. cit., p. 64, 65

174 Argibay Molina, op. cit., p. 48

175 Op. cit., p. 66

Dentro de las teorías mixtas se encuentra, entre otras, la de Carrara y de las ideas de éste nos interesa aquella que se relaciona con la medida de la pena, pues Carrara afirma que: "...la medida de la sanción se encuentra en la importancia del Derecho que protege".¹⁷⁶

Nosotros nos ubicamos dentro de las teorías mixtas, en virtud de que, si bien es cierto que la justificación del Derecho de castigar se encuentra en su necesidad, también lo es que la prevención de los delitos es tan necesaria y útil, como lo es la justicia, a efecto de alcanzar el fin último de la pena, mismo que consiste en el bien, la justicia y la defensa social.

Ahora, consideramos conveniente y necesario hacer la observación de que independientemente de la teoría que se trate, la medida de la pena o sanción, no es algo que se pueda dejar de lado, sin importar que el sustento de la misma, lo constituya, la culpa, la peligrosidad y/o la importancia del Derecho que se protege. Aunado a lo cual, es menester que se trate brevemente la individualización de la pena, cuyo concepto Argibay Molina formula de la siguiente manera: "no es sino la adecuación de la reacción punitiva, en naturaleza y grado, al sujeto acreedor de ella, realizada en función de la importancia del delito y de la personalidad

176 Cit. pos., Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 152

actuante." 177

Respecto a esto último y en relación al delito que se estudia, preguntamos: *¿Qué importancia tiene la violación equiparada para los pasivos, nosotros y el legislador?, ¿son acaso iguales los bienes que tutelan los artículos 265 y el 266 del Código penal para el Distrito Federal o tienen la misma importancia?, ¿qué tan peligroso puede considerarse el activo del delito en cuestión?*

En lo relativo a la individualización de la pena, cabe hacer notar por último, que son tres los tipos de individualización: 1. *legislativa*; 2. *judicial* y 3. *penitenciaria*, pero en función del presente trabajo, la única que nos interesa es la primera.

Lo expuesto hasta el momento en relación con la pena, no tiene otra finalidad que demostrar: en primer término que la pena es sin lugar a dudas, un mal necesario y que su fundamento es sólido, sin importar en que teoría nos basemos, pero lo más importante radica en entender que la sanción debe tener una medida, misma que será útil para no rebasar los límites de la justicia y para que contribuya realmente a la prevención de los delitos, ya sea general o especialmente.

Ya se han mencionado repetidas veces los criterios de la medida de la pena, ahora en relación a ellos, preguntamos:

¿Deben ser sancionados con la misma pena, dos delitos cuyo bien tutelado es diverso, de diferente jerarquía o cuyo sujeto activo presenta índice de peligrosidad diferente en un delito y otro?

No obstante lo anterior, pensamos que quizá hagan otros argumentos a fin de justificar nuestro deseo de reforma al artículo 266 del Código penal para el Distrito Federal.

A continuación haremos referencia a las circunstancias agravantes de la responsabilidad, indicando aquellas que desde nuestro punto de vista deber ser consideradas como tales, ésto en relación con el delito que estudiamos.

C. LA IMPUBERTAD Y LA INCAPACIDAD PARA RESISTIR LA CONDUCTA DELICTUOSA, CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD

En términos generales circunstancia es toda situación o eventualidad que modifica el hecho en el que se presenta, sin alterar su esencia.

En cuanto a las circunstancias agravantes, son aquellas que motivan el aumento de la sanción.

No debemos olvidar que el tema que ahora se trata tiene relación directa con la medida de la sanción e inclusive se hace necesario referirnos nuevamente a los criterios que se han utilizado para ésta última, ya que sólo así sabremos a qué naturaleza pertenecen las circunstancias.

Recordemos que uno de los criterios es la gravedad del delito. Sin embargo, de que forma ha de medirse ésta, para el Marqu ez de Beccaría "*la medida de la gravedad está en el daño social*".¹⁷⁸

En oposición a la idea de Beccaría se encuentran las opiniones de Filangieri y Romagnosi: el primero pretendía medir el delito por el elemento moral, dolo y culpa, elemento que se dividía en infimo, medio y máximo; por su parte Romagnosi se basaba en la *spinta criminosa* (el deseo del fruto del delito, la mayor o menor facilidad y esperanza de satisfacerlo y la mayor o menor probabilidad presunta para escapar de la pena), criterios subjetivos a los cuales rechaza Carrara, para el cual, la cantidad del delito depende del daño inmediato y del daño moral, fuerza física, intimidación y disminución de la seguridad general respectivamente.¹⁷⁹

Se ha optado también, por oponer a la gravedad del delito la temibilidad del delincuente, abandonando el primer

178 C t. pos., Jímenez de Asúa, LA LEY Y EL DELITO, p. 444

179 Cfr. *ibidem*

criterio. Sin embargo, el positivismo a pesar de sustituir el criterio de la gravedad del delito por el de la peligrosidad del delincuente, no abandona por completo aquél, ya que el segundo comprende al primero, tan es así que Jiménez de Asúa, afirma, "*la peligrosidad ha de fijarse por la gravedad del delito, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.*"¹⁸⁰

Luego, las circunstancias modificativas pretenden, desentrañar el grado de peligrosidad, según criterio del autor antes citado todas ellas son de carácter subjetivo, en virtud de que para él, "*las atenuantes se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad y las agravantes al móvil del dolo y al peligro del agente.*"¹⁸¹

Algo que hay que destacar, es que una de las cosas que aporta serios indicios de peligrosidad es la calidad personal de la víctima del delito.¹⁸²

Por otra parte, dentro de la clasificación de las agravantes en: Formas alevosas, traidoras o cobardes, hay que hacer énfasis en una de ellas "*abusar de superioridad*" y de aquellas de móvil bajo o brutal, las que constituyen una "*Ofensa o desprecio de la dignidad debida a la edad o sexo*

180 Op. cit., p. 445

181 *Ibidem*, p. 450

182 Cfr. Argibay Molina, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL V. II, p. 294

del ofendido..."¹⁸³

Es conveniente reflexionar y preguntarnos, si la calidad personal de la víctima de la violación equiparada, *¿No implica en sí mayor peligrosidad?* si el activo del ilícito que se estudia, *¿No está acaso abusando de su superioridad, o no ofende y desprecia la dignidad debida a la edad y estado particular de los pasivos del tipo en cuestión, o acaso dichas calidades no merecen un mayor respeto?*

Estamos seguros que la impúbertad y la incapacidad o imposibilidad para resistir la conducta delictuosa, constituyen verdaderas circunstancias agravantes de responsabilidad del delito en análisis, y como tales, debían ser tomadas en cuenta por el legislador.

La opinión anterior, la apoyamos también, en el pensamiento de Carrancá y Trujillo, quien refiriéndose al texto vigente antes de las últimas reformas en comparación con el artículo que le antecedió (Art. 266), manifiesta claramente no comprender, que en el entonces nuevo texto, no se considere la impúbertad como agravante del delito. Para mayor claridad, a continuación hacemos una transcripción de ambos textos y de la opinión de Carrancá y Trujillo.

183 Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 452

"Artículo 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.

Artículo 266.-Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad."

{Texto vigente conforme al decr. de dic. 30, 1988 <D.O. de ene. 3, 1989>}

"No es entendible que en el nuevo texto de art. 266 no sea circunstancia agravante de la pena la realización de la hipótesis típica, aunque falte la violencia, con persona menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa; porque lo grave es aquí, precisamente, la existencia de la impúbertad."¹⁸⁴

Y la imposibilidad de resistir la conducta delictuosa, es igualmente grave, situaciones frente a las cuales el sujeto activo goza de una superioridad de la que abusa, sin respetar mínimamente las calidades de los pasivos, lo cual, debería sin lugar a dudas, agravar la penalidad.

D. REFLEXIONES RESPECTO A LA VIOLENCIA EN LA VIOLACION FICTA

En este título pretendemos hacer un breve análisis para resolver varias interrogantes que nos intrigan y cuyas

184 Raúl Carrancá y Trujillo, CODIGO PENAL ANOTADO, p. 650 (nota de Carrancá y Rivas)

respuestas son de gran trascendencia en el presente trabajo, las preguntas que nos interesa responder son:

1. *¿Qué clase de violencia requiere el tipo?*
2. *¿Hay o no violencia presunta en el ataque a los pasivos del delito en cuestión?*
3. *De haber violencia implícita o presunta en el ataque al menor, incapaz o imposibilitado, ¿puede o no de hecho ejercerse la violencia física o moral?*
4. *Y finalmente, si se da la violencia física ¿cómo ha de sancionarse, debiera ser considerada como agravante, o se presentará el concurso de delitos en caso de que aquella, lesione al pasivo?*

A tal efecto, es indispensable el estudio del concepto y las clases de la violencia, mismo al que procedemos a continuación.

En primer término, ha de señalarse un concepto razonable de violencia, para lo cual citamos a Rafael de Pina, quien en su diccionario de Derecho define la violencia como: "Acción - física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce."¹⁸⁵

Por su parte, González Blanco señala "La violencia consiste

en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima... "186

No vamos a discutir en esta parte si los conceptos anteriores están completos o no, pero si a destacar aquello que nos interesa relacionado con el tema de la presente tesis.

Nótese que en el primer concepto se habla de ...anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce. Y entonces nos atrevemos a preguntar ¿Es acaso necesaria la acción física o moral de la que habla el concepto en cuestión, si dicha capacidad de reacción no existe?

Y por lo que respecta al segundo de los conceptos, ¿Qué resistencia puede ofrecer la víctima (menor de doce años, incapaz o imposibilitada para resistir la conducta delictuosa) de la violación equiparada? podemos ver claramente como de la segunda parte de la descripción de los pasivos se desprende que no es posible resistencia alguna.

En cuanto a las clases de violencia, se pueden señalar: la violencia física, moral y presunta (por menor edad o por inconciencia ya sea provocada u originada por cualquier causa), mismas que acto seguido abordamos.

La violencia física (*vis*) "es aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, y debe ser de tal grado que domine su resistencia." ¹⁸⁷

La violencia moral (*metus*) "...se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima..." ¹⁸⁸

Ahora, en relación a los conceptos anteriores, recordemos que con antelación cuestionamos la necesidad de la violencia física o moral cuando no hay capacidad de reacción en los pasivos, como es el caso en la violación equiparada, y por nuestra parte, creemos firmemente que la violencia física o moral es innecesaria en el delito que se estudia, lo que afirmamos con base en las calidades que presenta el pasivo, queremos aclarar que no por el hecho de no ser necesarias estas formas de violencia, las mismas no se presentaran. Ahora bien, no porque éstas no se presenten el delito deja de ser violento, pues aunque no se de una violencia propia por así decirlo, independientemente de que la conducta se verifique sin, contra o con el consentimiento de la víctima, se da la violencia presunta, es decir, presumida por la ley.

La violencia física o moral no son necesarias debido a varias circunstancias, tratándose de los menores, éstos

187 Luis Carlos Pérez, TRATADO DE DERECHO PENAL, T. IV, p. 436

188 González Blanco, op. cft.. p. 155

carecen de la fuerza necesaria para oponerse a su agresor, de plena conciencia o ninguna (dependiendo de la edad de la víctima, ya que puede ser incluso un bebé) de la naturaleza del acto que se realiza, a lo que contribuye el hecho de que como señala Dowdeswell Jane "...la mayor parte de las violaciones son cometidas por conocidos casuales o de personas con las que tienen contacto diario, como amigos del colegio o parientes y, como hemos dicho, especialmente aquellos en los que confían, incluidos padres, abuelos, hermanos y tíos -y por sí esto fuera poco- De pequeños nos enseñan a confiar en los mayores y a no discutir lo que dicen."¹⁸⁹

En cuanto a los incapaces o imposibilitados para resistir la conducta delictuosa, la inconciencia del ofendido o su imposibilidad para ofrecer resistencia alguna, es la causa para que la violencia física o moral no sea necesaria.

Respecto a la violencia presunta, antes de ver como se conceptualiza, hay que dar énfasis al hecho de que, no sólo puede darse la violencia física o moral, sino, que además, si se llegan a presentar concurren con la violencia presunta, ya que ésta siempre estará presente en la violación ficta, lo que se entendera más claramente una vez que se trate el concepto de violencia presunta, la que a su vez se divide en dos clases: a. Por menor edad; y b. Por inconciencia.

¹⁸⁹ Op. cit., p. 42, 43; En este sentido, cfr. Watch Tower. ¡DESPERTAD!, EL ABUSO SEXUAL DE MENORES, p. 4, 5

En la primera se presume violencia con base en que se considera que el ofendido carece de la madurez necesaria para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y por lo mismo se le considera incapaz de consentir, motivo por el cual resulta indiferente que se realice el acto con o sin el consentimiento del menor.

La segunda hipótesis (cuando el pasivo es incapaz o se encuentra imposibilitado para resistir la conducta delictuosa) motiva el hecho de que se presume la violencia con base en dos circunstancias, mismas a las que hace referencia la jurisprudencia siguiente:

*"Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático-funcional, anormalidad mental o cualquier causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues estas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual o carencia de volición consciente para copular."*¹⁹⁰

Observemos que, la presunción se deriva de dos circunstancias: Primera, ausencia de fuerza y condiciones físicas; y segunda, carencia de volición consciente para copular. Sin temor a equivocarnos pensamos que tales circunstancias son las mismas que motivan la presunción por

190 (S.C., Jurisp. def., 6ª época, 2ª parte, núm. 296). cit. pos., Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 650

menor edad, con la diferencia de que surgen o se derivan de causa diversa.

Ya se ha expresado, de forma más o menos clara, el concepto de violencia y las clases que de la misma hay, debemos ahora intentar dar respuesta a las preguntas formuladas al principio del presente título, las cuales transcribimos ahora, para mayor comprensión de sus respectivas respuestas:

1. ¿Qué clase de violencia requiere el tipo?

Con el propósito de dar una respuesta clara, consideramos conveniente, citar nuevamente el texto legal correspondiente:

"ART.-Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."¹⁹¹

En las fracciones I y II requiere que no se ejecute el acto mediante violencia, suponemos que se refiere a la violencia física y moral, con base en el contenido del cuarto párrafo. Y puede decirse que a fin de que la pena se agrave y aumente en una mitad, el tipo requiere el empleo de la

violencia física o moral, lo que se desprende del texto mismo del artículo 266.

2. ¿Hay o no, violencia presunta en el ataque a los pasivos del delito en cuestión?

Definitivamente podemos afirmar, que sí la hay, lo que se deduce del contenido mismo de la violencia presunta, y se apoya también en el criterio jurisprudencial siguiente:

"VIOLACION, DELITO EQUIPARADO A LA.

El delito de violación tiene como presupuesto que el sujeto activo imponga a la ofendida la cópula sin consentimiento, empleando violencia material o moral; por consiguiente, cuando el ataque a la libertad sexual se realiza contra una menor, basta esa sola circunstancia para que la violencia quede acreditada."¹⁹²

"VIOLACION. EL CONSENTIMIENTO DE UNA IMPUBER SE EQUIPARA A LA VIOLENCIA FISICA O MORAL.

Carece de relevancia el que el inculpado manifieste que la menor impúber ofendida le haya hecho insinuaciones tendientes a ejecutar el acto sexual, pues aun en dicho caso habría que tomar en cuenta que una menor impúber es carente de discernimiento en cuanto a los fenómenos genésicos, por lo que, el consentimiento de ésta, debe conceptuarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, en atención a que por su corta edad no puede resistirse."¹⁹³

Y por otra parte, no olvidemos la jurisprudencia que se citó con relación a la segunda hipótesis de la violencia presunta, nótese que se presume violencia precisamente por la carencia de discernimiento y la imposibilidad de resistir,

192 SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 7ª Epoca, Tomo 51, p. 35

193 SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 6ª Epoca, Volumen CI, p. 58

situaciones en las que sin duda se encuentran los pasivos del delito en estudio.

3. *De haber violencia implícita o presunta en el ataque al menor, incapaz, o imposibilitado, ¿puede o no de hecho ejercerse la violencia física o moral?*

Sí, se puede ejercer, pues el que no sea necesaria la aplicación de la fuerza material o el empleo de las amenazas, no implica que no puedan ser utilizadas, quizá por un sádico, o alguien que simplemente aprovecha la oportunidad, "Empezó con amenazas... Me dijo que si le delataba mataría a mi hermana y a mi madre..."¹⁹⁴

4. *Si se da la violencia física o moral, ¿cómo ha de sancionarse, deberá ser considerada como agravante o se presentará el concurso de delitos, en caso de que aquella lesione al pasivo?*

Con fundamento en el artículo 266 del Código penal para el Distrito Federal, el uso de la violencia física o moral constituye una agravante que aumenta la penalidad hasta en una mitad. Sin embargo no olvidemos que el uso de la violencia no es necesario para la comisión de la violación equiparada, que no puede considerarse como medio comisivo necesario para la integración del tipo, y que aun si lo fuera, no necesariamente producirá lesiones, por lo que, si el uso de la violencia física produce lesiones en el cuerpo

194 Dowdeswell Jane, LA VIOLACION: HABLAN LAS MUJERES, p. 44

de la ofendida deberá considerarse el concurso de delitos y utilizar las reglas de acumulación, lo cual se desprende de la jurisprudencia siguiente:

"VIOLACION Y LESIONES. ACUMULACION. TENTATIVA.

Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual sólo admita como medio adecuado, en la violencia física, la consumación de lesiones y, por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad delictiva independiente, supuesto que el empleo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento sujeción o ligaduras o en general inmovilización del paciente; pero cuando, además ocasionan alteración a la salud o la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones u homicidio y en otros, disparo de arma de fuego u otros ataque peligroso, de suerte que son aplicables a estos casos las reglas del concurso de infracciones (artículo 58 del Código penal), por lo que si al oponerse al designio criminal, la sujeto pasivo fue golpeada por el reo. Este consumo, además de la tentativa acabada de citar o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones."¹⁹⁵

Por lo que, es claro que si la violencia física produce lesiones, da origen al concurso de delitos y al empleo de las reglas de acumulación.

Respecto al uso de la violencia moral y en vista de que el mismo no es necesario, podría originar también un concurso de delitos, entre la violación acompañada de violencia moral y las amenazas, de acuerdo con la fracción I del artículo 282 del Código penal:

"ART. 282.-Se aplicará...

I. Al que de cualquier modo amenaze a otro con causarle un mal

en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y..."

Se deduce de todo lo anterior y en relación con la violencia física, que la misma puede o no producir lesiones, por lo que nos atrevemos a sugerir que en el primer caso se considere como agravante, pero no así en el segundo, en virtud de que éste constituye el concurso de delitos.

E. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO

Una vez más, se hace necesario advertir al lector de nuestras limitaciones, en relación a este título, nótese que no somos médicos o siquiera estudiantes de psicología, psiquiatría, sociología, etc., por tanto, las observaciones o comentarios que hacemos respecto a los efectos que produce el delito, e incluso el esquema que presentamos del tema, se deben a un razonamiento lógico que parte de las hipótesis relativas al delito y de las opiniones y teorías de algunos autores.

Aclarado lo anterior, podemos decir que los efectos que produce el delito pueden ser de naturaleza diversa, ya que pueden ser físicos, morales y sobre todo psicológicos; y por otra parte, pueden recaer no solamente en el sujeto pasivo, sino además en la familia y aun en la colectividad. Ahora bien, en este caso en particular recordemos que son

tres las hipótesis posibles en cuanto a los sujetos pasivos e incluso dentro de las mismas se pueden presentar variantes que pueden originar que el grado e incluso la naturaleza de los efectos varíe, cabe aclarar también que la naturaleza de los efectos y el grado cambia dependiendo de si los efectos recaen sobre el sujeto pasivo, cualquiera que éste sea; la familia del mismo; o la colectividad en general. Para mayor claridad elaboramos un cuadro, en relación a los posibles sujetos y a la naturaleza de los efectos.

Sujetos posibles	Efectos físicos	Efectos psicológicos	Efectos morales
S. pasivo	-	-	-
Impúber	-	-	-
Meses-2 años	si	no	no
2 a 6 años	si	posibles	-
6 a 12 años	si	si	posibles
Incapaz	-	-	-
Temporal	si	si	si
Permanente	si	no	no
otras causas posibles	-	-	-
Parálisis	si	si	si
Inconciencia	-	-	-
provocada	si	si	si
Inconciencia imprudencial	si	si	si
Familiares	-	-	-
Padre	no	posibles	si
madre	no	posibles	si
hermanos	no	posibles	si
Colectividad	no	posibles	si

Nota: el grado de los efectos se desconoce, no obstante, su variación es segura, respecto a los efectos físicos, su grado dependerá de la condición física del pasivo y de la fuerza empleada en el ataque; en tanto que los efectos psicológicos, serán diferentes en grado, dependiendo del grado de conciencia o inconciencia del pasivo y de si ésta es temporal o permanente. En términos generales, podemos decir, v.gr. que el delito no puede afectar igual al sujeto pasivo del mismo,

que a la persona que se entera del hecho por el periódico.

No profundizaremos en el tema debido a las limitaciones mencionadas, no obstante, aunque de manera general abordamos a continuación los efectos que el delito produce.

1. En el impúber

Los efectos que una violación puede producir, en términos generales, en un impúber, pueden ser: físicos, psicológicos, y morales.

a. Físicos

Los efectos físicos, como mencionamos anteriormente, pueden variar según las circunstancias y van desde dolores de cabeza, vómitos o pérdida de apetito, insomnio, dolores abdominales o genitales, hasta contagio de enfermedades venéreas, e incluso lesiones graves que ponen en peligro la vida.¹⁹⁶

b. Psicológicos

En cuanto a éstos hay dos teorías: la antialarmista, en donde se encuentran aquellos para los que una experiencia

196 Cfr. ¡DESTERTAD!, EL ABUSO SEXUAL DE MENORES, p. 3, 8

sexual infantil, es una ofensa, aunque desagradable, inofensiva, argumentando que la perspectiva del adulto no es igual a la de un niño, es decir, que en virtud de la poca o nula conciencia del acto no puede decirse que el resultado traumático perdure en el tiempo, si es que lo hay. Y por otra parte, están aquellos que con base en *historias clínicas de niños que han quedado permanentemente marcados por la experiencia*, señalan que los niños parecen sufrir graves consecuencias e indican algunas de las mismas, tales como: *la confusión, llanto, depresión y subsecuentemente un sentimiento de vergüenza, culpabilidad y conciencia de un estigma*. Y a largo plazo, las víctimas del sexo infantil con frecuencia sufren depresiones y no les resulta nada fácil relacionarse con los hombres, el abuso sexual puede llevar a la víctima incluso a la desviación o la drogadicción.¹⁹⁷

Luego, estos efectos nos deben importar sobre manera, ya que al ser la víctima un menor que se encuentra en desarrollo e implicar la experiencia traumas psicológicos tan profundos, la experiencia puede traer como consecuencia última un cambio de carácter, una personalidad agresiva, ya no únicamente contra los hombres, sino contra la sociedad entera.

c. *Morales*

197 Cfr. Finkelhor, EL ABUSO SEXUAL AL MENOR: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y TRATAMIENTO PSICOSEXUAL p. 49 y ss. En este sentido, cfr. *ibidem*, p. 4, 8

Los efectos morales, tienen cierta relación con los efectos psicológicos y se refieren a la pérdida total o parcial de los valores o principios morales, que hasta el momento sus padres les inculcaran.

2. En el incapaz o imposibilitado

Respecto a éstos, recordemos que hay diversas situaciones, pero serán comentadas en los subincisos correspondientes.

a. Físicos

Respecto a estos no tenemos mucho que decir, ya que en éstos es indiferente que el sujeto sea incapaz o no pueda resistir por otra causa, puede decirse, hasta cierto punto que los efectos físicos en estos casos son los mismos que en el caso de los menores, por lo que a fin de evitar repeticiones obvias, nos remitimos a lo dicho en el subinciso a. del inciso anterior.

b. Psicológicos

Aquí, cabe destacar varias hipótesis, como las siguientes: 1) cuando el sujeto es incapaz de comprender el significado del hecho por una enfermedad mental transitoria; 2) cuando el sujeto es incapaz de comprender el significado

del hecho, de forma permanente; 3) cuando la causa de la imposibilidad es física, como la parálisis, pero hay conciencia plena; 4) cuando la inconciencia es provocada, y por tanto temporal; y 5) cuando el pasivo se coloca imprudencialmente en el estado de inconciencia.

En la única hipótesis que nos atrevemos a negar efectos psicológicos, es la número 2). En relación con las demás, creo que los efectos se presentan en todas ellas en más o menor grado y con pequeñas variantes, así, como en los casos de violación en su tipo básico, los efectos psicológicos, son diversos, lo cierto es que "La violación sexual puede ser una de las experiencias más devastadoras de la vida de una persona, y las secuelas pueden durar toda la vida."¹⁹⁸

Dentro de los efectos psicológicos se dan al principio, la reacción de choque y negación, hay también sentimientos de culpabilidad, impotencia, rechazo a las relaciones sexuales, una de las reacciones más aplastantes el miedo, la depresión, la ira que al principio se dirige a todos los hombres y que posteriormente se circunscribe al violador, todos éstos dan origen a un cambio que puede ser permanente.¹⁹⁹

Respecto a las variantes que mencionamos, podemos decir e.g. que el sujeto de la hipótesis 3), puede experimentar

198 ¡DESPERTAD!, VIOLACION SEXUAL, p. 8

199 Cfr. *Ibidem*, p. 8 y ss.

mayor impotencia, o el sujeto de la hipótesis 5) un mayor sentimiento de culpabilidad, etc.

c. Morales

Como lo señalamos anteriormente, éstos se relacionan con los efectos psicológicos y se refieren a la moralidad que la persona tiene antes y después del evento, con esto no queremos decir que alguien que ha sido víctima de un ataque sexual se convierta en una persona inmoral, sino más bien que los principios o valores en los que creía entran en conflicto. Y utilizando las hipótesis del punto anterior, hay que destacar que tampoco experimenta conflicto moral alguno, el sujeto de la hipótesis 2), en virtud de su completa y permanente inconciencia.

3. En la colectividad

Es por demás obvio que aquí no se dan efectos físicos y en cuanto a los psicológicos y morales éstos son posibles, aunque en mayor grado dependiendo de la sensibilidad de las personas.

a. Psicológicos

La violación de un menor, de un incapaz o cualquier otra persona produce en la colectividad que se entera del hecho

sentimientos de inseguridad y temor en relación con sus seres queridos y su propia persona, sobre todo cuando el hecho ocurre cerca de su comunidad.

b. Morales

En términos generales, puede decirse que la violación es un delito que causa un fuerte impacto social y más aún cuando *"...las víctimas son criaturas, ...la comunidad se indigna."*²⁰⁰

Por otra parte, éstos hechos que indignan a la comunidad, en ocasiones sirven para que algunos de sus miembros justifiquen conductas antisociales y antijurídicas que consideran menos graves.

C A P I T U L O I V
BREVE ANALISIS COMPARATIVO DEL CONTENIDO Y PENALIDAD
DE LOS ARTICULOS 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL,
ANTES Y DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS

- A. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL, ANTES DE LAS REFORMAS
- B. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO EN CITA, DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS
- C. NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CAPITULO IV

BREVE ANALISIS COMPARATIVO DEL CONTENIDO Y PENALIDAD DE LOS ARTICULOS 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL, ANTES Y DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS

A. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL, ANTES DE LAS REFORMAS

Nuestro Código penal ha sufrido diversas reformas, de algunas de ellas tratamos en el primer capítulo del presente trabajo de investigación y de la última reforma nos ocuparemos ahora. Siempre que hay algún cambio se espera que éste sea para mejorar, veamos si del análisis comparativo que haremos a continuación, resulta que el cambio ha sido positivo.

En primer término, vamos a estudiar los artículos citados antes de las reformas, lo cual es objetivo del presente título.

Así, en relación al artículo 265 primer párrafo haremos un breve recorrido por sus elementos y clasificación del tipo, a efecto de compararlo con el artículo 266, del cual ya se hizo el análisis dogmático en el capítulo II. Luego, se hace necesario transcribir el texto de los artículos citados:

"ARTICULO 265.- (Penalidad y tipo básico del delito de violación). 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.

*ARTICULO 266.- (Violación ficta). Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con una persona menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentará en una mitad."*²⁰¹

Ahora bien, para evitar repeticiones obvias, les recordamos que todo a continuación se refiere al primer párrafo del artículo 265, por lo que respecta a la conducta, ésta consiste en realizar la cópula y en virtud a que dicha conducta no puede revestir carácter negativo, estamos en presencia de un delito de acción; atendiendo al número de actos, es unisubsistente, pues basta un sólo acto para su

integración; es formal en atención al resultado, ya que el tipo no requiere la producción de un resultado material; instantáneo, ya que se agota en el momento de la consumación; en cuanto al sujeto activo no requiere calidad alguna, por lo que se considera un delito general, común o indiferente; y en atención a la calidad del sujeto activo es unisubjetivo; respecto al sujeto pasivo, éste puede ser cualquiera, sin embargo, es personal pues la conducta recae necesariamente sobre una persona física; el objeto material coincide con el sujeto pasivo; el bien jurídico protegido es la libertad sexual; los medios comisivos requeridos por el tipo son la violencia física o moral, por lo que se encuentra dentro de los delitos de formulación casuística alternativamente formado, pues se colma con cualquiera de las hipótesis comisivas; el elemento subjetivo se refiere al estado anímico del autor y atiende al motivo o fin, éste en la realidad es diverso, quizá por ello el tipo no lo requiere; por lo que se refiere a la clasificación en orden al tipo es: básico, autónomo, normal, es un delito doloso; y finalmente, en cuanto a su penalidad, tenemos que ésta es de ocho a catorce años de prisión.

Del artículo 266 ya se hizo un análisis dogmático, de manera que podemos proceder a compararlos. Sin embargo, no pretendemos ahora elaborar una relación de todas las semejanzas y diferencias entre los tipos de los artículos 265 primer párrafo y en el 266 del Código penal, por el momento

queremos única y exclusivamente, dar énfasis a los hechos siguientes:

1º La pena con que se castigan ambos delitos es exactamente la misma.

2º El tipo básico del delito de violación no requiere calidad alguna en el sujeto pasivo; en tanto que la violación equiparada requiere que el pasivo sea menor de doce años o una persona imposibilitada para resistir el hecho.

3º El artículo 265 primer párrafo tutela la libertad sexual; mientras que el artículo 266 protege o tiene como bien jurídico, la inexperiencia sexual.

4º En relación con los medios comisivos, el tipo básico requiere la violencia física o moral, para que se configure el delito; pero, con fundamento en el texto del artículo 266 la violación ficta se realiza con o sin violencia, aclarando que de verificarse con violencia física o moral se aumentará la pena en una mitad.

Obsérvese que no se indica, en el artículo 266 la clase de violencia a que hace referencia, por lo que nos vemos obligados a suponer que la pena aumenta en virtud del empleo de la violencia física o moral.

A fin de realizar el análisis comparativo, esencia de este capítulo, procedemos al título siguiente, que se refiere al contenido y penalidad de los mismos artículos, pero después de la última reforma.

B. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO EN CITA, DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS

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

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

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, ^{del} _{del} mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."

En relación al contenido y penalidad de los artículos citados cabe señalar que: el primero de ellos no sufre cambio alguno en su primer párrafo en las reformas decretadas el 22 de diciembre de 1990 y el segundo no sufre modificación alguna en su penalidad, pero, si hay cambios en la forma y el contenido del artículo 266, mismos que destacamos a continuación:

En cuanto a la forma, obsérvese que en el texto

reformado, el contenido estaba escrito en un solo párrafo, sin que el artículo contase con fracción alguna, lo cual no sucede en el texto vigente, ya que su contenido ha sido dividido en cuatro párrafos, dentro de los cuales se cuentan dos fracciones. Respecto al cambio de forma, pensamos que es bueno en virtud de que el texto resulta más claro a la lectura, no obstante lo cual, el cambio en sí, nos parece intrascendente.

Los cambios de contenido son pocos, sin embargo, son muy oportunos en virtud de la necesidad que se tenía de ellos, y éstos son:

1º Se indica que el tipo establecido en el artículo 266 se equipara a la violación.

2º Se amplía y modifica lo que ahora corresponde a la fracción II, el texto anterior decía: "...persona... que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa". En tanto, el texto vigente de la fracción II, dice a la letra: "II. ...persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo."

3º Se especifica, las clase de violencia que requiere el tipo para el aumento de la penalidad.

42 Finalmente el nuevo texto, señala que el aumento de la penalidad, por empleo de violencia física o moral se lleva a cabo, tanto en el mínimo como en el máximo.

Es necesario aludir a una reforma más, decretada y publicada junto con las reformas anteriores, ya que tiene íntima relación con las mismas.

El artículo cuarto del decreto del 22 de diciembre de 1990, publicado en Diario Oficial # 14 del lunes 21 de enero de 1991, declara: "Se reforma la denominación del Título Decimoquinto. Libro Segundo; y del Capítulo I, del Título Decimoquinto del Código Penal para el Distrito Federal... para quedar como sigue:

TITULO DECIMOQUINTO

*Delitos contra la libertad y el
normal desarrollo psicosexual*

CAPITULO I

*Hostigamiento sexual, abuso sexual,
estupro y violación"*

De la reforma anterior, nos interesa la parte que se refiere al Título Decimoquinto, cabe señalar ahora, que dicha reforma nos parece de lo más acertada. ya que, indica claramente cuales son los bienes protegidos por el mismo, y precisamente gracias a ello se puede decir que, el bien

tutelado por la ley en el artículo 266, es el normal desarrollo psicosexual. criterio con el que estamos de acuerdo, siempre que se trate del impúber, ya que pensamos que en el incapaz no puede decirse que haya un normal desarrollo psicosexual; y en el sujeto pasivo que no puede resistir por cualquier otra causa, se puede y debe hablar de libertad sexual.

Ahora nos preguntamos, ¿si estas reformas aunque acertadas son suficientes para satisfacer los fines de justicia y prevención de los delitos, a fin de lograr la defensa social más adecuada?

Pensamos que no y ello es la base que sustenta el título siguiente.

C. NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Vamos a argumentar, hasta donde la limitación de nuestra perspectiva lo permite. dicha necesidad, y ofrecemos a su consideración una humilde propuesta en la parte final.

No deben perderse de vista las diferencias señaladas en el presente capítulo, a efecto de que se pueda comprender cabalmente nuestra opinión. ya que aquellas han servido en gran manera de base a nuestros argumentos. Además, también se

deben tomar en cuenta la serie de consideraciones que se hicieron en el capítulo III, así tenemos que:

En primer término, sin duda hay quienes piensan que es mejor atacar la causa generadora del delito, por lo que, en virtud de considerar enfermo al delincuente sexual, es mejor curarlo que castigarlo, lo cual no discutimos, no obstante hay que recordar que, son varias las teorías acerca de los factores que influyen en la comisión del delito y sobre todo que no todos los delincuentes sexuales están enfermos, puesto que *"Los delincuentes sexuales no se ajustan a un tipo determinado"*.²⁰³

Ahora bien, siempre que se pretende lograr la cura para una enfermedad, primero hay que tener un cabal conocimiento de la misma y de sus causas, y por lo que se refiere al delito sexual, lo anterior no se ha logrado, ya que se requiere de una labor conjunta e interdisciplinaria, que hoy se encuentra en su génesis.²⁰⁴

Por otra parte, hay quienes, no sólo piensan que la solución no es encerrar al delincuente, sino que además consideran inútil aumentar la pena, a efecto de evitar el aumento en la comisión del delito, aseveración que es válida, sin embargo, no hay que olvidar que la prisión es la principal pena en el país, además, independientemente del fin

203 Benjamín Karpman, op. cit., p. 33

204 Cfr. Luis Muñoz S., INTRODUCCION A LA PSICOLOGIA JURIDICA, p. 15, 156: *Ibidem*, p. 57

y fundamento de la pena, es de gran importancia la medida de la misma, la cual puede sustentarse en la culpabilidad, la importancia del derecho que se tutela, y en la peligrosidad según la teoría en que se funde, pero, entre mayor sea cualquiera de aquellas, mayor deberá ser la sanción. Y de llegar a admitir que el aumento de la sanción no sirve para nada, llegaríamos al absurdo de quitarle toda importancia a la medida de la pena, estaríamos pidiendo consecuentemente que todos los delitos se sancionaran con pena de igual naturaleza y grado, olvidándonos de la necesaria individualización de la pena; y finalmente, daríamos entrada a la injusticia, además de poner obstáculos a una prevención real.

En relación a lo anterior, tampoco hay que olvidar que la calidad personal de la víctima, no sólo es un claro indicio de peligrosidad, sino que además, constituye una agravante en la comisión del delito.

Ahora por lo que se refiere a los medios comisivos, nótese que en la violación ficta o equiparada siempre habrá violencia presunta, ya que de acuerdo con la jurisprudencia, el ataque a los sujetos pasivos de este delito equivale a la violencia física o moral. De lo anterior se derivan dos cosas: primera, la realización de la cópula en las fracciones I y II del artículo 266, *no se verifica sin violencia*; segunda, en vista de la equivalencia de la violencia presunta con la

física o moral, el aumento de la penalidad que el texto de la ley reserva para ésta última, debería aplicarse a la violencia presunta.

En concreto, pensamos que nuestro país no está preparado para curar al delincuente sexual, y en virtud de la trascendencia de la medida e individualización legislativa de la pena, de la calidad de los sujetos pasivos y de la violencia presunta que siempre se encuentra presente en la comisión de la violación ficta, es necesario e indispensable castigar y prevenir los delitos para lograr el fin último de la pena, a saber, la defensa social. Luego con base en todo lo anterior, no consideramos justo y menos aún útil, sancionar con la misma pena los delitos que se comparan.

En vista de todo lo anterior, y en pro de la justicia y prevención del delito de violación equiparada, proponemos que: *la penalidad que corresponde al delito se aumente, reformando el artículo 266 del Código penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:*

TITULO DECIMOQUINTO

*Delitos contra la libertad y el
normal desarrollo psicosexual*

Capítulo I

*Hostigamiento sexual, abuso sexual,
estupro y violación*

ART. 266.-Se le impondrá prisión de doce a veintiun años:

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, y ésta no produce lesiones mayores a las de primer grado, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en dos años de prisión.

Si se producen lesiones de segundo o tercer grado, se observarán las reglas de acumulación.

CONCLUSIONES

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

P R I M E R A. En la antigua Roma, el Derecho penal público, concedía diversas acciones a las víctimas de la conducta sexual ilícita para perseguir el delito, mismo que se castigaba con la pena capital.

S E G U N D A. Por otra parte, los Códigos penales de 1871, 1929, y 1931, a pesar de sus diferencias, e independientemente de que la pena para el delito en cuestión era menor, reconocen en las circunstancias especiales de los pasivos, una agravante de la responsabilidad, por lo que aumentan la penalidad. Además, establecen acertadamente que en caso de que se produzcan lesiones deberán observarse las reglas de acumulación.

T E R C E R A. En relación al concepto de violación ficta o equiparada, éste comprende la realización de la cópula con menores de doce años, persona incapaz de comprender, o que por cualquier causa no pueda resistir el hecho, ya sea que se haga uso, o no, de la violencia física o moral.

C U A R T A. Respecto a los elementos esenciales del delito, únicamente la conducta, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad lo son, ya que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, las condiciones objetivas no son requeridas por todos los delitos, y la punibilidad es consecuencia y no

parte integrante del delito. Ahora bien, en cuanto a la violación equiparada, tenemos que: es un delito de acción, unisubsistente, formal, instantáneo, y de daño; será atípica aquella conducta que encuadre en la descripción legal, respecto al tipo, éste es normal, especial, agravado, autónomo, de formulación casuística alternativamente formado, en atención a la calidad y cantidad del sujeto activo es genérico y unisubjetivo, en cuanto al sujeto pasivo es personal, ya que requiere a una persona física que además reúna las calidades señaladas en las fracciones I y II, el bien jurídico tutelado puede ser la libertad sexual, el normal desarrollo psicosexual, y la integridad física, el objeto material es el cuerpo del pasivo; es siempre una conducta antijurídica; supone la existencia previa de un sujeto imputable; y su penalidad es de ocho a catorce años o de doce a veintiuno según sea el caso.

Q U I N T A. Las únicas excluyentes de reponsabilidad para el sujeto activo de este delito, son: la contenida en la fracción II del artículo 15 (causa de inimputabilidad), y la que regula la fracción XI del mismo artículo, la cual se refiere a que la conducta se realice bajo un error invencible que recaer sobre las circunstancias reales en que se encuentran los pasivos. (impübterdad e incapacidad o imposibilidad)

S E X T A. La violación equiparada, admite la tentativa in-acabada, y el desistimiento, pero de presentarse éste

último, la conducta tiene que castigarse como abuso sexual, mismo que está descrito en el artículo 261 del Código penal para el Distrito Federal. En la realidad el delito admite la tentativa del delito imposible, pero ésta no se encuentra prevista por la ley.

S E P T I M A. También, admite casi todas las formas de participación, excepto la coautoría, si se piensa en ésta como la realización conjunta de una misma cópula, lo cual no es posible. Pero si, por coautoría se entiende el auxilio material en la ejecución (sujetar a la víctima), entonces el delito admite todas las formas de participación.

O C T A V A. Además de lo anterior, con la violación ficta pueden concurrir el abuso sexual, las amenazas, el homicidio, siempre que los mismos sean posteriores a la violación equiparada; también las lesiones, peligro de contagio, corrupción de menores, lenocinio, privación de la libertad, y robo.

N O V E N A. La violación equiparada se persigue de oficio, en virtud de que es un delito grave, y que no sólo afecta al pasivo, sino a la sociedad entera, por lo que no puede dejarse su persecución al arbitrio de un individuo, pues, debe recaer en él todo el poder punitivo del Estado.

D E C I M A. Por otra parte en la comisión del delito

influyen diversos factores endógenos y exógenos, no obstante es falso que los delincuentes sexuales se ajusten a un tipo determinado, como también es falso que todos sean gente enferma que no puede controlar sus impulsos. Luego, es difícil detectar y curar a los enfermos, y los factores no deben considerarse como justificantes de la conducta.

DECIMAPRIMERA. Cualquiera que sea el fin o fundamento de la pena, las teorías absolutas y relativas conceden gran importancia a la medida de la pena. Y en cuanto a la violación equiparada, sin importar que teoría se siga, es necesario imponer una sanción adecuada a este delito, acorde con la jerarquía del derecho que se protege, la culpabilidad o peligrosidad del sujeto activo.

DECIMASEGUNDA. Estamos convencidos de que la impúbertad y la incapacidad o imposibilidad para resistir la conducta delictuosa constituyen verdaderas agravantes de la responsabilidad, y deben tomarse en cuenta por el legislador.

DECIMATERCERA. En relación a lo anterior, es decir, atendiendo a la calidad de los sujetos pasivos la violencia física o moral es innecesaria, de tal forma que no importa si la conducta se realiza con, sin o contra el consentimiento de la víctima, ya que en tales circunstancias se da la violencia presunta o presumida por la ley. Además, la violencia presunta no excluye el uso de la violencia física o

moral, ni la violencia física implica la producción de lesiones.

DECIMACUARTA. Hay quienes niegan importancia o trascendencia a los efectos que produce el delito en los niños, o bien, quienes les conceden igual grado que a los producidos por el tipo básico, no obstante, tomando en cuenta que los menores están en desarrollo, pensamos que su personalidad sufre un cambio radical, permanente, y muchas veces nocivo para la sociedad.

DECIMAQUINTA. El tipo básico del delito de violación y la violación equiparada se castigan con la misma pena, sin embargo, el primero no requiere calidad alguna en el pasivo a diferencia de la violación equiparada; tutelan bienes diferentes; y finalmente, el tipo básico requiere el uso de la violencia física o moral para la configuración del delito y la violación ficta sólo para que opere la agravante.

DECIMASEXTA. Las reformas son buenas, en virtud de la necesidad que se tenía de ellas, pero insuficientes a los fines de justicia y prevención, ya que sancionan igual tipos cuyo bien jurídico es de diferente jerarquía, no toman en cuenta la calidad de los pasivos como un claro indicio de peligrosidad, como circunstancia agravante de la responsabilidad, y parecen indiferentes a la violencia presunta que se da en la comisión del delito.

D E C I M A S E P T I M A. En vista de todo lo anterior, y a efecto de lograr una mejor defensa social, proponemos que se aumente la penalidad de la violación equiparada en atención a la calidad de los pasivos, independientemente de que se agrave la sanción con el empleo de la violencia física o moral, y que si se producen lesiones el artículo establezca se observen las reglas de acumulación.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- Argibay Molina, José F. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL Vol. II, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1972, 508 pp.
- Baumann, Jürgen Dr. DERECHO PENAL. CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA, traduc. Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, 276 pp.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, 14a. ed., México, Ed. Porrúa, 1990.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. CODIGO PENAL ANOTADO, 15a. ed., México, Ed. Porrúa, 1990, 993 pp.
- Carrara, Francisco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL, PARTE ESPECIAL, V. II, 4a. ed., Bogotá, Ed. Témis, 1977, 542 pp.
- Castellanos Tena, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 23a. ed., México, Ed. Porrúa, 1986, 359 pp.
- Colín Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1990, 656 pp.
- Cuello Calón, Eugenio. DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, Vol. II, T. II, 14a. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1981.
- Dowdeswell, Jane. LA VIOLACION: HABLAN LAS MUJERES, México, Ed. Grijalbo, 1987.
- Finkelhor, David. EL ABUSO SEXUAL AL MENOR: CAUSAS, -CONSECUENCIAS, Y TRATAMIENTO PSICOSEXUAL, traduc. Roberto Donadi, México, Ed. Pax-México, 1980, 302 pp.
- Floris Margadat, S. Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO, 13a. ed., México, Ed. Esfinge, 1985
- Fontan Balestra, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, T. V, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1989, 633 pp.
- Freud, Sigmund. TRES ENSAYOS SOBRE TEORIA SEXUAL, traduc. Luis López Ballesteros y de Torres y Ramón Rey Ardid, Madrid/México, Alianza Editorial, 1991, 158 pp.

- García Ramírez, Sergio. DERECHO PROCESAL PENAL, 4a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, 675 pp.
- González Blanco, Alberto. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, 4a. ed., México, Ed. Porrúa, 1979, 234 pp.
- González Blanco, Alberto. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO, - México, Ed. Porrúa, 1975, 255 pp.
- Hernández Tejero, DERECHO ROMANO; LECCIONES DE DERECHO ROMANO 3a. ed., Madrid, Ediciones Darro, 1978.
- Jímenez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, México, Ed. Hermes/Sudamericana, 1983, 578 pp.
- Karpman, Benjamín. LA PSICOPATOLOGIA SEXUAL, Breve tratado, traduc. María E. I. de Fischman, Buenos Aires, Ed. Horme, 1975, 185 pp. Psicología de hoy, vol. 99
- Maggiore, Giuseppe. DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, traduc. José J. Ortega Torres, Vol. IV, 2a. ed., Bogotá, Ed. Témis, 1972.
- Martínez Roaro, Marcela. DELITOS SEXUALES; SEXUALIDAD Y DERECHO, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985, 355 pp.
- Maurach, Reinhart. TRATADO DE DERECHO PENAL, traduc. Juan Córdoba Roda, Vol. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1962.
- Muñoz Sabate, Luis. et. al. INTRODUCCION A LA PSICOLOGIA JURIDICA, México, Ed. Trillas, 1980, 186 pp. Psicología científica.
- Osorio y Nieto, César Augusto. SINTESIS DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 3a. ed., México, Ed. Trillas, 1990.
- Pérez, Luis Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL, T. IV, s/e., T. IV, Bogotá, Ed. Témis, 1971, 632 pp.
- Porte Petit, Candaudap Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1990, 508 pp.
- Porte Petit, Candaudap Celestino. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 1980, 143 pp.
- Rivera Silva, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982, 405 pp.

- Ventura Silva, Sabino. **DERECHO ROMANO: CURSO DE DERECHO PRIVADO**, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, 1980, 437 p.
- Villalobos, Ignacio. **DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL**, 4a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, 654 pp.
- Zaffaroni, Eugenio. **MANUAL DE DERECHO PENAL**, México, Cardenas Editor, 1986, 857 pp.

LEGISLACION

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**
- DIARIO OFICIAL.** Organó del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, No. 2, México, Martes 3 de enero de 1989.
- DIARIO OFICIAL.** Organó del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, No. 14, México, Lunes 21 de enero de 1991.
- LEYES PENALES MEXICANAS,** Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo I y II, México, 1979.

JURISPRUDENCIA

- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.** Tomo LXXVI, Sexta Epoca, p. 46.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.** Volumen 36, Séptima Epoca, p. 41.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.** Sexta Epoca, Segunda Parte, No. 296 (cit. por Carrancá y Trujillo, op. cit.)
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.** Volumen 51, Séptima Epoca, p. 35.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.** Tomo CI, Sexta Epoca, p. 58.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XVIII, Sexta Epoca,
p. 121.

DICCIONARIOS

Fuentes, Juan Luis. ORTOGRAFIA, REGLAS Y EJERCICIOS, México,
Ediciones Larousse, 1987.

Guardia, Remo. DICCIONARIO PORRUA DE SINONIMOS Y ANTONIMOS DE
LA LENGUA ESPAÑOLA, 6a. ed., México, Ed. Porrúa, 1991.

Pina, Rafael de. DICCIONARIO DE DERECHO, 13a. ed., México, Ed.
Porrúa, 1985, 512 pp.

REVISTAS

¡DESPERTAD! EL ABUSO SEXUAL DE MENORES, 22 de enero de 1985,
México, Ed. Grupo Editorial Ultramar.

¡DESPERTAD! VIOLACION SEXUAL, 8 de marzo de 1993, México, Ed.
Grupo Editorial Ultramar.