

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**“ ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
DE VIOLACION ”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
FEDERICO RICARDO CRUZALEY MALDONADO

Asesor: Lic. Carlos J. M. Daza Gómez

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE CREDITO**

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.

"ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION."

PAGINA.

INTRODUCCION.	1
-----------------------	---

CAPITULO PRIMERO.

1.- DERECHO PENAL.	3
1.1.- DEFINICION	3
1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO.	4
1.3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION	23
1.3.1.- CODIGO PENAL DE 1835.	24
1.3.2.- CODIGO PENAL DE 1871.	26
1.3.3.- CODIGO PENAL DE 1929.	28
1.3.4.- CODIGO PENAL DE 1931.	30

CAPITULO SEGUNDO.

2.- CONCEPTO DE VIOLACION.	34
2.1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO.	34
2.2.- CONCEPTO GRAMATICAL.	35
2.3.- CONCEPTO DOCTRINARIO.	35
2.4.- CONCEPTO JURIDICO.	36
2.1.- CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION.	37
2.1.1.- VIOLACION PROPIA.	38
2.1.2.- VIOLACION EQUIPARADA.	38
2.1.3.- VIOLACION IMPROPIA.	38

2.1.4.-	VIOLACION PLURISUBJETIVA.	39
2.2.-	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION. .	39
2.2.1.-	COPULA.	41
2.2.2.-	VIOLENCIA FISICA	45
2.2.3.-	VIOLACION MORAL	47
2.2.4.-	JURISPRUDENCIA.	49

CAPITULO TERCERO.

3.-	TEORIA DEL DELITO	56
3.1.-	CONCEPTO DE DELITO	56
3.2.-	CLASIFICACION DE LOS DELITOS.	58
3.3.-	ELEMENTOS DEL DELITO.	63
3.3.1.-	CONDUCTA.	64
3.3.2.-	AUSENCIA DE CONDUCTA.	65
3.3.3.-	TIPICIDAD	65
3.3.4.-	ATIPICIDAD.	68
3.3.5.-	ANTI JURICIDAD	69
3.3.6.-	CAUSAS DE JUSTIFICACION	70
3.3.7.-	CULPABILIDAD	71
3.3.8.-	INCUPLABILIDAD	73

CAPITULO CUARTO.

4.-	ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE VIOLACION	75
	C O N C L U S I O N E S	98
	B I B L I O G R A F I A	101

AL DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

Ejemplo de jurista y distinguido
Director del Seminario de Derecho -
Penal.

AL LIC. CARLOS J.M. DAZA GOMEZ.

Con especial agradecimiento por
su dirección para la elaboración de
esta tesis.

AL LIC. OSCAR CARPIZO TRUEVA.

Por brindarme su confianza
y su apoyo incondicional para
la elaboración de este trabajo.

A MIS MAESTROS.

Por las sabias cátedras
que adquirí y que lograron
mi superación.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

Por acogerme en sus aulas.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD.

Que me dió la oportunidad
de ser uno de sus hijos pro-
fesionistas.

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

Desde que el hombre aparece en la faz de la tierra, se encuentra en interrelación con sus semejantes y esta no siempre es la correcta y adecuada, razón por la cual el Estado se ha encargado de regular la conducta del hombre cuando comete un delito.

El objetivo de este trabajo es hacer un breve análisis del delito de violación, ya que en la actualidad, dentro de nuestra sociedad, es causa importante de preocupación por la constancia con que se comete este ilícito.

Analizaremos el delito de violación en sus distintas modalidades, asimismo emitiremos opiniones en relación a las sanciones aplicables al delito.

El presente trabajo contiene cuatro capítulos, de los cuales, en el primero, nos referimos a lo que es el Derecho Penal, los antecedentes históricos del delito de violación, específicamente en México, antecedentes legislativos en los Códigos Penales de los años 1835, 1871, 1929 y 1971.

En el segundo capítulo estudiaremos al delito de violación, su clasificación y elementos que lo constituyen, asimismo, analizaremos jurisprudencia al respecto.

En el capítulo tercero haremos referencia a la teoría

del delito; concepto de delito; clasificación del delito y elementos del delito, con el fin de lograr un mayor entendimiento en relación a lo que es la teoría del delito, que es la base de análisis del estudio del delito de violación.

En el capítulo cuarto, haremos un estudio dogmático substancial del delito de violación, tomando como base la teoría del delito, asimismo propondremos algunas modificaciones al Código Penal vigente para el Distrito Federal, en los artículos respectivos al delito en estudio, que a nuestra consideración pudieran ser beneficios para la impartición de justicia en relación a las penas aplicables en el delito de violación.

Por último expondremos las conclusiones derivadas del trabajo realizado, con motivo de esta tesis.

CAPITULO PRIMERO.

1.- DERECHO PENAL.

Al hablar de Derecho Penal, expondremos los conceptos vertidos, por grandes tratadistas.

1.1. DEFINICION.

El distinguido Maestro y Doctor en Derecho Fernando Castellanos, nos dice: "Derecho Penal es un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza que dispone el Estado. (1)

El Doctor Raúl Carrancá y Trujillo, lo define: al "Derecho Penal como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente". (2).

Don Celestino Forte Petit, define el "Derecho Penal: Como complejo de normas jurídicas de derecho positivo destinado a la definición de los delitos y fijación de las sanciones". (3).

(1) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1991.

(2) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1986, pág. 16.

(3) Forte Petit, Celestino, Apuntamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1985, pág. 16.

El Profesor Ignacio Villalobos, describe al "Derecho Penal como una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden Político-Social de la comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro". (4)

Don Rafael de Pina, hace referencia que el "Derecho Penal, es un complejo de normas jurídicas del Derecho Positivo destinadas a la definición de los delitos y fijación de las sanciones". (5)

El maestro Rafael Márquez, enuncia que el "Derecho Penal, es el Derecho de castigar, el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas".

1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO.

Al transcurrir el tiempo la historia ha tomado un papel fundamental dado que nos enseña los acontecimientos pasados, desde la manifestación más antigua, hasta las formas más sofisticadas.

(4) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1975, Pág. 15.

(5) De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1983, Pág. 227.

(6) Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Editorial Trillas, México 1980, Pág. 11.

cadav, para dar inicio a nuestro estudio histórico lo haremos con las ideas penales.

Los tratadistas distinguen a cinco periodos diversos en la evolución histórica de el derecho penal; los maestros Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Ignacio Villalobos y Carrancá y Trujillo: El periodo de la venganza privada o de sangre (por el ofendido o por su familia) el de la venganza divina o periodo teocrática; la venganza pública; el periodo humanitario y el periodo científico.

VENGANZA PRIVADA.

Conociendo este periodo también como época barbara o de sangre, en el cual la pena surge como una reacción al instinto de conservación, de reproducción y de defensa, que juntos reafirman el existir como individuo y como especie; "asi como el animal responde al ataque, el hombre primitivo resuelve la ofensa con reacciones puramente animales". (7)

El maestro Ruiz Funes señala: "La venganza es un movimiento elemental de egotismo, pero esta venganza llega a anularse con el daño producido". (8)

(7) Carrancá y Trujillo, Raúl, op. cit. pág. 93.

(8) Idem. pág. 95.

Posteriormente se observa que el ofendido se excede en la reacción, ya que no existía nada que lo limitase, y así aparecen aspectos que tratan en alguna medida de regular esta venganza privada; es decir, la idea de igualdad limita la venganza de sangre y proyecta una proporción: Ley del Talión.

Esta etapa posterior conduce al derecho de castigar por límites más estrechos; el ofendido ya no va a hacer uso de toda su fuerza para contestar la agresión, sino que se va a limitar al daño que le produjeron.

El maestro Carrancá y Trujillo (8) cita el Código de Amurabi, que representa un gran adelanto en la aplicación de la pena, y que constituye la más antigua codificación conocida, ya que data del siglo XXIII a de J.C. Talión proviene de el latín Tali; que significa mismo o semejante, ya que señala en sus artículos 196 y 197: "Si alguno rompe en hueso a otro, rompasele el suyo".

Cabe señalar que es un código muy avanzado para su época, pues ya hacía distinciones entre dolo, culpa y caso fortuito.

LA RETRIBUCION: Consiste en la imposición de un castigo parte de la sociedad y no exclusivamente del afectado, la misma -

(8) Idem. pág. 95.

medida y proporción en la que se le hubiera causado el daño por el delito cometido.

LA EXPULSION: Consiste en la no aceptación por parte del núcleo social de aquel individuo que hubiese cometido delito, lo cual se traducía en una desprotección para el mismo; que las más de las veces no superaba y morían víctimas de las inclemencias del tiempo o por el ataque de animales salvajes.

LA COMPOSICION: Que tenía un fondo esencialmente pecuniario o patrimonial que pretendía el resarcimiento de los daños causados con motivo del delito. (9)

En esta etapa, la idea de igualdad limita la venganza y proyecta una proporción, y se comienza a evocar las ideas de igualdad, de proporción y de compensación.

VENGANZA DIVINA.

Etapa en la que surgen manifestaciones similares a la privada, con la diferencia de que los grupos sociales se encuentran más organizados, y los encargados de cumplir dicha tarea y a nombre del ser supremo son los sacerdotes, ya que estiman al delito como una de las causas del descontento de los dioses: por lo que los jueces y tribunales juzgaban en nombre de la divinidad

(9) Jiménez de Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 3ra. edición, Ed. Losada Buenos Aires Argentina 1934, pag. 244.

ofendida, pronunciando sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira.

A este respecto, el maestro Carrancá y Trujillo cita las leyes de Manú, contenidas en el Código Hindu (siglo XI a.J.C.). En las que se expresa: "Para Ayuda al Rey en sus funciones, el señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de todos los seres, ejecutar de la justicia, hizo suyo y cuya esencia es enteramente divina". De ello se deduce que crimen, es un atentado contra los dioses y pena es un medio de aplacar la cólera divina.

"Por esa razón del espíritu de cristianismo que impone el perdón, la Iglesia censuró la venganza privada por medio de la tregua de Dios y el Derecho de Asilo". (10)

El derecho canónico hizo una profunda división entre el delito y el pecado, a pesar de que ambos atentan contra la moral, y se dejó en manos del poder temporal el ejercicio de las penas.

Esta etapa evolutiva aparece en varios lugares del mundo, pero con mayor fuerza en el pueblo hebreo, debido a que los judíos han sido en extremo religiosos.

(10) González A. Alpuche, Juan, El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal, 1ra. Edición, Imprenta Universitaria, México 1952, pág. 25.

Cabe señalar que al asumir la iglesia poderes espirituales hizo ejecutar penas a veces trascendentales a varias generaciones.

VENGANZA PUBLICA.

Esta tercera etapa aparece cuando los Estados se organizan y adquieren un sistema más definido, es decir se consolidan como tal, y aplican sanciones a través de jueces que los representan. con el objeto de evitar la venganza privada y con ello injusticias, pero en realidad, a pesar de la noble finalidad que buscan, surge una etapa de crueldad, basada en la explotación de las clases dominadas y así se transforma en el Derecho Penal Público, el contenido de la ley penal y el modo de la pena.

La venganza pública o concepción política como llama a este periodo el maestro Castellanos Tena, se caracterizó por los tormentos y trato inhumano; prevaleció el terror y la crueldad.
(11)

A este respecto el maestro Carrancá y Trujillo, hace mención de las torturas que inventaron en esa época para intimidar al pueblo: nacieron los calabozos subterráneos, la jaula de hierro o de madera; la argolla cerrada al cuello del procesado; la horca, los azotes, la rueda, en la que se colocaba al reo des-

(11) Castellanos Tena, Fernando, op. cit. pág. 34.

pués de romperle los huesos a golpes; las gajerías; el descuartiamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por hacha, la marca infamante por hierro candente; el garrote, que daba la muerte por estrangulación; los trabajos forzados y cadenas. (12)

El paso de la venganza privada a la pública, se expresa por ejemplo en la Novísima Recopilación, en la que se señalaba: Teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición, he resuelto, para que no queden sin castigar las ofensas y las injurias que se cometieron, y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mi encargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por derecho, sino que las aumentaré hasta el último suplicio.

Otro ejemplo de este tipo de venganza se observa en las leyes Chinas de 647, en donde señalaban:

"Cualquiera que atente contra las instituciones del Estado o de la causa imperial, y todos aquellos que resulten participes en el delito, sin destrucción de autor principal o cómplice, serán condenados a muerte lenta y dolorosa. El abuelo, el hijo, el nieto, los hermanos mayores o menores y todos los que cohabiten con el delincuente, sin tener en cuenta enfermedad alguna serán decapitados".

En estas leyes se observa el poderío del Rey, que se constituía en tirano, quien sólo buscaba intimidar a los súbditos y mantener al pueblo en máxima represión para salvaguardar dominio y riqueza.

PERIODO HUMANITARIO.

Con consecuencia de las atrocidades que se observaron, surge un movimiento humanizador de las penas, que trata de acabar con las injusticias que imperaban hasta esos momentos, y que fué aproximadamente en la segunda mitad del siglo XVIII.

Aparecen filósofos que originan el movimiento llamado "Iluminoso", entre los que figuraban Hobbs Spinoza, Locke, Grocio, Bacon, Pufendorf, Wolf, Rousseau, Derot, D'Alembert, Montesquieu y Voltaire.

Posteriormente César Bonesana, Marqués de Beccaria escribe el Livorno en el año de 1764 un tratado que titula "Del delito y la pena", en el que hace una denuncia del demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido y una crítica a los sistemas empleados hasta entonces.

Crea nuevos conceptos y propone prácticas más humanas:

- 1.- Distingue al delito del pecado.
- 2.- Luchó por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias.

3.- Señala que la justicia humana y las divinas son independientes.

4.- Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes y éstas han de ser generales, sólo los jueces pueden declarar que han sido violados.

5.- Las penas deben de ser públicas, prontas y necesarias, proporcionales al delito y las mínimas posibles. Nunca deben de ser atroces.

6.- Los jueces por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley.

7.- La pena tiene como fin evitar la reincidencia del delincuente y la ejemplaridad respecto de los demás hombres.

8.- La pena de muerte debe ser prescrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho de ser privado de la vida.

Leopoldo Toscano, con su obra inicia un movimiento de reforma legislativa; toma las sugerencias y en 1786 proclama la abolición de la pena de muerte; de igual forma José II de Austria en 1787; Federico el Grande suprime la tortura. (13)

(13) Pavon Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal, 7a. Edición, Ed. Porrúa, México 1985, pág. 57.

Finalmente la Revolución Francesa termina con los siglos medievales, con la declaración de los derechos del hombre, en los que destacan algunos puntos de suma importancia:

En el artículo 50. se señala que las leyes no tienen derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas a la sociedad.

Artículo 80. no deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias y nadie debe ser castigado sino en virtud de una norma promulgada con anterioridad al delito.

Artículo 10. "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante el derecho".

Es mencionar que antes de César Beccaria se habían hecho denuncias al sistema penal y en especial al penitenciario por idealista como lo fueron Bernardino de Sandoval, quien declaró: "Porque el rico siempre tiene mucho que procurar por su causa y hablen por él, pero el pobre como no tenga que dar en el juicio, no solamente no es oído, pero aún muchas veces contra justicia oprimida". (14)

Otro penalista y penitenciarista importante fué Cerdán de Tallada, quien señala que parte de los abusos y crueldades se-

(14) Marcó del Pont, Luis, Derecho Penitenciario, 1a. Edición. Ed. Cárdenas, México 1904. pág. 56.

debían al arbitrio judicial. Propugna un trato humano a los presos, adecuada alimentación y un sistema educativo y reformado.

Cristóbal de Chávez hace una denuncia de las torturas, los vicios y abusos que se cometían con los internos.

Simultáneamente con Beccaria, John Howard escribe su libro "El estado de las prisiones" en Londres en el año de 1777, fué un hombre que entregó su vida a recorrer la Geografía del Dolor como lo llamara Bernaldo de Quiróz; luchó por la reforma carcelaria que se convirtió en su obsesión, al observar la deprimente situación de los prisioneros y señala algunas bases para dicha reforma, propone que el trabajo debe ser la base para la readaptación social del sentenciado; así mismo que debe de impartirse educación moral y religiosa, plantea la necesidad de proveer de alimentación e higiene y una clasificación de los delinquentes dentro del penal.

Debido a este estudio tan avanzado, John Howard es considerado uno de los precursores del penitenciarismo.

Jeremías Betham es otro eminente penitenciarista, fué el creador del sistema panóptico, que constituyó una innovación en la arquitectura penitenciaria, además planteó reglas de dulzura y benevolencia; promovió asimismo un movimiento de estupor y vergüenza que dió origen a la escuela clásica penitenciaria y nació

la moderna penología. (15)

PERIODO CIENTIFICO.

Siguiendo la evolución de las ideas penales, se observa en este periodo que se empieza a aplicar en las ciencias causales explicativas, es decir, se considera al delito como un efecto de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia, el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y se busca readaptarlo a la sociedad, corrigiendo sus tendencias delictivas.

La pena con sufrimiento carece de sentido lo que importa es su eficacia. Se busca la corrección y readaptación del delincuente, o siendo imposible, su segregación para defensa de la sociedad.

Se inicia con la obra de Marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carranca; surgen en este periodo diversas escuelas o doctrinas, las cuales aportan algunas posibles soluciones al sistema penal.

ESCUELA CLASICA.

Su principal exponente es Francisco Carranca, se inicia esta escuela del derecho penal liberal, que más tarde se denominará Clásica, con ella los castigos se hicieron ordenados y

(15) Carranca y Trujillo, *Real*, op. cit., pág. 102.

benígnos, su tesis principal es el restablecimiento del orden jurídico.

"Representa la escuela Clásica una tesis filosófica y liberal, jurídica, moral e individualista". (16)

Dentro de los pensadores que presiciaron a Francisco Carranca y que son representantes de dicha escuela penal, encontramos a los siguientes:

Manuel Kant, para quien la pena es un imperativo categórico, afirma que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito (se aproxima al principio del talion), acepta la pena de muerte al señalar es preferible que muera un hombre y no se corrompa un pueblo. (17)

Giandomenico Fomagnosi: Niega que el fundamento del Derecho Penal se encuentra en el contrato social, afirma que la pena no puede ser tormento ni utilizarse para afligir a un ser sensible y propone además otros medios preventivos.

Federico Hegel señala: La voluntad irracional de que el delito es expresión, debe de oponerse la pena respectiva de la voluntad racional. (18)

(16) Villalobos Ignacio. La Crisis del Derecho Penal en México, 1988, Ed. Jus, pág. 42.

(17) Emilio Calón Eugenio. Derecho Penal, Parte General, 10a. Edición, Ed. Bosch, Barcelona España 1991, pág. 38.

(18) Villalobos Ignacio, Op. cit. pág. 43.

Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach fué el creador de los principios de exacta aplicación de la ley, pues fue quien señaló "La imposición de la pena precisa de una ley anterior". (nulla poena sine lege); "La aplicación de una pena supone de la acción prevista" (nulla poena sine crimene); "Es la ley creadora del vínculo entre la lesión del derecho y el mal de la pena (nullum crimen sine poena legalis). (19)

Pallegrine Rossi señala que la pena es remuneración del mal hecho con peso y medida por un juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral "El derecho penal se manifiesta a los hombres para recordarles los principios del orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente celeste de la cual proviene". (20)

Giovani Carmignani: para este pensador el derecho de castigar tiene su fundamento en la necesidad política.

Carlos David Augusto Roeder afirma que la pena debe tener el carácter de tratamiento correccional o tutelar y su duración en función del tiempo necesario para reformar la mala voluntad que se aspira a corregir. (21)

Francisco Carrancá, quien como se señala con anterioridad, es considerado como el padre de la escuela Clásica, consu-

(17) Castellanos Tená, Fernando, Op. cit. pág. 53.

(20) Cuello Colón, Op. cit. pág. 40.

(21) Idem. pág. 40.

mó la función de los principios de utilidad y la justicia como básico del derecho de castigo y como fundamento y aspiración suprema, la tutela del orden jurídico; afirma que todo exceso no sería protección del derecho sino violación del mismo.

Asimismo define las circunstancias modificativas de la responsabilidad principalmente las agravantes, para efecto de la individualización de la condena.

Definió al delito como la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. (22)

Señala además que la imputabilidad penal se funda en el principio de libre albedrío. Propugna la moderación y humanización de las penas sin llegar a la insuficiencia.

De todos los autores antes señalados, se toma una serie de principios e ideas que sintetizan la esencia de la escuela clásica del derecho penal en la siguiente forma:

- 1.- Igualdad de derechos.
- 2.- El punto cardinal penal es el delito hecho activo y no el delincuente, hecho subjetivo. Entidad delito con indecencia --

(22) Villalobos, Ignacio, Op. cit. pág. 46.

dencia del aspecto interno del hombre.

3.- El método es deductivo, teológico o especulativo, propio de las ciencias culturales.

4.- Sólo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.

5.- La pena puede ser impuesta a los individuos moralmente responsable únicamente, y deben de estar dotados de libre albedrío o capacidad de elección.

6.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente.

7.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito y la retribución señalada en forma fija.

8.- El juez sólo tiene la facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito.

ESCUELA POSITIVA.

Surge como contraposición a la Escuela Clásica, es toda corriente científica que niega el conocimiento apriori, así como el universal y absoluto, en virtud de que antecede debe ser experiencia y debe construirse a través de la comprobación de hechos.

Se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del derecho

penal, alejándose de la especulación adoptada, como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe de apoyarse una verdadera construcción científica. (23)

Entre los autores más representativos en esta escuela del derecho penal, encontramos los siguientes:

César Lombroso quien afirma que el delincuente es un animal por atavismo, un hombre en etapa anterior al grado medio de evolución actual, debido a una regresión ocasionada por la epilepsia.

Enrique Ferrí estima que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos herederos; también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente; concluye que el delincuente está llevado por la concurrencia de causas sociológicas.

Señala además que las acciones del hombre, buenas o malas son siempre producto de su organismo fisiológico y psíquico, y de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive.

Rafael Garófalo al delito natural lo define como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad,

(23) Pavón Vasconcelos, Op. cit. pág. 64.

en la medida en que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad lo distingue del delito legal, que es la actividad humana, que contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos. Atribuye a las penas un fin preferentemente eliminatorio, justificando así la pena de muerte para los incorregibles y se preocupó por la reparación del daño a las víctimas del delito.

Las ideas o principios comunes a esta escuela son los siguientes:

1.- El punto de atención de la justicia penal es el delincuente.

2.- La sanción penal para que derive del principio de la defensa social debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3.- El método es el inductivo experimental basado en la experiencia y en la observación.

4.- Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tienen responsabilidad legal.

5.- Importa más la prevención que la represión y por tanto las medidas de seguridad importa más que las penas mismas.

6.- El juez tiene la facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción que puede tener una duración indefinida.

7.- La pena tiene por objeto reformar a los infractores readaptables y segregar a los incorregibles.

8.- La conducta del hombre esta determinada, niega el libre albedrio.

TENDENCIAS ECLETICAS.

Son escuelas que surgen debido a la controversia entre Clásicos y Positivistas, éstos analizan ambas tendencias y toman de ambos algunas ideas o principios.

TERCERA ESCUELA.

Tiene como representante a Carnevale y a Bernardino Alimena:

1.- Recoge de la escuela positiva el método experimental.

2.- Niega el libre albedrio y proclama el determinismo positivista, pero negando que el delito sea un acontecimiento inevitable.

3.- Ve en la sanción un medio intimidatorio, cuyo fin es la prevención general del delito y la defensa social.

4.- De la escuela Clásica acepta la distinción entre imputables e inimputables.

ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL O ESCUELA SOCIOLOGICA.

1.- Señala como método el lógico abstracto en este punto, el maestro Jiménez de Asúa señala que es caracterizado por su dualismo, ya que utiliza métodos jurídicos y métodos experimentales. (24)

ESCUELA TECNICO JURIDICA.

Esta tendencia tiene como representante a Vincenzo Manzini, así como a Rocco, Massari y Vanini.

"Limita el análisis del derecho positivo, su objeto de investigación, pues toda labor técnica jurídica sea de exégesis, de dogmática o de crítica no puede salir de los límites del derecho vigente" (25)

1.- La pena debe tener como finalidad la adaptación del delincuente y así cumplirá su función de defensoria del orden jurídico.

2.- Basa la responsabilidad en la capacidad de entender y querer.

1.3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

En el estudio del delito de violación existen conside --

(24) Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit. pág. 71.

(25) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., pág. 67.

raciones importantes para entender y conocer en esencia el derecho, por lo tanto es de plena necesidad estudiar los antecedentes legislativos al delito en cuestión, para esto se consideran a nuestra opinión los siguientes cuatro Códigos Penales que se observaron en nuestro país.

1.3.1.- CODIGO PENAL DE 1835.

Ignacio Villalobos dice que "la Constitución de 1824 fué de tipo federal, requería que cada entidad tuviera su propia legislación, pero la fuerza de la necesidad de resolver de inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en 1838 se tuvieran por vigentes en todo el territorio las leyes de la colonia". (26)

El Estado de Veracruz, fué el primer Estado que contó con un Código Penal, este tuvo vigencia en el año de 1835, Código que se basó principalmente en el Código Español de 1822.

Fernando Castellanos dice que "La primera codificación de la República en materia penal, se expidió en el Estado de Veracruz, el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fué el Estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con el Código Penal Local". (27)

(26) Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Op. cit., pág 113.

(27) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pág. 46.

Por decreto de 28 de abril de 1835 Juan Francisco de Barcena, Vice-Gobernador Constitucional del Estado de Veracruz a sus habitantes, sabed: que el Estado Libre y Soberano de Veracruz ha decretado lo siguiente:

"Número 106 El Estado Libre y Soberano de Veracruz reunido en congreso, decreta:

Art. 1o. Entre tanto se establece el Código Criminal Penal más adaptable a las exigencias del Estado, regirá y se observará como tal el proyecto presentado a la legislatura el año de 1832.

Art. 2o. El Gobierno mandará imprimir suficiente número de ejemplares del proyecto indicado, cuyo precio de venta, será el muy preciso para cubrir los gastos de su impresión, y luego que esta se verifique, dejarán de aplicarse las leyes que hasta aquí han regido sobre calificaciones del delito y designación de penas.

El Gobernador del Estado dispondrá se publique, circule y observe, en Jalapa a 25 de abril de 1835. Francisco Antonio de la Llave, presidente de senado, José Felipe Oropeza, diputado presidente, José Antonio Martínez, senador secretario, Francisco de Borja Garay, diputado secretario.

Publiquese, circúlese y comuniquese a quienes correspon-
da para su exacta observancia.

Jalapa 28 de abril de 1835. (28)

1.3.2. CODIGO PENAL DE 1871.

En 1867 siendo Presidente de la Republica el Licenciado Benito Juárez y una vez reestablecida la tranquilidad, después de la Guerra de Intervención Francesa se formo una comisión presidida por el Secretario de Instrucción Pública y de Justicia, Don Antonio Martínez de Castro, comisión redactora del primer Código Penal Federal Mexicano; esta comisión logró realizar esfuerzos y el 7 de diciembre de 1871, fecha en que fué terminado y aprobado el Código Penal para el Distrito Federal y para el territorio de Baja California; este Código comenzó a regir el 10. de abril de 1872.

Miguel Angel Cortés Ibarra, señala que "este Código de 1871, cuenta con 1150 articulos; se compone de las siguientes partes: responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, responsabilidad civil proveniente de actos delictuosos, delitos en particular y de faltas. Admite fundamentalmente los principios de la Escuela Clásica; establece la responsabilidad penal; delimita los conceptos de intención y culpa; desarrolla la participa-

(28) Leyes Penales Mexicanas, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo C. México 1979.

ción en el delito, acumulación, reincidencia y tentativa; fija el riguroso catálogo de agravantes, atenuantes que impiden considerar circunstancias no previstas; el arbitrio judicial se encuentra reducido y muy limitado, teniendo el juzgador la obligación de imponer la pena específicamente señalada en la Ley". (29)

Decreto por el cual el C. Presidente de la República publica el Código Penal de 1871.

Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos a sus habitantes sabed:

Que el Congreso de la Unión ha decretado lo siguiente:

El Congreso de la Unión decreta:

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos contra la Federación.

En el capítulo III, título, Atentados contra el Pudor.- Estupro.- Violación en sus artículos correspondientes del Código y delito en estudio.

Art. 795. Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin su voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

(29) Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Op. cit., pág. 34.

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

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

Art. 798. Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas de acumulación.
(30)

1.3.3.- CODIGO PENAL DE 1929.

Durante el periodo presidencial de Emilio Portes Gil, en septiembre de 1929, se expidió un nuevo Código Penal, mismo que entró en vigor el 15 de diciembre de ese mismo año. Este Código se denominó Almaraz, en virtud de que el Lic. José Almaraz formó parte de la comisión redactora; este Código rigió hasta el 16 de septiembre 1931.

Ignacio Villalobos expresa que "en 1925 fué designada una nueva comisión en la que figuraron los señores Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedruza, Enrique C. Gudino, Manuel Ramos Estada y José Almaraz. Este último abogado, investido después ue la promulgación del nuevo Código con el

(30) Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, México 1975, págs. 110 y 111.

carácter de presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevensión Social, organismo también de cuho nuevo publicando una explicación de la labor desarrollada, comenzando por informar que su inicio se encontró con un anteproyecto para los dos primeros libros del Código, que seguía los principios de la Escuela Clásica; manifestó su inconformidad aduciendo la completa bancarrota de dicha Escuela y que con aceptación de tal anteproyecto la delincuencia seguiría su marcha ascendente; presentó un estudio crítico de los principios de la Escuela Clásica y un anteproyecto propio, estudios que hizo suyos la comisión y que sirvieron de base al nuevo Código, éste se basó en la Escuela Positiva, según el expositor y fué expedido el día 30 de septiembre de 1929".

(31)

Decreto en el que se publica el Código Penal de 1929, al margen un sello que dice: Poder Ejecutivo Federal Estados Unidos Mexicanos.- México.- Secretaría de Gobernación.

El ciudadano Presidente Constitucional de la República, se ha servido dirigirme el Código que sigue:

Emilio Portes Gil, Presidente Provisional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que en uso de las facultades que ha tenido a bien conferirme el H. Congreso de la Unión, por decreto de 9 de febre-

(31) Villalobos Ignacio, Op. cit., pág. 116.

ro de 1929 expidió el siguiente: Código Penal, en el cual en su título décimo tercero, capítulo I, de los atentados al pudor, del estupro y de la violación, nos describen la legislación vigente en ese Código.

Art. 860. Cometén 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.

Art. 861. Se equipara 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.

Art. 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 fuere púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años.

Art. 863. Si la violación fuere acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación. (32)

1.3.4.- CODIGO PENAL DE 1931.

El Código de 1931, fué promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, y fué llamado "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal". Este Código Penal fué

(32) Leyes Penales Mexicanas, Op. cit., págs. 121, 203 y 204.

elaborado por la Comisión integrada por los señores: Lic. Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Cisneros, José López Lira y Carlos Angeles.

Celestino Porte Petit, manifiesta "Que el Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, contiene principios de la Escuela Clásica y Positiva, sosteniendo que el Código Penal de 1931, atiende tanto a la teoría de la imputabilidad (Escuela Clásica), como a la de Defensa Social (Escuela Positiva), aunque prevaleciendo esta última". (33)

Raúl Carrancá y Trujillo, dice: Que el Código Penal de 1931 tiene 404 artículos, de los que 3 son transitorios. La Comisión Redactora tuvo en cuenta las siguientes orientaciones, resumidas por su presidente el Licenciado Alfonso Teja Zabre: "Ninguna Escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la constitución de un Código Penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática y realizable. La fórmula: "NO hay delito sino delincuentes" debe completarse así "NO hay delitos sino delincuentes". El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es una mal necesario; se justifica con

(33) Porte Petit, Celestino, Op. cit., pág. 46.

distintos conceptos parciales: por la intimidación la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada". (34)

Decreto por el que se crea el Código Penal de 1931.
Pascual Ortiz Rubio, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Cue en uso de las facultades que me fueron concedidas por decreto de 2 de enero de 1931, he tenido a bien expedir el siguiente CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERDO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERDO FEDERAL.

El título Decimo Quinto, Capitulo I, Delitos Sexuales.
En los artículos siguientes nos habla del tema en comento.

Art. 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 ofrendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

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

(34) Carrancá y Trujillo, Raúl., Op. Cit., pág. 130.

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

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

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión. (35)

(35) Leyes Penales Mexicanas, Op. Cit., págs. 305 y 341.

CAPITULO SEGUNDO.

2.- CONCEPTO DE VIOLACION.

Para poder hacer un estudio adecuado del delito de violación debemos tomar en cuenta todos los aspectos que nos lleven al esclarecimiento adecuado y preciso, para tal motivo consideramos conveniente iniciar definiendo el concepto etimológico, gramatical, doctrinario y jurídico del delito en cuestión.

2.1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO.

Violación viene del latín "violatio" que es la acción y efecto de violar.

"Es la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad. La prueba de este delito es tan difícil, que algunos legisladores han prohibido admitir quejas de violencia no siendo evidente y real". (36).

"Delito en que incurre la persona que tiene cópula carnal contra cuyo defectuoso estado somático funcional, anomalía mental y cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexual". (37)

(36) Escriche, Joaquin. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia con Suplementos, Editorial Nueva Edición, pág. 1538.

(37) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, pág. 1407.

2.2.- CONCEPTO GRAMATICAL.

Violación: La violación es el acceso carnal logrado en los siguientes casos:

- 1) Con fuerza y,
- 2) Con intimidación.

2.3.- CONCEPTO DOCTRINARIO.

El maestro Porte Petit. Define a la violación como "La cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de vis absoluta o de la vis compulsiva" (38)

El antiguo jurista Osorio y Nieto Cesar Augusto. "La violencia es la imposición de la cópula sin consentimiento por medios voluntarios". (39)

El maestro González de la Vega. Considera que es la "Imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral". (40)

(38) Porte Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa, 4a. Edición México, D.F. 1985. pág. 12.

(39) Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa 6a., Edición. México 1992, pág. 203.

(40) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1986. pág. 381.

El maestro Maggiore. "Consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas" (41)

El maestro Fontain Balestra. Debe entenderse la Violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

El maestro Escriche. Define a la "Violación como la violencia que se le hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad". (42)

El maestro Carrancá. Considera a la "Violación como el conocimiento carnal y que recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdaderamente presunta". (43)

El maestro Rafael de Pina considera a la "Violación acceso carnal obtenido por la violencia, física o moral con persona de cualquier sexo y sin su voluntad". (44)

2.4.- CONCEPTO JURIDICO.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 265 establece: "Al que por medio de la violación física

(41) Porte Petit, Celestino. Op. cit., pág. 12.

(42) Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Op. cit., pág. 94.

(43) Jimenez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1978. pág. 250.

(44) De Pina, Rafael, Op. cit., pág. 486.

moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años".

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

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo ofendido. (45)

2.1.- CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION.

El título Décimo Quinto. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Capítulo I. Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación.

De acuerdo al Derecho Penal vigente; encontramos la siguiente:

CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION.

El delito de violación lo podemos clasificar:

- 1) Violación propia (Art. 265 Código Penal)

(45) Código Penal. Colección Porrúa, S. A. 50a. Edición. México 1992.

2) Violación equiparada (Art. 265 párrafo tercero)

3) Violación impropia (Art. 266 Código Penal)

4) Violación plurisubjetiva (Art. 266 Bis Código Penal)

2.1.1.- VIOLACION PROPIA.

Artículo 265 Código Penal, "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".

2.1.2.- VIOLACION EQUIPARADA.

Artículo 265, párrafo tercero. "se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

2.1.3.- VIOLACION IMPROPIA.

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

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

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o

por cualquier causa no pueda resintirlo".

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

2.1.4. VIOLACION PLURISUBJETIVA.

Artículo 266 Bis "Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la pena de prisión será de las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad de su mínimo y su máximo".

"Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de Violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra de su hijastro".

En los casos en que ejerciere, el culpable perderá la Patria Potestad o la Tutela, así como el derecho al ofendido.

2.2.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Creemos que no es válido sobre todo por la finalidad de este trabajo, aclarar cual es el delito más grave de los llamados delitos en contra de la libertad sexual; pero no cabe duda de que la violación de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, es un delito muy actual.

Analizaremos los elementos del delito de violación de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto "Las constitutivas de este delito son: el ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no puede ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente que la definición del delito requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aún cuando despues venga el arrepentimiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, estos resultarían antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o cuando menos, de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilita el libre albedrío, y hace imposible suspender aquel, cuando el pariente manifiesta su falta de voluntad o arrepentimiento". (46)

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales han establecido que "...el delito de violación se-

(46) Semanario Judicial de la Federación XXV pág. 1133

integra por tres distintos elementos: uno primero material, la consumación de la cópula, un segundo de la misma naturaleza para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesarios a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima. Hay finalmente, un tercer elemento que es la cópula realizada con violencia, se verifica en ausencia de la voluntad de la víctima". (47)

El tratadista Jiménez Huerta en su libro "Derecho Penal Mexicano" Tomo III dice: "Los elementos constitutivos de esta figura típica son la cópula y la violencia física o moral o la edad menor de doce años del sujeto pasivo u otras causas que impiden a éste producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir". (48)

2.2.1.- LA COPULA.

Forte Petit dice que hablar de la cópula única y exclusivamente no tiene importancia jurídica penal alguna, puesto que ella debe ir relacionada a los medios empleados, se trata de violación propia, o a otra situación, en cuanto a la violación impropia. (49)

(47) Anales de Jurisprudencia. XIII pág. 236.

(48) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 252.

(49) Forte Petit, Celestino. Op. cit., pág. 15.

El artículo 265 de nuestro Código Penal, no hace ninguna referencia a la cópula normal, si no que se menciona simplemente "cópula con una persona" se considera que es acertado considerar que el delito de violación abarque tanto la cópula normal (introducción del pene en la vagina) como la cópula contra natura.

Para algunos autores la cópula contra natura puede incluirse en el artículo 260 del propio Código que dispone que "al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Copular significa desde el punto de vista jurídico la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Los actos de obscenidad sobre un cadaver, quedan subsumidos en la fracción III del artículo 281 del Código Penal aún en caso de que la muerte acontezca a consecuencia de las violencias desplegadas para obtener la cópula, pero antes de la unión carnal. Esta debe producirse entre partes somáticas, es decir, entre los cuerpos de los sujetos activo y pasivo. No existe cópula si en el cuerpo de la mujer son introducidas en forma no naturales, secreciones masculinas aún cuando estas conserven todavía potencialidad biológica. Es decir, se puede afirmar que la inseminación artificial mediante violencias no constituye cópula carnal. (50)

(50) Carrancá y Trujillo, *Revl. Qpt. cit.*, pág.

La cópula se consuma en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuese incompleta tal miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral sin que sea preciso que se efectúe la inmisio seminis. (51)

Cabe señalar que los Códigos Penales de Francia (artículo 372, primer párrafo), Alemania (artículo 167) y España (artículo 429) constituyen el delito bajo el esquema de que únicamente la mujer podía ser sujeto pasivo y el hombre sujeto activo primario. Así era la concepción clásica: sin embargo fué Martínez de Castro quien rompió con esa idea, al establecer en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que "comete delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo" Groizard en ocasión de comentar el Código Penal Español de 1870 muestra su adhesión al criterio seguido en el Código Penal Mexicano.

El Código Penal de Italia de 1889 siguió abiertamente el criterio del Código de Martínez de Castro, pues su artículo sancionaba, al que con violencia o anemaza obligue a una persona del uno o del otro sexo a conjunción carnal. En el artículo 519 del Código de Rocco se sigue, aunque menos explícitamente, el mismo criterio pues castiga, al que con violencia o amenazas obligue a alguno a la conjunción carnal. La opinión dominante en-

(51) Gonzalo de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, S.A., pág. 307.

Italia con base en la frase "obliga a alguno", contenida en el citado artículo convino en que tanto la mujer como el hombre podían ser sujeto pasivo y este mismo criterio impera abiertamente en los Códigos Penales Argentino (artículo 119) Costarricense (artículo 216), Ecuatoriano (artículo 487), Panameño (artículo 281), Uruguayo (artículo 272) y Venezolano (artículo 373).

Con base en lo expuesto podemos decir que en todos los Códigos Penales, la copula con violencia la puede realizar el varón en la mujer por vía vaginal, anal u oral y en el hombre por vía anal u oral. Son indiferentes las cualidades personales del sujeto pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado en el delito en estudio, es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujetos pasivos.

Existe todavía cuestionamiento de que si la mujer puede ser sujeto activo del delito; es decir, si además del varón que es el sujeto activo en la mayoría de los casos, puede también serlo la mujer. Consideramos que la mujer pueda ser sujeto activo, pues para ello no existe ningún obstáculo, verbigracia es factible que una mujer sujete e intimide a la víctima de acuerdo a las reformas del artículo 265 del Código Penal ya antes mencionado comete el delito mediante la introducción anal, vaginal u oral de cualquier objeto.

El maestro Jiménez de Asua comenta: "...El acceso carnal

es una función perfectamente ajena al derecho punitivo, si no va acompañado (salvo hipótesis de menor edad penal de la víctima) de violencia o de fraude. (52)

2.2.2.- VIOLENCIA FISICA.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, nos define a la violencia física como: "El uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestación voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca". (53)

La violencia física o vis absoluta es uno de los medios para la comisión del delito, entendida como la conducta del sujeto activo que por la fuerza obliga a la víctima al acceso carnal. Esta debe ser real y de tal naturaleza que haga disminuir la resistencia del sujeto pasivo para la obtención de la cópula.

En la doctrina, como ya dijimos, se discute que si la mujer puede cometer el delito de violación haciendo uso de la fuerza física.

Es importante hacer incapié en que la resistencia debe ser seria y constante; es decir, seria cuando esta exenta de simulación, refleja una auténtica voluntad contraria y es cons --

(52) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 565.

(53) Idem. Op. cit., pag. 259.

tante cuando es mantenida hasta el último momento excluyendo aquella que existe al comienzo y posteriormente cede para participar en el recíproco goce.

"Importante es señalar que el jugador debe siempre conservar una gran astucia para dilucidar si falsó o no la voluntad de la mujer así como la conducta posterior de esta". (54)

La fuerza o violencia debe recaer sobre la propia persona del sujeto, sin perjuicio de que la ejercida sobre estas pueden tener trascendencia contemplada desde luego, desde otro punto de vista: que se considere una intimidación o violencia moral por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si esta opone resistencia a sus propósitos.

Lo mismo ocurre con la violencia física ejercida sobre quienes, por razón de amor o parentesco tengan lazos de identidad con la persona con la que se requiere tener la anti-jurídica cópula.

El empleo de la violencia física es inoperante para la integración del delito en examen, en aquellos casos en que su uso no tiene fin reducir la voluntad ajena, por ser espontánea la entrega sexual, sino motivada por perversión sádica, esta hipote-

(54) Idem. Op. cit., pág. 261.

sis, puede dar responsabilidad por delitos diversos, por ejemplo las lesiones, etc.

2.2.3.- VIOLENCIA MORAL.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, nos define a la violencia moral como: "La manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño o determinar una situación de peligro, si el amenazado no consiste en la conjunción carnal. (55)

La violencia moral o vis compulsiva puede consistir en presiones, amenazas y actitudes que adopte el sujeto activo del delito para obtener la conjunción carnal. Es la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula. También según enota Carrancá y Trujillo debe ser seria, grave o de cual derive un mal inminente o futuro.

Es importante apuntar que no cualquier amenaza de un mal basta para constituir la vis compulsiva; es indispensable que ese mal sea grave, presente e irreparable, aunque se reconozca que sobre las condiciones del temor no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter de la víctima elegida.

(55) *Idem.* Op. cit., pág. 264.

El mal con que se amenace puede recaer sobre cualquier interes jurídico de naturaleza personal puede ser la vida, la integridad corporal, honor, etc. Puede recaer también sobre cualquier interés jurídico patrimonial, siempre que se refiera a bienes de gran valor.

Para algunos autores el mal con que se amenaza tiene que ser injusto, aunque este requisito no debe ser exigido porque también la amenaza sobre algo justo puede constreñir la libertad sexual, cuya esencia consiste en el interés de la persona en que no sean realizados actos de disposición sexual sobre su propio cuerpo.

En atención a lo que para el autor Jiménez Huerta constituyen los elementos del delito a estudio brevemente se mencionará la circunstancia de que el sujeto pasivo sea menor de 12 años y aquellas circunstancias que impiden al sujeto pasivo, producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

Por lo que respecta al sujeto pasivo menor de 12 años se afirma que hay violación cuando se cópula con una persona menor de doce años, pues la Ley Penal establece con carácter general que el consentimiento que pueda dar un menor de dicha edad carece de validez jurídica, ya que quien lo otorga no está capacitado para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y como consecuencia, la cópula con estas circunstancias encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que-

todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra su libertad.

El artículo 256 del Código Penal, además de mencionar una edad específica, hace referencia a "...la cópula con persona ..., que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales...".

La cópula que se efectúa con persona imposibilitada aún con su consentimiento, este último adolece del vicio de nulidad, con el mismo que se sancionan los actos que se realizan con personas que no se encuentran en su cabal juicio. El consentimiento prestado en tales circunstancias carece de valor para investir la licitud de la conjunción carnal, ya que es un consentimiento inválido por provenir precisamente de una persona que se encuentra en una imposibilidad de querer y consentir una normal motivación.

2.2.4.- JURISPRUDENCIA.

El máximo tribunal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia con respecto al delito de violación y por el cual entiende como aquel, el que es realizado por un individuo que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sea cual fuere su sexo, criterio que se apoya con las siguientes tesis jurisprudenciales:

VIOLACION DELITO CONTINUADO, estando probado que el acusado sostuvo relaciones sexuales con sus dos hijas desde que estas tenían aproximadamente once años de edad, relaciones que se prolongaron por varios años, durante los cuales las amenazaba con causar daño a sus familiares para lograr su propósito, constriñendo así su ánimo al haber lesionado reiteradamente conductas similares desplegadas con el mismo propósito delictivo, es obvio que en la especie el acusado incurrió en la comisión de dos delitos continuados que prácticamente cesaron unos días antes de formulada la denuncia, y por ende, no opero la prescripción. Amparo directo 3101/186. Jose Luis Tello Andrade. 4 de septiembre de 1986. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

VIOLACION, DELITO EQUIPARA A LA: 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, anomalía mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia del yacimiento sexual, o carencia de voluntad consciente para copular. Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol. XII. Pág. 189.

VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE. NO SE EXTINGUE CON EL MATRIMONIO DEL ACUSADO Y LA OFENDIDA (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). "Es infundada la reclamacion del inculpado en el sentido de que contrajo matrimonio con la ofendida. quedo extinguida la accion penal que en su contra se ejercit6 por el delito de violaci6n por equiparaci6n, en atenci6n a que esa causa sobreviene de extinci6n, s6lo opera conforme al articulo 245 del C6digo de Defensa Social del Estado de Chihuahua, que es el de los que se persiguen por querrela. lo que no ocurre con el de violaci6n". S6ptima Epoca. Segunda Parte. Vol. 84, P6g. 69 A.B. 710/75.

VIOLACION TUMULTUARIA Y SECUESTRO. Incoexistencia de los delitos. Si la ofendida fue privada de su libertad para ser conducida sin su voluntad hacia una caballeriza, la privaci6n moment6nea de su libertad de movimientos tuvo como finalidad exclusiva trasladarla a un lugar propicio para llevar a cabo la comisi6n de un ilicito diverso, como lo fue el de violaci6n tumultuaria, y por ello no puede admitirse la existencia del delito de secuestro, toda vez que el bien protegido por 6ste es la libertad externa de la persona, y el dolor o elemento psic6gico se conforma con la conciencia y la voluntad del delincuente para privar de su libertad a alguien con el fin de pedir rescate o de causarle daño, por lo cual la detenci6n de la v6ctima que sirvi6 de medio para la comisi6n inmediata del delito de violaci6n tumultuaria, no puede subsistir, como delito aut6nomo, y con

entidad jurídica propia, por haber sido utilizado por los activos como un simple medio para realizar el delito fin aludido. Amparo directo 7114/85. Martín Araujo Rocha. 10. de Julio de 1987. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

VIOLACION, COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE. El elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado por cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril por parte del agente. Si establece que el acusado introdujo el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar presente la cópula. Séptima Época. Segunda Parte. Vol. 192-198. A.D. 2084/85. José Ángel Pérez González. 5 votos.

LA COPULA QUE LA LEY EXIGE EN LA TIPIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION. No requiere la plena consumación del acto fisiológico ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el sólo ayuntamiento carnal, aún cuando no haya eyaculación. Sexta Época: Segunda Parte. Número 300.

EL DELITO DE VIOLACION, SE INTEGRA. Por tres distintos elementos: Uno, el primero, la consumación de la cópula, un segundo, la misma naturaleza, que consiste en el empleo de violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario hacer notar que el

empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que producen en la víctima; y hay, finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia se verifique con ausencia de la voluntad de la víctima. El hecho de que una mujer impúber haya concurrido voluntariamente al hotel donde fué desflorada no supone forzosamente que haya tenido voluntad de verificar el acto carnal, ya que esta condición anímica puede sufrir ausencias e intermitencias a impulso de causas poderosas que obren sobre el agente: alguna físicas que lo imposibiliten para obrar por el empleo de medios mecánicos y otras psíquicas, como las amenazas, que lo imposibiliten igualmente para resistir por la reacción producida en el ánimo. En resumen, en atención a la inconsciencia de una mujer impúber de muy corta edad, la cópula que se tenga con ella debe interpretarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, dada la imposibilidad para resistir. Para la integración del delito de violación el elemento violencia física o moral, tiene en la legislación mexicana una equivalente cuando se reúnen ciertas circunstancias, es decir, cuando la víctima de la copulación este privada de razón o de sentido o cuando no pueda resistir por enfermedad u otras causas". A.J., T. XIII. Pág. 207.

En el capítulo correspondiente se mencionó que el delito de violación es un delito con pluralidad de hipótesis normativas, porque independientemente de la violencia física o moral para la

obtención de la cópula sexual, el artículo 266 del Código Penal, equipara al delito de violación la cópula con mujer menor de doce años, o que por cualquier circunstancia el sujeto pasivo no pueda oponerse al ayuntamiento carnal.

VIOLACION, DELITO DE. Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella y en caso afirmativo, puede tomar nimen complaciente, sino que solo se requiere la realización de la cópula con una persona por medio de la violencia física o moral. Quinta Epoca: Suplemento al Semanario Judicial de la Federación 1956 Pág. D.A. 4955 Manuel Gutiérrez, 5 votos.

EL DESFLORAMIENTO NO HACE FALTA PARA CONFIGURAR EL DELITO. De violación que solamente requiere la cópula contra la voluntad de la persona o que ésta se encuentre en estado de inocencia. Sexta Epoca: Tesis Relacionada. Tomo XIV, Pág. 227.

EL BIEN JURIDICO QUE TUTELA EL TIPO DELICTUOSO. De violación está constituido por la libertad sexual y no por la castidad y la honestidad que son elementos constitutivos de estupro, pero no de violación. Sexta Epoca: Tesis Relacionada. Tomo XIII. Pág. 170.

EL DELITO DE VIOLACION SE CONFIGURA. No solo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral la parte ofendida accede o no opone resistencia

al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto. Sexta
Epoca: Segunda Parte. Número 301.

Un elemento substancial para la integracion del delito
de violación es la cópula. En el punto correspondiente a este
trabajo se estableció lo que se entiende por cópula: ayuntamien-
to, unión o conjunción carnal entre dos seres vivos.

CAPITULO TERCERO.

3.- TEORIA DEL DELITO.

Antes de iniciar el analisis de los elementos del delito, consideramos oportuno ofrecer diversas nociones del mismo.

3.1.- CONCEPTO DE DELITO.

Según el Maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latin delictum del verbo delinqui, delin- quiere que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Continua el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valdero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, por consiguiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. (56)

Luis Jiménez de Asúa, define al delito como "Toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una

(56) Márquez Piñero, Rafael. Op. cit., pág. 131.

pena". (57)

El delito es un acto humano, un mal o un daño, es un actuar. Un mal o un daño aún siendo muy grave, tanto en el orden individual o en el colectivo, no es un delito si no tiene su origen en el comportamiento humano.

El acto humano ha de ser antijurídico, en contradicción con una norma jurídica, es decir, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la Ley como delito, que corresponda a un tipo legal. Toda vez que no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.

El acto humano debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad no existe delito.

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que, el delito tiene como principal característica que se enfrenta a la moralidad de las personas y se opone a las mínimas condiciones de vida de la sociedad.

(57) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., pág. 132.

En México el Código Penal de 1929 en su artículo 2o., conceptua al delito como: "La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como: "La acción u omisión que sancionan las leyes penales".

3.2.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

Para podernos encontrar en una mejor posibilidad de entender el estudio de los delitos los podemos clasificar de la siguiente manera.

De acuerdo a la gravedad que presenta. Podemos hablar de delitos, faltas y crímenes. Los primeros son conductas que infringen las normas producto de la sociedad que han sido creadas para garantizar su seguridad y tranquilidad, y que al realizarse producen una lesión jurídica; los segundos son atentados en contra de la vida y la integridad corporal de las personas; y las faltas (también conocidas como contravenciones), son violaciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Nuestro Código Penal únicamente hace referencia a delitos considerando dentro de éstos a los crímenes, por lo que hace a las faltas no se estudian dentro de la materia penal por ser competencia administrativa.

DE ACUERDO A LA CONDUCTA DEL AGENTE:

Los delitos se dividen de acuerdo a la conducta del sujeto en delitos de acción y de omisión.

Son delitos de acción aquellas conductas delictivas cometidas mediante el movimiento corporal, conocidas también como delito de conducta positiva.

Los delitos de omisión se refieren a una abstención de la conducta del sujeto que es esperada y exigida y que de no llevarse a cabo trae como consecuencia una sanción, se conoce también como delito de conducta negativa.

Los delitos de omisión se dividen en: delitos de omisión simple (omisión propia) y delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Los primeros son la no ejecución de una conducta esperada y exigida cuyo resultado es formal porque se refiere a la infracción de una norma; por lo que se respecta a los delitos de comisión por omisión se toma en cuenta la decisión del sujeto para no realizar determinada conducta produciendo además de la infracción a la norma, un resultado material.

DE ACUERDO AL DANO QUE CAUSAN:

Los delitos se clasifican tomando en cuenta el perjuicio que causan en: delitos de lesión (o daño propiamente dichos) delitos de peligro.

Los delitos de lesión son aquellos en que se daña el bien jurídico tutelado y son de peligro cuando se coloca al bien jurídicamente protegido en una situación de inminente daño, Cuello Galón define a éstos como aquellos actos que no causan un daño efectivo y directo al bien jurídicamente protegido pero crean una situación de peligro.

DE ACUERDO A SU DURACION:

Los delitos suelen clasificarse en instantáneos, permanentes y continuos.

Es delito instantáneo aquella conducta cuya consumación y agotamiento de sus efectos, se produce en un momento determinante o instantáneo.

El delito instantáneo con efectos permanentes se presenta cuando el bien jurídicamente, protegido o dañado o destruido en forma instantánea, permaneciendo o perdurando sus efectos por más o menos tiempo; es decir, existe la permanencia de consecuencias nocivas del acto.

Será considerado delito permanente aquel en el que se realiza la conducta en una acción prolongada en su consumación, la cual tiene tres etapas; inicio de la comprensión del bien jurídicamente protegido, comprensión o intermedio y la cesación de la comprensión.

Delito continuo es aquel en el que existe una pluralidad de conductas, unidas de propósito e identidad de lesión jurídica.

Se considera que hay pluralidad de conductas al existir varias conductas que puedan integrar un delito; habrá unidad de propósito cuando el sujeto activo tiene la idea de proceder en forma delictiva en cada una de sus conductas y se cumplirá con la identidad de lesión jurídica cuando cada conducta realizada por el sujeto dañe un mismo bien jurídico.

El artículo 7 del Código Penal señala en sus fracciones que el delito puede ser:

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 tiempo, y

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

DE ACUERDO AL RESULTADO PRODUCIDO:

Los delitos se dividen de acuerdo al resultado en delitos formales y delitos materiales.

Los delitos formales o de pura conducta son aquellos que se consuman con la simple infracción a la norma penal independientemente de que se produzca un resultado externo. Sólo hay transformación en el mundo del Derecho.

Son delitos materiales o de resultado los integrados por un movimiento corporal que va a producir una transformación en el mundo de Derecho, pero también en el mundo fenomenológico, es decir, se produce un resultado externo.

DE ACUERDO AL NUMERO DE SUJETOS QUE LO INTEGRAN:

Los delitos pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos.

Se considera como delito unisubjetivo cuando en la descripción hecha por la norma penal es necesario la intervención de un solo sujeto y es necesario la intervención de dos o más sujetos, así es como hablamos de delitos plurisubjetivos.

DE ACUERDO A LA FORMA DE PERSECUCION.

Los delitos se clasifican en privados o de querrela necesaria y perseguibles de oficio. Los delitos de querrela necesaria son aquellos perseguibles sólo en el caso de que la persona ofendida lo solicite así ante las autoridades; en cambio, los delitos perseguibles de oficio son aquellos en los que la autoridad se encuentra obligada a actuar, por mandato de ley, independientemente de que lo solicite la persona ofendida.

DE ACUERDO A LA MATERIA.

Delitos comunes: Aquellos actos que infringen leyes dictadas por la legislación local, se dirigen en contra de los intereses privados de los particulares.

Delitos federales: Aquellos actos que infringen las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, y cuya competencia está dirigida a todo el territorio Nacional.

Delitos oficiales: Son actos ilícitos cometidos por el servidor público en el ejercicio de sus funciones, que se encuentran enunciadas dentro de disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades del Servidor Público.

Delitos políticos: Aquellos actos que atenten en contra de la organización del Estado y el buen funcionamiento de sus órganos.

Delitos militares: Se consideran delitos del orden militar, aquellos cometidos por el personal militar al infringir las normas de disciplina contenidas en sus leyes y reglamentos regulados por el Código Militar. (58)

3.3.- ELEMENTOS DEL DELITO.

Para iniciar a analizar cada uno de los elementos del

(58) Idem. Op. cit., pág. 63.

delito es necesario, separar los elementos positivos y los negativos, entre los primeros encontramos a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad, para los segundos mencionaremos, a la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación y inculpabilidad.

3.3.1.- CONDUCTA.

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto, el actor; y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal Mexicano, el artículo 7 señala los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse, con Jiménez de Asua, "La manifestación de la voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que esperaba, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda" (59)

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes: a) Manifestación de la voluntad; b) Resultado; Relación de causalidad entre aquella y éste (también llamada nexo ---

(59) Márquez Piñero, Rafael. Op. cit., págs. 155 y 156.

casual).

3.3.2.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta o hecho constituye el aspecto negativo de la conducta, implica la inexistencia de la conducta delictiva; la ausencia de conducta surge al faltar cualquiera de los elementos que la integran.

Habrán ausencias de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión sean involuntarias; cuando el movimiento corporal o inactividad no puedan atribuirse al sujeto por faltar en él la voluntad.

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integra, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito.

Una de las causas que impiden se integre el delito por ausencia de conducta, es la llamada vista absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

3.3.3.- TIPICIDAD.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del

delito cuya ausencia impide su configuración. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14 señala "En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad. Esto constituye la garantía de exacta aplicación de la Ley.

Para el distinguido maestro Jiménez de Asúa la tipicidad es "la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresado en la ley, para cada especie de infracción". (60)

El maestro Carranca y Trujillo dice que la tipicidad es "la adecuación de la conducta al tipo legal concreto". (61)

"El tipo se puede entender como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (62)

Para el maestro Fernando Castellanos Tona "No debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación

(60) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., pág. 746.

(61) Carranca y Trujillo, Paul, Op. cit., pág. 231.

(62) Idem. Op. cit., pág. 235.

de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto". (63)

Continúa el maestro señalando que "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador, considera que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula Nullum crimen sine tipo". (64)

La tipicidad tiene como función principal ser eminentemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características de delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito pena; "La tipicidad no sólo es pieza técnica, sino es como secuela del principio legista, garantía de la libertad". (65)

Para concluir lo referente a la tipicidad mencionaremos los diferentes tipos existentes:

a).- Normales y anormales. los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica.

(63) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pag. 166.

(64) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pag. 166.

(65) Bernaldo Quiroz, Constanancio. Alrededor del Delito y de la Pena. Madrid, España. Editorial Viuda de Rodríguez. 1904. 1a. Edición. pág. 39.

b).- Fundamentales o básicos, estos constituyen la ausencia o fundamento de otros tipos.

c).- Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental.

d).- Complementados, que se constituyen con un básico y una circunstancia.

e).- Autónomos y subordinados, los primeros tienen vida propia, en tanto que los segundos dependen de otro tipo.

3.3.4.- ANTIPICIDAD.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, que impide la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. estas suponen la falta de prevision en la ley de la conducta.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito que se conoce como atipicidad, entendido como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás será delictuosa.

El Maestro Pavon Vasconcelos señala: "Hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constituti-

vos del tipo. Atipicidad es pues, "ausencia de adecuación típica". Por lo tanto se concluye, que si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. (66)

3.3.5.- ANTIJURICIDAD.

El Derecho Penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general sin negar totalmente el aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuricidad es fundamentalmente objetiva, porque enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho.

El distinguido Jurista y Maestro Castellanos Tena menciona en su obra ya referida, que cuando hablamos de antijuricidad nos estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, porque atiende sólo al acto. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica solo al acto, se requiere un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Una conducta es

(66) Pavón Vasconcelos, Francisco Op. cit., pág. 284.

antijurídica cuando siendo típica, no este protegida por una causa de justificación. (67)

El Jurista Vela Treviño menciona que toda acción será punible si es antijurídica, con ello se establece un juicio respecto a la acción en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho. (68)

En conclusión se puede afirmar que, la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

3.3.6.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de licitud o justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

El Maestro Fernando Castellanos Tena los define como: "Aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho". (69)

El Maestro Pavón Vasconcelos la define como "La repulsa

(67) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 176.

(68) Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación México. Editorial Trillas. 1986. pag. 19.

(69) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 183.

inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho". (70)

Podría ocurrir que la conducta típica este en oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por existir una causa de justificación.

Podemos mencionar como ejemplo para ilustrar más el elemento del delito en cuestión lo siguiente: si un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica porque se ajusta a lo señalado por el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, y sin embargo, no puede ser antijurídica, si obre en legítima defensa.

Tan claro es el ejemplo anterior que se desprende la idea de mencionar algunas otras hipótesis para concluir las causas de justificación. Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Cumplimiento de un Deber, Ejercicio de un Derecho, Impedimento legítimo y Obediencia Jerárquica.

3.3.7.- CULPABILIDAD.

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volutivo y emocional y el otro intelectual, el primero indica la suma de dos querer.

(70) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., pág. 309.

de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Según el Maestro Fernando Doblado: Para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en la relación al resultado delictuoso.

Para el Maestro Castellanos Tena refiere: "La culpabilidad es el nexo emocional e intelectual que liga al sujeto con su acto". (71)

Para el Maestro Ignacio Villalobos, define a la culpabilidad genéricamente como: "El desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a construirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. (72)

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución de hecho tipificado en la ley del delito o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una

(71) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 254.

(72) Villalobos, Ignacio. Op. cit., pág. 272.

determinada intención delictuosa (dolo) o por olvido de las precauciones indispensables exigidas por el estado (culpa). Igualmente, se puede hablar de preterintencionalidad, como una tercera forma o especie de culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

3.3.8.- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Jiménez de Asúa, nos dice que son causas de inculpabilidad "Las que absuelven al sujeto del juicio de reproche". (73)

Castellanos Tena por su parte manifiesta que la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta de los otros elementos, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un tipo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres institutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuricidad la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad como aspecto subjetivo de él presupone ya una valoración de la antijuricidad de la conducta típica. Pero si hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas se excluye la culpabilidad, se hace referente a la eliminación de este elemento del delito, supuesto-

(73) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., pág. 274.

a una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. (74)

La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa precisamente de inculpabilidad, que se refiere a la ausencia del conocimiento o voluntad en la realización de la conducta como en el caso de error esencial del hecho, y en general, la coacción sobre la voluntad.

(74) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., págs. 257 y 258.

CAPITULO CUARTO.

4.- ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION.

La libertad en todas sus manifestaciones es uno de los atributos más preciados y defendidos por el género humano. Por eso la violación al desestimar la voluntad, restringe y coarta la libertad sexual del individuo.

De la violación se han dado varias definiciones en el segundo capítulo de este trabajo, en base a esas definiciones podemos determinar como elementos substanciales característicos del concepto de violación, los siguientes:

a).- Bien Jurídico: La libertad sexual, considerándola como "el derecho que al ser humano corresponde de copular con una persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con el que no fuere de su gusto a agrado" (75)

No obstante, existen opiniones como la de el Maestro Eusebio Gómez, consistente en considerar como bien jurídico protegido en la violación a la honestidad, o sea, el pudor individual, porque cada quién tiene derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.

Los tribunales han establecido: "el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad

(75) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit.. pág. 268.

sexual". (76)

b).- Empleo de la Violencia: Medio por el cual se vence la voluntad de la víctima, cuando es incapaz ésta de oponer física y psíquicamente resistencia alguna a su agresor.

Nuestro Código Penal vigente, define en su artículo 265 el delito de violación de la siguiente manera:

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

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

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

Podemos mencionar, como opinión personal del artículo antes citado, que la penalidad debe ser en su mínima de dos años y en su máxima de catorce años en sus dos hipótesis, tanto en el párrafo primero, como en el párrafo tercero, esto es para que el

(76) González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 181.

legislador sancione con más rigor el sueto que incurra en la hipótesis del tercer párrafo, ya que considero que causa mayor daño físico como moral, aquel que introduce por vía vaginal o anal cualquier instrumento distinto al miembro viril.

El delito de violación, se amplía con el delito denominado violación presunta, regido por el artículo 266 del Código Penal vigente, el cual a la letra dice:

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

Al que sin violencia realice cópula con una persona menor de doce años de edad.

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 ejerciere violencia física o moral el mínimo y el máximo de la pena aumentará en una mitad.

Para el artículo citado, muchos autores incluyen dicho delito, "violación equiparada" dentro de la violación; pero, como nos dice el Maestro González de la Vega, "para que se tipifique la violación, se requiere el uso de la violencia, si ésta no se da, no puede con propiedad ser clasificada como especie de esta infracción". (77)

(77) Idem. Ob. cit., pag. 85.

Sin embargo, dicho delito no esta reglamentado por el legislador mexicano como especie de la violación, sino solo se limita a equiparar a la violencia los casos anteriormente citados.

Posteriormente encontramos en el Código Pena. vigente la introducción conforme el Decreto de 12 de diciembre de 1966 del delito de violación tumultaria, el cual constituye un tipo agravado de la violencia.

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

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

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

El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el condenado será destituido del cargo, o empleo o

suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

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

Tal y como se desprende del artículo 266 bis. la Violación Tumultuaria revela una mayor peligrosidad de sus autores pues las circunstancias en que se comete, implica una serie de actos que pueden equipararse con aquellas calificativa que operan en los delitos de homicidio y lesiones, es decir, con la premeditación, alevosía y ventura. Efectivamente quienes cometen el delito de violación en grupo, realizan un concierto previo de voluntades, asechan a la víctima, reflexionan sobre una serie de circunstancias para su comisión y, además, la víctima frente al número de atacantes se ve imposibilitada para defenderse. Es cierto, por otra parte, que la ofensa que se infringe al sujeto pasivo, es decir a la víctima, es mucho mayor cuando la violación se multiplica por la participación de varios individuos y al mismo tiempo resulta de mayor intensidad el trauma moral que le provoca.

Finalmente debemos reiterar, que el artículo 266 bis. viene a ser a nuestro juicio una medida efectiva, para limitar la realización de esta clase de conductas a todas luces ilícita y manifestación de graves síntomas de desajuste social.

REFERENCIA HISTORICA DEL DELITO DE VIOLACION.

La violación desde las épocas más remotas ha despertado gran interés y profunda preocupación entre legisladores.

Así en el Derecho Romano, según atestigua Marciano, la unión sexual violenta se castiga por la "Ley Julia de Via Publica" con la pena de muerte.

Posteriormente, el Derecho Canónico consideró el *Stuprum Volentium*, tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorada no podía cometerse este delito; en cuanto a las penalidades prescritas para la fornicación, no se sintió la necesidad de su aplicación al reprimirse la violación por los Tribunales Laicos con la pena de muerte.

Refiriéndose al Derecho Antigo Español, en fuero Juzgo ordenábase: "Si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre; si el omne es libre recibe 100 azotes, o é sea dado por siervo a la mujer que fizó fuerza; é si es siervo, sea quemado a fuego". (78)

En cambio, en el Fuero Viejo de Castilla se establecía la muerte a quien forzara a una mujer fuera o no virgen.

En la partida Sentena se expresó lo siguiente: "Robando

(78) Schiampoli. Diritto Penale Canónico. Enciclopedia. Pessiana. págs. 391 y 419.

algún como alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, o vaziendo con alguna de ellas por fuerza. si le fuere probado en juicio, deve morir por ende; e demás deven ser todos sus bienes de la mujer que así oviesse robada o forzada". (79).

En la actualidad, los Códigos Penales han abandonado la tradicional pena de muerte, sin dejar de castigar por ningún motivo en forma rigurosa, y en ocasiones con agravantes, según sea el caso, el delito de violación.

ELEMENTOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Los elementos integrantes del delito de violación varían de acuerdo con las legislaciones y con los autores referidos.

El Jurista Ranieri considera como elementos del delito de violación a:

- 1.- Un sujeto activo.
- 2.- Una conducta criminal.
- 3.- Un medio violento.
- 4.- El dolo genérico. (80)

A su vez, el Maestro Jimenez Huerta nos indica como elementos constitutivos del mencionado delito:

(79) González A. Alpuche, Op. cit., pág

(80) Francisco Antoliseis, Manual di Diritto Penale. Tomo III, pág.

1.- La cópula; y,

2.- La violencia física o moral, o algunas otras causas impositivas para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir la conducta delictiva. (81)

Ahora bien, atendiendo al concepto establecido en el Código Penal, nosotros señalamos como elementos integrantes del delito de violación:

1.- El empleo de la violencia física o moral, es decir, la conducta típica.

2.- La cópula, o sea el resultado. Así, una vez determinados cuales son los elementos constitutivos de la violación, realizaremos a continuación un estudio de cada uno de ellos, encuadrando al delito, materia de este trabajo.

EMPLEO DE LA VIOLENCIA.

El distinguido jurista Joaquín Escrinche nos define a la violencia como: "La fuerza usada contra alguno para obligarlo a hacer lo que no quiere por medios que no puede resistir; no hay consentimiento donde hay violencia". (82)

La fuerza puede ser de dos tipos:

(81) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 269.

(82) Escrinche, Joaquín. Op. cit., pag. 942.

1.- Física, denominada absoluta y consistente en la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para constreñirla y poder cometer así un ilícito.

El Maestro González de la Vega indica referente al delito de violación consistirá en "la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido, que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir". (83)

Para precisar si en el delito a estudio es posible realizar la conducta material tan sólo por un sujeto, el Maestro Cuello Calón al expresar el concepto nos enuncia, "cuando dos o más personas inmovilizan a la víctima o le impiden oponer resistencia al acometimiento deshonesto del ofendido; pero también es posible al empleo de fuerza cuando en el hecho intervenga un solo culpable" (84)

"La cuestión de que si es posible que la violación tenga lugar por exclusiva obra del violador sin cooperación ajena, ha sido muy debatida por los médicos legistas y autores tan antiguos como Zacchia y Metzger, que niega la posibilidad de la comisión de la violación por una sola persona, pues dice Thrinot que la víctima puede ceder ante lo insuperado del ataque, puede ceder por cansancio físico después de haber resistido largo tiempo y

(83) González de la Vega, Francisco, Op. cit., pág. 165.

(84) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., pág. 83.

puede ceder en fin, para evitar que el violador, llegando a la violencia más extrema, atente contra su vida". (85)

La Jurisprudencia mexicana manifiesta "la violencia física debe ser ejercida sobre la persona.

2.- Moral, denominada compulsiva, existe cuando el delincuente amaga o amenaza con causarle a una persona a un tercero relacionado con esta un mal grave, presunto inmediato, para lograr la intimidación.

La Suprema Corte de Justicia determina: "el empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien, contra un tercero, cuando por ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella, como la amenaza de matar a ser querido". (36)

COPULA.- El resultado típico del delito de violación consiste en la realización de la cópula; debiendo, para poder entenderla, volver a reiterar el significado o interpretación.

En un sentido gramatical, cópula significa el ligamento de una cosa con otra. Derivado del latín copularse, en sentido reflexivo, indica la acción de unirse o juntarse carnalmente.

(85) González de la Vega, Francisco. Op. cit. pág.

(86) Semanario Judicial de la Federación, LX, págs. 768 y 769.

Como podemos apreciar, de acuerdo a su significado, esta conjunción no implica limitación en cuanto a la vía de su realización; así pues, podemos concluir, por copula se entiende el ayuntamiento sexual entre dos personas, requiriendo el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, oral o anal. Es decir la cópula puede ser normal o anormal como los dos últimos casos, los cuales se pueden efectuar de varón a varón o de varón a mujer, pero en vasos no idóneos.

La frotación lésbica (la efectuada entre mujer y mujer), no constituye la acción de cópula de la ausencia del principal elemento, el ayuntamiento, debido a la imposibilidad de la introducción del miembro viril.

La H. Suprema Corte de Justicia ha sostenido "en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplio excepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyacuación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual, aún cuando no haya llegado a realizarse plenamente". (87)

Respecto al concepto de la cópula normal, se puede señalar varios criterios:

1.- Cuando existe el simple contacto externo del pene con las partes pubundas de la víctima.

(87) Semanario Judicial de la Federación No. 111, pág. 69.

2.- Cuando la introducción del órgano masculino se efectúa en la vagina de la mujer.

3.- Desde el momento que el miembro viril penetra en el orificio vulvar.

SUJETOS DE LA VIOLACION.

Los sujetos requeridos por el tipo de violacion son dos: uno activo, el realizador de la acción típica, y el pasivo, sobre el cual recae esa acción típica.

Desde el punto de vista del sexo de los sujetos activos existen dos corrientes para determinar quienes pueden serlo, una afirmando que sólo el hombre posee dicha calidad, por ser el único con capacidad física para poderlo efectuar. Por el contrario, la otra considera tanto el hombre como la mujer como posibles sujetos activos.

El Jurista Francisco Carrará sostuvo; que "la violación carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre, pero sólo mediante la violencia moral". (88)

En cambio, Porte Petit establece "también puede ser sujeto activo la mujer empleando la violencia física, pudiéndose lograr la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los

(88) Carrará, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial. Pág.

obstáculos naturales para la erección del órganos masculino". (89)

Indudablemente para nosotros, compartiendo el punto de vista de Carrara, consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de la violación tan solo cuando realiza la violencia moral, aún cuando muchos autores se nieguen a pensar en la mujer desarrollando dicha actuación, pues vencer los obstáculos necesarios precisamente requiere el consentimiento del hombre.

En el estudio del elemento personal pasivo nos enfrentamos también a dos posturas, una de las cuales considera sólo a la mujer como sujeto pasivo, sosteniéndolo así diversas legislaciones, como la Francesa. En oposición, la otra corriente estima como sujetos pasivos de la violación tanto el hombre como la mujer, habiendo sido el Código Mexicano el primero en adoptarla.

De acuerdo con nuestra ley el sujeto pasivo, puede ser una persona de cualquier sexo, esto es puede ser hombre o mujer, casados, viudos y en cuanto a la mujer, sea honesta, virgen, casta y hasta la última prostituta, dado que el bien jurídicamente protegido es la libertad sexual, traducida en la libre elección por parte del sujeto para llevar a cabo la cópula carnal.

Como ya se mencionó se equipara a la violación la cópula

(89) Forte Fetit. Celestino. Op. cit., pag. 42.

realizada con persona menor de doce años o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

LA CONDUCTA.— En el delito de violación: dada la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse la violación por un hacer. Es imposible una realización homicida, pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo la acción.

La conducta reviste dos formas: activa y pasiva. De ahí la distinción entre delitos de acción y delitos de omisión. La acción en estricto sentido es un movimiento humano voluntario, capaz de modificar el mundo de relación o de hacer factible dicha alteración. Por su parte la omisión consiste en una abstención, en dejar de hacer lo debido, lo ordenado, lo mandado, es una forma negativa del acto.

El Maestro Eugenio Cuello Calón estima a la acción en estrictu sensu como "el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca y agrega que la omisión es una actividad voluntaria, cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado, sigue mencionando el autor, que el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, mediante una omisión o

abstención". (90).

En consecuencia, mientras los delitos de acción consisten en realizar actos prohibidos, los de omisión, en no hacer lo expresamente ordenado. Con razón, se ha dicho que en los delitos de acción o de actividad, se vulnera una norma prohibitiva, en tanto los de omisión violan una dispositiva.

A su vez la omisión se clasifica, en omisión simple u omisión impropia o comisión propiamente dicha y omisión impropia o comisión por omisión, por lo que respecta a la primera forma, la sola inactividad del sujeto agota el elemento objetivo, siendo sancionado por la inactividad misma; en tanto que en la segunda, concurre una inactividad productiva de un resultado material, con violación de dos disposiciones: prohibitiva y dispositiva la otra. "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva". (91)

Siempre la violación implica el despliegue de una conducta, de una actuación; encontrando lugar entre los delitos de acción, atento a la naturaleza prohibitiva de la norma, pues el sujeto activo realiza una serie de actos positivos, físicos, perceptibles por los sentidos.

(90) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit., págs. 271 y 273.

(91) Porte Petit, Celestino, Op. cit. pág. 175.

En la figura del estudio, no pueden presentarse ninguna de las formas de omisión simple, ni de comisión por omisión, pues nuestro ilícito requiere para su realización, la acción de copular por la violencia, en sus dos aspectos.

También se habla en orden a la conducta de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Los delitos son unisubsistentes, cuando el comportamiento se integra por un solo acto; en cambio se consideran plurisubsistentes, cuando su integración requiere la producción de varios actos.

La violación puede consumarse en un solo acto, es un delito instantáneo porque tan pronto se realice se agota la consumación. Es de lesión y no de peligro porque la fuerza efectuada para realizar la acción carnal lesiona al bien jurídicamente protegido por la ley, o sea, la libertad sexual.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD. En el delito se configura cuando el comportamiento del agente esta adecuada a la conducta descriptiva en el precepto penal, en este caso el tipo delictivo se constituye por el hecho de la imposición violenta moral o física de la cópula, del sujeto activo a una persona de cualquier sexo, sin la voluntad de esta y utilizando cualquier vía idónea o contra natura.

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad y consiste:

1.- Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo. Conforme a esta causa, en el ilícito de violación no podrá haber atipicidad, porque la descripción legal no exige calidad alguna en los elementos personales, salvo el caso del sujeto activo mujer ejerciendo la violencia física sobre el sujeto pasivo hombre.

2.- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas por el tipo. Respecto a esta otra, tampoco se originará atipicidad en el delito estudiado porque la ley tampoco marca ninguna referencia de tiempo ni de espacio.

3.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicos asentados en la Ley. Aquí se podrá originar atipicidad, cuando haya introducción de cualquier otro objeto que no sea el órgano sexual masculino.

4.- Si falta el objeto material.- No podrá hablarse de atipicidad cuando haya ausencia de las personas sobre las cuales se efectúa la acción.

5.- Si falta el objeto jurídico.- Nuevamente no podrá hablarse de atipicidad cuando el bien jurídico protegido por la Ley, en este caso la libertad sexual no se lesiona, v.gr. cuando hay consentimiento mutuo.

En cuanto al tipo, del delito de violación se clasifica en:

a).- Fundamentales o básicos.- Porque en la parte primera del precepto el tipo no requiere ninguna circunstancia en virtud de la cual se agrave o atenue la pena. En cuanto a la parte final del artículo 265, se trata de un delito especial calificado de violación.

b).- Autónomo o independiente.- En virtud de la existencia independiente del delito de violación.

c).- Alternativamente formado.- En cuanto a los medios, pudiendo ser efectuado a través de la violencia física o moral.

ANTI JURIDICIDAD, en el delito de violación la antijuridicidad es otro de los elementos para la existencia del hecho punible, Castellanos Tena al respecto nos dice: "La antijuridicidad es objetiva, atiendo solo al acto, a la conducta externa; para afirmar que una conducta es antijurídica entre la conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". (92)

En efecto, para considerar como delito a la violencia realizada para lograr el yacimiento carnal deberá ser además de típica, ilícita. Nosotros consideramos la imposibilidad de que exista causa de licitud no obstante de que algunos autores sostengan la procedencia del ejercicio de un derecho, como el que tiene para cohabitar sexualmente entre los consortes, respecto de cual se afirma la posibilidad de considerar como ejercicio de un

(92) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 168.

derecho la realización de la violencia cuando el conyuge se niega a ello.

Otros autores, destacando entre ellos al Maestro Porta Petit, considera que cuando el acceso carnal entre los esposos se realiza por medio de la fuerza, se esta frente al ilícito de violación.

Entonces, sobre esta debatida cuestión se ha formulado dos posturas.

a).- La primera afirma la existencia del delito de violación entre cónyuges.

b).- La segunda la considera como un ejercicio de un derecho.

Nuestros Tribunales al respecto han establecido: "El Código Civil vigente para el Distrito Federal, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los contrayentes la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges estan obligados en todos caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter normal, la cópula con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro, aún en el

supuesto de que la cópula se verifique por vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello al empleo de la violencia". (93)

Ahora bien, nosotros opinamos que si el matrimonio es un contrato civil, generador de derechos y obligaciones para los contraentes, y si uno de los cónyuges se niega a cumplir con la obligación del ayuntamiento carnal a su cargo, y el otro considerando legítimamente el poder exigir así el cumplimiento con base al contrato matrimonial, el artículo 17 constitucional impone hacerse justicia por sí mismo y la obligación de acudir a los Tribunales: ahora bien, si éstos sólo pueden sentenciar absolviendo o condenando y una sentencia condenatoria para ser útil requiere la posibilidad de su ejecución, aún sin la voluntad del obligado y en aras del orden jurídico y ético, sin embargo por sus características la ejecución en materia de ayuntamiento carnal, resultaría contraria a los fines del derecho, y procedería dictar otra clase de sentencia condenatoria y, como no es posible la anulación por los efectos ya producidos, tan sólo procede la rescisión que en la especie se denomina Divorcio.

CULPABILIDAD, para poder hablar de culpabilidad en el delito de violación debemos recordar que solo pueden ser culpa-

(93) Anales de Jurisprudencia. XXXIV. pág. 523.

bles de los delitos las personas imputables, esto es, aquellos capaces de entender y de querer.

Así como la anti-juridicidad le interesa el aspecto externo a la culpabilidad sólo le importa el interno.

Como anteriormente hemos estudiado "la culpabilidad en nuestro Código Penal es de dos tipos; intencional (dolo) e imprudencial (culpa), existiendo para algunos autores una postura eclética, dolo en el daño inicial y querido y culpa en el daño mayor no querido, pero si previsto previsible". (94)

Analizando la culpabilidad en la violación, en nuestro punto de vista, encontramos que conforme a su naturaleza es un delito doloso por excelencia, pues el propósito del agente debe ser el llegar a la cópula realizando la conducta violenta (absoluta o compulsiva). Presumiéndose siempre, la actuación con dolo directo en virtud de las circunstancias propias del resultado.

El dolo eventual creemos no puede presentarse en virtud de un solo querer, el de la cópula desde un principio a través de los medios físicos o morales.

INCUPABILIDAD, el aspecto negativo de la culpabilidad tiene dos formas, el error de ilicitud y la no exigibilidad de otra conducta.

(94) Castellanos Tena, Fernando. OP. cit., pág. 257.

Respecto al error de ilicitud no podemos admitirla ni aun en el supuesto caso de un error entre conyuges, debido a que la conducta es ilicita desde el momento en que se realiza sin importar la persona en quien recae.

"CAMINO DEL CRIMEN"

En la violación, el sendero se inicia con los actos de violencia destinados a obtener la cópula. / Si no se logra el fin deseado, se presenta el ilicito de tentativa de violación.

Para hablar de violación en grado de tentativa, debe de probarse que el sujeto activo realizó actos violentos físicos o morales, encaminados directa e inmediatamente a conseguir la cópula con la víctima, no llegando a la consumación de ésta por causas ajenas a la voluntad del delincuente.

Habra tentativa de violación cuando existiendo un comienzo o total ejecución no se realiza la introducción por causas ajenas a la voluntad del agente.

"EL QUE COMETE EL DELITO"

Sobre este aspecto el Código Penal vigente señala una pena de ocho a catorce años de prisión, al realizador del delito de violación impropia se sancionará con prisión de tres a ocho años, cuando el ofendido sea menor de doce años de edad se sancionará con la misma pena.

Cuando el ilícito sea efectuado por dos o más personas, la pena se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y su máximo y lo mismo sucedera, cuando los sujetos sean, parientes o se encuentren desempeñando un cargo o empleo público o ejerzan una profesión, y la persona que tiene al ofendido bajo su custodia.

Para la punibilidad el ordenamiento respectivo no contiene ninguna excusa absoluta, no presentándose por ningún motivo su aspecto negativo en el delito de violación.

CONCLUSIONES.

PRIMERO.- En épocas antiguas el delito de violación, (la unión sexual violenta) se castigaba con más rigor.

SEGUNDO.- Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona por medio de la violencia física o moral.

TERCERO.- La cópula es el ayuntamiento sexual entre dos personas, requiriendo el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, oral o anal.

CUARTO.- La cópula con violencia la puede realizar el varón en la mujer por vía vaginal, anal u oral y en el hombre por vía anal u oral. Son indiferentes las cualidades personales del sujeto pues desde el instante en que el bien jurídico tutelado en el delito de violación, es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujetos pasivos.

QUINTO.- La Penalidad en el delito de violación debe ser ampliada en su mínimo de dos años y quedar tal y como lo menciona nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su máxima de catorce años, esto es tanto para el párrafo primero como para el tercero, dado que considero, que el que incurre en la hipótesis del tercer párrafo causa mayor daño tanto físico

como moral y no se debe castigar con menor rigor que en la hipótesis del primer párrafo.

SEXTA.- Cuando se copula con una persona menor de doce años o con persona que no tenga capacidad de entender el hecho, sin violencia, se equipara a la violación, la Ley penal establece con carácter general que el consentimiento que puede dar, carece de validez jurídica, ya que quien lo otorga no está capacitada para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y como consecuencia, la cópula con estas circunstancias encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad, encierra un atentado contra su libertad sexual.

SEPTIMA.- La cópula violenta entre cónyuges, es el ejercicio indebido del propio derecho.

OCTAVA.- El delito de violación entre cónyuges no debe ser considerado en el artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a nuestro juicio se propone la iniciativa de crear un artículo 265 bis en el cual regule la cópula violenta entre cónyuges, estableciéndose una penalidad en su mínimo de un año, y en su máximo de tres años, esto es considerando la obligación que tienen los cónyuges al ayuntamiento carnal, dado que si sigue considerando la penalidad como lo regula nuestro Código Penal vigente, atenta contra la integridad familiar y esto estaría contra la sociedad, dado que la familia es la célula

basica de la sociedad.

NOVENA.- Consideramos que el articulo 266 bis delCodigo Penal vigente para el Distrito Federal, cumple con su objetivo en cuanto al fondo, por lo tanto debe seguir tal y como se encuentra, toda vez que a nuestro juicio es una medida efectiva, para limitar la realizaci3n de esta clase de conductas a todas luces ilicita y manifestaci3n de graves sintomas de desajuste social.