



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

214  
zey

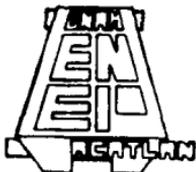
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

# FALLA DE ORIGEN

"ESTUDIO JURIDICO DEL SEGUNDO PARRAFO  
DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL PARA  
EL DISTRITO FEDERAL".



T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A I  
JUDITH MARTINEZ MARTINEZ



ACATLAN

1995



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

Como testimonio y dedicatoria :

A mi D i o s, fuente de todo bien y sabiduría, sea yo instrumento de su divina justicia en el ejercicio de mi vocación.

En memoria de MARTHA MARTINEZ y EDITH MARTINEZ, siendo una inspiración para crecer que espiritualmente nunca estarán ausentes en mi vida.

A mi madre NOHEMI MARTINEZ APARICIO, como testimonio de mi infinito agradecimiento, admiración y amor.

A mis hermanas LIDIA MARTINEZ APARICIO Y SILVIA ARACELI MARTINEZ, por su ejemplo - siendo compañeras de inicio y formación - en esta vida.

A mi asesor de Tesis : General Lic. JUAN JOSE SANSORES Y SANCHEZ, por su Don de paciencia y generosidad, quién con su ejemplo siempre mirando hacia adelante, con todo mi respeto y admiración.

A mis Profesores Universitarios, que con sabiduría, paciencia supieron guiar los pasos de mi carrera profesional, mismos que alimentaron mi formación académica .

A todos mis amigos que de alguna forma -- compartieron conmigo tan preciado tesoro de la amistad, así como momento inolvidables.

A tí persona ESPECIAL,, que haz estado - junto a mi, alentando a superarme tanto - profesionalmente como en lo personal, compartiendo sentimientos, e instantes que - forman la vida. En especial Gracias.

Al H. Jurado por su considerada y justa - evaluación.

A todos Ustedes, mi mas sincero agradecimiento.

## INTRODUCCION

Los problemas actuales de una sociedad, además de ser múltiples se encuentran estrechamente ligados con el derecho.

La ciencia Penal, siendo ésta una de las más antiguas se ha convertido en un mediador entre los habitantes de la sociedad, resultando ésta, al paso del tiempo relevante e indispensable.

Así tenemos que el cambio vertiginoso que surge en la sociedad, es necesario actualizar, preceptos jurídicos, tal como los delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal, el cual ha sido reformado en base a los cambios que actualmente padece no solo en una sociedad, sino en el país en general.

Los delitos tratados en este trabajo son los sexuales en particular la violación, así como también su comparación con los demás delitos, la importancia de un aumento de pena para el caso de violación impropia, analizando las reformas realizadas, así como el campo que invaden a la esfera de otro delito ya previsto.

En el desglose de los capítulos encontramos en el primero de ellos un estudio del delito de violación en su evolución histórica, desde la antigua Roma hasta el México actual.

En el segundo de ellos veremos conceptos doctrinales y de legislación.

En el tercero de ellos se analizan los medios jurídicos constitutivos del delito tal como lo es la acción, la tipicidad, antijuricidad, etc., la constitución biológica del hombre como de la mujer, conductas y desviaciones sexuales, y un breve análisis de la violación no realizada con el miembro viril.

Para así continuar con un estudio comparativo del delito de violación y otros como los son: abuso sexual, estupro, y así concluir con las consecuencias del delito de violación tanto psicológicas como morales, etc.

Para luego realizar conclusiones a que se llegó, mismas que esperamos que alguna de ellas sea renovada y actualizada según las necesidades vigentes en que se encuentra el país actual.

## CAPITULO I

### REFERENCIAS HISTORICAS DE LA VIOLACION

Con antelación al análisis jurídico que se llevará a cabo en el presente trabajo, es necesario encontrar una base, un punto de partida, por lo que primero nos remontaremos históricamente al delito de violación, siendo éste uno de los delitos más graves que afecta a nuestra sociedad actual, ocupándose de su estudio conforme a cada época la Ciencia Penal; he ahí una de tantas razones por las cuales se ha venido transformado dicha acción punible, un nuevo concepto del delito de violación, en virtud de que existen nuevas épocas y transformaciones que van desde vertiginosas hasta paulatinas dentro de nuestra sociedad.

Siendo imprescindible conocer el antecedente histórico de la infracción penal del delito de violación.

#### 1.1 ROMA

Encontramos en el derecho Romano diferencia entre los delitos públicos (crimina) y los delitos privados (delicta o maleficia) sujetos ambos a ordenamientos jurídicos diferentes.

Correspondiente el derecho de coacción a los magistrados (coertio), iba dirigida contra aquellos daños causados

a la comunidad; se perseguían de oficio ó a petición de parte y se sancionaban con penas públicas tales como decapitación, exilio, deportación, ahorcamiento, etc.

Los delitos son aquellos ilícitos que generan obligaciones cuya sanción no es aplicada directamente por los órganos estatales y que encontraban satisfacción a través del ejercicio de la sanción in persona, intentada por la víctima contra el autor del acto ilícito.

El objeto de las acciones penales en una cantidad de dinero : la pena.

El infractor de un delito devenía de la víctima, el acreedor gozaba de una actio, la cual tenía las siguientes características:

a) **Intransmisibilidad:** Debido al antecedente vengativo que tenían las obligaciones penales;

b) **Acumulación:** Las acciones penales son acumulables en dos sentidos, una porque sean varios los autores del delito, en tal caso cada uno de ellos debe pagar la pena entera y son acumulables también porque su ejercicio no implica el desplazamiento de cualquier otra acción que tuviera derecho al ofendido. Ejemplo: la acción rei persecutoria, para lograr la indemnización,

c) **Nexabilidad:** Cuando el delito lo cometía persona sujeta a potestad, el que la tiene podía librarse de la responsabilidad entregando el cuerpo del que cometió el delito, o asumir la litis contestatio, o pagar la eventual condena ó traspasar por mancipación al hijo.

d) Perpetuas: El ejercicio de las acciones surgidas del delito de ius civile no estaban sujetas a determinado tiempo : eran perpetuas.

e) Extinguibles: Por el simple pactum, en el cual se permitía el mutuo desistimiento entre ofensor y ofendido.

Dentro de los delitos privados encontramos que solo se consideran delito, según las Instituciones de Justiniano cuatro actos ilícitos: el robo, la rapiña, el daño causado injustamente y las lesiones.

**Injuria o lesiones:** El término injuria significa: acto cometido sin tener derecho, comprende todo lo que lesiona la integridad física de una persona; las Doce Tablas se refieren sólo a las lesiones corporales y se consideran:

a) Amputación de un miembro cuya pena era la venganza limitada por el principio de igualdad entre daño y pena (Ley de Talión).

b) Fractura de hueso a un hombre libre o a un esclavo, que daba lugar a una composición legal de 355 ases respectivos.

c) Lesiones de menor clase, cuya pena eran 25 ases. El derecho clásico sustituye dichas acciones y penas por una acción penal in factum anual.

En el derecho Justiniano, pasó al campo de los delitos públicos, como lo es :

**RAPIÑA** : Robo con violencia cometido por bandas

armadas, siendo incierto esto último.

Respecto al dolo, dicha acción es subsidiaria, es decir - solo puede ejercerla el agraviado si no cuenta con otra acción.

Para Francisco González de la Vega, manifiesta : " El derecho Romano no estableció una categoría diferenciada para el delito de violación sancionándola de los delitos de acción y a veces de injuria " ..... (1)

Sin embargo, Teodoro Momsen, citado por el autor anteriormente mencionado, comenta: "Vis es el placer y sobre todo la -- prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona obra -- constraído a otra a que deje de realizar en contra de su propia voluntad, ahora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo por miedo (metus), para determinar la a ejecutar o no ejecutar una acción " .... (2)

Continúa diciendo González de la Vega, por su parte que -- "que dentro de estos delitos de coacción se sancionaban precisamente con pena capital (el stupium violetum). Asimismo la Ley - Julia de vis pública igualmente le reservaba la penalidad de -- muerte" ..... (3)

Encontramos que en Derecho Romano la unión sexual violenta con cualquier persona era castigada por la Ley Julia de Vis Pública con la pena de muerte .

- 
- (1) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.- Derecho Penal Mexicano (Delitos), pág 381, Editorial Porrúa, S.A. 18ª Edición, México, 1982.  
(2) Opus Cit.- pág. 381  
(3) Opus Cit.- Pág. 381

En el Derecho Canónico consideró el mismo delito tan sólo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad; en mujer ya desflorada no podía cometerse; en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la fornicación, no se sintió en los tribunales laicos con la pena de --- muerte. Lo anteriormente expuesto por Cuello Calón refiriéndose se al Derecho Romano y al Canónico. .... (4)

Entre lo investigado y lo manifestado por Christolito de Guzmán, que respecto al Derecho Romano dice :

"En el derecho Romano el delito de violación era confundido con el rapto, sobre todo cuando se había practicado con una mujer que suponía el acceso carnal, ya que era requisito que la víctima fuese mujer virgen o viuda honesta., cual se comprueba claramente con la Constitución Justidiana raptum virginum, donde se reconoce que la virginidad y la castidad no podía reponerse, considerándose la gravedad del crimen no sólo ante los preceptos humanos sino también como una ofensa a la religión. " ..... (5)

Se observa de las anteriores citas que en el Derecho Romano se tutelaba muy vaga y escasamente el delito de violación, dejaban en completo desamparo a aquellas mujeres que por alguna situación ya no eran "vírgenes", tal es el caso de las mujeres casadas.

De manera notoria se observa que se protegía en el delito de violación en el Derecho Romano más que la libertad sexual.

---

(4) Cuello Calón, Eugenio.- Derecho Penal II, pág. 576, Edit. Bosch, Barcelona, España.- 13ª Edición.

(5) De Guzmán, Christolito.- Delitos sexuales.- pág. 56, --- Editorial Bibliográfica ARGENTINA.- 4ª Edición.- Buenos Aires, Argentina.

que por alguna situación ya no eran "virgenes ", tal es el caso de las muje  
res casadas. De manera notoria se observa que se protegía en el delito de -  
violación en el Derecho Romano más que la libertad sexual, era la "virgini-  
dad", "castidad", "honestidad", por ello no se comprendía a las mujeres des  
floradas, a lo cual considero funesto y una ley muy pobre para proteger a -  
la mujer, haciendo ver también que se desprotegía a los menores, tanto ni--  
ñas o desconociendo en que delito la tipificaban.

A manera de sumario : El Derecho Romano no estableció una--  
categoría diferenciada para la violación sancionándola como --  
una especie de los delitos de coacción y a veces de injuria.

"Vis" es el poder y sobre todo la prepotencia, la fuerza -  
por medio del la cual una persona se constriñe físicamente a --  
otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, dicha  
voluntad se cohibe mediante la amenaza de un mal o lo que es lo  
mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar una ac--  
ción.

## 1.2 ESPAÑA

En la Antigua Legislación Española en el Fuero Juzgo --  
(Ley XIV, Título V. Libro III) :

" se castigaba al violador o pator con 100 azotes -  
si era hombre libre, además era dado como esclavo  
a la mujer con quien realizó el acto sexual por me-  
dio de la fuerza, y si el violador era siervo, se -  
quemaba en fuego. Se prohibía al ofensor y a la víc-  
tima casarse, y si se infringía, ésta prohibición -  
pasaban en calidad de siervos con todos sus bienes  
a los herederos más próximos " .... ( 6 )

En la Partida siete (Ley III, Título XX, se decía :

"Robando algún hombre alguna mujer viuda de buena forma, vir-  
gen, casada o religiosa y que por medio de la fuerza tenga ayuntamiento -  
carnal, si es probado en juicio deber morir por ende. Y deben ser todos  
sus bienes confiscados en favor de la mujer que hubiese robado o forzado

Si después la mujer se casa con su propio violador, los bie-  
nes de éste último pasan a ser de los padres de la víctima, si estos no  
consintieron el matrimonio. En todo caso de haber consentimiento de los  
padres de ella, los bienes del hombre pasan a la Cámara del  
Rey. Si la mujer robada o violada fuera monja o religiosa, -  
los bienes del violador deben ser del monasterio donde la --  
saco" ..... ( 7 )

En el Derecho Español existía una marcada diferencia en ---

- ( 6 ) MENDOZA DURAN, Jose O. Delito de Violación, pag. 129, Colección  
Nereo, 1967, Barcelona España, 6a. Edición.  
( 7 ) IDEM , pág. 129.

cuanto a la penalidad establecida en el Fuero Juzgado y en la -- Ley de las 7 Partidas, en el primero habia un reglamentación de acuerdo a la condición personal del sujeto activo en la comisión del acto sexual, pues era ridícula la penalidad establecida para el hombre libre, la cual consistía únicamente en cien azotes, que comparada con la del siervo o esclavo, su comisión implicaba automáticamente la pena de muerte, quemándolo en el fuego, situación bastante irregular e injusta. Por otra parte, en la Ley de las 7 Partidas no habia distinción aparente en la condición personal del sujeto activo, de tal hecho la pena correspondiente era la muerte, lo mismo al copartícipe de dicho ilícito. Y no sólo la muerte como pena para el autor material sino que también se le confiscaban los bienes a favor de la mujer raptada o violada.

Encontramos a partir del primer Código Penal Español en 1822, se abandonaron tan severas penalidades, castigando estos delitos con la privación de la libertad.

Realmente no hay diferencia entre el antiguo Derecho Romano y Español, en lo que se refiere a la violación, en ambas Leyes era requisito indispensable que la mujer fuera virgen, casta y honesta. Desconociéndose de que en tal hecho el hombre podía ser sujeto pasivo, consecuentemente queda impune tal acción.

Sin embargo, de las legislaciones europeas, la que reviste mayor importancia es la de España, por ser ésta no sólo nuestro ordenamiento penal, sino la fuente también de la mayoría de los Códigos Hispanoamericanos.

La primera regulación del delito de violación en el Derecho Histórico Español aparece en el Fuero Juzgo, mismo que reservó sólo el último suplicio para el siervo que hacía el fornicio con una mujer libre, pero si el forzador no era siervo.

era condenada a recibir cien azotes y luego era dado por siervo a la mujer ofendida.

Singular era la condición que a esa servidumbre la ley imponía, contraría por cierto al espíritu que dominaba en las legislaciones modernas, se prohibía al forzador y a la forzada que entre ambos contrajeran matrimonio, ya que aquél caía en servidumbre, hasta el extremo de quedar siervos los que se casasen con toda su hacienda, de los herederos más próximos.

Con igual rigor penase este delito en los Fueros Municipales y en el Fuero Viejo, libro II, título II, se castigó generalmente con la muerte o con la declaración de enemistad, que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor.

En el fuero Real, las cuatro primeras leyes del título X del libro IV están dedicadas a los que "forzaran, robaran o engañaran a los mujeres", y tratan conjuntamente del rapto y de la violación imponiendo pena de muerte a la cometida, -- con el concurso simultáneo de dos ó más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer, y la de cualquier religiosa profesa; si la mujer raptada por varios era violada por un solo, los demás satisfacía la pena pecuniaria, que se distribuían entre la ofendida y la Cámara del Rey.

Las Partidas dedican de su contenido la Ley 3a., del Título XI de la Partida VII, a la violación involucrando su concepto con el rapto, pues dice que se comete "Robando algún hombre alguna mujer viuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa o yaziendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probando en juicio debe morir."

Las Leyes de Partidas igualaron el valor a la violación, rapto, castigándolas con idénticas penas, siendo ésta la muerte.

Es notable la distinción que hacen las Partidas entre el caso de que la robada o forzada sea viuda, de buena fama o de una virgen o de una casada o una religiosa y el de una mujer que no reúne ninguna de estas cualidades.

La protección de la ley disminuye en tanto grado respecto de esta clase de mujeres que no gozan de buena fama que llega hasta convertir la pena de muerte señalada para el delito consumado contra aquellas otras, en una pena indeterminada que se deja al arbitrio del Juzgador, con la obligación sólo de que al fijarla tome en cuenta quién era aquel que hizo la fuerza, quién la mujer a la cual forzó, el tiempo y el lugar en que se cometió el delito.

El espíritu del Fuero Juzgo a dificultar el matrimonio entre el violador y la violada, se hace sentir todavía en las Partidas, la confiscación a favor de la ofendida, que impone la ley como accesoria a la pena de muerte con que se castiga el delito se convierte en beneficio de su padre o de su madre, cuando la forzada se casa con el que ejerció sobre ella la violencia. Pero si los padres hubiesen dado el consentimiento para el matrimonio, los bienes eran para el Cámara del Rey, y cuando la mujer ofendida hubiese sido una monja, los bienes del culpable pasaba a su convento.

Es a partir de 1822 año del Primer Código Penal Español, que se abandonaron las severas penalidades del Derecho antiguo castigando estos delitos con privación de libertad, pero esta figura de delito no está perfilada de modo preciso en el Código del veintidós, el cual establecía lo siguiente:

"Art. 668. El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona y forzándola con igual violencia o amenazas o

intimidación de una manera suficiente para impedirle resisten-  
cia intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del -  
raptor y ocho años más de obras públicas, con igual destierro -  
si consumare el abuso. .... ( 8 )

Artículo 669. Si fuere casada la mujer contra quien se co-  
meta la fuerza en cualquier caso de los artículos 664, 666 (rap-  
to) y 688 o el engaño de que se trata en el 665, sufrirá el reo  
dos años más de obras públicas y el destierro en su caso, dura-  
rá también mientras viva el marido. .... ( 9 )

Artículo 670. En todos los casos de dichos cuatro artícu-  
los, si se cometiere el delito contra la mujer pública conocida  
como tal se reducirá la pena a la mitad. .... ( 10 )

Artículo 671. El que abusare deshonestamente de niño o ni-  
ña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por  
forzador en cualquier caso y sufrirá la pena de diez a veinte -  
años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo don-  
de more el ofendido y veinte leguas en contorno si del abuso re-  
sultare al niño o niña una lesión ó enfermedad que pasó de trei-  
ta días, se improndrá el reo cuatro años más de obras públicas.  
Si la enfermedad o lesión fuere de por vida, sufrirá el reo diez  
años de obras públicas y después será deportado. .... (11)

Artículo 673. El que cometa cualquier ultraje público con-  
tra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, -  
sufrirá una reclusión de cuatro meses a un año, y dos meses más  
de destierro del lugar donde habita la persona ultrajada y diez  
leguas en contorno.

( 8 ) Código Español, Legislación 1822.

( 9 ) Idem.

( 10 ) Idem.

( 11 ) Idem.

Si fuese mujer pública conocida como tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses. ... (12)

ART. 687. El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad ésta, privándola previamente para ello del uso de licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella esté sin sentido por accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia sufrirá igual pena que la prescrita en el artículo precedente, no pudiendo ser acusado sino por la mujer o por su marido. El que cometa este propio delito contra cualquier otra persona que no sea mujer pública conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido. .... (13)

Como se destaca, en este primer Código Español de 1822, el delito de violación no está completamente separado del rapto, ni separado bastante del de abusos deshonestos. En él se asimila por primera vez en España el abuso sobre niña o niño que no haya --llegado a la pubertad, el delito de violación castigando al culpable con la pena de diez años de obras públicas y con el destierro perpetuo del pueblo donde more el ofendido y veinte leguas en contorno. Se aumenta la pena si a resultas de la violación sufre la mujer algún daño en su integridad física o si es casada, y se disminuye si es prostituta.

Los atentados o abusos deshonesto contra las meretrices no son medidos en este Código con el mismo respeto que los que regulizan contra mujeres de buena reputación; las penas que se aplicaban eran diferentes.

(12) Código Español , legislación 1822

(13) Idem.

Hasta esa fecha la figura delictiva de la violación no aparece perfilada de modo, preciso, es en el Código Penal de 1848, - que eliminó la vaguedad con que la definió el Código de 1882. -

Tal Código trataba del delito de violación en el artículo-354 que decía :

"Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera - de los siguientes casos :

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación.
2. Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por - cualquier causa.
3. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurren ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.

En los Código posteriores al de 1848 y a través de sus reformas en 1850 , 1870, 1928, 1932, reprodujeron sus preceptos en lo que a este delito se refiere, que aún se hallan en el vigente. .... ( 14 )

( 14 ) J.O. MENDOZA DURAN , Op. Cit. pág. 129- 133

### 1.3 MEXICO

#### A) Aztecas

Entre los Aztecas el delito de violación era castigado con la pena de muerte .

Se observa un gran rigor sexual, con pena de muerte para - incontinencia de sacerdotes para homosexuales, (respecto a ambos sexos), violación, estupro, incesto y adulterio ...(15)

Encontramos en el Derecho Precortesiano, el sistema penal- era casi draconiano: las penas principales eran la de muerte y la de esclavitud.

La capital era la más castigada; desde el descuartizamiento y la cremación en vida hasta la decapitación y la estrangulación, el machamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asentamiento y otros más.

El derecho penal mexicano o testimonio de serevidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política... (16)

En el Derecho penal maya, es esa gran monarquía teocrática- mexicana, la extrema dureza de los leyes se manifestaba en la - prodigalidad con que se imponía y ejecutaba la pena de muerte.

Roman nos dice que bajo el brazo del verdugo caían el homi- cida, la mujer que abortaba y sus cómplices, el violador de me- nor. .... ( 17 )

(15) GUILLERMO S. FLORES MARGADANT Introducción a la Historia de Derecho Mexicano, UNAM, 1971, pág. 27

(16) J. KOHLER, DE BERLIN: El derecho de los Aztecas, (Trad. del Alemán - por Carlos Rovalo y Fernández), Latino Americana, México, pag. 57.

(17) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal Tomo I, Losada Buenos- Aires, 1950, pág. 706.

Sin embargo es poco lo que se puede hablar de los antecedentes históricos del delito en estudio en el México antiguo, es hasta los Códigos de 1871, 1929, cuando se reguló el delito de violación. Más cabe destacar que existe otra referencia de Marcela Martínez Roaro en su Libro "Delitos Sexuales".

"Los náhuatl, sancionaban con pena de muerte al que violaba una mujer. Los tarascos al que cometiera tal falta, le rompían la boca y hasta las orejas y luego lo mataban por empalamiento. NO solamente era vigilada la virginidad y castidad de las mujeres, sino también de los hombres, ya que era muy preciada por los hombres mismos como por los dioses. "

La misma autor agrega : que había pueblos que concedían gran importancia a la virginidad de la mujer, como en el pueblo al grado de que si no llegaba virgen al matrimonio, era repudiada por el marido ." ..... (18)

En general la moralidad de todos los pueblos establecidos en México era bastante severa en lo relativo a la sexualidad, debido a que la consideraban como un don otorgado por los dioses y a ello se debe la estricta vigilancia para su práctica moderada y no abusiva.

De acuerdo a los datos mencionados, conviene señalar que los delitos sexuales en el México del pasado eran castigados con demasiado rigor en la mayoría de los pueblos su penalidad era la muerte. Y es muy importante remarcar que la virginidad y la castidad eran protegidos tanto en el hombre como en la mujer por exigencias religiosas.

(18) MARTINEZ ROARO, Marcela : Delitos Sexuales, pág. 51, Edt. Porrúa, S.A., 2a. Edición, 1982, México, D.F.

### 1.3 MEXICO

#### B) COLONIA

La búsqueda de antecedentes históricos del delito de violación en las disposiciones aplicadas durante la colonia, en especial la obra jurídica denominada Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias conocida comunmente como Recopilación de las Indias, resulto negativa, pues a pesar de que regulaba otras figuras delictivas, entre ellas el adulterio, no encontramos algun dato sobre el tipo de violencia.

Sin embargo, a la llegada de los españoles a México, los indígenas e vieron sometidos a los leyes españolas dictadas por exprofeso por las colonias, como lo fueron los Fueros de Castilla. El Fuero Juzgo, etc., mismas leyes analizadas en el capítulo correspondiente a España.

### 1.3 MEXICO

#### C. EPOCA INDEPENDIENTE

Es hasta 1871 en México apareció el primer Código Penal donde encontramos disposiciones expresas del delito de violación y al efecto transcribimos los artículos que tienen relación esta clase de delito:

ARTICULO 795.: Comete el Delito de violación: El que por medio de la violencia física o moral, tengacópula con un persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

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

ARTICULO 797.: La pena de violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasara de 24 años. Si fuese menor de edad el término medio de la pena será de diez años.

ARTICULO 798.: Si la violencia fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observará las reglas de acumulación.

ARTICULO 799.: A las penas señaladas en los artículos anteriores se acumularán cuando:

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

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido, seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, o fuere su tutor su maestro, criado, asalariado de alguno de estos del ofendido, o cometiere la violación abusando de sus funciones como -- funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón ó ministro de algún culto.

ARTICULO 800 .- Los reos de que habla la fracción tercera del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores y además podrá el juez suspender desde uno a cuatro años en el ejercicio de su profesión, al funcionario público, al médico, - cirujano, dentista, comadrón o maestro que haya cometido el delito abusando de sus funciones.

ARTICULO 801.- Cuando en los delitos de que se habla en los artículos anteriores, se cometen por ascendientes o por descendientes, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad de todos sus descendientes.

ARTICULO 802.- Siempre que del estupro o violación resulte alguna enfermedad al ofendido, se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que corresponda por el estupro o violación y por la lesión, considerando el delito como ejecutado como una agravante de cuarta clase.

Si resulta la muerte de la persona ofendida, se impondrá, - la que señala el artículo 557 (12 años) ... (19 )

(19) MARTINEZ ROARO, Marcela.- Delitos Sexuales , pág.128 Edt. Porrúa, S.A. 2a Edición,

Merece atención especial, que en la legislación se man\_ jara categoricamente afirma que: la cópula debe ser por medio de violencia física o moral, y sin la voluntad del ofendido, resulta demasiado suspicaz cuando habla de que debe realizarse sin la voluntad del ofendido, pues es evidente que al presen\_ tarse la violencia física o moral es suficiente para sostener que hay ausencia de la voluntad, por parte del ofendido.

### 1.3 MEXICO

#### D. EPOCA ACTUAL

El concepto de violación, ha tenido cambios muy importantes desde que éste delito apareció como tal, sin embargo el concepto lo encontramos ACTUALMENTE en el artículo 265, del Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Décimo Quinto, bajo el rubro de "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL", en el Capítulo I, en donde también se encuentran diversos delitos como lo son : (Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, y el delito materia del presente trabajo, violación.)

El texto del tipo, describe el delito de violación, mismo que se cita textualmente :

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

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. (20)

En el precepto transcrito se desprende : el concepto que -- los legisladores han dado al delito de violación, en su tercer párrafo se describe el delito que no es propiamente violación, sino "La Violación Impropia".

Existe así también conducta equiparada la cual se contempla de la siguiente manera:

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

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad. . . (21)

De lo expuesto anteriormente se distinguen dos concep

(20) CODIGO PENAL Para el Distrito Federal, 1994, Edit. Sista, México D.F.

(21) Op. Cit. pág. 74.

tos del delito de violación, no encontrándose en ninguna la frase -- sin la voluntad de ésta", refiriéndose al sujeto pasivo de este delito, siendo la falta de voluntad de la víctima un requisito indispensable para configurar el delito: "Esta frase es importante sin la voluntad de esta-, pues de no incluirse se daría motivo a que pudieran considerarse como violaciones las relaciones tenidas con personas masoquistas lo que sería erróneo, pues es su aberración sexual la que les hace tener una relación de este tipo y no la necesidad de proteger su libertad sexual, que es el derecho tutelado por este delito . . . . . (22 )

En el segundo párrafo del artículo 265 se menciona como violación, también al que introduzca por ano o vagina elementos extraños o instrumentos distintos al miembro viril.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado las siguientes tesis :

**VIOLACION EXISTENCIA DEL DELITO DE,**

"El bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación no es la castidad o la honestidad, sino que lo constituye la libertad sexual; por lo que el desfloramiento no resulta un presupuesto indispensable

(22) BARROSO REYES, guadalupe. Necesidad de la Tipificación especial del delito de violación entre cónyuges Tesis UVM , Méx 1984, p. 51.

"Ese para la configuración del ilícito, siendo suficientes para ello el ayuntamiento carnal sin el consentimiento del sujeto - pasivo o con éste, en los casos en que el mismo se encuentre - viciado. ".

Séptima época, : Segunda Parte Vol. 59, pág. 36 A.D. 3310/73,  
Jose Atillano Rodríguez Estrada, Unanimidad de cuatro votos.

..... ( 23 )

( 23 ) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Tesis de Jurisprudencia. Vol. 59, Segunda parte, pág. 36.

# V I O L A C I O N

ART. C.P.  
del D.F.

art. 265, 266 y 266 bis.

SUJETOS

ACTIVO

Cualquier persona  
física.

PASIVO

Cualquier persona  
física.

OBJETOS

MATERIAL

SUJETO PASIVO

JURIDICO

La libertad sexual y  
el normal desarrollo  
psicosexual.

CLASES DE  
VIOLACION

Genérica o propia  
Equiparada ficta o impropia  
Agravada  
Fraudulenta.

## **CAPITULO II**

### **CONCEPTO Y LEGISLACION**

- 2.1 Conceptos Doctrinales del Delito de violación.
- 2.2 Definición del Tipo Penal de Viola--  
ción.
- 2.3 Bien Jurídico Tutelado.

## CAPITULO II

### CONCEPTOS Y LEGISLACION

#### 2.1. Conceptos Doctrinales del Delito de Violación.

En los delitos sexuales existen diversas denominaciones según el país e inclusive en algunos Estados de nuestra federación.

Tenemos por ejemplo, en el Código Penal Francés se le llama "Atentados contra la moral", así también en el Código Penal Italiano "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres", en Alemania se le denomina "Crímenes y delitos contra la moralidad", tanto en España como Argentina "Delitos contra la honestidad".

A través del tiempo nuestra legislación a este tipo de infracción punible ha recaído en el capítulo de "Delitos Sexuales", sin embargo esto se ha ido cambiado de denominación como lo es: Código Penal de 1929.: "Delitos contra la moral pública, Delitos contra la libertad sexual y delitos cometidos contra la familia.

Código Penal del año 1931 desde su promulgación está integrado por "Delitos contra la moral pública, Delitos sexuales y delitos contra el estado civil y bigamia". Los delitos sexuales contenía: atentados al pudor, estupro, rapto, violación, incesto y adulterio.

## CAPITULO II

### CONCEPTOS Y LEGISLACION

#### 2.1. Conceptos Doctrinales del Delito de Violación.

En los delitos sexuales existen diversas denominaciones según el país e inclusive en algunos Estados de nuestra federación.

Tenemos por ejemplo, en el Código Penal Francés se le llama "Atentados contra la moral", así también en el Código Penal Italiano "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres", en Alemania se le denomina "Crímenes y delitos contra la moralidad", tanto en España como Argentina "Delitos contra la honestidad".

A través del tiempo nuestra legislación a este tipo de infracción punible ha recaído en el capítulo de "Delitos Sexuales", sin embargo esto se ha ido cambiando de denominación como lo es : Código Penal de 1929.,: "Delitos contra la moral pública, Delitos contra la libertad sexual y delitos cometidos contra la familia.

Código Penal del año 1931 desde su promulgación está integrado por "Delitos contra la moral pública, Delitos sexuales y delitos contra el estado civil y bigamia". Los delitos sexuales contenía: atentados al pudor, estupro, rapto, violación, incesto y adulterio.

Así llegamos al Código Penal actual, que por decreto de fecha dos febrero de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación, se reformó lo relativo a estos delitos dandoles la denominación de "DELITOS PSICOSEXUALES", contemplando en el capítulo I los que llamamos "Hostigamiento sexual", abuso sexual, estupro y violación".

De los delitos más graves contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, contenidos en el Título Décimoquinto, Capítulo Primero de nuestro ordenamiento punitivo, es sin duda el de violación, por constituir predominantemente, un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra el derecho de la persona de disponer sexualmente de su cuerpo.

El término "violación", de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, proviene del latín violatio-ionis, que significa, acción y efecto de violar, y violar deriva de violarse, traduciendo en cuatro diferentes formas:

- a) infringir o quebrantar una ley o precepto,
- b) tener acceso carnal con una mujer por una ley o precepto;
- c) profanar un lugar sagrado, ejecutando ciertos actos determinados por el derecho canónico.
- d) destruir una cosa -----(24)

(24) CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Vol. Parte Especial, Edición Ira/, Temis Bogotá, 1973, pág. 237.

De las diferentes acepciones enumeradas en que se interpreta la palabra violación, la que interesa para el análisis del tipo en cuestión, es la primera parte de la connotación aludida en segundo término, esto es, tener acceso carnal con una mujer por fuerza.

Sin embargo, actualmente nuestra legislación penal como la corriente doctrinal predominante, acepta que el acceso carnal también se puede tener con un hombre forzándolo.

Para lo cual aclara Francisco Carrancá: "Cuando el conocimiento carnal recaé sobre una persona que resisté, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta, surge al título mas grave de violencia carnal. --- (25)

Para Francisco Carrará (siendo él uno de los principales exponentes de la Escuela Clásica, cuya obra intitulada "Programa del Curso de Derecho Criminal parte especial, fue dictado en la Real Universidad de Pisa el uno de noviembre de 1863 (26)

(25) Op. Cit. pág. 237.

(26) C. Cit., pág. 238.

La violencia verdadera o presunta utilizada para obtener el acceso carnal es característica de este delito.

Es de observarse que el autor citado, no hace diferenciación alguna respecto a la "persona" sobre quién debe recaer el acceso carnal, por lo que entiendo que puede ser sobre un hombre o una mujer.

Tal como se indicó, la tendencia moderna aceptada tanto por la doctrina y por nuestra legislación, es aquella que señala:

... por violación propia debemos entender, a la cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de la vis absoluta y de la vis compulsiva... (27)

De acuerdo con nuestra Ley Penal y con la definición anotada, es requisito indispensable en la violación, no sólo la unión carnal, sino además la fuerza o intimidación, independientemente del sexo del individuo, pues también el hombre tiene derecho a la protección penal de su libertad sexual.

(27) Código Penal para el Distrito Federal. 1989.

En fin, éste problema se ha agudizado de tal manera, que no solamente hay peligro para una dama cuando deambula a determinadas horas de la noche por nuestra Ciudad, so pena de ser víctima de violación por delincuentes que actuando al margen de la ley, la interceptan y someten a sus bajos instintos, es tan grave la situación que estos sujetos han extendido su campo de acción allanando domicilios en donde roban, lesionan, violan e inclusive privan de la vida a sus moradores. Así como el tipo de sus víctimas, ya que no solamente van en contra de las damas, sino también en contra de mujeres mayores, así como de niños sin importar su edad ni sexo,.

De lo anterior podemos agregar así también que la cópula es un acto natural en los seres humanos que solo adquiere trascendencia jurídica cuando se efectúa por medio de la violencia física o moral, es decir por la fuerza; es por esta razón que el sujeto que asume tal conducta ilícita es considerado por nuestra sociedad ser indeseable y despreciable, ya que únicamente a través de medios violentos es capaz de doblegar la resistencia del ofendido, sometiéndolo así a sus bajos instintos.

Encontramos que el jurista GONZALO DE LA VEGA, manifiesta "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación." ... (28)

En tanto GONZALEZ BLANCO, señala: "El conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta", destacándose de este análisis que la esencia del delito descansa en la falta de consentimiento de la víctima, sometiendo a la violencia sexual y por lo tanto, que esa falta de consentimiento es condición esencial para que pueda configurarse el delito." ... (29)

Por lo que de lo anterior, se puede decir que en términos generales lo que conforman la substancia del delito de violación, es la imposición de la cópula sin la voluntad del ofendido; aquí es importante señalar que

- (28) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Delitos, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 312.  
(29) GONZALEZ BLANCO ALBERTO, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Ed. Cuarta, Porrúa Hermanos, 1979, pág. 146.

para la configuración del delito, es necesaria la existencia de un nexo causal entre la violencia empleada por el activo y el ayuntamiento carnal, ya que es imprescindible que la violencia desplegada por el activo, exteriorizada a través de golpes, amagos o amenazas, sea la causa determinante para vencer la resistencia opuesta por el pasivo y obtener de éste la cópula que nunca ha querido.

El delito siempre ha constituido una amenaza para la sociedad, sin importar tiempo o lugar, pues es dañino a su existencia y conservación, por lo que el ser humano ha tratado siempre de definir los conceptos que le preocupan por la necesidad de utilizar fórmulas más simples de trabajo.

Existe la opinión unánime en que tratándose del delito de violación a que alude el párrafo primero del artículo 265 del ordenamiento punitivo, estamos en presencia de un delito de mera conducta, pues no requiere de una modificación en el mundo exterior.

Ahora bien, de las formas en que se manifiesta la conducta, acción u omisión, nos interesa para el delito en análisis, la primera o sea la acción, pues es imposible que mediante una omisión, un no hacer pueda realizar la

cópula.

Respecto al primer elemento del delito de violación, se cuenta con las siguientes conceptos:

Para FONTAN BALESTRA:

"El acceso carnal con persona de uno u otro sexo es exigencia típica común a todas las formas de violación." (30)

Expresa el maestro Porte Petit :

"El acceso carnal es el elemento material en el delito de violación. (31)

Así también para González Blanco quien sostiene :

"en la violación, la conducta típica se integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando se realice mediante el empleo de -- violencia, en cualquiera de sus formas." (32)

- (30) FONTAN BALESTRA, Derecho Penal Parte Especial, Edición Vigésima, - actualizada por C. Ledesma, Buenos Aires Argentina, pág. 229.
- (31) PORTE PETIT CELESTINO, Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación, Edición Cuarta, Porrúa, México, 1985, pág. 12.
- (32) GONZALEZ BLANCO ALBERTO, Delitos Sexuales en la doctrina y en el - Derecho Positivo Mexicano, Edición Cuarta, México 1979, Ed. Porrúa - pág. 146.

De todo lo anterior se desprende que el elemento material en el delito de violación consiste en la cópula, sin embargo requiere que ésta se efectuó utilizando la fuerza o intimidación para que se configure el delito.

Así encontramos también que a los delitos sexuales González de la Vega define a los mismos:

Son aquellas infracciones en la que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y le ponen en peligro o dañan su libertad o seguridad sexual .... (33)

Cabe realizar la siguiente aclaración, en cuanto que tanto el incesto y el adulterio obviamente la conducta es sexual, pero en estos casos se lesiona el orden de la familia, en el rapto la acción consiste en la privación de la libertad de una persona para satisfacer un deseo erótico-sexual o para casarse, de modo que en éste se protege la libertad y seguridad de las personas.

(33) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Delitos, Ed. Porrúa, México, D.F. 1982, pág. 312.

Para Giuseppe Maggiore el delito de "violencia carnal consistente "en obligar a alguno, a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas" ... (34)

Así expresa Sebastián Soler , manifestando:

"El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real pre sunta" .... (35 )

Ricardo C. Nuñez, manifiesta:

"La violación es el acceso carnal de un varón contra otra persona, abusando de la inmadurez o estado mental de ésta o de su estado de indefensión o mediante violencia o derecho a -- exigirlo." ..... (36 )

Mendoza Durán la define:

"tiene lugar la violación sin la voluntad de

- (34) MAGGIORE GIUSEPPE, Derecho Penal Parte Especial II, Ed. Temis, - Edición Segunda, México, 1972, pág. 56  
(35) SOLER SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Ad. Argentina, - 1967, Edición Séptima, pág. 291.  
(36) C. NUÑEZ RICARDO, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Volúmen IV, pág. 246, Edición Quinta, Buenos Aires Argentina.

la mujer, cuando se ejecuta el acto carnal ha llándose ésta privada de razón o de sentido - por cualquier causa ya naturalmente en estado de sueño, ya por letargo producido por enfermedad o por narcótico, que él hubiera administrado el violador."... (37 )

Al examinar el concepto de C. Núñez es necesario hacer notar, que únicamente toma el hombre como sujeto activo y sin distinción de sexo para el pasivo. En cuanto corresponde a Mendoza Durán, su concepto a nuestro entender resulta vago, ya que no hace referencia para el sujeto activo, pero sí para el pasivo, solo acepta a la mujer, olvidándose que para su realización es necesario el empleo de la violencia.

Después de haber estudiado varios conceptos de la que es violación , así como tomando en consideración los mismos, me permito dar mi concepto del mismo:

"la violación es un delito sexual que consiste en realizar cópula obtenida a través de la violencia"

(37) MENDOZA DURAN JOSE, Delito de Violación, Colección Nero, Barcelona España, 1967, Edición Sexta, pág. 20

física, con persona de distinto ó igual sexo".

El problema de la violación se ha agudizado en las grandes ciudades por ello la inquietud de realizar una análisis jurídico del mismo, ya que si bien es cierto que es un delito que contempla nuestra legislación, también es cierto que el hombre ha ido perdiendo "conciencia", (hasta de sí mismo), por lo que resulta o parece ser que dicho delito no es tan "importante", pero que cuando dicho delito se a cometido a una persona muy estimada entonces si se convierte en un delito muy importante y consideramos que dicho delito debería ser altamente penalizado y se sostiene que es el más grave, pero cabe resaltar que considero que este delito más que ser altamente penalizado, debería "prevenirse" que éste delito se pudiera evitar, con una orientación adecuada a la sociedad de como defenderse, una educación sexual a todos los niveles culturales, una educación en cuanto a la consecuencia jurídica si se comete tal delito, así también una orientación psicológica, en aspectos médicos etc.

## 2.2 DEFINICION DEL TIPO PENAL

### DE VIOLACION.

#### \* Código Penal Mexicano de 1871

Nuestro Código Penal ... fue expedido para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, en el año de 1871, estando vigente hasta 1929, y fue redactado bajo la dirección del eminente jurista Antonio Martínez de Castro, regulando el delito de violación y su figuras, equiparadas en su libro tercero, título sexto, capítulo III, artículos 795 al 802, clasificándolos como delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres.

De esta forma, el código de Martínez de Castro, refiriéndose al delito de violación, prescribía en su artículo 795:

.. "Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo". .... (38)

(38) CODIGO PENAL PARA EL DISTITO FEDERAL , 1871.

Llamado también Código de Almaráz, debido a que fue redactado por una comisión presidida por el Licenciado José Almaráz: este código estuvo vigente en el Distrito Federal y Territorios Federales del 15 de diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931 lo novedoso que encontramos, es que el ilícito de violación se tipificaba en el artículo 860 y en forma acertada se clasificaba dentro del título de "Delitos contra la libertad sexual", pero por cuanto hace a la descripción del tipo penal, no sufrió reforma alguna, siendo sus elementos constitutivos los siguientes:

- a° una acción de cópula (normal o anormal),
- b° que esa cópula se efectuara en persona de cualquier sexo,
- c° que se realizara sin la voluntad del ofendido, y,
- d° que el medio comisivo para la imposición de la cópula fuera a través de la violencia física o moral.

De acuerdo a la actual redacción del tipo penal de la presente figura delictiva, qued suprimida la exigencia de que la cópula violenta se efectura sin la voluntad de pasivo, es

decir desapareció uno de los elementos constitutivos que integraban el tipo penal en la legislación anterior.

Antes de hablar de la última reforma que contiene el Código Penal respecto al delito de violación, cabe abundar en que: para agosto 10, de 1983 se expidió un anteproyecto de Código Penal (versión preliminar), que aspiró a sustituir al actual Código Penal de 1931, que rige para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Transcribiremos sucintamente algunos puntos de importancia del Comentario al Anteproyecto del Código Penal:

A lo largo de 50 años, el Código Penal vigente ha sufrido numerosas reformas, producto de variadas circunstancias. Existe opinión generalizada de que el Código en vigor, pese a muchos puntos acertados que conserva, ha sido superado por la realidad y por el avance del Derecho Penal, en las últimas décadas varios Estados de la Federación han expedido sus propios Códigos, y han sido mejores en todo o en parte, que el Código de 1931.

En consecuencia, se ha deseado introducir en el Anteproyecto los progresos y las adecuadas soluciones que es posible incorporar en ésta época. El anteproyecto no es simplemente

incorporar en ésta la imagen de otra época. El anteproyecto no es simplemente una propuesta de reformas menores o circunstancias, sino constituye, como tantas veces se ha demandado una revisión a fondo de la ley mexicana penal.

Se ha optado por recoger las ideas más difundidas y prevalecientes en nuestro medio, tomando en cuenta la realidad mexicana, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Federales y las opiniones de juristas mexicanos.

Se trata solo de una versión, de carácter preliminar, necesariamente abierta a la reflexión y al comentario, de las que podrán derivarse modificaciones y correcciones que permitan integrar, con el necesario cuidado una nueva y mejor versión. La estructura del Anteproyecto cuenta de dos libros : el primero está destinado a la parte penal, que comprende normas de aplicación de la ley penal, preceptos sobre el delito en general, y mandamientos relativos a las penas y medidas de seguridad y el segundo se refiere a delitos en particular.

El anteproyecto ha reordenado en forma total la sistemática del Código. Establece el siguiente orden, al que obedece la presentación de todos los tipos delictivos: delito contra las personas, delitos contra la familia,

delitos contra la sociedad, delitos contra la nación y el estado y delitos contra la humanidad y el orden internacional.

En todos los casos se ha hecho alusión, en los títulos y capítulos respectivos, a los valores o bienes jurídicos que se pretende tutelar a través de las figuras penales.

Es indispensable tomar en cuenta que el establecimiento de delitos debe fundarse en la necesidad de proteger precisamente con medidas penales, ciertos valores o bienes jurídicos de suma importancia social.

La filosofía del anteproyecto, está regida por la doble preocupación de asegurar el desarrollo de las personas, consideradas individualmente, con justicia y libertad y garantizar, al mismo tiempo, la convivencia pacífica en el marco un estado de derecho.

Otro rasgo característico del anteproyecto es la tesis, propia de una sociedad democrática, de que el derecho Penal debe ser utilizado como último recurso del control social, y ser consecuente con las necesidades de una sociedad concreta en un tiempo determinado. Por ello han desaparecido

determinados delitos que no ameritan represión penal, sino sólo sanciones administrativas o civiles, como por ejemplo: injurias, golpes simples, el adulterio y algunos hechos de tránsito, en cambio han aparecido otros delitos no contemplados por el código actual o insuficientemente previstos, que hoy en día parecen indispensables, por ejemplo: delitos ecológicos o contra la salud y preservación del ambiente, algunos ataques contra la libertad y seguridad sexual, determinados comportamientos de carácter fraudulento etc.

Volviendo a la figura penal en estudio el anteproyecto hace una reestructuración de los delitos sexuales que el Código actual agrupa bajo el mismo rubro. Este documento los clasifica de acuerdo a los bienes jurídicos afectados, y por ello les denomina "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo sexuales", y corresponden: la violación, abusos deshonestos, estupro, abuso sexual, violación a la intimidad sexual, acceso sexual fraudulento y fecundación artificial indebida, actualmente el rubro antes citado y los delitos no corresponden totalmente al Código Penal vigente .. empero, nótese que se introduce algunos delitos, no tipificados por el Código en vigor, mientras que atentados al pudor cambio de nombre por abusos deshonestos. El rapto

pasa a los delitos contra la libertad y el incesto entre los delitos contra la familia. El adulterio como ya se dijo desaparece como infracción penal.

Ubica los delitos abordados en nuestro tema en el lugar que les corresponde, o sea, puntualizando los valores jurídicos que con estos ilícitos se afectan.

Ahora bien, se verá de que modo contempla la violación el anteproyecto antes citado: "Delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Sexuales", Capítulo I. Violación.

"Art. 129 Al que por medio de la violencia realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá pena de prisión de cuatro a diez años. Cuando el sujeto pasivo se niegue a la realización de la cópula o provocando por actos naturalmente conducentes a ésta, practicando directamente con el agente, se le aplicará prisión de dos a ocho años. ... (39)

Art. 130 Al que tenga cópula con persona menor de doce años, de edad o que no tenga capacidad para com-

prender o que por cualquier causa no pueda resistir se les impondrá prisión de cuatro a diez años. Cuando la Cópula es realizada por medio de la violencia en los dos primeros casos la pena prevista en este artículo, se aumentará hasta en una mitad más..(40)

Art. 131 Cuando el autor de la violación realice la cópula aprovechando la autoridad que ejerza legalmente sobre la víctima, la pena prevista en el artículo anterior podrá aumentarse conforme a lo señalado en el segundo párrafo del mismo precepto, y será privado además del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o curatela, o en su caso de los derechos sucesorios con respecto al ofendido. .... (41)

Si la violación es cometida por el autor, aprovechando los medios o circunstancias que le proporcionen el empleo o cargo que desempeña o la profesión que ejerce, se aplicará la misma pena de prisión señalada en el párrafo que antecede y se le privará del cargo o empleo o se le suspenderá del ejercicio de dicha profesión por el término de cinco años.

- (40) ANTEPROYECTO del Código Penal para el Distrito Federal, (versión preliminar); pág. 74 y 75 del 10 de agosto de 1983.
- (41) Idem. pág. 75.

Artículo 132.- Cuando la violación fuere cometida por dos o más personas, se impondrá prisión de ocho a veinte años. .... (42)

Lo que se puede constatar de lo referente a la violación, es lo siguiente: cambió el texto en parte, siendo éste más implícito; la pena mínima aplicable ha sido aumentada para evitar que el delincuente obtenga libertad bajo caución, también establece la violación provocada y la violación ejecutada por una persona que tenga autoridad sobre la víctima. En la primera la pena es atenuada y en la segunda constituye una calificativa.

Es de observarse que en el artículo 130 del anteproyecto en el cual desaparece el "delito equiparado a la violación" (art. 266 C.P.), sancionado esta clase de delitos como especie de violación.

Como era de esperarse el anteproyecto antes citado causó lo que se pretendía, numerosas críticas y comentarios, a veces a favor a veces en contra, lo que sirvió de base para

(42) Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal, (versión preliminar), pág. 75-10 de agosto de 1983.

la elaboración de una mera versión más depurada conforme a la opinión generalizada.

De lo anterior dió origen a la iniciativa de Ley enviada por el Ejecutivo al H. Congreso de la Unión, la que fue aprobada el 30 de diciembre de 1983 y publicada en el Diario Oficial del 13 de enero de 1985, sin embargo el decreto solamente reforma adicional y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. .... (43)

Así tenemos que de la reforma antes citada, en lo que respecta al delito en cuestión, por lo que encontramos que el artículo 265 en su texto anterior decía:

"AL QUE POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL TENGA COPULA CON UNA PERSONA SEA CUAL FUERE SU SEXO, SE LE APLICARA LAS PENAS DE DOS A OCHO AÑOS DE PRISION Y MULTA DE DOS MIL A CINCO MIL PESOS. SI LA PERSONA OFENDIDA FUERE IMPUBER, LA PRISION SERA DE CUATRO A DIEZ AÑOS Y LA MULTA DE CUATRO MIL A OCHO MIL PESOS."  
... ( 44 )

- (43) Diario Oficial, CCCLXXII No. 10, México, D.F. pág. 4, Viernes 13 de Enero, 1984.  
(44) CODIGO PENAL para el Distrito Federal, pág. 90, Edit. Porrúa, 1982, México, D.F.

En la versión después de la reforma de 1985, el mismo dice:

AL QUE POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL TENGA COPULA CON UNA PERSONA SEA CUAL FUERE SU SEXO, SE LE APLICARA PRISION DE SEIS A OCHO AÑOS. SI LA PERSONA OFENDIDA FUERE IMPUBER, LA PENA DE PRISION SERA DE SEIS A DIEZ AÑOS. .... (45.)

En la versión actual, de la reforma de enero 21, 1991, que a la letra dice:

Artículo 265 "Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. .... (46.)

En lo que corresponde a los artículos 266 y 266 bis, no sufrieron modificación alguna, en relación a la reforma de ochenta y tres, por lo tanto quedaron igual como se venía tipificando y a la letra dice:

(45) Op. Cit. pág. 12

(46) Código Penal para el Distrito Federal, pág. 90 Edit. Porrúa, 1982, México, D.F.

ART. 266.: Se equipara a la violación y se sancionará con los mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones o de resistir la conducta delictuosa ... (47)

En lo que corresponde a los artículos 266 y 266 bis, no sufrieron modificación alguna, en relación a la reforma de ochenta y tres, por lo tanto quedaron igual como se venía tipificando y a la letra dice:

ART. 266, Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones o de resistir la conducta delictuosa ..... (48)

ART. 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión de ocho a veinte años y la

(47) Código Penal para el Distrito Federal, pág. 91 Edit. Porrúa, 1982, - México, D.F.

(48) Opus. Cit. pág. 12

multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás  
participes se les aplicará las reglas contenidas  
en el artículo 13 del mismo. .... ( 49 )

Independientemente 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 contra su propio pupilo,  
o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en  
contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera  
el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así  
como el derecho a heredar el ofendido:

Encontrando que cuando el delito de violación sea  
cometido por quien desempeñe un cargo e empleo público  
o ejerza una profesión utilizando los medios o  
circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido  
definitivamente del cargo e empleo o suspendido por el  
término de cinco años en el ejercicio de su profesión  
... ( 50 )

- ( 49 ) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, pág. 13, Edit. Porrúa, S.A  
1984, México, D.F. 39a. Edición.
- ( 50 ) Idem. pág. 99.

Asimismo tenemos con la reforma del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno el cual, de una manera muy acertada el legislador regula la violación impropia, agrega un párrafo más el cual a la letra dice:

"SE SANCIONARA CON PRISION DE TRES A OCHO AÑOS AL QUE INTRODUCZA POR VIA VAGINA O ANAL CUALQUIER ELEMENTO O INSTRUMENTO DISTINTO AL MIEMBRO VIRIL, POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL, SEA CUAL FUERE EL SEXO DEL OFENDIDO" (51)

Por lo que encontramos una disposición más amplia al respecto en la que se considera un tipo de violación, que a mi criterio es más compleja y trae consigo mucho más consecuencia de tipo psicológico y aparejada lesiones que pueden causar daño tan graves o llegar hasta la muerte, así mismo considero que con un criterio más amplio el legislador acertadamente decidió legislar al respecto, sin embargo considero que debió ser más severo en cuanto a la pena, en virtud de la gravedad del delito y el peligro que corre la víctima en manos de personas totalmente desequilibradas, tema que posteriormente se comentará con amplitud.

(51) CODIGO PENAL para el Distrito Federal, 1994, pág. 74, Edit. Sistema México, D.F.

De lo anterior, se desprende de que toda norma jurídica penal se encarga de proteger toda una gama de bienes culturales que son considerados como valiosos en una época y lugar determinado, derivandose como consecuencia de ello la imposición o prohibición al hombre para realizar ciertas conductas que pudieran resultar conductas lesivas para aquellos, en atención a esto, se han creado deberes jurídicos que el hombre está obligado a respetar.

Sin embargo, para establecer cual es el deber jurídico penal contenido en la norma penal de violación, tenemos que hacer referencia a lo que en forma implícita nos indica dicha norma en la expresión verbal que dice copular violentamente, lo cual es descriptivo de acción, luego entonces, en términos generales el deber jurídico está constituido por una prohibición que es extensiva para todas aquellas personas que copulen con otra renuente por medio de la violencia física o moral, se hará acreedor a determinada sanción.

Aunque no se indica a que tipo (s) de persona (s) son susceptibles de este delito, el deber jurídico no varía, pues en cualquiera de las hipótesis sigue siendo un delito de acción y esto nos indica implícitamente la prohibición de copular violentamente con persona indistintamente su sexo, según sea el caso.

### 2.3 BIEN JURIDICO TUTELADO

Estando conscientes que la violación es un delito sexual y el daño causado por el mismo atañe principalmente a la vida sexual del ofendido, esto es, a la libre determinación que tiene toda persona para realizar el acto sexual con quien sea de su gusto o agrado.

Para MENDOZA DURAN, el bien jurídico tutelado en el delito de violación " es la honestidad, es el pudor individual aceptando como ha sido la equivalencia de ambas expresiones: honestidad y pudor " (52)

Encontramos en el tratado de Derecho Penal III, de GOMEZ EUSEBIO, quien sostiene " el bien jurídico lesionado por el delito de violación es la honestidad, es decir, el pudor individual, agregando más adelante que la violación implica, un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona sino el sentimiento del pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad". (53)

(52) Op. Cit. pág. 23

(53) GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, III, pág. 87 y 88, Compañía Argentina de Editores.

Sin embargo FONTAN BALESTRA afirma: "el bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual, en cuanto a cada cuál tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual" (54).

Para MAGGIORE el objeto jurídico de este delito consiste en la lesión de lo que el Código llama "Libertad sexual" y nosotros lo llamamos "derecho al pudor y a la continencia"... (55)

CARRARA opina: "En las mujeres honestas el delito de violencia carnal lesiona dos derechos: el de la conservación del propio pudor que es lesionado mediante la corrupción del cuerpo, el derecho a la libertad personal, que es lesionada al quedar subyugada la voluntad, en cambio en las meretrices se lesionan un menor número de derechos y concluye diciendo: para constituir el objeto jurídico del delito, sólo nos queda en este caso el derecho a la libertad personal..." (56)

Así encontramos el comentario de Cuello Calón: "De los hechos lesivos de la moralidad sexual que el Código

(54) FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, pág. 244, - Editorial Abelado-Perrot.

(55) MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial, T. II, pág. 56 - Edit. Temis, 2a. Edición, 1972, Bogotá, Colombia.

(56) CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, - Vol. II, pág. 269, Edit. Temis, 3a. Edición, 1973.

sanciona, unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, como el comercio carnal realizado mediante violencia o intimidación, o con persona que no puede prestar su consentimiento por su edad o por otra causa. Aquí están incluidos los delitos de violación, abusos deshonestos, rapto contra la voluntad de la raptada y el estupro "... (57)

Sebastián Soler por su parte dice : "que el bien jurídico tutelado por el delito de violación es la libertad sexual ". .... ( 58 )

Algunos autores mexicanos aceptan como valor jurídico afectado a la libertad sexual, tenemos entre ellos a :

Antonio P. Moreno quien manifiesta: "claramente se advierte que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual. El Sujeto pasivo del delito sufre en su cuerpo el máximo ultraje, que el impone el agente de delito, con el uso de la violencia física o moral, que lo constriñe y le impiden hacer uso de su derecho de resistencia y de libertad " ... ( 59 )

- (57) CUELLO CALLON, Eugenio . Derecho Penal (Parte Especial), II, pág. 574, 575, Bascit Casa Editorial. 13a. Edición. Barcelona, España.
- (58) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo III, pág. 291, Tipografía Editora Argentina, 1967, Buenos Aires, Argentina, 10a. Ed. P. MORENO, Antonio. Derecho penal Mexicano, pág. 250 , Edit. Porrúa S.A., 1970, México, D.F.

Así expresa que Quiróz Quarón expresa: " Con la violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo, así como su seguridad, su tranquilidad e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomó en cuenta al tipificar el delito de violación fué la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual, obligándosele material o moralmente a copular con quien no deseaba hacerlo "... (60) , así lo que se tutela es la libertad sexual.

Para GONZALEZ DE LA VEGA afirma : " el bien jurídico objeto de tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, y que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia, o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que por la intimidación que producen o por evitar daños, le impiden resistir (violencia moral, ) ... (61)

(60) QUIROZ QUARON, Alfonso. Medicina Forense, pág. 585 Edit. Porrúa, - 1978, México D.F.

(61) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano (Delitos), - pág. 379, 380, Edit. Porrúa, S.A. 1982, México, D.F.

Tanto la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así, el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica." (62).

Entre otros maestros juristas que comparten el mismo criterio en cuanto a que el objeto de tutela del delito de violación es la libertad sexual son Porte-Petit y Carrancá y Trujillo.

JIMENEZ HUERTA, considera: "El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que el ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado" .... (63)

Comparto la opinión de la mayoría de los autores antes citados, de que el bien jurídico lesionado en el delito de violación es primordialmente la libertad sexual y no como dice Mendoza Durán y Gómez, que es la honestidad o el pudor individual, ya que si bien es cierto que con el delito de violación puede lesionarse el pudor y la

(62) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. pág. 268, Edit. Porrúa, 1979, México, D.F. 12a. Edición.

(63) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano (Delitos), pág. 380 y 381, Edit. Porrúa, 1982, México, D.F.

honestidad, también es cierto que lo que protege dicho delito es la libertad de disposición carnal, o sea, garantizar la libertad sexual de cada persona sin que ésta sea impuesta contra la voluntad ó a la fuerza.

## **CAPITULO III**

### **CONCEPTO Y LEGISLACION.**

- 3.1 Acción**
- 3.2 Tipicidad**
- 3.3 Antijuridicidad**
- 3.4 Imputabilidad**
- 3.5 Culpa**bl**idad**
- 3.6 Punibilidad.**

## C A P I T U L O   I I I

### MEDIOS JURIDICOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

El delito siempre ha sido una valoración jurídica. En el viejo derecho de Persia, Israel, Grecia legendaria, Roma primitiva, existía la responsabilidad por el hecho antijurídico. Se juzgaba a seres inanimados, como las piedras, a animados como los árboles o los animales, responsables a consecuencia de un juicio valorador del resultado dañino. Así duró hasta que los juristas se percataron de que era necesario penetrar en el elemento espiritual del delito, la culpabilidad, con la imputabilidad como su presupuesto. Así pues, Roma la cultura hace aparecer la posibilidad de castigar el homicidio culposo.

Entramos así que Luis Jiménez de Asúa, formula siete elementos positivos del delito :

#### ASPECTO POSITIVOS

- A) Conducta
- B) Tipicidad
- C) Antijuricidad
- D) Imputabilidad
- E) Culpabilidad

#### ASPECTOS NEGATIVOS.

- A) Ausencia de conducta
- B) Ausencia de tipo
- C) Causas de justificación
- D) Causas de ininputabilidad
- E) Causas de inculpabilidad

F) Condiciones obj. punb.      F) Falta de cond. obj. punb.  
G) Punibilidad                      G) No Punibilidad

Los anteriores "elementos" del delito de violación ha que hemos hecho referencia son de trascendencia, ya que "elemento" viene de la raíz latina "elementum", que significa fundamento o parte integrante de algo. De lo anterior se reduce a que es todo aquello necesario para que el delito exista", según Petrocelli.

Y como diría Ranieri, es el elemento esencial del ilícito penal, aquel que entra de todo imprescindible en la estructura del delito y de cuya presencia depende la existencia del mismo".

Por lo que creemos que los elementos esenciales de todo delito son aquellas partes cuya presencia es condición indispensable para su existencia, evocando la idea de Fernando Castellanos Tena.

Luego entonces, no será elemento aquel que puede o no estar en el delito.

La imputabilidad es, más que un elemento, un presupuesto de la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad surgen después de la ejecución del delito, siendo circunstancias esporádicas poco frecuentes.

La punibilidad tampoco es elemento esencial, pues es la --- reacción del poder público para sancionar al delincuente. Es al-

go externo, impuesto para quien alteró la armonía del orden social. La conducta humana es punible al constituir el hecho delictuoso, una persona con conocimiento y voluntad. Pero no porque se le sancione penalmente, la punibilidad será elemento esencial del concepto.

Porte Petit considera que la punibilidad es consecuencia del delito y eso es lo que concluye al observar que las excusas absolutorias existen respecto a un delito ya cometido al que se le privará de la aplicación de una pena y no por eso pierde su calidad.

### 3.1 ACCION

#### ANLISIS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES

##### A) CONDUCTA.

Lo primero que hay que tener para que el delito exista, nos dice C. Trujillo, es una conducta humana, consistente en un hecho material exterior, positivo o negativo producido por el hombre.

El ser positivo implica un movimiento corporal, productor de un resultado con efecto. Resultado que puede consistir en un cambio, o en un pleigro de cambio en el mundo exterior.

El ser negativo implica, a su vez, ausencia voluntaria del movimiento ocrporal esperado, y que causa un resultado en los mismos términos del hecho matterial exterior, positivo.

Para Porte Petit el estudio de los delitos en especial debe efectuarse aplicándose la teoría del delito en particular pues

aquella no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la exigencia dogmática. Es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal. (64)

El resultado por consecuencia, alteraciones en las cosas materiales, los estados de ánimo de los sujetos pasivos, los estados de ánimo de la sociedad.

Maurach, por su parte, ha sostenido que la conducta sólo puede entenderse como un proceso finalista, o encaminado a un meta. El punto débil de esta afirmación es muy probablemente el hecho de que este concepto de conducta es inaplicable para los delitos culposos, los cuales constituirían una conducta causal ciega.

El delito ante todo es una conducta humana, para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. para LUIS JINENEZ DE ASUA explica que emplea la palabra "acto" y del negativo "omisión". (65)

Del término \*Conducta\*, se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo, entonces la conducta se

(64) PORTE PETIT, CANDAU, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el delito de Violación, Ed. Cuarta, Pórtia, Méx. 1985, pág. 18

(65) JINENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 40,

puede definir como:

EL COMPORTAMIENTO HUMANO VOLUNTARIO  
POSITIVO O NEGATIVO, ENCAMINADO A UN  
PROPOSITO.

Para el maestro Fernando Castellanos hace comprender en la conducta el hacer positivo y el hacer negativo, lo que es, creemos superado en descripción por la opinión del maestro Porte Petit.

Hay deferencia entre conducta y hecho", nos dice pues el piensa que la conducta puede constituir el elemento objetivo del delito, al tratar de los de simple actividad, o al estar frente a una inacción sin resultado material.

El hecho difiere de la conducta, pues a veces el tipo exige, además de una inacción un resultado que modifique el mundo exterior presentándose entonces conducta y resultado, con el indispensable nexo causal entre uno y otro.

Por otro lado, la conducta o el hecho pueden revelarse como una acción en estricto sentido actividad positiva, voluntaria o como una omisión, inactividad voluntaria, en violación del deber jurídico de obrar, o no voluntaria, en los delitos de olvido.

Entre la acción y el resultado hay un tercer elemento que se integra por la relación causal existente entre una y otro.

Es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado, como lo que origina mediadamente: por elementos inoperantes "per se" pero cuya eficiencia dañosa es aprovechada.

En el acto, la manifestación de voluntad es un movimiento muscular productor de un cambio sensible a los sentidos y es el acto el que fuerza directamente el resultado. En la omisión, hay inactividad manifestándose en esta forma la voluntad, pudiendo haber un cambio apreciable por los sentidos o no, y siendo si no causa directa, si indirectamente, esto es causa un fin.

EL SUJETO DE LA CONDUCTA. Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión de bien corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparandolos a las personas), simbolismo (se entendía que los animales no delinquiran pero se les castigaba para impresionar), y por último solamente se sancionaba al propietario del animal dañoso.

LA ACCION, se ha dicho que la conducta puede ser de acción u omisión, por lo tanto la acción deberá entenderse como en stricto sensu, es todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. .... (66)

(66) FERNANDO CASTELLANOS, Lineamientos de Derecho Penal, Ed. Porrúa, Parte General, Edición 23, pág. 152.

Según Cuello Calón, la acción en sentido escrito, es 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. .... (67)

La acción en el concepto clásico del delito la acción se entendió como un proceso ciego causal se creó como un tipo descriptivo exclusivamente de la parte externa de la acción desprovista de elementos de valoración, aquí el dolo no se ubicó en el tipo sino en la culpabilidad según Beling "la acción es un comportamiento corporal (fase externa de la acción producida por el dominio sobre el cuerpo (libertad de acción muscular, llamado también voluntario).

Para entender porque la acción es un proceso ciego causal es necesario anotar que todo proceso volitivo está compuesto por los siguientes elementos :

- a. motivación que es la fuerza que da impulso a la voluntad llamada también intervención.
- b. querer - el que dirige y orienta la voluntad,
- c. finalidad que es el contenido y el objeto del querer, es la meta a la que se dirige la voluntad, este proceso se presenta tanto para la acción como para la omisión.

Para la Escuela Finalista, la acción es un suceso natural recogido por la causalidad con independencia de que una norma jurídica la regule (a la acción), en cambio la omisión no es un suceso natural, consecuentemente no está sometida a la

(67) CUELLO CALÓN, Derecho Penal, t. I, pág. 271, 8ª Edición, Barcelona, 1947.

causalidad y solo existe en cuanto que haya una norma jurídica que impone el deber de realizar una acción que se omite.

LA OMISION, en cambio radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.

La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consistente en una inactividad voluntaria cuando la Ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia. Se estima como elementos de la omisión propia : a) voluntad; o sin voluntad (delitos de olvido), b) inactividad, y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia conciente en un resultado típico.

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas: preceptiva y otra prohibitiva. "Existe un delicto de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

## ELEMENTOS DE LA ACCION

Se ha señalado como elementos de la acción : la manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad... La manifestación de voluntad la referida los autores a la conducta y no al resultado.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son : un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son tres : manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

Encontramos para Mezger en la acción se encuentra con los siguientes elementos : un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

## ELEMENTOS DE LA OMISION

Manifestación de la voluntad traducida en un NO ACTUAR, concluyese, en consecuencia, que los elementos de la omisión son : a) Voluntad (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio el factor volitivo, b) inactividad, la voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el derecho.

Para Maggiore opta por darnos una aportación más objetiva al afirmar que el sujeto es estudiado por otras ramas del Derecho en su forma estática (estatus, estados), en cambio en el Derecho Penal, el sujeto se considera en el aspecto dinámico de la acción. Acción que bien puede causar una modificación del mundo exterior, ello, en el campo penal condiciona la siguiente clasificación :

Delitos de resultado : Productos de un daño, cambio tangible y material.

Delitos de simple actividad: Productores de sólo un cambio psíquico (injurias).

Delitos de peligro : Ese es el resultado, la situación de peligro, de desprotección y vulnerabilidad.

El resultado comprende por consecuencia, alteraciones en :

- las cosas materiales,
- los estados de ánimo de los sujetos pasivos,
- los estados de ánimo de la sociedad.

El maestro Jiménez de Asúa, siempre invitando al uso del criterio jurídico, nos lleva hasta encontrarnos frente a la acción en sentido amplio: que comprende el acto en sentido estricto (aspecto positivo) y a la omisión (aspecto negativo). Conceptos que unidos con el resultado (que abarca ya un cambio en el mundo material, en el mundo psíquico, o sólo el riesgo o peligro de cambio, nos conducen a la idea de conducta: "LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD QUE MEDIANTE ACCION U ONISION CAUSA UN CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR".

Fernando Castellanos hace comprender en la conducta el hacer positivo y el hacer negativo.

Hay diferencia entre conducta y hecho, nos dice, pues él piensa que la conducta puede constituir el elemento objetivo del delito, al tratar de los de simple actividad, o al estar frente

a una inacción sin resultado material. .... (68)

El hecho difiere de la conducta, pues a veces el tipo exige, además de una inacción, un resultado que modifique el mundo exterior, presentándose entonces conducta y resultado, con el indispensable nexo causal entre uno y otro.

Por otro lado, la conducta o el hecho pueden revelarse como una acción en estricto sentido actividad positiva, voluntaria o como una omisión, inactividad voluntaria, en violación del deber jurídico de obrar, o no voluntaria, en los delitos de olvido.

Esta acción y el resultado hay un tercer elemento que se integra por la relación causal existente entre uno y otro. Es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado, por elementos inoperantes, pero cuya eficacia dañosa es aprovechada.

Es el acto, la manifestación de voluntad es un movimiento muscular, productor de un cambio sensible a los sentidos y es el acto el que fuerza directamente el resultado. En la omisión, hay inactividad, manifestándose en esta forma la voluntad, pudiendo haber un cambio apreciable por los sentidos o no, y siendo sino causa directa, si indirectamente, causa del fin.

La omisión material, da lugar a dos clases de delitos :

A) De simple omisión, o propios de omisión. Existen al haber incumplimiento de una orden legal positiva:

( 68) FERNANDO CASTELLANOS, Lineamientos de Derecho Penal, Ed. Porrúa, Parte-  
General, Edición 23, pag. 157.

Así pues, la ley sanciona al que sin justa causa reusare a prestar un servicio público al que la ley lo obliga (art. 178 C.P.), al que dejare de auxiliar a la autoridad en la persecución de los delitos (art. 400 fr. II, C.P.), a quien omitiera el auxilio a un herido, inválido, o amenazada de peligro (art. 340 C.P.) estas alusiones son generales, nuestro propósito es solo enunciarivo. .... (69)

Mezger llama a esta clase de delitos, de peligro abstracto y añade que demuestran escasa temibilidad.

B) De comisión por omisión: o impropios de omisión. El resultado se produce en virtud de la ausencia de movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal. Se viola un deber legal de abstención como en los delitos de comisión positiva, en curioso pero si analizamos detenidamente, detrás de los tipos penales se encuentran prohibiciones categóricas que son violadas porque el individuo no impide el suceso punible es decir la manifestación de voluntad es, en este caso, la no realización voluntaria de un movimiento corporal que debiera ser realizado.

Las acciones y las omisiones (propias o impropias) se presumen dolosas en los términos del artículo 9, en su fracción II, si se probase que el resultado se previó o se pudo prever... etc.

Si por el contrario, se probase que el resultado no se previó ni pudo preverse se destruirá la presunción de dolo y

posiblemente estaremos frente a la omisión culposa.

Nuestro código penal sólo reconoce que la acción y la omisión son los dos únicos aspectos que reviste la conducta incriminable (art. 7 C.P.) La acción en sentido amplio comprende tanto a la acción en estricto sentido, denominada acto y la omisión.

Al comentar el propio código, González de la Vega nos resume en tres los delitos incluidos en una clasificación que nos parece accesible, completa y práctica:

Delitos de acción : se viola una norma penal prohibitiva, por un acto material o positivo.

Delitos de omisión : violación, por abstención de una norma preceptiva.

Delitos de comisión por omisión : Violándose una norma prohibitiva por la inactividad.

Todos estos son manifestaciones de la conducta del ser humano. Los delitos de omisión no son los de importancia, aunque pueden coincidir.

Al faltar el elemento objetivo o naturalístico en el delito, éste no se configura - la falta de conducta está prevista en la fracción del artículo quince de nuestro Código Penal, - estamos hablando de la llamada "vis absoluta" o fuerza física exterior irresistible.

La conducta desarrollada como consecuencia de la violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, pues la manifestación de voluntad no existe. El que es violento materialmente - no amedrentado, no prohibido, sino forzado de hecho - no cometer el delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera".

### 3.2.: TIPICIDAD

La adecuación de una conducta o un hecho a la hipótesis prevista por el legislador, es la tipicidad. La adecuación de la conducta al tipo, para Celestino Porte Petit.

Eduardo Nova Nonreal nos comenta que el catálogo taxativo de las conductas que hace ser objeto de consideración jurídico-penal, debe confeccionarlo el legislador valiéndose de descripciones precisas, que señala las características puramente exteriores de las conductas que, en su concepto, deben ser incluidas en dicho catálogo.

La acción, pues, ha de encajar de la figura del delito, creada por la norma penal positiva.

El tipo es sólo la descripción abstracta, contenida en un precepto legal.

Mezger considera al tipo como presupuesto de la pena, pues el tipo es para él, la acción injusta descrita por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal.

Para Jiménez de Asúa: "El tipo legal, es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartado los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".

Ninguna acción es inculpada sin tipicidad, principio derivado de la conocida frase latina "Nullum crimen sine

lege" y que está consagrada en nuestra legislación en el artículo 14 constitucional, que prohíbe la aplicación de cualquier pena por analogía o mayoría de razón, si no existe una ley exactamente aplicable al caso de que se trate. El Código Penal, al definir el delito en su artículo Séptimo refuerza este principio Constitucional.

Un tipo normal está integrado de la siguiente de la siguiente forma:

A veces, la acción va seguida de modalidades, como cuando se describe "... sin derecho...": esto es uno de los llamadas "elementos normativos del tipo", como "públicamente o fuera de riña...".

Otras veces la ley necesita describir o utilizar elementos subjetivos en el activo o en el pasivo y por último, la misma ley utiliza elementos objetivos que se necesitan, como la cópula en el delito de estupro.

Ahora bien, podemos encontrarnos frente a una ausencia de tipo, cuando el código carece de tal descripción, frente a una ausencia de tipicidad, al no existir la adecuación total de la conducta a la descripción legal; como puede ser la falta de la calidad exigida legalmente en cualquiera de los sujetos o no conciden las circunstancias de tiempo y lugar, o la calidad del objeto, o de los elementos subjetivos del injusto.

Cuando se analiza un hecho de la experiencia de la vida real, formado por una acción u omisión para ver si constituye el delito descrito en forma particular en la ley penal el método científico impone al desplazamiento de cuatro fases que son:

- \* la de la acción u omisión , esto es el Tipo sistemático.
- \* la tipicidad..
- \* la antijuricidad.
- \* la culpabilidad.

En la primera fase se valora la acción u omisión de la experiencia de la vida real para determinar si reúne a sus propios elementos; en la segunda fase se aquilatan los elementos que valoran la parte externa de la acción u omisión de la experiencia de la vida real y puede ser :

- a. resultado material.
- b. modalidades descriptivas,
- c. modalidades valorativas
- d. condiciones objetivas de punibilidad. ( 70)

Para determinar si estas existen, si la acción u omisión y estos elementos se reproducen el hecho conceptual del tipo sistemático y consecuentemente encuadran en este entonces esa acción y esa omisión están matizadas de la ley penal.

Tipicidad es por tanto, el encuadramiento de hecho de la experiencia de la vida real, en el tipo sistemático de la ley penal.

La fase de la tipicidad define la base de la punibilidad en cuanto que determina cuales son las acciones o las omisiones

( 70). Apuntes del Profesor LIC. FERNANDO LABARDINI MENDEZ. 1985.

de la realidad que por encuadrar en el tipo sistemático, son relevantes al D. Penal y pueden ser punibles y cuales son las acciones u omisiones que en forma absoluta son irrelevantes al Derecho Penal por no encuadrar en el tipo.

En la tercera fase se determina si concurre una causa de justificación (precepto permisivo) para saber si la acción es o no antijurídica.

La cuarta fase se valora al modo en que se forma la voluntad para determinar si el hecho real del autor merece ser reprochable si pudo obrar de otra manera.

Cabe destacar que la escuela finalista introduce cuatro conceptos que son :

1. TIPO EN SENTIDO AMPLIO .- ó tipo en garantía individual que es conjunto de los presupuestos de la punibilidad y es sinónimo de supuesto jurídico.
2. TIPO OBJETIVO .- que es el que comprende los elementos externos de la acción u omisión que tienen que ser alcanzados por el dolo, salvo en los delitos de culpa e imprudencia.
3. TIPO SUBJETIVO .- que es el que comprende los elementos internos de la acción u omisión que se dirigen a la realización del tipo objetivo que no existe en los delitos de culpa e imprudencia. (7)

4. TIPO SISTEMÁTICO.- Es el que se forma con la parte interna de y la externa de la acción (tipo objetivo y tipo subjetivo) y que recibe el nombre también de tipo en sentido restringido, tipo de encuadramiento, tipo del error y definición legal del delito. El tipo sistemático establece en la materia de prohibición en cuanto que circunscribe la acción u omisión prohibida.

En nuestro Código Penal existen los siguientes ocho tipos sistemáticos:

1° Para el delito culposo de acción con resultado material consumado.

2° Para el delito doloso de acción sin resultado material consumado.

3° Para el delito doloso impropio de omisión o comisión por omisión consumado.

4° Para el delito de acción en tentativa.

5° Para el delito doloso impropio de omisión o comisión por omisión en tentativa.

6º Para el delito doloso de omisión propia

7º Para el delito culposo de acción y

8º Para el delito culposo de omisión.

#### 4. FUNCION DE LA TIPICIDAD.

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho liberal, por no haber sido un tipo legal.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no solo es pieza técnica. Es como secuela del principio legista, garantía de libertad. .... (72)

(72)

## ASPECTO NEGATIVO DEL TIPO

### AUSENCIA DEL TIPO

Cuando no se integran todos los elementos descrito en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Hay que distinguir entre ausencia de tipo y de tipicidad, la primera se presenta cuando el legislador, deliberada, o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Esto es en la atipicidad hay ausencia de tipo, esto es si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducir a las siguientes :

- a. ausencia de la calidad o del número exigido por la ley , en cuanto a los sujetos activo y pasivo,
- b. si faltan el objeto material o el objeto jurídico.

- c. cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo,
- d. al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley,
- e. si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.
- f. por no darse en su caso, la antijuricidad especial.

Quando el legislador, al realizar la descripción del tipo describe en el mismo el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; es necesario el interés por proteger, ya que sin esto no habría objeto jurídico o bien u jurídico tutelado. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene, a veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo.

### 3.3 ANTIJURICIDAD

En tanto que Hans Welsel sostiene : "Es una característica de la acción que al ser valorada por el derecho, resulta en oposición al orden jurídico establecido".

..... (73)

Para el Lic. Juan José Sansores y Sánchez, piensa que "lo antijurídico es la violación de las normas objetivas de valoración".... (74 )

Por su parte Pavón Vasconcelos, piensa: "Es un juicio valorativo de la naturaleza objetivo que recae sobre la conducta o el hecho en contraste con el derecho por cuanto se opone a las normas de cultura reconocida por el Estado".

..... ( 75 )

La antijuridicidad implica la valoración de la conducta realizada por el sujeto activo e implica la no conformidad de una situación de hecho, con un estado querido por el derecho, o sea, la violación del deber, bien o interés protegido por el derecho.

( 73 ) WELSEL, HANS; citado por Porte Petit, Apuntamiento de la parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1982, pág. 481

( 74 ) SANORES Y SANCHEZ, Juan José, Apuntes del Segundo Curso de Derecho Penal, UVM, 1984, pág. 4

( 75 ) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal, Mexicano, - Ed. Porrúa, México, 1974, pág. 269.

En los elementos de la antijuridicidad, se encuentra la CONDUCTA TIPICA y resultado típico y como su aspecto negativo la ausencia de causas de justificación.

En la doctrina se habla de antijuridicidad formal y material, al respecto FRANZ VON LISZT ha elaborado una doctrina dualistas de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. .... (76)

En relación a la antijuridicidad formal el maestro PORTE PETIT nos dice que : "La expresión \*antijuridicidad formal\*, deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe. " ....

El mismo autor nos continua diciendo: " La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado. ....

( 77 )

( 76 ) FRANZ VON LISZT, citado por Fernando Castellanos: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General, 27a. Ed., Porrúa, México 1989, pág. 180.

( 77 ) C. PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. Cit., pág.. 376.

Encontramos al respecto que el profesor JOHANNES WESSELS expone que : "una acción es antijurídica si realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación. .... (78.)

Acorde con el punto de vista anterior, el maestro PORTE PETIT concluye sosteniendo que : " Es indudable, que para encontrar el concepto de al antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de \* excepción, regla \*, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, "es un concepto negativo" ... (79.)

Ahora bien, aplicando el concepto de antijuridicidad formal al tipo en cuestión, de acuerdo al emitido por CELESTINO PORTE PETIT, el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", no esté amparado por alguna causa de justificación de las que prevé el numeral 15 del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

Por otra parte, también los penalistas se refieren a la antijuridicidad material, existiendo dos posturas que son:

\* La que trata de encontrar la esencia de

(78) JOHANNES WESSELS, citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. Cit. - pág. 376.

(79) C. PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. Cit. pág. 376.

- \* la antijuridicidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo,
- \* La que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material, fuera del área jurídica o sea la extra-jurídica, cuando se lesionan intereses de la colectividad: .... ( 80 )

Respecto a la primera corriente, el ilustre penalista -- Hans Heinrich Jescheck nos dice que : "una acción es antijurídica en sentido material en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente. .... ( 81 )

En relación a la segunda postura, el maestro Eugenio Cuello Calón, acorde con el punto de vista del jurista Franz Von Liszt, citado líneas arriba, opina que: "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica -- (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado -- por esa rebeldía (antijuridicidad material). .... ( 82 )

Por nuestra parte, coincidimos con la primera corriente

- ( 80 ) C. PORTE PETIT, Candaudap, Op.Cit., pág. 376
- ( 81 ) HANS HENRICH JESCHECK , citado por C. Porte Petit Candaudap: Op. - Cit. pág. 377.
- ( 82 ) EUGENIO CUELLO CALON citado por Fernando Castellanos. Op. Cit. pág 180.

\* la antijuridicidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo,

\* La que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material, fuera del área jurídica o sea la extra-jurídica, cuando se lesionan intereses de la colectividad. .... ( 80 )

Respecto a la primera corriente, el ilustre penalista -- Hans Heinrich Jescheck nos dice que : "una acción es antijurídica en sentido material en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente. .... ( 81 )

En relación a la segunda postura, el maestro Eugenio Cuello Calón, acorde con el punto de vista del jurista Franz Von Liszt, citado líneas arriba, opina que: "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado -- por esa rebeldía (antijuridicidad material). .... (82 )

Por nuestra parte, coincidimos con la primera corriente

(80 ) C. PORTE PETIT, Candaudap, Op.Cit., pág. 376

(81 ) HANS HENRICH JESCHECK , citado por C. Porte Petit Candaudap: Op. - Cit.: pág. 377.

(82 ) EUGENIO CUELLO CALON citado por Fernando Castellanos. Op. Cit. pág 180.

apoyada con el criterio del maestro Jescheck en el sentido de que la esencia de la antijuridicidad material se encuentra en el menoscabo del bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.

De acuerdo a lo anterior, es de hacerse notar que el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico consistente en el caso concreto, en la libertad sexual, o bien cuando sea puesto en peligro de lesionarlo.

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituye las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita jurídica o justificativa.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación.

Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquella es en sí una negación o contraposición al derecho.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, o sea, las causas de justificación, ésta anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es

licita o justificada por el propio derecho.

Es de hacerse notar que la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación, de manera genérica el Código Penal las denomina circunstancias excluyentes de responsabilidad, como se observa en el artículo 15, que mezcla distintas circunstancias entre ellas las de justificación, también suele denominárseles eximentes, causas de incriminación o causas de licitud.

Para el ilustre maestro LUIS JINENEZ DE ASUA dice: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, ser antijurídico, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen" .... (83)

Para el penalista JURGEN BAUMANN manifiesta: "Existe una causa de justificación cuando la conducta del autor realiza no sólo la norma típica, sino también una norma justificante plenamente, o sea, en todos los pormenores". ..... (84)

- (83) JINENEZ DE ASUA LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. III, El delito, 3ra. Edición, Losada, Buenos Aires, 1958, pág. 1035.  
(84) BAUMANN JURGEN, Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema (traducción de la 4a. Ed., alemana por Conrado A. Finzi) Depalma, - Buenos Aires, 1981, pág. 203.

En México, para el Profesor FERNANDO CASTELLANOS opina:  
" Las causas de justificación cuando la conducta del autor realiza no sólo las norma típica, sino también una norma justificante plenamente, o sea, en todos los pormenores."  
.... ( 85 )

Al respecto CELESTINO PORTE PETIT, prefiere denominar al aspecto negativo de la antijuridicidad, causas de licitud, pues dice que: "Si la conducta realizada por un sujeto es lícita, indudablemente no debe hablarse de que éste justificada, por que desde su nacimiento, está facultada, permitida, es conforme a derecho. .... existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de intén- rēs o de la existencia de un interés preponderante. ... ( 86 )

Como causas de justificación, para LUIS JIMENEZ DE ASUA, quien señala que son las siguientes :

- a.: Legítima defensa,
- b.: Estado de necesidad,
- c.: Ejercicio de un derecho,,
- d.: Cumplimiento de un deber (ordenado por la ley o por la autoridad cuando el contenido es justo.) ... ( 86 )

( 85 ) CASTELLANOS, Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal. - 27 a. Edición, Porrúa, México, 1989, pág. 183.

( 86 ) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 12 a. Edición Porrúa, 1989 pág. 385, 386.

Para el Profesor FERNANDO CASTELLANOS, indica que las causas de justificación son las siguientes:

- a.: Legítima Defensa,
- b.: Estado de Necesidad (si el bien jurídico salvado es de más valía que el sacrificado);
- c.: Cumplimiento de un deber;
- d.: Ejercicio de un derecho;
- e.: Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber;
- f.: Impedimento legítimo; ..... (87.)

#### LEGITIMA DEFENSA.

En casi todos los pueblos se ha presentado esta figura, que excluye de pena a quien causa un daño, al obrar en virtud de defensa de determinados intereses previstos en la ley bajo ciertas circunstancias.

Es una de las causas de justificación de mayor relevancia, siendo una de las más importantes, ésta figura se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento.

(87) CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, - Ed. Porrúa 1991, pág. 189.

Es común escuchar a esta figura como "defensa propia", cuando se trata de una incorrección, pues dicha defensa es en ocasiones respecto a bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

**Noción.;** La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende, definición contemplada en la fracción III del artículo 15 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguna, haciendo la distinción que se trata no solo de bienes propios, sino también ajenos, ya que la propia ley lo establece.

**Elementos de la legítima defensa.:** son :

1.: REPELER Significa rechazar, evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado se rechace. La repulsa es realizada por presunto responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.,

2.: AGRESION Consiste en atacar, acometer, acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intenciónde afectarla.

3.: AGRESION REAL Que sea algo cierto, no imaginado, que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

4.: AGRESION ACTUAL Que ocurra en el mismo instante de repeleria, quiere decir que la agresión y la repulsa deben seguir en un mismo espacio temporal, o que aquella sea inminente.

5.: AGRESION INMINENTE Que sea próxima o cercana, de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.

6.: SIN DERECHO La agresión debe carecer de derecho, por que la existencia de éste anularía la antijuridicidad.

7.: EN DEFENSA DE BIENES JURIDICOS PROPIOS O AJENOS Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.

8.: NECESIDAD RACIONAL DE LA DEFENSA EMPLEADA Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos deber ser la necesaria, proporcional al

posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.

9.: QUE NO MEDIE PROVOCACION El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar que repelió una agresión "sin derecho" quien ha dado motivo suficiente para ella.

Una vez que se ha citado cual es el aspecto negativo de la antijuricidad y cuales son las causas de justificación o también denominadas causas de licitud que prevé el artículo quince de nuestro Código Penal en sus diversas fracciones, pasamos a estudiar cada una de ellas para ver si el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" se puede presentar alguna que justifique la conducta típica del sujeto activo.

1.: Legítima Defensa.: Respecto al concepto de legítima defensa, el penalista alemán Edmundo Mezger al referirse a la exclusión de la antijuridicidad en el Código Penal Alemán nos dice que : Legítima defensa "es aquella defensa

que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico".... ( 88 ).

Para Luis Jiménez de Asúa, dice que la Legítima Defensa "es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. ..(89 )

Expresa Don Celestino Porte Petit :

"Se puede definir la legítima defensa, como el contra ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente." .... ( 90 )

El fundamento legal de la legítima defensa lo encontramos en el artículo 15 fracción IV, párrafo primero y segundo que a la letra dice : " Se repela una agresión real, actual e inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídi--

(88 ) EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal, parte General (Trad. de la 6ta. Edición, Ed. Alemana, 1955, por Conrado A. Finzi), Cárdenas Editor y distribuidor, P. 168.

(89 ) LUIS JIMENEZ DE ASUA citado por Fernando Castellanos Opt. Cit, pág.191  
(90 ) F. CASTELLANOS Op. Cit., pág. 192.

cos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quién por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión; ..... ( 91)

Ahora bien, estimo que en el tipo del delito de "violación no realizado con el miembro viril" previsto y sancionado en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, no puede darse la legítima defensa, pues es inconcebible que un sujeto tenga que introducir un elemento o instrumento en la vía vaginal u anal por medio de la violencia física o moral para repeler una agresión antijurídica como lo prevé el numeral 15 fracción IV del

(91) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista, 1994, — pág. 6.

Código Penal para el Distrito Federal - - - - -

( 92 ) , por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

#### ESTADO DE NECESIDAD

Encontramos como otra causa de justificación, el estado de necesidad, y para el tratadista Cuello Calón sostiene que: " el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante lesión de bienes, también jurídicamente protegidos. " .... ( 93 )

Esta definición nos muestra de qué manera el estado de necesidad plantea y resuelve un conflicto de intereses, entre quienes se enfrentan a un peligro que debe evitarse y quien sufre las consecuencias de tal enfrentamiento.

El fundamento legal del estado de necesidad, lo encon-

(92) Código Penal para el D.F., - - - , Editoria Sista, 1994.

(93) CUELLO CALON, Eugenio, citado por Alfonso Reyes Echadía, Derecho - Penal, Parte General, 11a. Ed., Temis, Bogotá, 1989, pag. 160.

Existen actividades profesionales (bombero, gafa de alpinismo, etc), o cargos públicos (agente de policía,) cuyo desempeño coloca a veces a quienes lo ejercen ante peligros ajenos a su función, que han de afrontar como un deber jurídico en tales casos, no deben eludirlos, ni contrarrestar con acciones lesivas de ajenos e inocentes intereses; así un médico no podría ampararse en estado de necesidad se deja morir a persona que fure enfermedad contagiosa porque no la atendió ante el riesgo de contagiarse él mismo. Aclarando, que ese deber jurídico de afrontar el peligro no es absoluto ni ciego; debe tenerse en consideración la calidad de los bienes puestos en conflicto; si la desproporción entre ellos es ostensible, no podrá exigirse al obligado que se inmole; para salvar cosa mueble de un incendio, por ejemplo, no podría pretenderse que un bombero sacrifique su vida, ni que un marino renuncie a la suya por rescatar mercancía de un naufrago.

5. Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance. Existe necesidad cuando hay inevitabilidad. Si existe posibilidad de rehuir, de evitar el peligro es indudable, que de no hacerlo el sujeto, no puede acogerse al estado de necesidad. Ahora bien el estado de necesidad funciona como causa de licitud o causa de inculpabilidad, afirmación que tiene su base doctrinal en la valuación de los bienes jurídicos en conflicto, pudiendo se originar tres hipótesis: cuando el bien sacrificado es demás valor que el salvado, debiéndose concluir que en la primera hipótesis, se trata de interés preponderante; en la segunda una causa de inculpabi-

tramos en el artículo 15 fracción V del Código Penal que a la letra nos dice: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente; no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; "... (94)

De conformidad con el artículo transcrito, son requisitos del estado de necesidad:

1. Necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno. El estado de necesidad se orienta esencialmente a tutelar un interés jurídico personal del cual sea titular la propia persona afectada o un tercero,

2. Que exista un peligro real, actual o inminente. Por peligro debemos entender un acaecimiento del tal naturaleza que de verificarse habrá de ocasionar lesión de un interés propio o ajeno. Aunque ordinariamente el hecho que genera el peligro es resultado de un acontecimiento natural (terremoto, incendio huracán, inundación, etc.) puede también provenir de un animal o ser ocasionado por obra humana, siempre que en estas última hipótesis no se trate de actividad dirigida sobre -- quien luego reacciona ante ella. .... ( 95)

(94) Código Penal para el Distrito federal, Edt. Sista, 1994.

(95) a reyes echadía, Op, Cit, pág. 162.

Que el peligro sea real, significa que tenga verdadera y positiva existencia y que no sea imaginario. ... (96)

El peligro puede ser actual o inminente; este es el que está en potencia de actualizarse de un momento a otro, el que viene amenazante; aquel es el que ya comenzó a causar daño, pero cuyos efectos perniciosos continúan afectando a un interés jurídico personal. .... ( 97 )

3. Que el agente no haya ocasionado el peligro intencionalmente ni por grave imprudencia. Peligro causado intencionalmente es aquel que surge como resultado de un comportamiento del agente orientado hacia su producción.

Peligro ocasionado por imprudencia, es el que se produce en razón de una actuar sin la cautela necesaria que, según la experiencia, debemos emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún daño; situación de esta naturaleza se daría cuando alguien penetra en la jaula de un león y luego le da muerte porque se avalanza contra él. (98)

4. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.

(96) C. PORTE PETIT CANDAUDAP, Op. Cit. pág. 439.

(97) A. REYES ECHANDI, Op. Cit. pág. 162.

(98) Ibid, pág. 163.

dad, pues no obstante que la conducta que lesiona un bien de igual entidad es antijurídica, no le es reprochable, por no exigibilidad de otra conducta, y en fin en la tercera, la conducta realizada es delictiva, dado que el bien salvado es de menor valor que el sacrificado.

Colorario de lo anterior, puede considerarse que el "delito de violación no realizado con el miembro viril", en análisis, es inconcebible que un sujeto se ampare bajo la causa de justificación denominada estado de necesidad, pues es imposible pensar que el agente tenga que introducir 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, por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

#### EJERCICIO DE UN DERECHO

Respecto al ejercicio de un derecho como causa de justificación, el penalista colombiano, Alfonso Reyes Echadía, dice:

Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal ... ( 99 )

Por su parte, Celestino Porte Petit sostiene: "El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad - concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que preponderará sobre el interés es antagónico. ..(100)

Teniendo su fundamento legal el ejercicio de un derecho - en el artículo 15 fracción V del Código Penal, mismo que dice "Obra en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho .... (101)

De la anterior transcripción se desprende, con claridad la fundamentación jurídica del ejercicio de un derecho, porque en verdad, no hay ninguna lesión al bien protegido por la ley penal, por la sencilla razón de que la disposición legal que

( 99 ) A REYES ECHAUNDIA: Op. Cit, pág. 178,.

(100) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Op. Cit., pág. 461.

(101) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed. Sista, pág. 6.

permite o cacultá, suprime el amparo a su vez a otra disposición penal que está protegiendo los bienes que aparentemente se estan lesionando. (102)

Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación se origina: a) en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, B) de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

La autorización concedida legalmente excluye la antijuridicidad de la conducta o del hecho, pero la autorización extra o contra legal, no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hechos conformes con el derecho. La facultad o autorización concedida requiere: a) que derive de una autoridad; b) que la autorización reúna los requisitos legales. ... (103)

El ejercicio de un derecho como causa de justificación, no procede en el delito de violación no realizado con el miembro viril, habida cuenta que no existe alguna norma que permita al sujeto introducir un elemento o instrumento por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cualquiera el sexo del ofendido para que pueda considerarse que su

(102) C. PORTE PETITI CANDAUDAP: Op. Cit., pág. 462.

(103) Idem. pág. 464.

conducta está justificada por el ejercicio de un derecho, tampoco existe precepto alguno que señale que la autoridad competente pueda conceder la facultad o autorización a un sujeto que reúna determinados requisitos para que introduzca un elemento o instrumento en vía anal o vaginal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido, resultando ilógico que por el ejercicio de un derecho pueda cometerse el tipo descrito en el párrafo tercer del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal:

## CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Esta causa de justificación tiene su fundamento en el artículo 15, fracción V del Código Penal que establece: "Obra en forma legítima, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho" ... (104)

El maestro Porte Petit, dice al respecto: "Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada -- por la norma " ... (105)

El cumplimiento de un deber deriva de funciones públicas, o sea de deberes de servicio, y de un deber impuesto al particular, en tales casos el sujeto no actúa antijurídicamente, si no que su conducta es lícita por estar autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber, ahora bien tratándose del delito de violación no realizado con el miembro viril, mismo que se analiza, no es posible pensar que un sujeto se ampare bajo la causa de justificación denominada cumplimiento de un deber, habida cuenta que no existe alguna norma de la que se derive una función pública consistente en que el agente tenga que introducir un elemento o instrumento en la vía vaginal o anal por medio de la violencia física o mo

(104) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edt. Sista, pág. 6., 1995

(105) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Op. Cit., pág. 475

tal sea cual fuere el sexo del ofendido, asimismo no se cuenta con disposición que imponga un deber al particular consistente en que realice la conducta que exige el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal.

#### IMPEDIMENTO LEGITIMO.

Además de las justificantes examinadas, la doctrina señala el impedimento legítimo, mismo que está contemplado como circunstancia excluyente de responsabilidad, en el artículo 15 fracción VIII del Código Penal que establece: Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo, de acuerdo con el contenido de la fracción transcrita anteriormente, se desprende los siguientes elementos: a) contravenir lo dispuesto en una ley penal; 2) dejando de hacer lo que manda y 3) por un impedimento legítimo, por lo que se dice que el impedimento legítimo opera cuando el sujeto teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose en consecuencia un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge otra vez, otra vez, el principio del interés preponderante, impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

Considero que tratándose del tipo que prevé el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, tema de este trabajo, no puede el sujeto justificar su conducta argumentando que actuó por un impedimento legítimo, en razón de que no exis

te otra norma que lo impedia legalmente.

### 3.4 IMPUTABILIDAD

#### NOCION DE IMPUTABILIDAD

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito, como elemento integral del mismo, como presupuesto de la culpabilidad, y como elemento de la misma. (106)

Los que sostienen que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad señalan:

"el hombre no podrá ser llamado culpable si antes no es imputable, es decir, si no se está en posesión de un mínimo de condiciones psíquicas y físicas en virtud de las cuales pueda atribuírsele el delito, con lo que el juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad". (107)

(106) A. REYES ECHADIA, Op.Cit., pág. 189-190

(107) Idem. pág. 190.

Entre quienes afirman que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, tenemos a los maestros Edmund Mezger y - Jescheck.

El primero, Edmund Mezger sostiene: "es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades exigibles para la imputación a título de culpabilidad, con lo que la imputabilidad del autor es elemento constitutivo de la culpabilidad". (108)

Para Jescheck, indica: "La capacidad de culpabilidad - (imputabilidad) constituye el primero de los elementos sobre - los que reposa el juicio de culpabilidad". (109)

Actualmente, la teoría finalista considera también que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad, creen que es - imputable quien está en capacidad de comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad de acuerdo con esa comprensión, pero aceptan, al propio tiempo, que el inimputable puede actuar dolosa o culposamente, como quiera que dolo y culpa no pertenecen a la culpabilidad". ... (110)

(108) EDMUND MEZGER citado por A. REYES ECHANDIA: Op. Cit. pág. 190

(109) HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General Vol. I, (trad. S. Mir Puig y F. Nuñez Conde), Bosch, Barcelona, 1981, pág. 593-595.

(110) Idem.

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable, pasará luego ser culpable; así no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

En México, el profesor FERNANDO CASTELLANOS indica:

"La imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal. La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". ... (11)

(11) HANS WELZEL citado por REYES ECHADIA Op. Cit. pág. 190  
(11) F. CASTELLANOS, Op. Cit. pág. 233.

Por su parte el penalista colombiano Alfonso Reyes define a la imputabilidad como: "capacidad para conocer y comprender, la antijuricidad de la propia conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión". . . . (112)

De lo anteriormente transcrito, estimo que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pues para que un sujeto pueda ser culpable se requiere que el momento de realizar una conducta debe tener la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de la misma y para autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

Por otra parte, el fundamento legal de la imputabilidad, lo encontramos en el artículo 15, fracción II, interpretada a contrario sensu, de nuestro Código Penal.

En el caso concreto, tratándose del "delito de violación no realizado con el miembro viril", previsto en el párrafo tercero, artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, un sujeto será imputable cuando al introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el

(112) A. REYES ECHANDIA: Op. Cit. pág. 192.

sexo del ofendido, tenga capacidad para conocer y comprender - la antijuridicidad de su conducta y de autoregularse de acuerdo con esa comprensión.

De acuerdo con el contenido de la fracción II del artículo 15 del Código Penal, interpretada a contrario sensu, un sujeto será imputable cuando al realizar la conducta que describe el párrafo tercero del artículo 265 del mismo ordenamiento, no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender del carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún -- cuando en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado incapacidad intencional o imprudencialmente.

## **INIMPUTABILIDAD**

### **NOCIONES DE INIMPUTABILIDAD**

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal.

En líneas anteriores nos ocupamos de la imputabilidad, es decir, de las condiciones que permiten señalar a una persona como sujeto imputable; debemos estudiar enseguida la faceta negativa del fenómeno; la inimputabilidad, señala

PAVON VASCONCELOS: "supone incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión. ... (113)

El jurista Juan Bustos explica que la incapacidad ha de tomarse: "como concreta imposibilidad de una persona determinada para darse cuenta que con su conducta esta vulnerando sin justificación alguna aquel interés jurídico que el legislador quiso penalmente tutelar de conformidad con sus propios valores, o como concreta imposibilidad de actuar de otra manera pese a tener conciencia de la ilicitud penal de la propia conducta". .... (114)

La regulación de los casos de inimputabilidad en los códigos penales puede seguir los criterios: psicológico, biológico, psiquiátrico, sociológico; la fusión de varios de ellos de lugar a un quinto criterio que suele llamarse mixto. Adúcese la existencia de un criterio más, el jurídico, concretando a la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal comportamiento o com

(113) F. PAVO VASCONCELOS: Op. Cit., pág. 375.

(114) JUAN BUSTOS citado por A. REYES ECHADIA: Op. Cit. pág. 193.

preñión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho. La ley mexicana adopta un sistema biopsicológico-siquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológicas como psicosiquiátricas. ... (115)

#### CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Concretamente, puede decirse que las causas de inimputabilidad son las siguientes:

TRASTORNO MENTAL El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

(115) F. PAVON VASCONCELOS, Op. Cit., pág. 376-377; A REYES ECHANDIA Op.-Cit., pág. 193.

Conforme a la legislación penal mexicana, la fracción II del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal señala como circunstancia excluyente de responsabilidad (ausencia de imputabilidad) "padecer el inculpado, al cometer la infragción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente". ... (116)

**DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.** El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

**MIEDO GRAVE.:** contemplado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, el miedo grave, es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor, que tiene su origen en algo externo, por lo tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad. Para

(116) Código Penal para el Distrito Federal, 1994.

FERNANDO CASTELLANOS, el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente turbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial. ... (117)

El maestro Pavón Vasconcelos opina que el miedo grave es causa de inimputabilidad: "por caracterizarse como un trastorno mental transitorio que suprime en el sujeto el uso normal de sus facultades psíquicas". ... (118)

Continúa diciendo el mismo autor: "Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de la voluntad constituye indudablemente una causa de inimputabilidad". ... (119)

Ahora bien, el tema que nos ocupa es respecto al "delito de violación no realizado en el miembro viril" previsto en el párrafo tercero del numeral 265 de Ley Sustantiva Penal, es en el sentido de que tratándose de la realización de este tipo, puede presentarse alguna de las causales de inimputabilidad a que nos hemos referido renglones anteriores, habida cuenta que -

(117) Código Penal para el Distrito Federal, 1990. pág. 11

(118) F. PAVON VASCONCELOS: Op. Cit., pág. 229.

(119) Ibid., pág. 382.

un sujeto puede llevar a cabo la conducta (acción) a que se refiere el precepto mencionado, ser típica y antijurídica.

### 3.5 CULPABILIDAD

Sabemos que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; estudiaremos el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

#### **NOCION DE CULPABILIDAD.**

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

"La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta".

(120)

#### **NATURALEZA**

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: la psicológica y la normativa.

(120) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito, Trillas. México, 1985.

**Teoría psicológica.** La teoría psicológica funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.

El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace el elemento volitivo.

**Teoría normativa.** Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

Toda vez que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, esta teoría excluye a los inimputables. El artículo 80. del Código Penal del Distrito Federal prevé tres posibilidades de reproche: dolo, culpa y preterintención. Este concepto sigue la corriente psicológica.

La preterintención actualmente ha tenido modificaciones estas reformas provoca la desaparición de la preterintencionalidad, además que del delito que tratamos realmente no existe violación preterintencional.

## **GRADOS O TIPOS DE CULPABILIDAD**

Con los lineamientos que establece el Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo, culpa y preterintención.

## **D O L O**

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama **delito intencional o doloso**.

Elementos. Los elementos del dolo son dos:

**Etico**, que consiste en saber que se infringe la norma y;

**Volitivo**, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

**Clases**. Fundamentalmente, el dolo puede ser: **directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado**.

**Directo**. El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico, por ejemplo, el agente desea violar y lo hace.

**Indirecto o eventual**. El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes, por ejemplo, alguien quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, al saber que podrán salir lesionados.

otros sujetos.

**Genérico.** Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito.

**Específico.** Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba.

**Indeterminado.** Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado, por ejemplo, colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política; el sujeto sabe que causará uno o más daños pero no tiene intención de infligir alguno en especial.

En lo que se refiere al dolo cabe insistir que es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

## C U L P A

La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado

o de preocupación, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

**Elementos.** Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra, a saber son:

- a) Conducta (acción u omisión)
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.
- c) Resultado previsible y evitable
- d) Tipificación del resultado, y
- e) Nexa o relación de causalidad.

## C L A S E S

**Consciente.** También llamada con prevision o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

**Inconsciente.** Conocida como culpa sin prevision o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve y levísima.

- a) **lata.** En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
- b) **Leve** Existe menor posibilidad que en la anterior.
- c) **Levisima.** La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

**Punibilidad en los delitos culposos.** De manera genérica se puede decir que estos delitos se sancionan con prisión de tres días a cinco años, demodo que el juzgador deberá considerar lo previsto en los artículos 51, 52, 60, 61 y 62 del -- Código Penal para el Distrito Federal.

## **I N C U L P A B I L I D A D**

### **Noción de inculpabilidad**

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

### **Causas de inculpabilidad**

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento, a saber:

- a) Error esencial de hecho invencible
- b) Eximentes putativas
- c) No exigibilidad de otra conducta
- ch) Temor fundado
- d) Caso fortuito.

### **ERROR ESENCIAL DE HECHO INVENCIBLE**

- a) Error. Es la falsa concepción de la realidad; no es

la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado, o incorrecto

b) Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto a los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo.

Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.

Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.

Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.

Aberratio ictus. Es el error en el golpe. De todas formas se contraría la norma. Verbigracia: alguien quiere matar a una persona determinada pero a quien priva de la vida es a otra a causa de imprecisión o falta de puntería en el disparo.

**Aberratio in persona.** Es el error sobre el pasivo del delito. Igual que en el anterior, se mata pero en este caso, por confundir a una persona con otra.

**Aberratio in delicti.** Es el error en el delito. Se produce otro ilícito que no era el querido.

**Es causa de inculpabilidad, solo el error de hecho, esencial invencible.**

#### **EXIMENTES PUTATIVAS**

Situaciones en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que está amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito.

**Legítima defensa putativa.** El sujeto cree obrar en legítima defensa por un error esencial invencible de hecho.

**Legítima defensa putativa reciproca.** Dos personas pueden obrar por error esencial invencible de hecho, ante la creencia de una agresión injusta y obrar cada una en legítima defensa por error.

**Legítima defensa contra la legítima defensa putativa.**

Puede ocurrir una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad; al primero le beneficiará una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

**Estado de necesidad putativo.** La comisión de un delito puede existir cuando alguien, por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad.

**Cumplimiento de un deber putativo.** El sujeto puede creer que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible.

**Ejercicio de un derecho putativo.** Esta figura será factible si se produce un delito bajo un error de la misma naturaleza de los casos anteriores, cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho.

**Obediencia jerárquica.** Cuando se analizaron las causas de justificación se estudió la presente. Esta será causa de justificación cuando el inferior produzca un resultado típico en cumplimiento de una obligación legal, y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta es ilícita, pero por temor obedece a la disciplina, pues se coacciona la voluntad.

## **NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

Cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etcétera, de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

## **TEMOR FUNDADO**

Consiste en causar un daño por creerse el sujeto fundamentalmente que se halla amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad. Estando contemplado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

## **CASO FORTUITO**

Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas. Esta es la noción legal contemplada en la fracción X del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

El caso fortuito es una causa de inculpabilidad, mientras que para otros es una excluyente de responsabilidad ajena a la culpa, pues se obra con precaución y al realizar un hecho lícito; así, se produce un resultado solo por mero accidente, lo cual deja absolutamente fuera la voluntad del sujeto.

El mero accidente puede provenir de fuerzas de la naturaleza o de fuerzas circunstanciales del hombre. (121)

(121) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carracá y Rivas Raúl, Código Penal anotado, Porrúa, México, 1985, p 116.

### 3.6 PUNIBILIDAD

#### NOCIONES DE PUNIBILIDAD

Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

#### PUNICION

Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

#### PENAL

Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

#### SANCION

Llega a ser un castigo o cargo a que se hace mercedor -

quien quebranta una disposición no penal, siendo de manera genérica, el término sanción se usa como sinónimo de pena.

La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa; concordando con el artículo 7o del Código Penal para el Distrito Federal que enuncia: "delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales".

#### VARIACION DE LA PENA

Existen tres variantes que modifican la penalidad; - arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes. En donde podemos decir a manera de fórmula, que a delito igual pena igual.

#### ARBITRIO JUDICIAL

Es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo, dentro del cual el juez podrá imponer la que estime más justa. Asimismo, el juzgador tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal.

## EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTOS DEL DELITO.

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

Considera el jurista Porte Petit que indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal nulla poena sine lege, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional alude de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias.

Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase es típica, antijurídica y culpable y por lo tanto constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo séptimo del Código Penal.

## CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O PRIVILEGIADAS

Son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir, verbigracia, homicidio en riña o duelo.

## CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y agravarla, por ejemplo, homicidio con premeditación, alevosía, ventaja o traición.

Dichas variantes hacen que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa.

## EXCUSAS ABSOLUTORIAS

### N. O. C. I. O N

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero, por disposición legal expresa, no punible.

#### EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LA LEGISLACION MEXICANA

**Excusa por estado de necesidad.** Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad, verbigracia: robo de familiar (artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal) y aborto terapéutico (artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal).

**Excusa por temibilidad mínima.** En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (artículo 375 del Código Penal para el Distrito Federal).

**Excusa por ejercicio de un derecho.** El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal).

**Excusa por imprudencia.** Es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada un claro ejemplo de este tipo.

**Excusa por no exigibilidad de otra conducta.** Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y, de otras personas, (artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal).

**Excusa por innecesidad de la pena.** Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (artículo 55 del Código Penal para el Distrito Federal).

El maestro Carrará y Trujillo nos dice al respecto:

"En general podemos decir que se apoyan desde el punto de vista subjetivo en la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela; pero al mismo tiempo éste fundamento puede descomponerse sistemáticamente en las siguientes especies; a) Excusas por razón de los móviles afectivos revelados; b) Excusas en razón de la copropiedad familiar; c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela; d) Excusas en razón de la maternidad consciente; e) Excusas en razón del interés preponderante; y f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada. ... ( 122 )

( 122 ) RAUL CARRARA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General. - (puesto al día por Raúl Carranca y Rivas); 14a. ed., Porrúa, México, 1982, pág. 630.

Tácitamente vemos que el Estado no sanciona determinados comportamientos por razones de política criminal debido a las circunstancias que concurren en la persona del autor, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, pero por causas personales se excluye la pena.

Claro está, que nuestro punto de vista del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", en análisis, es en el sentido de que no se presenta ninguna excusa absoluta, es decir, no existe ninguna causa por la que se deje impune el comportamiento que describe el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, pues sería absurdo pensar - que por razones de justicia o equidad de acuerdo con una política criminal, se dejara de aplicar la pena señalada en el numeral citado, al sujeto que introduzca en vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

## **CAPITULO IV**

### **ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION**

**4.1 Constitución Biológica de la Mujer**

**4.2 Constitución Biológica del Hombre**

**4.3 Formas de aparición del delito**

**4.4 Autoría y Participación.**

**4.5 Conducas y Desviaciones Sexuales.**

## CAPITULO IV

### CONSECUENCIAS DEL DELITO DE VIOLACION

La sexualidad, es un concepto de tan gran importancia que no es fácil abordarlo sin que sea susceptible de un sinnúmero de críticas. Suele definirse, este término, como, la manifestación externa y objetiva del mensaje genético del ser humano en particular, y que va a derivar en una serie de conductas o actitudes tendientes a satisfacer el apetito sexual de la persona. En otras palabras, si un individuo pertenece al sexo femenino, va a comportarse como una persona de ese sexo, y buscará complementarse o unirse con otra persona, pero claro ésta del sexo opuesto, que para el caso, será una perteneciente al sexo masculino.

Pero además no debemos olvidar que el comportamiento sexual está condicionado por las circunstancias del medio ambiente que rodea a la persona y las especiales vivencias que haya experimentado.

El Doctor Lázaro Benavidez Vázquez manifiesta: "La definición de la sexualidad es muy amplia ya que involucra las áreas psicológicas, sociales, culturales, patológicas

y económicas, en las que el individuo se desenvuelve y adquiere la madurez de su personalidad, así debe entenderse y no sólo en función de la anatomía y fisiología característica de cada sexo". . . . . (123)

La sexualidad no es, ni corresponde únicamente a las características somáticas ( se denomina a los caracteres sexuales, primarios y secundarios ) pues concebirla así sería equívoco, ya que estaríamos frente a lo que significa sexo, esto es, lo somático, lo anatómico o fisiológico, lo físico, lo objetivo, corresponde al sexo. La sexualidad es un concepto más amplio, es en principio la manifestación del comportamiento humano generado por el sexo al que pertenece, pero, por así decirlo complementado por las peculiaridades psíquicas del individuo, el modo de pensar del núcleo social en que vive, su situación económica, las expresiones culturales o la cultura del lugar determinado.

Las relaciones mutuas entre la familia y la sexualidad, son muy importantes, ya que es en el seno de la

(123) GACETA UNAM, Cuarta Época, Volúmen III, núm. 52, Ciudad Universitaria, México, lio 26, 1979, Segunda Semana sobre Educación Sexual.

familia donde aprendemos vivencialmente lo que significa ser hombre o ser mujer, el valor del cuerpo y de la reproducción, la vida en pareja, lo que es el cariño y el amor, puede decirse que en la familia se recibe la educación sexual.

La sexualidad tiene una historia, la historia de los seres humanos, como individuos, como grupos, como sociedades.

El devenir histórico de la humanidad puede ser visto desde la perspectiva de la sexualidad, de las formas concretas de vida y de relaciones que fueron tomando cuerpo, vigencia y estandarizándose a lo largo del tiempo, como resultado de las soluciones convencionales, parciales o totales dadas a los problemas objetivos de la vida. La existencia humana puede resumirse en gran medida en la incesante búsqueda emprendida por el ser humano para resolver esos problemas, entre los cuales emergen con poderosa fuerza los relativos a la sexualidad.

La sexualidad constituye una dimensión fundamental del ser humano, influyendo decididamente en su formación y desarrollo, y que participa, de manera determinante, en la estructuración de la personalidad y en las diversas relaciones que se establecen entre los individuos.

Para comprender al ser humano en todas sus manifestaciones, debemos partir del principio general que establece que la naturaleza humana es el resultado de la integración de los aspectos biológicos, psicológicos y sociales cuya complejidad se manifiesta en la manera de pensar, sentir y actuar. El conjunto de estos factores actúa recíprocamente a lo largo de toda la vida del individuo, de tal manera que la acción de cada uno de ellos se encuentra en interdependencia directa de los otros.

Partiendo de este enfoque integral del ser humano, podemos conceptualizar la sexualidad como la expresión psicosocial de los individuos como seres sexuados en una sociedad y cultura determinada.

Todo ser humano, independientemente de ser hombre o mujer, nace con un bagaje de potencialidades cuyo desarrollo estará condicionado por su historia personal y por las características que cada sociedad exige a sus miembros en función de su sexo.

De ahí que una sociedad como la nuestra, en que los estereotipos de varón y mujer se presentan diferentes y hasta opuesto, no permita la manifestación plena de las potencialidades de cada uno de ellos, originando una separación de funciones y actividades que limita las posibilidades para enfrentarse adecuadamente a la vida.

A primera vista opina A. Willy y C. Jamont en su obra la sexualidad obedece a un instinto primario conservación de la especie, como la necesidad de comer corresponde también a otro instinto de conservación del individuo.

Y ambos serían igualmente sencillo si el hombre no fuera, además un ser inteligente. Pero en la especie humana, dotada, de conciencia y sobre todo, de libre albedrío, los instintos se desdoblán y adquieren una vida propia mucho mas rica que la simple satisfacción de una necesidad".

"En la vida sexual, este desdoblamiento entre el fin procreador, el placer y la necesidad de comunión de amor logrado entre dos seres, da lugar igualmente a refinamientos, abusos y aberraciones o a un delicado perfeccionamiento en el que los más altos valores del goce físico y espiritual se mezclan y se subliman, formando un fin en sí, que los propios teólogos han calificado como 'fin segundo', del matrimonio. De ahí la decisiva importancia de una educación racional, sana y equilibrada desde la niñez, y la adolescencia. La sexualidad no es para nosotros un acto meramente fisiológico, desde luego. Pero, en que justa medida se une a ella lo psíquico, lo moral, lo espiritual, amalgama de valores que forman nuestra inti-

ma personalidad" .... (124)

La sexualidad es la expresión del sexo, influido por la carga genética y los factores del medio ambiente, pero el nacimiento de la sexualidad, el origen, el impulso que define la expresión sexual, es lo que se le ha denominado "libido".

La libido es un término con que el maestro Sigmund Freud denomina al apetito sexual o instinto sexual, la libido corresponde al instinto sexual, tal y como el hombre lo es al instinto de nutrición.

Para Freud, existen dos clases de instintos fundamentales, que son: "el eros" que es el instinto de la vida, instinto principal, básicamente sexual, y el de "tanatos" instinto de muerte, que es el que supuestamente se impone en el hombre y que lo determina a delinquir, a destruir, a matar pues como lo refiere el profesor Luis Rodríguez Manzanera: "La vida y la muerte, dos aspectos que se contraponen a veces nos movemos buscando la vida, a veces nos movemos buscando la muerte..." (125)

(124) WILLY, A. YJAMONT C. Enigmas de la Sexualidad, Tercera Edición, Editorial Daimon, 1973, Barcelona, España, pág. 13.

(125) RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS Criminología, Primera Edición, Editorial-Porrúa, 1979, México, pág. 371.

El concepto de sexo se origina a partir de las diferencias constitucionales que caracterizan a los individuos de una especie situándolos en dos grupos de una especie situándolos en dos grupos reproductivamente complementarios. Cabe destacar que en éste capítulo comprenderá la constitución biológica tanto del hombre como de la mujer, así una breve alusión a su razón de ser, es decir, a su función, realizando un breve estudio biológico del ser humano, ya que los caracteres sexuales son las diferencia morfológicas entre hombre y mujer, los que están presentes desde el nacimiento se llaman primarios, mientras los que se desarrollan en la pubertad se denominan secundarios.

Los caracteres sexuales primarios son llamados también aparatos genitales masculinos y femenino, respectivamente. En el momento del nacimiento se encuentran ya diferenciados según el sexo, aunque en la pubertad la acción de las hormonas modifica algunas de las características morfológicas y funcionales.

**APARATO GENITAL FEMENINO**

---

**VULVA**

**CLITORIS**

**VAGINA**

**GLANDULAS VESTIBULARES**

**UTERO**

**TUBAS O TROMPAS UTERINAS**

**OVARIOS**

**Ver fig. 1**

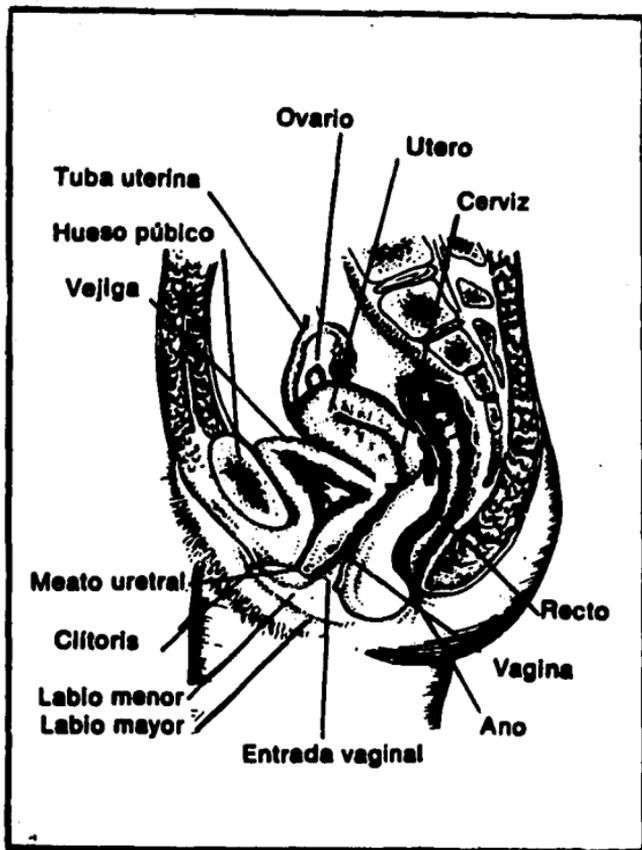


FIGURA No. 1

**APARATO GENITAL MASCULINO**

---

**TESTICULOS**

**EPIDIMOS**

**CONDUCTOS DEFERENTES**

**VESICULAS SEMINALES**

**PROSTATA**

**GLANDULAS BULBOURETRALES**

**URETRA**

**PENE**

**ESCROTO**

Ver Fig. 2

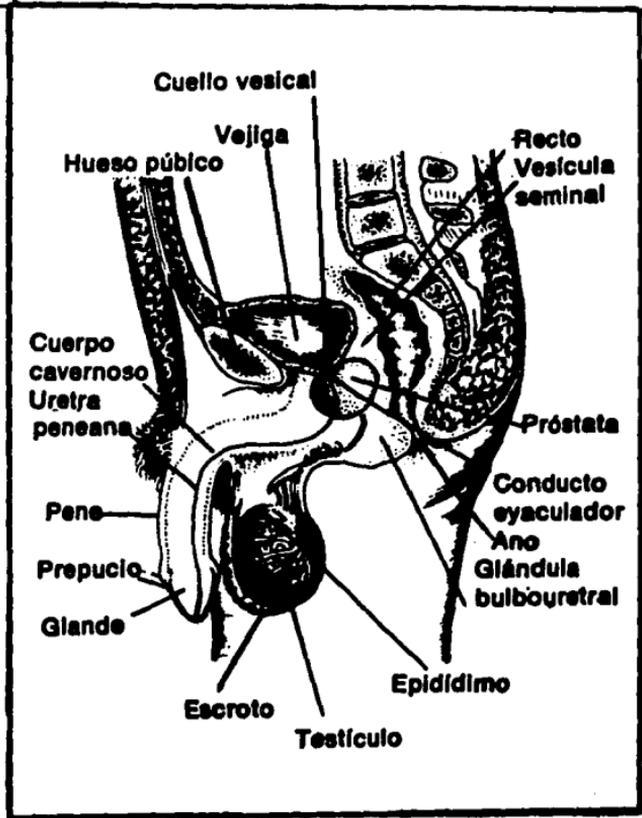


FIGURA No. 2

#### 4.1 CONSTITUCION BIOLOGICA DE LA MUJER

El aparato genital femenino consta de órganos externos e internos:

Los órganos genitales femeninos externos son también conocidos como la vulva; en ella se puede observar el monte de venus, los labios mayores, los labios menores, el clitoris, el meato uretral y la entrada de la vagina, que en ocasiones se encuentra separada por el himen.

##### EL MONTE DE VENUS

El monte de venus es un pequeño cúmulo de grasa subcutánea localizado frente a la sínfisis pubiana y cubierto por vello; cuando la mujer está de pie el monte de venus oculta casi por completo las demás estructuras de la vulva.

##### LABIOS MAYORES

Hacia atrás y hacia abajo, se unen los labios mayores, dos repliegues o "rodetes" de tejido adiposo (tejido graso) también con vello púbico que cubren las otras estructuras

vulvares. En la mujer nulípara, para poder observar otras estructuras de la vulva generalmente es necesario separar los labios mayores, sin embargo, éstos se abren un poco más después del parto.

#### LABIOS MENORES

Separando los labios mayores puede verse con facilidad a los labios menores, que son a su vez dos repliegues cutáneos pero más delgados, su color casi siempre es rosado y su superficie es parecida a la mucosa, ello se unen hacia atrás en la horquilla, y hacia adelante forman el prepucio del clitoris, especie de capuchón que envuelve a dicho órgano.

#### CLITORIS

El clitoris tiene por objeto exclusivo ser receptor y transformador de los estímulos eróticos. Hubo un tiempo en que se le compara con el pene, lo que hacía confundir su importancia y significado fisiológico; el pene a diferencia del clitoris, cumple con funciones como la secreción urinaria y facilitar el depósito de semen en el fondo vaginal, desde el punto de vista embriológico es cierto que el pene y el clitoris son estructuras análogas.

El clítoris está formado por dos pequeños cuerpos cavernosos, rodeados de una membrana fibrosa densa, la cual contiene algunas fibras musculares lisas, cada uno de los cuerpos cavernosos termina en las raíces del clítoris, que están adosadas en los huesos del pubis y el isquión, por delante, los cuerpos cavernosos se unen para formar el glande del clítoris o prepucio.

El tamaño promedio del clítoris es de unos 4 o 5 mm, de largo y el ancho del glande es casi siempre de 2 a 5 mm, esto también varía de individuo, pero aún así no se han encontrado diferencias significativas en la capacidad funcional.

#### EL HIMEN

La entrada de la vagina puede verse al separar los labios menores, dependiendo de si está íntegra o no una pequeña y delgada membrana llamada himen, cuya función biológica aún no se conoce. El himen tiene una o varias perforaciones que permiten salir al flujo menstrual.

Existen diversos tipos de himen según la forma de sus perforaciones. La mayoría de himenes tienen una

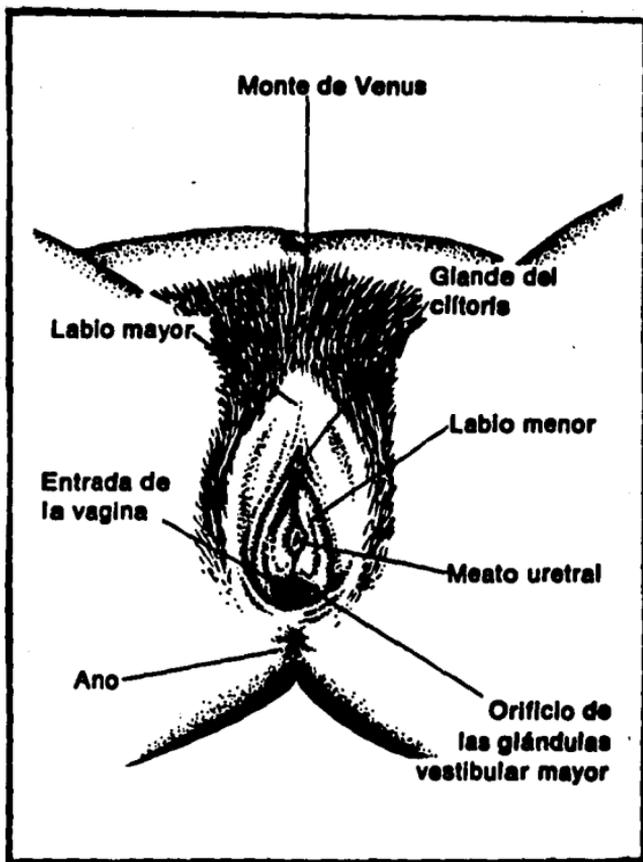
Abertura tan grande, como para que pase un dedo, o bien un tapón sanitario, sin embargo, casi ninguno permite el paso de un pene erecto y es necesaria una pequeña rasgadura la cual quizá provoque una hemorragia insignificante.

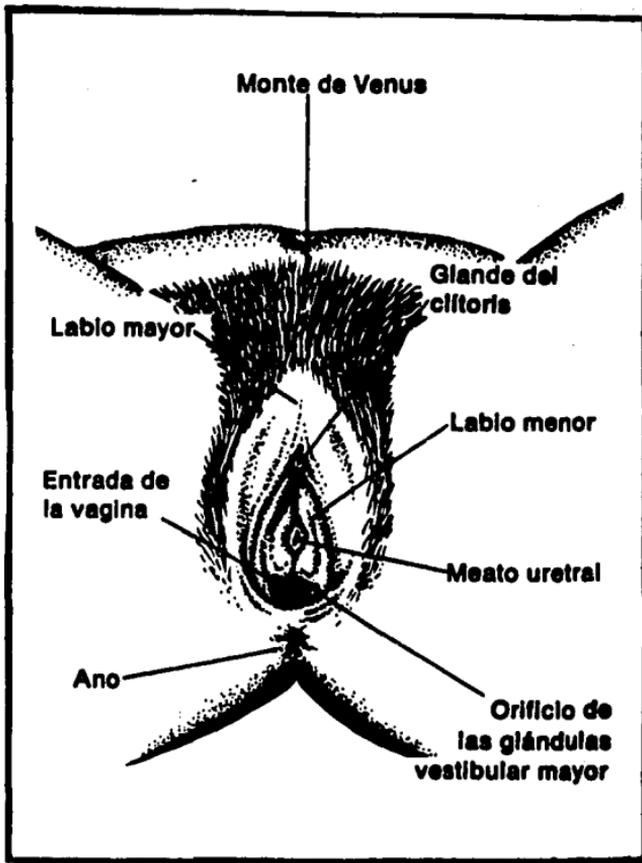
Algunos himenes no se rompen con la primera penetración peneana, así como los hay que se rasgan, por ejemplo montando a caballo, bicicleta etc., razones ambas de que un himen intacto sea irrelevante como prueba de "virginidad". .... ( 126 )

Cuando el himen se ha rasgado resta pequeños repliegues, los cuales después del parto quedan aún más delgados recibiendo entonces el nombre de caránculas himeneales.

Los órganos genitales internos de la mujer son: vagina, útero, trompas uterinas, ovarios, uretra femenina y glándulas vestibulares.

(126) El término virginidad en su significado más común, se emplea en este párrafo, es decir, entenderemos a la virginidad como la ausencia de una experiencia sexual del tipo de la peneana vaginal, sin embargo el concepto tiene una connotación emocional más amplia.





## LA VAGINA

La vagina es un órgano tubular, que comienza en la vulva y conduce hacia el útero. En condiciones basales (de no excitación sexual) la vagina carece de luz debido a la ausencia de un espacio entre sus paredes, por ello se dice que es una cavidad virtual.

La vagina tiene varias funciones: produce un líquido lubricante que facilita el coito peneano vaginal, es recipiente del semen, hecho importante desde el punto de vista reproductivo, durante el parto el niño/niña atraviesa todo lo largo de la vagina y, por último por ella pasa también el flujo menstrual.

La vagina se divide convencionalmente en tres tercios; el tercio inferior será el tercio más externo mientras que los tercios medio y superior serán respectivamente más internos. En el Tercio superior, la vagina se distiende (ensancha) para formar la cúpula vaginal del útero (cuello uterino) ... (Ver fig. 3.)

Las paredes vaginales están formadas por varias capas: la más interna es la mucosa vaginal que es una piel parecida a la piel de la cavidad oral pero con múltiples rugosidades, a lo largo de las paredes vaginales no se identifican las -

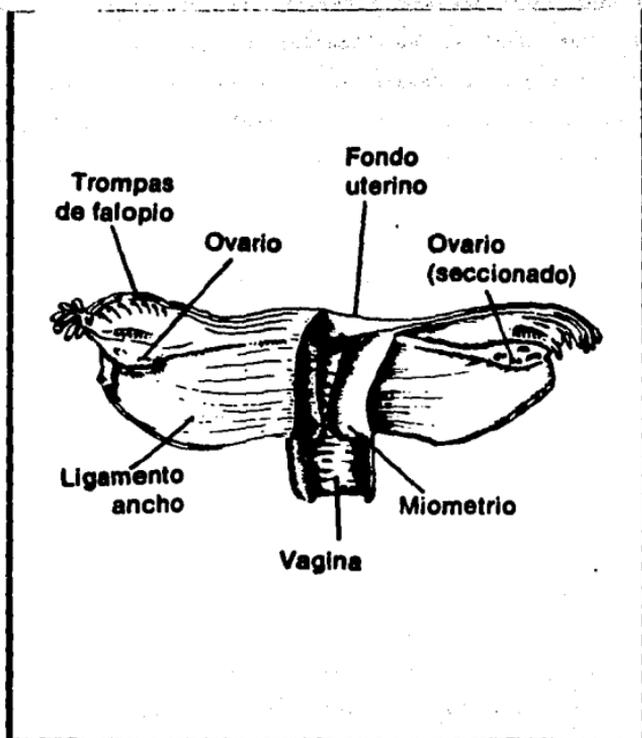


FIGURA No. 3

estructuras glandulares; sin embargo la mucosa vaginal está húmeda continuamente y durante la estimulación sexual aparece gran cantidad de líquido, fenómeno que se llama lubricación vaginal. Debajo de la mucosa existe una capa denominada de vasos sanguíneos principalmente venas. Después se observa una capa muscular formada por fibras musculares lisas.

La mucosa vaginal es muy sensible a las concentraciones de hormonas femeninas (estrógenos y progesterona) por lo que frecuentemente se hace un estudio llamado frotis vaginal para determinar el estado hormonal de la mujer; debido a su sensibilidad, la mucosa vaginal puede tener su sensibilidad, la mucosa vaginal puede tener cierta atrofia después de la menopausia pero puede corregirse fácilmente con el uso de terapia sustitutiva.

Existe muy pocas terminaciones nerviosas en las paredes vaginales, sobre todo en los tercios medio y superior.

En realidad, la sensibilidad vaginal a la estimulación es muy pobre, por lo que entre otras razones, el tamaño del pene no tiene que ver con su "eficacia sexual", por el contrario, el área externa de la vagina, fundamentalmente la que rodea al orificio, es rica en terminaciones nerviosas, sensibles a la estimulación erótica física.

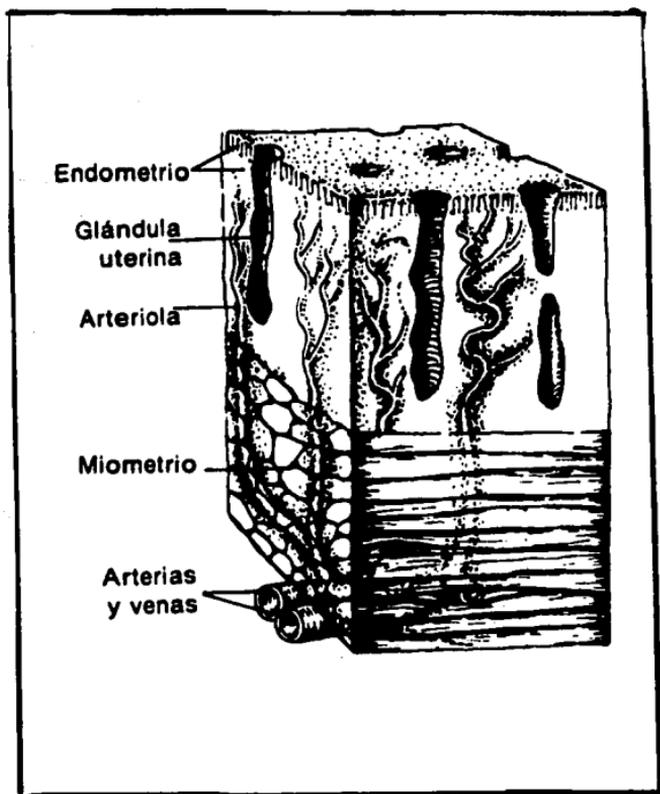
En el útero, órgano formado principalmente por músculo liso, puede distinguirse tres capas que de afuera hacia adentro son : el perimetrio, el miometrio y el endometrio. (ver fig. 4)

El perimetrio es la capa de tejido conectivo que cubre la capa muscular o miometrio, ella ocupa proporcionalmente el mayor volumen de la viscera del útero.

El miometrio es una trama gruesa de fibras musculares lisas que al contraerse expulsan el contenido (si lo hay) de la cavidad uterina; también se contrae durante la menstruación y durante el orgasmo; el miometrio es de mucha importancia en el trabajo de parto.

La capa más interna del útero es el endometrio, él reviste la cavidad uterina y es en el organismo humano, el tejido más sensible a las modificaciones de concentraciones hormonales, por lo anterior la forma y funcionalidad del endometrio varía considerablemente según la edad, durante la vida reproductiva de la mujer, se cumple un ciclo menstrual cada vez que el endometrio pasa por tres fases bien definidas; la fase proliferativa, la fase secretoria y la fase de descamación.

**ESTRUCTURA DE LA PARED UTERINA**



**FIGURA No. 4**

En el útero, órgano formado principalmente por músculo liso, puede distinguirse tres capas que de afuera hacia adentro son : el perimetrio, el miometrio y el endometrio. (ver fig. 4)

El perimetrio es la capa de tejido conectivo que cubre la capa muscular o miometrio, ella ocupa proporcionalmente el mayor volúmen de la viscera del útero.

El miometrio es una trama gruesa de fibras musculares lisas que al contraerse expulsan el contenido (si lo hay) de la cavidad uterina, también se contrae durante la menstruación y durante el orgasmo; el miometrio es de mucha importancia en el trabajo de parto.

La capa más interna del útero es el endometrio, él reviste la cavidad uterina y es en el organismo humano, el tejido más sensible a las modificaciones de concentraciones hormonales, por lo anterior la forma y funcionalidad del endometrio varía considerablemente según la edad, durante la vida reproductiva de la mujer, se cumple un ciclo menstrual cada vez que el endometrio pasa por tres fases bien definidas: la fase proliferativa, la fase secretoria y la fase de descamación.

## LAS TUBAS (TROMPAS) UTERINAS

Las tubas uterinas, antes conocidas como trompas de Falopio, son dos pequeños conductos que van desde la cavidad uterina hasta los ovarios.

Su orificio lateral termina libremente en la cavidad abdominal. Su función es recoger el óvulo al momento de la ovulación, para transportarlo hacia la cavidad uterina.

En la tuba se distinguen (ver fig. 5), de afuera hacia adentro: las fimbrias, el infundíbulo, la ampolla, el istmo tubario y la porción uterina o intersticial. Cada una de ellas es progresivamente más estrecha; así la cavidad a la altura de su porción intersticial mide aproximadamente 1mm de diámetro.

La longitud de cada tuba es de 10 a 12 cm. trayecto que el óvulo debe recorrer. El óvulo, a diferencia del espermatozoide, carece de movilidad propia y es por ello que la tuba gracias a la mucosa tubárica formada de células cilios productoras de secreción, se encarga de ese transporte.

Los cilios (pequeños "pelitos" celulares) producen una

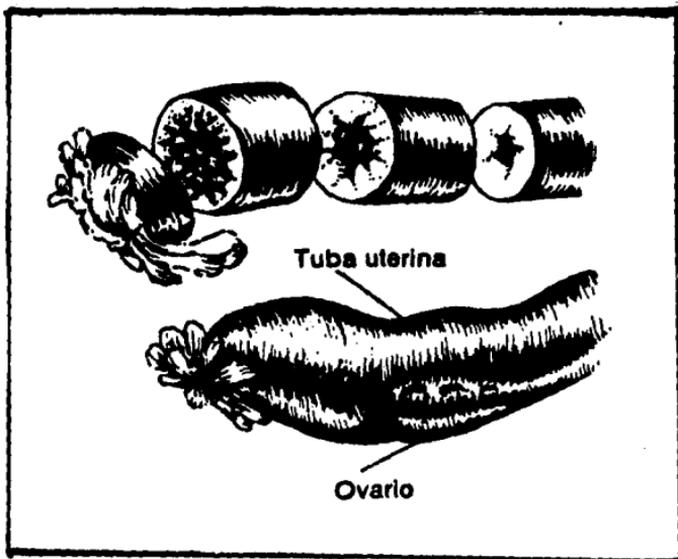


FIGURA NO. 5.

Esquema de las diferentes zonas de la tuba uterina. Se observa claramente las diferentes dimensiones - su luz conforme se acerca al útero.

"corriente" hacia el útero. Por su encima de la mucosa desciende la capa muscular que a diferencia de la del útero, es sumamente delgada. El óvulo necesita de 4 a 5 días para llegar al útero.

## LO OVARIOS

Los ovarios son dos estructuras en forma de almendra que miden 4 cm de largo, 2 cm de ancho y 1 cm de grueso ( en la mujeres la vida reproductiva) pero durante la menopausia disminuyen de tamaño.

A diferencia de los testículos, los ovarios no tienen un sistema tubular para que "drene" la producción ovárica de células germinales.

Las funciones ováricas son: producir en cada ciclo menstrual un óvulo capaz de participar en la fecundación así como producir cíclicamente hormonas femeninas, es decir, los estrógenos y la progesterona.

En la estructura ovárica pueden distinguirse la corteza y la médula; en la primera se observan numerosas folículos

ováricas, en diferentes estadios de desarrollo, en cada ciclo menstrual, un cierto grupo de folículos primarios maduran, aumentan su tamaño y se llenan de líquido folicular, hasta que, alrededor de la mitad del ciclo (más o menos el día 14), uno de ellos, el folículo vesicular (antes llamado folículo de Graaf) alcanza la madurez; para entonces la célula germinatoria, que en un principio era un ovogonias a través de las divisiones de maduración (meiosis) se convierte en un ovocito de segundo orden. La ovogénesis, nombre que recibe este proceso, tiene los siguientes estadios principales: ovogonias, ovocitos de primer orden, ovocitos de segundo orden, óvulo maduro.

## 4.2 CONSTITUCION BIOLOGICA DEL HOMBRE.

Para su estudio, el aparato genital masculino se divide en órganos externos e internos, los primeros están a la vista y son el pene y escroto.

### EL PENE

El pene es un órgano cilíndrico formado por tres cuerpos eréctiles, es decir capaces de incrementar su tamaño y consistencia. (Ver fig. 6). Consta de raíz, cuerpo y glande, siendo la raíz la porción más proximal... (127) y el glande la más distal... (128).

Las partes eréctiles del pene se llaman cuerpos cavernosos, dos de ellos están colocados dorsalmente (por arriba) y uno más distal se ensancha para formar el glande.

- (127) Se le llama proximal a lo que está más cercano al tronco.  
(128) Se le llama distal a lo que está más lejano del tronco.

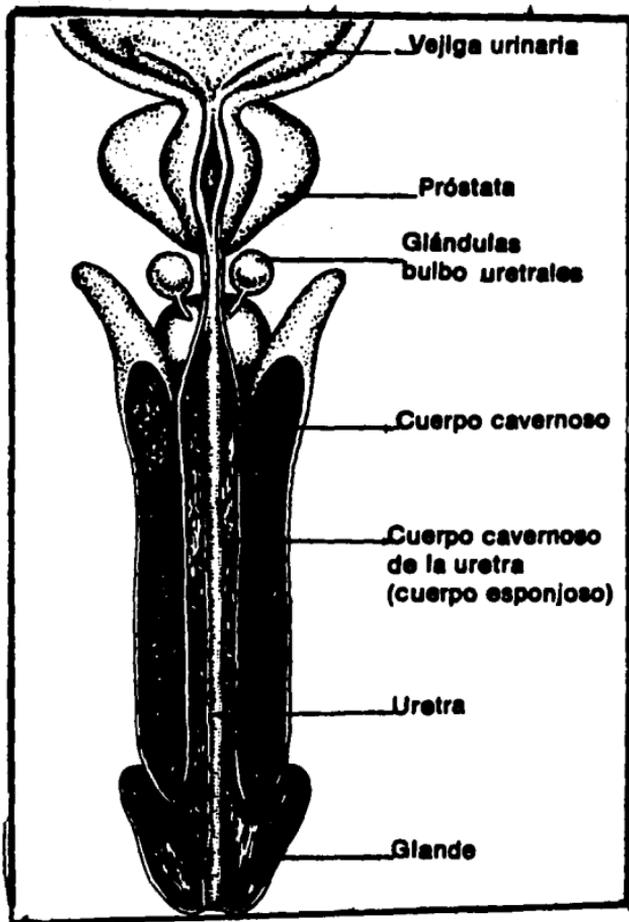


FIGURA No. 6

Varias membranas o fascias, mucho menos elásticas que los cuerpos cavernosos, permiten que la mayor cantidad de sangre que llega a ellos con la excitación sexual pueda traducirse en aumento de volumen, primero y de consistencia, después. Estas fascias se llaman tónicas albugínea de los cuerpos cavernoso de la uretra, fascia de Buck (fascia peneana) y fascias de Colles (fascia peneana superficial) Fig. 7. Estos cuerpos se llaman así por estar constituidos de un tejido especial parecido a las esponjas; está formado por una multitud de travéculas que dejan espacio entre sí; si hay poca sangre los espacios están relativamente vacíos, si hay más se llenan y dan como consecuencia el aumento de tamaño y consistencia (erección).

La raíz del pene está formada por la unión de los dos cuerpos cavernosos con los huesos de la pelvis (en la sínfisis pública). El cuerpo cavernoso de la uretra se ensancha en esta zona para formar el bulbo de la uretra.

En la región más distal se encuentra el glande, cuya "corona", rodete localizado en la parte proximal, por medio del surco balano prepucial, lo limita. Hacia adelante se encuentra la desembocadura de la uretra o meato uretral.

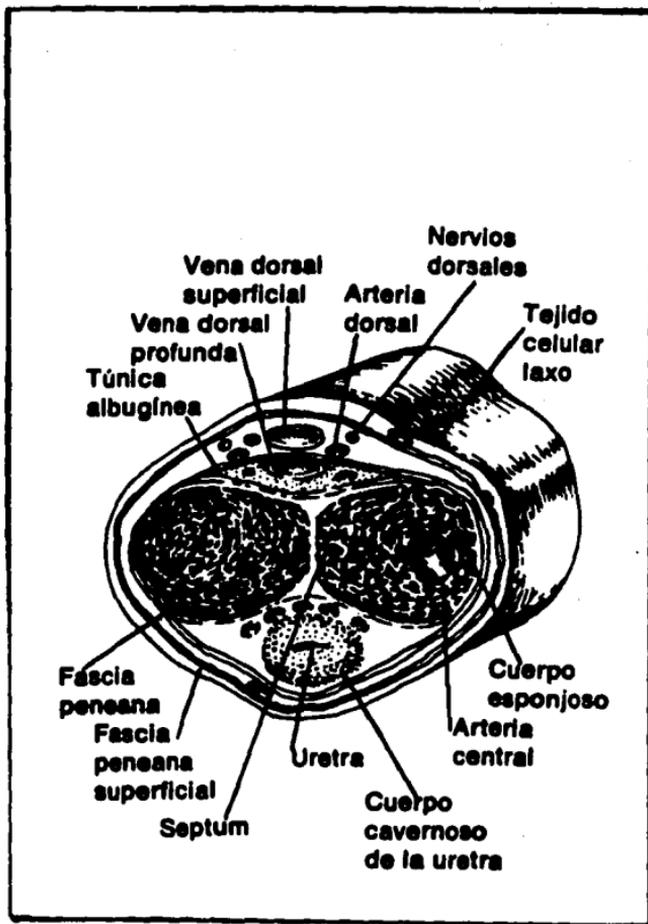


FIGURA NO. 7.  
 Corte Transversal del pene.

La piel del pene es muy delgada y se desliza con facilidad lo que permite que se adapte a los cambios de volumen. Al llegar al glande, la piel se fija por medio del frenillo (Fig. 8), y por detrás de la corona, forma el prepucio, repliegue que cubre el glande. El prepucio, se retrae durante la erección quedando entonces descubierto el glande. En algunos individuos esto no sucede con facilidad (fimosis); en este caso se debe practicar la circuncisión, operación con la cual se retira el prepucio. Debajo del prepucio, en el surco balano prepucial se encuentran unas glándulas sebáceas; las glándulas prepuciales que segregan una sustancia blanquecina llamada esmegma. La circuncisión en ocasiones es practicada por motivos religiosos, o bien por higiene, pues con ella deja de acumularse esmegma.

La función del pene es doble, es el órgano de la cópula vaginal y conducto de las vías urinarias. El tamaño del pene, contra lo que comúnmente se cree, no tiene relación alguna con la capacidad de dar o recibir placer. El tamaño promedio es de 6.5 a 10 cm. de longitud en estado de flaccidez con 2.5 cm de diámetro y 9 cm de circunferencia. En estado de erección las medidas promedio son de 13.5 cm a 16.5 cm. de longitud, con un diámetro de 4 cm y 11.5cm de circunferencia; generalmente los penes pequeños en estado

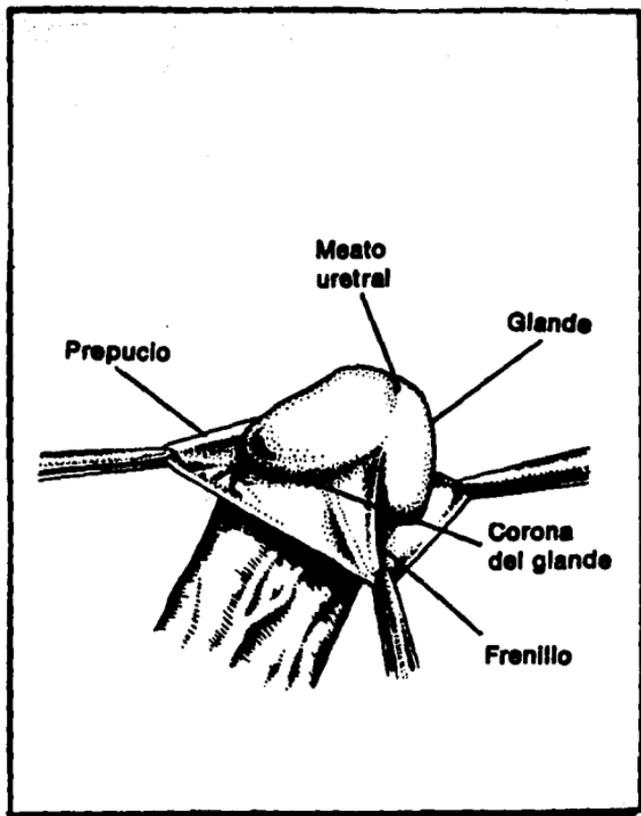


FIGURA No. 8.  
Vista del pene, glande y prepucio.

flácido tienden a aumentar de tamaño proporcionalmente más que los penes que en estado de flaccidez son mayores.

A todo lo largo del pene hay numerosas terminaciones nerviosas; generalmente existe una mayor cantidad en el glande.

#### EL ESCROTO

El escroto, bolsa cutánea situada por debajo del pene contiene en su interior a los testículos. La piel que lo forma es distinta a la de otras zonas del organismo, tiene múltiples rugosidades y su pigmentación es mayor. Debajo de ella existe una capa densa de músculo lisa... (129), llamada túnica Dartos, la cual se contrae y relaja según la temperatura ambiental; los testículos necesitan para su funcionamiento una temperatura inferior a la del abdomen, y están separados dentro del escroto por un tabique de tejido fibroso llamado Septum medio del escroto.

- (129) En el organismo humano existen tres tipos de fibras musculares según su apariencia en el microscopio de luz: fibras estriadas, que se encuentran en los músculos voluntarios. Fibras lisas: presentes en los lugares en que no podemos contrarlar la contracción (intestino, estómago y aparato genital). Fibras cardiacas. son especiales, - fibras estriadas pero involuntarias.

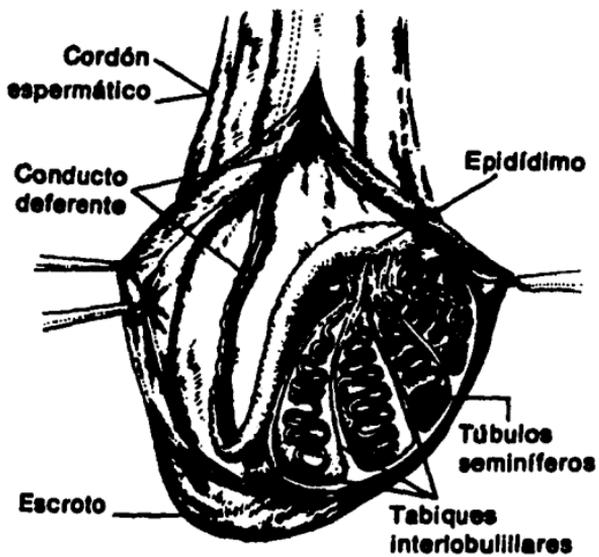


FIGURA No. 9  
ESTRUCTURA INTERNA DEL TESTICULO.

Los órganos genitales masculinos internos son: los testículos, los epidídimos, los conductos deferentes, las vesículas seminales, la próstata, las glándulas bulbouretrales (de Cowper) y la uretra.

## LOS TESTICULOS

Los testículos son dos estructuras ovoidales alojadas en el interior del escroto. Miden cerca de 4 cm de largo y 2.5 de ancho, en el adulto.

Tienen dos funciones conocidas, hasta hoy: la producción de espermatozoides y la producción de hormonas masculinas o andrógenos (fundamentalmente testosterona).

En el embrión los testículos se encuentran dentro de la cavidad abdominal pero poco antes o después del nacimiento descienden a la bolsa escrotal donde se mantienen a una temperatura inferior que en el abdomen.

La capa externa del testículo es la túnica albugínea formada por tejido conectivo muy resistente y no extensible. Su interior está dividido en numerosos lobulillos testiculares formados por tabiques interlobulillares, los que parten radicalmente de la túnica (Figura 9).

Entre los túbulos seminíferos se encuentran las células productoras de andrógenos (testosterona en forma principal), mismas que por estar "entre el tejido" se llaman células intersticiales (o también células de Leydig). De esta manera las dos funciones del testículo (producir hormonas masculinas y producir células reproductivas) se llevan a cabo por células diferentes que tienen también localización distinta.

#### EL EPIDIDIMO

El epidídimo es el sistema que funciona como colector para los espermatozoides producidos en el testículo, los que como habíamos dicho, avanzan a través de los túbulos seminíferos hacia la red testicular y de ahí, por medio de los conductillos deferentes llegan al epidídimo.

El epidídimo es un órgano par (existe uno para cada testículo), tiene forma de una coma (,) se encuentra adosado montado por su cara cóncava al testículo y mide unos 5 cm de largo. Dentro de él, sumamente enrollado está al conducto epididimario, el cual distendido llegan a medir 5 metros de longitud.

El epididimo tiene cabeza, cuerpo y cola; de esta última, haciendo una curva de 180° hacia arriba, sale el conducto deferente. Las paredes del conducto epididimario contienen pocas fibras musculares en la cabeza pero, a medida que se avanzan hacia la cola, tienen más músculo liso.

### C O N D U C T O D E F E R E N T E

El conducto epididimario, al salir de la cola del epididimario, se convierte en el conducto deferente. Este conducto es delgado y tiene una capa muscular lisa bien desarrollada. Mide de 50 a 60 cm de largo y va desde el testículo hasta el interior de la cavidad abdominal, por detrás de la vejiga urinaria; ahí llega a unirse con las vesículas seminales y próstata; termina atravesando a la próstata donde recibe el nombre de "conducto eyaculador" y desemboca en la uretra. (Existen dos conductos deferentes, uno para cada testículo).

El conducto deferente, en el momento de la eyacuación, contrae su capa muscular haciendo avanzar a los espermatozoides hasta la uretra.

El conducto deferente sube hacia la cavidad abdominal acompañado de los vasos sanguíneos (venas y arterias) y de los nervios que irrigan e inervan los testículos en un paquete que se llama "el cordón espermático está contenido a su

vez en una prolongación de músculo de la pared abdominal, el músculo cremáster, el que eleva al testículo junto con la con tracción de la Dartos del escroto.

El conducto deferente puede cortarse mediante una opera ción que se llama "vasectomía", con el objeto de impedir el - paso de los espermatozoides; el conducto es fácilmente palpa- ble en el escroto lo que hace que la operación sea técnica- mente sencilla; ésta no afecta el funcionamiento de ninguno- de los órganos del aparato genital y, por lo simple que es, se recomienda como método definitivo de esterilización.

#### VESÍCULAS SEMINALES

Las vesículas seminales son dos tubos ciegos (uno en ca- da lado) que desembocan en el conducto deferente. Su función es producir un líquido viscoso (líquido seminal) que se mezcla con los espermatozoides en el momento de la eyaculación; el contenido del líquido tiene características protectoras y nu- trientes para los espermatozoides. ... (130)

(130) El líquido prostático contiene: ácido cítrico, calcio, fosfatasa - ácida y fibrolisina.

Dentro de ese "caparazón" de tejido conectivo se encuentra el tejido testicular (parénquima testicular) el cual está formado por multitud de tubitos enrollados en los espacios que dejan los tabiques interlobulillares (o sea, en los lobulillos). Estos son el lugar de producción de los espermatozoides y se llaman túbulos seminíferos; todos ellos están conectados por ambos cabos a la red testicular (rete - testis), en donde "desemboca" su contenido y numerosos conductillos que van a terminar en el epidimo.

La estructura de los túbulos seminíferos está destinada a la producción de espermatozoides, en su parte más externas, una capa celular limita el tubo, mas hacia la luz del tubo, otras células sirven de sostén y al parecer dan también nutrientes a las células germinales que darán origen a los espermatozoides, estas células llamadas a veces "nodriza" de los espermatozoides se denominan células de Sertoli. Además adheridas a las células de Sertoli se encuentran las células germinales, las más "jóvenes" se encuentran en las paredes de los túbulos y a medida que van madurando se van acercando a la luz del tubo. La maduración de las células germinales se conoce como espermatogénesis y consiste básicamente en las dos divisiones meióticas, siendo los estadios más importantes.

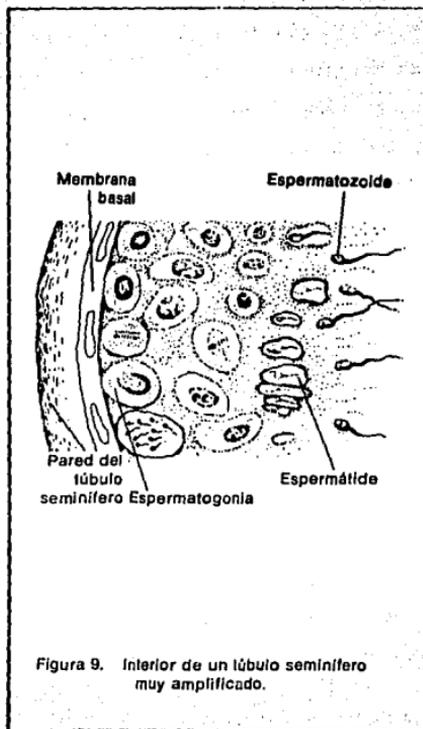
## LA PROSTATA

La próstata es una glándula que se encuentra abajo y de lante de la vejiga urinaria, rodeando la uretra (desembocadura de la vejiga); es atravesada por los conductos eyaculadores - que desembocan dentro de su cuerpo hacia la uretra en una pequeña eminencia, que tiene numerosos pequeños conductillos - que desembocan también en la uretra por donde se vierte las secreciones prostáticas, cuando por alguna circunstancia crece la próstata, obstruye el paso de la orina.

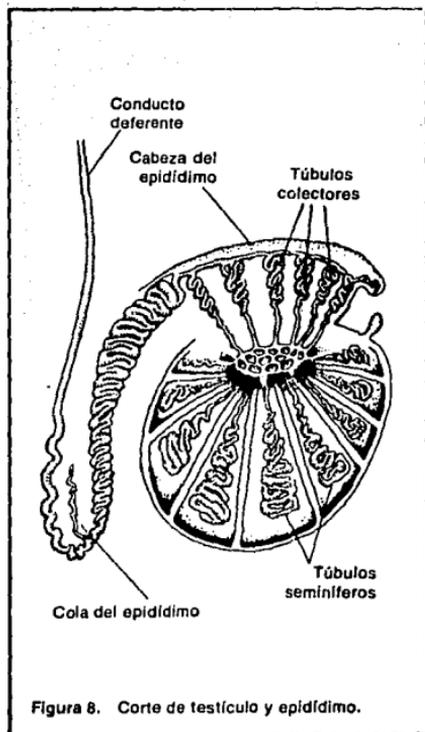
El líquido prostático se une al líquido seminal y a los espermatozoides para formar el semen; esto gracias a que la próstata está rodeada de una cápsula muscular lisa que se contrae en el momento de la eyaculación.

La función del líquido prostático es alcalinizar el semen, hecho que quizá tiene importancia en la capacidad de fecundación de los espermatozoides. ....(13)

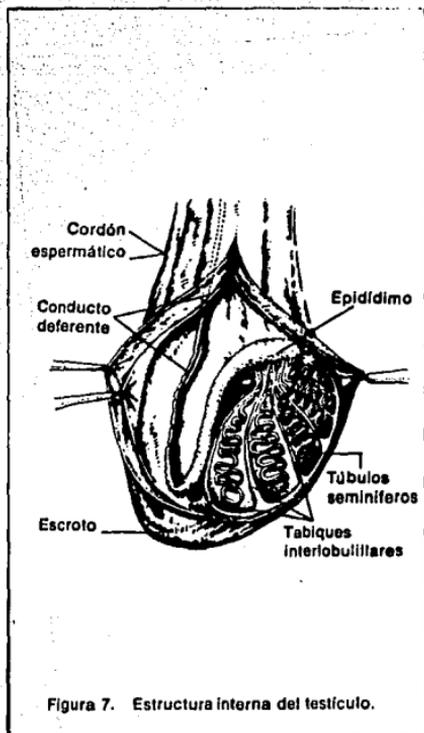
(13) El líquido seminal es rico en levulosa y contiene pequeñas cantidades de ácido ascórbico, inositol, ergoteína, fosforilcolina, prostaglandina y cinco aminoácidos.



Interior de un túbulo seminífero  
(amplificado)



CORTE DE TESTICULO Y EPIDIDIMO



ESTRUCTURA INTERNA DEL TESTICULO

## **GLANDULAS BULBOURETRALES**

Las glándulas bulbouretrales (antes denominadas glándulas de Cowper), son dos y se encuentran a un lado del bulbouretral; ellas vierten su contenido hacia la uretra unos momentos antes de la eyaculación. Se considera que su función es preparar a la uretra (que tiene condiciones un poco ácidas) para el paso de los espermatozoides.

## **URETRA MASCULINA**

La uretra es un conducto que comienza en el cuello de la vejiga y termina en el meato urinario del glande.

Su función es conducir la orina hacia el exterior y el semen en el momento de la eyaculación.

En su origen se encuentra rodeada por dos esfínteres (anillos musculares) que impiden la salida de orina; se distinguen en la uretra masculina tres porciones:

1. Porción prostática, que es la que atraviesa la próstata y donde se encuentra el verumontanum y la desembocadura de los conductos eyaculadores y prostáticos.

2. La porción membranosa, de aproximadamente 1 cm de longitud.

3. La porción peneana que va desde la raíz del pene, atraviesa el cuerpo cavernoso de la uretra y termina en el meato uretral.

Cerca del meato uretral, en la mucosa de la uretra, están las pequeñas glándulas uretrales (antiguamente glándulas de Littre).

### 4.3 FORMAS DE APARICION DEL DELITO

Me ocuparé a continuación de las figuras jurídico penales de la tentativa y del concurso de delitos, constituyen formas especiales de aparición del delito, considerando desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma reducida o ampliada. En la tentativa, el delito se limita a una parte; en el concurso de delitos, existe una pluralidad de criterios que se aplican a una acción, o una pluralidad de hechos punibles.

Por consiguiente se trata, de una contraposición entre consumación, tentativa y entre unidad del enjuiciamiento o del hecho y pluralidad de enjuiciamientos o de hechos... (132)

#### ITER CRIMINIS

Cualquier acción humana que trascienda en delito, nace como idea hasta que culmina como obra plenamente objetivizada en el mundo exterior, recorre un proceso, que puede ser más o

(132) EDMUNDO MEZGER: op. cit., pág. 275.

menos largo y que es conocido con el nombre de iter criminis.

... (133)

Los clásicos o también conocidos como los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, denominaron el "iter criminis" como el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, es decir, el proceso antes de la perpetración de un hecho descrito en la ley como delito.... (134)

Al respecto contamos con la opinión del maestro Gustavo Melo quien expresa:

Por iter criminis debe entenderse camino al delito o con el expresivo y preciso término de andamento criminal, es evidente suponer que tal "andamento" encuentre su principio en la ideación, con el surgimiento de la idea criminosa en la mente del futuro delincuente y su fin con la consumación del delito puesto en mira.... (135)

(133) NELSON R. PESSOA: La Tentativa; Hammurabi S.R.L.

(134) GUSTAVO MELO CANACHO: Tentativa del delito; 1a. ed., UNAM. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1971, pág. 24.

(135) Idem.

Al referirse Don Luis Jiménez de Asúa al concepto de "iter criminis", señala:

El iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento.

Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, lo que pasa desde que la idea entre en él hasta que consigue el logro de sus afanes. ...

(136)

Es posible observar dos fases o etapas fundamentales en el proceso de generación del delito:

fase interna,	Idea criminosa o
subjetiva o	ideación
psíquica	Deliberación
	Resolución

Iter criminis

(136) L. JIMENEZ DE ASUA: Op. Cit., pág. 459

<b>Fase externa</b>	<b>Manifestación</b>
<b>objetiva o</b>	<b>Preparación</b>
<b>física</b>	<b>Ejecución (tentativa</b>
	<b>o consumación) ... (137)</b>

**Mencionaré la relación de las fases del iter criminis con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.**

### **Fase Interna**

**La fase interna, subjetiva o psíquica del iter criminis se integra por tres etapas o períodos:**

- 1) Ideación**
- 2) Deliberación**
- 3) Resolución**

**1) Ideación.** La ideación es el primer momento que se

(137) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Op. Cit., pág 639

presenta en la fase subjetiva y surge cuando nace en el indi  
la idea de cometer el delito.

La ideación sólo se presenta en la esfera psíquica del  
individuo al nacer la idea de cometer un delito originada por  
algún impulso externo o interno, pero no se refiere a ningún  
momento siguiente. ... (138)

El primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en -  
la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede ser  
que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida  
en un principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada  
deliberación. ... (139)

Si el agente le da albergue a la idea, permanece fija -  
en su mente y de ahí surge el segundo momento o período de la  
fase subjetiva, denominada deliberación. ... (140)

2) Deliberación. Una vez que la idea de delinquir -  
es acogida por el sujeto, delibera sobre la posibilidad de su  
logro, existiendo una lucha entre la idea criminal y las

(138) GUSTAVO MELO CAMACHO: Op. Cit., pp. 26 - 27.

(139) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Op. Cit., p. 467.

(140) F. CASTELLANOS TENA: Op. Cit., p. 284.

fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Una vez surgida la idea criminosa en su mente, en lugar de rechazarla delibera sobre sus posibilidades de éxito; estudia los aspectos positivos y negativos derivados de su realización y después de haberlo considerado, todo en balance, actividad que constituye precisamente la deliberación acerca de la conducta criminosa y sus consecuencias, obtiene la conclusión que habrá de integrar el tercer momento; supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo; implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana, para quienes se manifiestan seguidores; corresponde al momento en que el sujeto agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá de optar entre los caminos que lo socialmente bueno y lo socialmente malo y, en donde en un primer encuentro de observar frente a frente los frenos psíquicos de la conducta derivados de la vida en sociedad y la manifestación, aun interna, de los distintos. ... (141)

La meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada

(141) GUSTAVO MELO CAMACHO: Ob. Cit., pág. 27

es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias. ... (142)

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el impetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la idea criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir. ... (143)

El punto de vista que doy al respecto al "delito de violación no realizado con el miembro viril" en estudio, es en el sentido de que la deliberación consistirá en la meditación sobre la idea surgida en la psique del sujeto relativa a la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, - en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, existiendo un conflicto entre esta idea criminosa acogida en su mente y los factores de carácter moral, religioso o social.

(142) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 284

(143) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., pp. 467 - 468

3) **Resolución.** Cuando el sujeto ha superado el conflicto entre la idea criminosa y aquellos factores que pugnan contra ella, surge en su mente la intención y la voluntad de delinquir, dando paso al tercer período de la fase interna del iter criminis.

El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente. ... (144).

El jurista Melo Camacho opina, que la ideación y la deliberación encuadran en el denominado elemento de la "representación" del dolo, y la resolución da vida al aspecto interno del "elemento volitivo" que habra de continuarse en la fase externa del iter criminis.

El Derecho regula relaciones entre las personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado de la impunidad de las ideas no sólo en las Partidas, sino que el jurista Ulpiano ya había dicho: "cogitationis poenam nemo patitur", principio hoy dominante en las legislaciones penales.

(144) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 284.

Prosiguiendo con esta fase psíquica el maestro Carrancá y Trujillo opina que no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso; el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a refrenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y esta la acción, convirtiéndose sólo por medio de ésta en incriminable.

La suspensión del iter criminis al transcurso de la fase interna, durante el período en que se desarrollan los elementos internos, no se considera que pueda encuadrar la tentativa punible, y ello, como expresan varios estudiosos, no tanto por la dificultad que se presenta desde el punto de vista de la prueba, es decir, de la dificultad de probar la actividad, sino con mayor precisión, en aras del principio de la libertad individual que obliga a observar el largo camino por ser recorrido, para llegar a la consumación del hecho delictuoso y la consiguiente aun fuerte posibilidad de que el sujeto, detenido y obstaculizado por el cada vez mas sensible poder coactivo, físico y moral de la ley penal, suspenda la materialización de la posible conducta ilícita. ... (145)

(145) GUSTAVO MELO CANACHO: Ob. Cit., pp. 27 - 28

En análisis, puede presentarse esta fase interna del iter criminis, en la mente de un sujeto nace la idea, delibera y resuelve realizar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, empero, no ejecuta ningún acto externo que lesione o que ponga en peligro el bien jurídico protegido, en la especie, la libertad sexual, y en razón de que solo quedan como propósito en la mente del sujeto se dice que no es delictiva porque el pensamiento no delinque.

### **F a s e e x t e r n a**

La fase externa, objetiva o física se integra por tres momentos, etapas o períodos:

- 1) M a n i f e s t a c i ó n
- 2) P r e p a r a c i ó n
- 3) E j e c u c i ó n

(Tentativa o consumación)

1) **Manifestación.** Vamos a adoptar la postura de los maestros Carrancá - Trujillo y Castellanos Tena, para quienes la manifestación si es uno de los momentos de la fase objetiva.

En la fase externa el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se juzga insuficientemente para ello buscará coordinar sus fuerzas con otras afines: propondrá, inducirá, conspirará. También puede ofrecerse la manifestación de la idea por medio de una confesión espontánea del propósito para no realizarlo, o bien de esa misma confesión, pero producida para dar a entender que ese propósito se realizará en daño de alguien. ... (146)

La manifestación no es inculpa. Por excepción existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. ... (147)

Se concluye que la manifestación es impune, salvo cuando ésta sea suficiente para encuadrarla en algún tipo penal cuando así lo exija el ordenamiento punitivo.

Puede presentarse en el sujeto la manifestación de la idea criminal sobre la que ha deliberado y resuelto ejecutar, consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía anal, por medio de la violencia física

(146) R. CARRANCA Y TRUJILLO: Ob. Cit., pág. 640.

(147) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 286

o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, situación que no es incriminable ya que nuestro estudio requiere de la realización del comportamiento que describe para que sea punible y con la simple manifestación de la idea criminal no se lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado de la libertad sexual.

2) **Preparación.** Constituye el segundo elemento de la fase externa y se produce después de la manifestación y antes de la ejecución.

Consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados; expresado por el maestro Carrancá y Trujillo. Aquí puede darse la preparación putativa, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer. La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equivoco no puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco, caso que más bien es sancionable por considerarse como un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa. ... (148 )

(148 ) R. CARRANCA Y TRUJILLO: Op. Cit., pág. 641

to ilícito, entonces son preparatorios, y si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga ánimo de delinquir, son actos de ejecución. ... (151)

Con la información extractada se concluye que los actos preparatorios son equivocados, ya que como señala el maestro Carranca y Trujillo, citando a Rossi, Manzini y Hippel, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir; de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos; no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal; revelan muy escasa peligrosidad, pero, cuando esos mismos actos concurren a integrar un tipo legal de delito pueden ser sancionados, también cuando están comprendidos, en la figura de la tentativa. ... (152)

Considero que los diversos criterios emitidos por los juristas en este estudio, sirvan para que por mi parte puedan presentarse en este segundo momento de la fase externa u objetiva del iter criminis, ya que puede acontecer que en el sujeción nazca la idea criminosa, delibere, resuelva, (fase interna), manifieste en el mundo exterior esa idea y prepare la ejecución del evento típico, sin embargo, los actos preparatorios

(151) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit., Pág. 471.

(152) R. CARRANCA Y TRUJILLO: Ob. Cit., pág. 641.

Aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado, siendo ésta la definición dada por el jurista argentino Sebastián Soler respecto al tema en cuestión. ... (149)

Siendo que el maestro Castellanos Tena opina que los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. ... (150)

Los actos preparatorios que nos dice Don Luis Jiménez de Asúa, son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución; son por ejemplo, el hecho de procurarse una arma para cometer el delito, de armarse de ganzúas y rondar la casa, etcétera. En la práctica son muy difíciles de distinguir de los actos de ejecución y se ha dicho, para lograrlo, que si son de naturaleza que igual pueden ser practicados por un individuo que tenga propósitos delictivos, que por aquél que vaya a cometer un ac

(149) F. CASTELLANOS TENA: Ob. cit., Pág. 286.

(150) Op. Cit.

para tal efecto pueden ser equívocos, a menos que de acuerdo a una valoración correcta de las pruebas en el caso concreto, se determine que esos casos eran unívocos, es decir, que eran su ficientes para realizar el comportamiento que describe el párrafo tercero del numeral 265 del Ordenamiento Punitivo, atisbando que esa preparación de ejecución sería impune en razón de que no ha realizado ningún principio de ejecución que ponga en peligro el bien jurídico tutelado, como lo es la libertad sexual, para encuadrar su conducta en la tentativa punible a que se refiere el artículo 12 del Código Penal.

3) Ejecución (tentativa o consumación). El tercer momento de la fase externa, objetiva o física del iter criminis se denomina ejecución y se dice que este es el momento pleno de ejecución del delito.

Hay dos formas que puede ofrecer en el momento de la plena ejecución de la acción violatoria de la norma penal: la tentativa y la consumación:

Tentativa. Es una figura jurídica la tentativa del delito, presentada en el marco de la esfera del iter criminis que se ubica entre los actos preparatorios y la consumación, que cierra el camino del delito.

El máximo exponente de la escuela clásica Don Francesco Carrará define la tentativa, conato o atentado como:

Cualquier acto externo que por su naturaleza conduce univocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar. ... (153)

Del concepto anterior, se desprenden los siguientes elementos:

- 1) Cualquier acto externo.
- 2) Que univocamente conduce al delito
- 3) Que conduce por su naturaleza a un resultado criminoso.
- 4) Que el agente dirige a este resultado.
- 5) Con explícita voluntad.
- 6) Al cual no le sigue el mismo evento.
- 7) Ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar.

... (154 )

(153) FRANCESCO CARRARA: Programa de Derecho Criminal. Parte General Vol I. (Trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero); Temis, Bogotá, 1956 pág. 246.

(154) Ibid., pp. 247 - 258

En nuestro país, para Don Pavón Vasconcelos la tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminal. ... (155)

Menciona a su vez los elementos de la tentativa y que son: a) Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito; b) Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva y, c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. ... (156)

En nuestro Código Penal, el artículo 12 párrafo primero establece:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. ... (157)

Se desprenden del precepto transcrito los siguientes elementos de la tentativa.

(155) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., pág. 475.

(156) Ibid., pág. 475

(157) ARTICULO 12. párrafo primero del Código Penal del Distrito Federal; 1a. ed., Alco, México, 1990. pág. 8.

- a) Querer o voluntad de cometer un delito.
- b) Una conducta (acción u omisión) que debería producirlo o evitar el delito.
- c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa se presenta en dos formas:

- 1) Tentativa acabada.
- 2) Tentativa inacabada.

La tentativa acabada, conocida también como tentativa impropia o como delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad. ... (158)

El maestro Castellanos Tena con la misma postura señala que se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando

(158) G. MELO CANACHO: Ob. Cit., p. 13.

el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. ... (159)

La tentativa es acabada cuando el autor ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado típico. ... (160)

De las descripciones anteriores se desprenden los siguientes elementos constitutivos de la tentativa acabada:

1. Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la intención dirigida a cometer el delito;
2. Un elemento material u objetivo, consistente en la total realización de los actos de ejecución y,
3. No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

El arrepentimiento activo o eficaz sólo puede presentarse en la tentativa acabada cuando el agente ha agotado todo el

(159) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit. pág. 289.  
(160) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 184.

proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias ... supone una actividad desarrollada por el mismo autor que impide la consumación del delito interrumpiendo el curso causal de la acción. ... (161)

Son elementos del arrepentimiento activo o eficaz:

1. Querer el resultado.
2. Una total ejecución de los actos productores del resultado.
3. No consumación del delito  
\_ \_ \_ por voluntad del propio agente. ... (162)

En el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal encontramos el fundamento legal del arrepentimiento activo o eficaz, que establece: ... "Si el sujeto ... espontáneamente impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere. ... (163)

Cabe citar la resolución de los Tribunales respecto al arrepentimiento en la tentativa acabada en el concepto de violación propia que prevé el párrafo primero del artículo 265 del Código Penal, pues estimo que es aplicable también al tipo

(161) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., pág. 491.

(162) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. Cit., pág. 766.

(163) ARTICULO 12, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal: la. ed., Alco, México, 1990, pág. 8

proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias ... supone una actividad desarrollada por el mismo autor que impide la consumación del delito interrumpiendo el curso causal de la acción. ... (161)

Son elementos del arrepentimiento activo o eficaz:

1. Querer el resultado.
2. Una total ejecución de los actos productores del resultado.
3. No consumación del delito  
-- \_ por voluntad del propio agente. ... (162)

En el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal encontramos el fundamento legal del arrepentimiento activo o eficaz, que establece: .... "Si el sujeto ... espontáneamente impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere. ... (163)

Cabe citar la resolución de los Tribunales respecto al arrepentimiento en la tentativa acabada en el concepto de violación propia que prevé el párrafo primero del artículo 265 del Código Penal, pues estimo que es aplicable también al tipo

(161) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., pág. 491.

(162) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. Cit., pág. 766.

(163) ARTICULO 12, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal: la. ed., Alco, México, 1990, pág. 8

en examen previsto en el párrafo tercero del mismo numeral.

"El arrepentimiento consiste en una vez realizados todos los actos de ejecución, impedir la consumación del delito. Es to quiere decir que el sujeto ha llevado a cabo, en forma total, los actos de ejecución productores, en todo caso, del resultado. Por ello, para que pueda presentarse el arrepentimiento, tiene que existir la posibilidad del resultado y, en el caso a estudio, una vez realizados todos los actos de ejecución y no realizándose como fue, la cópula, no había ya la posibilidad de consumación de la misma por los mismos actos ejecutivos y, en consecuencia, no podía el sujeto de propia voluntad impedir un resultado que ya no podía efectuarse. En otros términos, la posibilidad del arrepentimiento sólo puede presentarse en los delitos de resultado material. Y así, se observa que la afirmación de la Corte sentenciadora no tiene fundamento alguno, ya que en el caso presente no cabe el arrepentimiento porque el sujeto realizó todos los actos de ejecución sin que se produjera el delito, y no cabía la posibilidad de propia voluntad impedir un resultado que ya no se iba a producir, como hemos manifestado, por los mismos actos ejecutivos por él realizados." ... (164)

(164) Anales de Jurisprudencia, T. CXXI, pp. 231 - 232; cita de C. PORTEPETIT CANDAUDAP: Ensayo... pág. 81.

La tentativa inacabada o delito intentado, es otra de las formas de la tentativa. Consiste esencialmente en dar principio a la ejecución de un hecho punible, sin que su consumación se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.... (165)

El jurista alemán, Don Edmundo Mezger sostiene por su parte que hay tentativa inacabada, cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario que hiciera de acuerdo con su proyecto. ... (166)

Es el profesor Wessels al apuntar en la misma postura que la tentativa es inacabada cuando el autor no ha hecho todo o cree no haber hecho todo lo que, según su representación del hecho, es necesario para su consumación. ... (167)

Esta forma de tentativa inacabada o tentativa para el jurista Nelson R. Pessoa, se presenta cuando el autor, por razones ajenas a su voluntad, no puede concluir toda la actividad productora de la finalidad que había seleccionado para obtener el resultado, el cual lógicamente, no se obtiene precisamente por interrumpirse la actividad destinada a producirlo. ... (168)

(165) A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit. Pág. 120.

(166) MEZGER, EDMUND: Ob. Cit., pág. 291.

(167) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 184.

(168) N.R. PESSOA: Ob. Cit., pp. 81 - 82.

El maestro Castellanos Tena en nuestro país explica que la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los - actos tendientes a la producción del resultado, por causas ex trañas, el sujeto omite alguno (o varios) y, por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.... (169 )

La tentativa inacabada, agrega el mismo autor, sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto... (170 )

Con las explicaciones anteriores desprendemos como elementos de la tentativa inacabada, los siguientes:

- 1) Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la intención, en el querer cometer un delito;
- 2) Un elemento objetivo o material, relativo a un principio de ejecución de un hecho típico, y
- 3) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Los criterios que existen en este sentido de que en la

(169) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 289.

(170) Ibid., pág. 290.

fase de la tentativa puede el sujeto detenerse (tentativa inacabada), por lo que su conducta debe ser favorecida con una ex cusa total de la pena por razones de política criminal.

Se denomina desistimiento a la tentativa inacabada exi mente de la pena.

El desistimiento consiste en abandonar las acciones ulte riores necesarias para terminar el hecho. El desistimiento es espontáneo, cuando el autor ha abandonado la ejecución de la ac ción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejec ción, por circunstancias independientes de su voluntad. ..  
.(171)

En la tentativa inacabada, el desistimiento se produce por interrupción que el propio autor hace de su actividad pro ductora de la finalidad, por eso, en esta modalidad no será ne cesaria una conducta con dirección contraria a la productora de la finalidad, sino que será suficiente con la inactividad o mejor dicho, la interrupción del acto pro ductor de la finali dad. .... (172)

(171) EDMUND MEZGER: Ob. Cit., pág. 292.

(172) NELSON R. PESSOA: Ob. Cit., pág. 82.

En la tentativa inacabada no procede la punibilidad del autor, si éste abandona espontáneamente la ulterior ejecución del hecho. "Abandonar" significa renunciar a la ulterior ejecución de la decisión tomada con anterioridad realizando la correspondiente "contradecisión". ... (173 )

El desistimiento es espontáneo si no está provocado por motivos forzosos; debe surgir de un motivo autónomo, no siendo necesario que sea éticamente valioso. El impulso para desistir también puede venir por fuerza, lo que sólo decide es que a pesar de esa actuación, el autor siga siendo dueño de sus decisiones, a saber, que no esté impedido por una situación externa o interna para consumar la realización de su decisión que se le presenta como posible. ... (174)

De la información señalada anteriormente y acorde con el punto de vista de Don Celestino Porte Petit, los elementos de la tentativa desistida son:

- a) Querer el resultado.
- b) Un comienzo de ejecución.
- c) Cesación de los actos ejecutivos

(173) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 185.  
(174) Ibid., pág. 186.

por voluntad del propio agente, y

d) No consumación del delito.... (175)

En virtud de haber conocido los diversos planteamientos de la tentativa desistida considero que cuando concurren los elementos mencionados sobre la misma, es decir habrá tentativa desistida del "delito de violación no realizado con el miembro viril" cuando el sujeto quiera cometer el delito, inicie actos indóneos e inequívocamente dirigidos a la introducción de un elemento o instrumento por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, empero, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución esto es, que abandone los actos necesarios ulteriores para consumar el hecho, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos, como lo establece el artículo 12, párrafo tercero del Código Penal.

#### **Tentativa inidónea y delito putativo.**

Cuando la ejecución de la decisión de cometer el hecho

(175) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa .... p. 761.

no puede producir, en contra de la- representación del autor, por razones de hecho o jurídicas, la realización completa del tipo objetivo de lo injusto. Esto ocurre en caso de que el autor no reconozca la inidoneidad del sujeto, del objeto del hecho o del medio para llevarlo a cabo. ... (176 )

El delito imposible se da cuando la acción típica, a cu cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad de origen de los medios em pleados para realizarla, o bien por la inidoneidad de igual ca rácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean. ... (177 )

El delito es imposible por inexistencia del objeto cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminal del agente. .... (178 )

Basándonos en las opiniones anteriores, la característica doctrinal de la tentativa inidónea o delito imposible, radica

(176) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 180.

(177) FRANCISCO BLASCO FERNANDEZ MOREDA citado por L. JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit., pág. 490.

(178) F. PAVON VASCONCELOS: Op. Cit., pág. 484.

ca en que el delito no se consuma debido a la inidoneidad de los medios empleados para alcanzar el fin propuesto por el sujeto, o a la inexistencia del objeto jurídico (bien jurídico tutelado), o material (real o personal).

Alfonso Reyes Echandia señala a la tentativa inidónea o delito imposible, como causal de atipicidad, dado que si la conducta del autor es inodónea para producir el resultado previsto en el tipo legal o si se verifica sobre objeto material inexistente, en una y otra hipótesis tal comportamiento no encuadra en la descripción típica. ... (179)

Estoy de acuerdo en que una tentativa inodónea o delito imposible, se presenta una causa de atipicidad cuando el sujeto realice la acción descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, consistente en introducir un elemento o instrumento en vía vaginal o anal, si los medios utilizados no sean la violencia física o moral no sean la violencia física o moral; o que tal comportamiento no se realice sobre una persona, en tales hipótesis considero que existe atipicidad y no una tentativa inidónea o delito imposible.

(179) A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit., pág. 127.

## Delito putativo.

Delito putativo o imaginario es el que el autor cree erróneamente que su conducta cae bajo una norma prohibitiva, - la que solo existe en su imaginación o que extiende excesivamente en perjuicio suyo a causa de una interpretación falsa (error de prohibición, de subsunción o acerca de la punibilidad invertido). ... (180)

En el putativo no hay infracción a la Ley Penal, como lo señala el profesor Castellanos Tena, por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe, no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria: el sujeto cree erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente. ... (181)

El delito putativo existe cuando el sujeto realiza un comportamiento, no punible, (opinión sustentada por los juristas citados), por no estar previsto como delito en la Ley Penal, más sin embargo, el agente cree que su conducta está tipificada y por lo tanto es punible.

El delito putativo enfocado desde mi punto de vista es -

(180) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 181.

(181) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit. pág. 291.

que aun cuando el sujeto cree erroneamente que la conducta desplegada es punible, y no hay infracción a la Ley Penal por im posibilidad jurídica, ya que la norma no existe como lo explica el maestro Castellanos Tena, "creo" que no se debe hablar de un delito putativo, puesto que si no existe la norma penal, habría entonces una ausencia de acto.

### **C o n s u m a c i o n .**

La consumación es el último momento en el iter criminis o camino que recorre el delito.

Francesco Carrará nos narra que consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado. ... (182)

Señala Don Luis Jiménez al respecto, que la consumación se refiere al delito perfecto y que éste no lo definen los Có digos Penales en la parte general; pero se entenderá por deli to perfecto: aquel que reúne los requisitos que en cada caso señale la legislación penal. ... (183)

(182) FRANCESCO CARRARA, citado por L. JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit., pág. - 492.

(183) L. JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit., pág. 492.

Quando el delito objetivamente se perfecciona, agrega Jiménez de Asúa, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado.

Para el maestro Castellanos Tena la consumación se llama a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. .... (184)

Tomando en cuenta las citas anteriores, manifiesto que el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", estará consumado o perfeccionado, cuando la ejecución del sujeto reúna todos los elementos constitutivos del delito previsto en en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

### **C o n c u r s o d e d e l i t o s**

La teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamientos jurídico - penales frente a un sólo delito y de la pluralidad de delitos.

(184) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., Pág. 267.

En el concurso se mantiene la unidad de la persona del autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo delito del autor, o bien una pluralidad de delitos que ésta sola persona ha cometido.

La teoría del concurso concierne tanto a la estructura del delito y de los delitos como tales, cuanto, por otra parte a las consecuencias del delito, esto es, a la pena en sentido amplio.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varios delitos; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda por que en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

El concurso de delitos puede darse en dos hipótesis:

- 1) Concurso ideal o formal
- 2) Concurso real o material

En el concurso ideal se habla de unidad de acción y plu-

ralidad de resultados.

En este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infrigen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho....(185)

Se da el concurso ideal o formal cuando un mismo comportamiento humano se subsune simultáneamente en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí....(186)

Se desprende de la opinión sustentada por los juristas citados, que la característica esencial de este concurso estriba en que una misma conducta orientada a la obtención de un determinado evento naturalísticamente entendido, lesiona o pone en peligro intereses jurídicos protegidos en diversos tipos penales, y porque tal hecho presenta una complejidad de elementos de tal manera ubicados que una parte de ellos encuadra cointeramente en varios tipos penales y el resto corresponde a

(185) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 287.

(186) A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit., pág. 143.

elementos propios de cada uno de ellos. ... (187)

El fundamento legal del concurso ideal o formal, lo tenemos en el artículo 18, primera parte del Código Penal, que establece: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. ... (188)

El concurso ideal o formal se divide en:

- 1) Concurso ideal o formal homogéneo.
- 2) Concurso ideal o formal heterogéneo.

El primero de ellos se presenta cuando con una conducta se violan varias disposiciones penales iguales y compatibles entre sí.

Es el caso que dentro de este concurso ideal o formal homogéneo se señalen como requisitos, los siguientes:

1. Una conducta (acción u omisión).
2. Varias lesiones jurídicas iguales, y

(187) A. REYES ECHANDIA: Ob. cit., pág. 143.

(188) ARTICULO 18, primera parte del Código Penal para el Distrito Federal; 47 a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 13.

### 3) Compatibles entre sí....(189)

Hay una cierta incompatibilidad al respecto por mi parte ya que no puede darse el concurso ideal o formal homogéneo en razón de que al realizarse la acción consistente en introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido, sólo se lesiona un bien jurídico tutelado, como lo es la libertad sexual, siendo por tanto imposible que con la misma acción se lesione algún otro interés protegido por el Derecho, requisito indispensable del concurso ideal o formal.

Se presenta el concurso ideal o formal heterogéneo cuando con una conducta (acción u omisión) se producen varias lesiones jurídicas distintas compatibles entre sí.

Y así en este orden de ideas son requisitos del concurso ideal o formal heterogéneo, los siguientes:

1. Una conducta (acción u omisión).
2. Varias lesiones jurídicas distintas, y

(189)

C. PORTE PETIT-CANDAUDAP: Programa ... pág. 820.

### 3. Compatibles entre sí... (190)

Redundo mi enfoque sobre el concurso que estamos analizando porque creo que es necesario aumentar la pena en virtud de que al efectuar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Penal, es posible que se lesione el bien jurídico protegido de la salud al introducir un elemento o instrumento por vía vaginal o anal, pero para no recalificar la conducta, es suficiente que se imponga la misma pena impuesta para el tipo del delito de violación que prevé el párrafo primero del mismo artículo, como lo sostengo en el capítulo de punibilidad.

#### Concurso real o material

El maestro Pavón Vasconcelos nos dice que esta forma de concurso se da cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos.

(190) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa ... pág. 820.

### 3. Compatibles entre sí... (190)

Redundo mi enfoque sobre el concurso que estamos analizando porque creo que es necesario aumentar la pena en virtud de que al efectuar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Penal, es posible que se lesione el bien jurídico protegido de la salud al introducir un elemento o instrumento por vía vaginal o anal, pero para no recalificar la conducta, es suficiente que se imponga la misma pena impuesta para el tipo del delito de violación que prevé el párrafo primero del mismo artículo, como lo sostengo en el capítulo de punibilidad.

#### Concurso real o material

El maestro Pavón Vasconcelos nos dice que ésta forma de concurso se da cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos

(190) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa ... pág. 820.

y la acción para perseguirlos no está prescrita. ....(191.)

Cuando se refiere el jurista Castellanos Tena a la pluralidad de acciones y resultados, sostiene que si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que en relación a tipos diversos (homicidios, lesiones, robos, cometidos por un mismo sujeto). ....(192.)

Esta modalidad para el profesor Reyes Echandi se presenta cuando varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en el mismo tipo. ....(193.)

En el Código Penal en su artículo 18, segunda parte fundamenta al concurso real o material donde dice que existe el mismo cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. ....(194.)

(191) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., p. 530.

(192) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pág. 310

(193) ARTICULO 18, segunda parte del Código Penal para el Distrito Federal 47a. ed., Porrúa, México 1990, pág. 13.

(194) Op. Cit.

Debemos tomar en cuenta las partes en que se divide el -  
concurso real o material:

- 1.- Concurso real o material homogéneo.
- 2.- Concurso real o material heterogéneo.

1.- **Concurso real o material homogéneo.** Se presenta -  
cuando los delitos cometidos por el mismo sujeto son de la  
misma especie o, por mejor decir, cuando sus conductas se sub  
sumen dentro de un mismo tipo legal o dentro de una misma cate  
goría de tipos (básicos o especiales). ... (195)

Son requisitos básicos del concurso real o material homo  
géneo, los siguientes:

1.- **Unidad de sujeto activo.** Los delitos deben ser co  
metidos por una misma persona.

2.- **Pluralidad de conductas.** El sujeto debe efectuar  
varias conductas (acciones u omisiones); han de realizarse en

(195) A. REYES ECHIANDIA: Ob. Cit., pág. 145.

momentos diversos y pueden serlo o no en lugares distintos.

3.- Pluraridad de adecuaciones a un mismo tipo penal o a tipos distintos. Las conductas (acciones u omisiones) del autor han de subsumirse varias veces en el mismo modelo penal (concurso monotípico). . . . (196)

Estimo que en esta modalidad de concurso real o material homogéneo puede presentarse en el prototipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", habida cuenta que un sujeto puede realizar varias veces el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, en diversos momentos y en lugares o no distintos, un modelo de ello sería si un sujeto determinado día introduce un elemento por vía anal por medio de la violencia física; posteriormente éste mismo sujeto introduce en otro día un instrumento por vía vaginal por medio de la violencia moral; siendo dos acciones realizadas en momentos diversos y en lugares distintos, sin embargo, tales comportamientos son subsumibles en el mismo modelo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", estando en el caso concreto, en presencia del denominado concurso real o material homogéneo de acuerdo con la doctrina

(196) A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit., pág. 145.

y con nuestra legislación penal en los artículos 18 en relación con el 64 párrafo segundo (respecto a la punibilidad).

**2.- Concurso real o material heterogéneo.** Se presenta cuando los delitos perpetrados son de distinta especie; es decir, cuando se encuadran en diversos tipos penales.

Redacto a continuación los requisitos del concurso real o material heterogéneo:

\*.- **Unidad de sujeto activo.** Las conductas (acciones u omisiones) constitutivas de delito, deben ser efectuadas por la misma persona.

\*.- **Pluralidad de conductas.** El sujeto se ha de realizar varias conductas (acciones u omisiones), en momentos diferentes y pueden ejecutarse o no en lugares distintos, sin embargo, a diferencia del concurso real homogéneo, dichos comportamientos delictivos deben ser subsumibles en diversos modelos penales.

3.- Pluralidad de adecuaciones a tipos distintos. Es requisito indispensable que los varios comportamientos del sujeto se subsuman en modelos penales distintos (concurso plural típico).

En lo personal considero que puede presentarse el concurso real o material heterogéneo; verbigracia, una persona se introduce a una casa sin el consentimiento de quienes la habitan, con el ánimo de cometer el "delito de violación no realizado con el miembro viril"; en este caso se dice que estamos en presencia del concurso real heterogéneo, en razón de que el sujeto ha ejecutado dos conductas (acciones) constitutivas de los delitos de "Allanamiento de morada" y "delito de violación no realizado con el miembro viril", siendo sus comportamientos subsumibles en diferentes modelos penales y distintos también los bienes jurídicos tutelados.

#### 4.4 AUTORIA Y PARTICIPACION

Las denominaciones que se le han dado, son de participación, concurso de personas en el delito, pluralidad de delincentes, autoría y participación y codelinuencia, existiendo diversidad de opiniones respecto al nombre que debe llevar este instituto penal. ... (197)

Resulta "difícil" encontrar un término genérico que abarque ambas figuras, señalado por Don Celestino Porte; quien por su parte el maestro Graf Dohna prefiere llamar a esta forma especial de aparición del delito "Autoría y Participación". ... (198)

El delito puede ser obra de una o varias personas que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal. Cuando la participación de una pluralidad de personas forma parte de la esencia misma del prototipo según la descripción legal, se habla de un concurso necesario de personas; tal ocurre en los llamados modelos plurisubjetivos,

(197) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa..., pág. 857.

(198) ALEXANDER GRAF ZU DOHNA: La Estructura de la Teoría del Delito. - (trad. de la 4a., ed., alemana por Carlos Fontán Balestra); Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 93;

como la rebelión, la bigamia, la riña, el duelo, asociación de  
lictuosa. Cuando la intervención de varias personas no es re  
quisito indispensable para la existencia del modelo y ésta de  
todos modos se produce, se presenta el aspecto del concurso -  
eventual o de la participación en sentido amplio; cuando fuera  
de los casos de concurso necesario, concurren varias personas  
para la producción de un delito. ... (199)

En un sentido amplio, el maestro Raúl Zaffaroni señala  
a éste respecto, que a la concurrencia de personas en el deli  
to se le llama "participación", pero en un sentido estricto,  
participación es sólo la concurrencia de quienes participan -  
sin ser autores. Este doble sentido de la palabra "participa  
ción" obedece a que puede haber participación de personas en  
el delito, pero también participación de personas en la conduc  
del autor del delito. ... (200)

Continuando la temática anterior, nos dice el mismo es  
critor que la participación en sentido amplio, abarca tanto a  
los autores, instigadores y cómplices y en sentido estricto, -  
comprende sólo a los instigadores y cómplices.

- (199) L. JIMENEZ DE ASUA: La Ley, pág. 601;  
(200) EUGENIO RAUL ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal. Parte General; -  
ed.. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 601.

Dentro de la naturaleza jurídica de la participación se han sostenido diversos criterios, por lo que nos ocuparemos de ellos:

1. Teoría del autor único.
2. Teoría formal - objetiva.
3. Teoría subjetiva.
4. Teoría del dominio del hecho.

1. Teoría del autor único. Cualquiera que haya cooperado en forma causal a la realización del tipo, se le considera como autor, sin tener en cuenta la trascendencia concreta de su cooperación. Al decir del jurista alemán Wessels que el criterio decisivo de la autoría unitaria es únicamente la causalidad; la forma y significación de la contribución del hecho se tienen en cuenta - solamente en el ámbito de la graduación de la pena. ... (201)

Se sostiene que esta teoría debe rechazarse en virtud de que se basa en un concepto extensivo del escritor, pretendiendo equiparar a los partícipes con los autores, siendo únicamente trascendente la contribución del hecho para los primeros

(201) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 149.

en la individualidad de la pena.

Se funda en la casualidad y en la teoría de la equivalencia de las condiciones, opinión que nos da el maestro Zaffaroni respecto al concepto extensivo de autor, ya que si se quiere fundar la autoría en la casualidad, todo el que aporta algo es autor y no hay manera de distinguir objetivamente entre autor y partícipe.

Esta teoría extensiva del autor debe ser rechazada, entre otras razones, por una que es fundamental y obvia, continúa diciendo el mismo autor: si la participación es una forma de atenuar la pena de la autoría, no puede ser partícipe quien no tiene los requisitos para ser autor. ... (202)

2. Teoría formal-objetiva. Es autor quien realiza por sí solo, total y parcialmente, la acción típica de ejecución, afirma el maestro Wessels; es partícipe quien colabora en la realización del tipo únicamente con una acción preparatoria o de auxilio. ... (203)

Basándose en esta teoría nos dice el profesor Zaffaroni

(201) E.R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 605.

(202) J. WESSELS: Ob. cit., pág. 153.

que sólo puede ser autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el modelo. ... (204)

La experiencia que tienen los maestros Wessels y Zaffaroni los lleva a no aceptar esta teoría formal - objetiva, sosteniendo el primero de ellos que su debilidad reside en que no puede aclarar la figura jurídica de la autoría mediata y no está en condiciones de concebir como coautor, en caso de comisión mancomunada del hecho, al jefe de la banda relegado a segundo plano.

Esta teoría resulta también insostenible, explica el segundo de los juristas, porque si alguien encañona a un paseante con un arma mientras otro se apodera de su billetera, en lugar de ser un robo con arma sería un delito de coacción cometido por el actor, asimismo, sería sostenible, porque quedaría fuera de su ámbito todos los casos de autoría mediata.... (205)

Esta teoría debe ser descartada sin duda, por no resolver los problemas de la autoría mediata y de la coautoría, siendo por ello ineficaz para deslindar la naturaleza entre la autoría y la participación.

( 204 ) E.R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 606.

( 205 ) Ibidem.

3. Teoría subjetiva. La autoría y participación se basa en un criterio eminentemente subjetivo, es decir, en el ánimo o voluntad del sujeto para cometer el delito.

Se asocia a la dirección de la voluntad y a la actitud interna de quienes colaboran en el hecho: es autor quien actúa con voluntad de autor (animus auctoris) y quien el hecho "como propio". Es simple participé (animus socii) y quiere causar o promover el hecho "como ajeno". (206)

Sería autor el que quiere el hecho como propio (animus auctoris), explica el profesor Zaffaroni, asimismo, como criterio para saber cuando se quiere el hecho como propio se suele echar mano del interés que el autor tiene para obtener el resultado o de la voluntad que tiene en dominar el hecho. ... (207):

Tampoco ha tenido éxito esta teoría subjetiva, en razón de que solo se basa en la voluntad o ánimo del sujeto, sin tomar en cuenta aspectos objetivos, siendo por ello rechazada por dar soluciones absurdas:

(206) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 153.  
(207) E.R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 606.

4. Teoría del dominio del hecho. La teoría que predomina actualmente para diferenciar autores y partícipes es la denominada teoría del dominio del hecho por sustentarse en criterios tanto objetivos como subjetivos.

El penalista Wessels sostiene conforme a esta teoría que el autor es quien, como "figura central" (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del sujeto. Partícipe es quien, sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como "figura marginal" del suceso real, la comisión del hecho. .... (208)

Quien tiene el dominio del hecho, sostiene el mismo autor y, tener el dominio del hecho, significa tener en las manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo.

El maestro Zaffaroni explica por su parte que el dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el "si" y el "como" del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto, dicho más brevemente, el que tiene el poder

(208) J. WESSELS: Ob. Cit., pp. 154 - 155.

de decisión sobre la configuración central del hecho (Samson). Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado. ... (209)

Siguiendo el cauce de la temática a tratar mi punto de vista sobre la teoría dominante no puede deslindar la autoría y la participación, es la del dominio del hecho conforme a la cual, no basta que el sujeto al realizar la conducta o hecho, llene objetivamente el tipo, sino que también lo debe llenar subjetivamente.

Con base en la teoría del dominio del hecho, me ocuparé en seguida de la autoría (inmediata, mediata, coautoría) y participación (instigador, cómplice), con la finalidad de saber quién es autor y quién es participe en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" en análisis.

## A u t o r   i n m e d i a t o

Una de las formas de la autoría es la inmediata, también denominada directa o material.

Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente, opinión que nos dá el maestro Wessels con respecto de ésta forma de autoría. ... (210)

Es autor directo el que realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta, narración hecha por el escritor Zaffaroni. .. (211)

Autor es el que realiza los elementos del delito en particular; es Don Celestino Porte Petit quien apunta en México - el anterior concepto. ... (212)

El fundamento legal de esta forma de autoría inmediata, directa o material, lo encontramos en el artículo 13, fracción II del Código Penal, que establece:

(210) J. WESSELS: Ob.Cit., pág.156.

(211) E. R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 609.

(212) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa. pág. 875.

**ARTICULO 13.- Son responsables del delito:**

I ....

II.- Los que lo realicen por sí; ... ( 213 )

**C o a u t o r í a**

Otra de las formas de la autoría, es la denominada **coautoría.**

Es la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida; manifestando en su libro - del jurista alemán Wessels. La coautoría se basa en el principio de la división de las tareas y del reparto funcional de los roles. Cada partícipe es aquí, como compañero con iguales derechos cotitular de la resolución común y de la realización mancomunada del tipo, de modo que las distintas contribuciones se completan en un todo unitario y el resultado total debe atribuirse a cada partícipe. Sólo puede ser coautor quien ve ne al caso como autor idóneo del hecho punible correspondiente y, al llevar a cabo el tipo, realiza en su persona las inten

( 213 ) ARTICULO 13, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal; 47 a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

ciones especiales mencionadas en la ley, por ejemplo, la intención de apoderamiento. ... (214 )

Habiendo abarcado las definiciones de los penalistas citados y la que se da en nuestro Ordenamiento Punitivo, respecto al autor inmediato directo o material, es autor el que comete el delito personalmente, aquél sujeto que conforme a la teoría del dominio del hecho, como figura central (figura clave) del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo. Asimismo, redundando el concepto aplicado, será autor inmediato, directo o material del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", aquél sujeto que realice personalmente la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, es decir, aquél individuo que introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, en este caso, se dice que el autor, tuvo en sus manos el decurso del suceso típico abarcando por el dolo, que estuvo en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la comisión del tipo que nos ocupa, siendo en

(214) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 157 - 158.

consecuencia, responsable del delito en términos del artículo 13, fracción II del Código Penal.

Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es en cooperación consciente y querida. Argumento sostenido por don Edmundo Mezger; quien continúa diciendo que a cada uno de ellos se le imputará, el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado al hecho, ni muy esencialmente, el punto a que se haya llegado la realización personal del mismo. ... ( 215)

Puede suceder que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todas las lesiones, habrá una coautoría que no admite dudas pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que le es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen en esta manera, sino que haya una división de la tarea... Así, al referirse el maestro Zaffaroni a la explicación para estos casos se da por el llamado "dominio funcio

( 215) EDMUND MEZGER: Ob. Cit., pág. 311.

nal del hecho", es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho no podría haberse realizado, tenemos un supuesto de coautoría y no un supuesto de participación. Esto debe juzgar se conforme a cada hecho concreto y teniendo en cuenta el plan del mismo. ... ( 216 )

La característica esencial de la coautoría radica en que varios sujetos deben actuar como autores en la realización del delito para que se de este fenómeno de la coautoría, sin embargo, puede ser que cada uno de los coautores desarrolle de manera integral y simultáneamente la misma conducta típica, en este caso se está en presencia de una coautoría propia, y ante una coautoría impropia cuando un mismo acontecimiento típico es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo, siendo requisitos de forma de autoría impropia: el cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico. ... ( 217 )

( 216 ) E.R. ZAFFARONI: Ob. cit., pág. 611.

( 217 ) REINHART MAURACH citado por A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit. pág. 133.

**ARTICULO 13.-** Son responsables del delito:

I .....

II .....

III ..... Los que lo realicen conjuntamente; ... (218 )

Notablemente, se pudiera aceptar esta forma de autoría - en el "delito de violación no realizado con el miembro viril", cuando varios sujetos realicen conjuntamente el tipo que nos ocupa, que hayan cooperado querida, consciente y con división de trabajo en la empresa criminal; por ejemplo, "X" y "Y" quieren llevar a cabo la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, para ello, se dividen el trabajo, de tal manera que "X" introduce un elemento - (un dedo) en la vía vaginal a "Z", y "Y" por su parte, utiliza la violencia moral, amaga a "Z" con un arma; en tal hipótesis se diría que estamos en presencia de la coautoría, a cada uno de ellos se le imputará ... el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado en la comisión del delito, ni muy especialmente, el punto a que se haya llegado la realización personal del mismo.

(218.) ARTICULO 13, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 10.

¿ Es un delito de propia mano, es decir, es un tipo e que la conducta delictuosa la debe realizar personalmente el sujeto, es posible admitir la coautoría en un delito de propia mano ?

El penalista alemán Jescheck sostiene a este respecto, - que como la coautoría representa una forma de autoría sólo puede ser coautor quien pueda ser un autor idóneo en relación a las demás contribuciones del hecho, y por ello, no cabe coautoría en los delitos de propia mano. ... (219)

Accepta el mencionado penalista que tratándose del tipo de violación, si puede presentarse la coautoría, pues sostiene que en una violación en la que uno de los intervinientes aplica violencia mientras el otro realiza el acto sexual, ambos son coautores. ... (220)

Estimo dentro del prototipo mencionado que aquél que colabora en el evento típico, aplicando la violencia física o moral sobre el pasivo, mientras otro sujeto introduce un elemento o instrumento en vía vaginal u anal, su contribución es la de un partícipe (cómplice) y no la de un coautor, aun cuando -

( 219 ) HANS - HEINRICH JESCHECK CITADO POR C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo, pág. 88.

(220) H. H. JESCHECK: Ob. Cit., pp. 940 - 941.

se nos pudiera hacer la crítica en el sentido de que en este caso estamos admitiendo un punto de vista meramente objetivo, si hemos aceptado la teoría del dominio del hecho que da cabida tanto a criterios objetivos como subjetivos, no obstante - ello, considero que se debe sancionar la conducta como la de un simple partícipe (cómplice) y no como un coautor con la finalidad de que se atenue la pena al momento de individualizar la misma.

### A u t o r   m e d i a t o

La autoría mediata es una forma de autoría y, al igual que la autoría inmediata se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho.

A esta forma de autoría mediata, también se le denomina, autoría indirecta, autoría de mano ajena o autor tras el autor ... ( 221 )

Para el maestro Zaffaroni es autor mediato el que realiza, quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. ... ( 222 )

( 221 ) E.R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 608; C. PORTE PETIT CANDAUDAP: - Programa . pág. 88.

( 222 ) E.R. ZAFFARONI: Ob.Cit., pág. 608.

Autor mediato es para el penalista Maggiore el que se sirve de una persona no imputable o no punible como longa manus, para cometer un delito. ... (223)

Es de señalar por su parte el jurista Edmundo Mezger; - autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible. ... (224)

En hilación con el mismo autor, explica que el "instrumento" es una persona que actúa voluntariamente y que es, a veces, incluso, punible; si se la utiliza como objeto sin voluntad propia, si, por ejemplo, se la maneja recurriendo a la 'vis absoluta' existe, en el autor, autoría inmediata. ... (225)

El artículo 13, fracción IV del Código Penal, indica:

ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

I .....

II .....

- (223) MAGGIORE citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa, pág. 887  
(224) EDMUND MEZGER Ob. Cit., pág. 309.  
(225) Ibid., pág. 309

III .....

IV ..... Los que lo lleven a cabo sirviéndose  
de otro: ... (226 )

Señala Don Celestino Porte Petit del artículo legal invocado, que el legislador optó, en relación con la autoría mediata, por el criterio de emplear una expresión general - exhaustiva, es decir, utilizando una expresión que comprendiera a cualquier individuo como instrumento del autor mediato, desechándose, consecuentemente, precisar a los sujetos de que se puede servir el autor mediato. ... (227 )

Al igual que en la coautoría, en la autoría mediata, se plantea el problema relativo a que si puede presentarse el autor mediato en los delitos de propia mano, es decir, cuando el tipo exige que el delito se realice personalmente por el sujeto.

Tratándose del tipo del "delito de violencia no realizado con el miembro viril", en mi opinión es imposible la autoría mediata por tratarse de un delito de propia mano, pues el sujeto no puede cometer el delito sirviéndose de otro como ins

(225) ARTICULO 13, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal: 47a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 10.

(226) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa. pág. 886.

trumento en razón de que debe cometerlo personalmente el autor por ende, dada la naturaleza del delito de propia mano, no admite la autoría mediata, habida cuenta que es imposible la ejecución del delito por otra persona.

### I n s t i g a d o r

La instigación es una de las formas de la participación. También se le llama determinador o autor intelectual.

Don Edmundo Mezger opina al respecto, instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor.... (227)

El maestro Wessels, nos dice que: Instigador es quien dolosamente ha determinado a otro al hecho antijurídico cometido dolosamente.... (228)

El maestro Zaffaroni expresa en la misma postura: Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de

(227) E. MEZGER: Ob. Cit. pág. 313.

(228) J. WESSELS: Ob. Cit., pág. 166.

un injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica. ... (229)

Acorde al tema don Luis Jiménez de Asúa nos ilustra que el instigador es el que induce o determina a otro a cometer el hecho. ... (230)

Dentro de nuestro Código Penal, en el Artículo 13, fracción V, establece:

**ARTICULO 13.- Son responsables del delito:**

I. ....

II.- .....

III.- .....

IV.- .....

V.- .. Los que determinen intencionalmente  
-a otro a cometerlo; (231)

Como elementos de la instigación se señalan los siguientes:

I. Determinar un sujeto a otro;

(229) E. R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pág. 632.

(230) L. JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit. pág. 507.

(231) ARTICULO 13, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal 47a. ed., Porrúa, 1990, pág. 10.

2. Dolosamente, y
3. A la realización de un delito.

1. **Determinar un sujeto a otro.** El determinador o instigador puede actuar sobre el ejecutor material, mediante uno de los siguientes mecanismos:

- a) **orden**
- b) **mandato**
- c) **coacción**
- d) **coinciso**
- e) **convenio o asociación.** ... (232)

a) **Orden.** Es la imperativa manifestación de voluntad que un superior jerárquico dirige a su inferior para que realice determinado comportamiento positivo o negativo.

b) **Mandato.** Es el contrato entre dos o más personas, en virtud del cual una de las partes - el mandatario - ejecuta la prestación que otra - el mandante - le ha confiado, en beneficio exclusivo de ésta.

(232) A. REYES ECHANDIA: Ob. Cit. pág. 132; FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 9a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 503.

e) **Coacción.** Es la violencia moral que una persona em  
plea sobre otra para coartar su voluntad y lograr de esa mane  
ra que actúe conforme a sus deseos.

d) **Consejo.** Es la instigación dirigida a otro con el  
fin de inducirlo a realizar conducta de acción u omisión que  
se supone lo beneficiará.

c) **Convenio o asociación.** Es el concierto de volunta  
des entre dos o más personas para hacer o dejar de hacer algo  
en beneficio común. ... ( 233)

2. **Dolosamente.** A este respecto, la inducción ha de  
ser intencional, el inductor, como el autor material ha de te  
ner conocimiento de las circunstancias del hecho así como de  
la ilicitud del acto que induce. ... (234 )

La instigación es dolosa, pero como se trata de una tipi  
cidad accesoria, el dolo del instigador está necesariamente re  
ferido al dolo del autor, aunque se distingue del mismo; el do  
lo de instigación es el querer que otro realice dolosamente el  
el tipo. Es lo que apunta el profesor Zaffaroni y que señala -

( 233 ) A REYES ECHANDIA: Ob. Cit., pág. 132.

( 234 ) EUGENIO CUELLO CALON citado por C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Progra  
ma pág. 900.

que debe tener por resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya está decidido a realizarlo no puede haber instigación. La contribución que se hace cuando el autor está ya decidido, aportando ideas para la realización, es cooperación o complicidad psíquica. Por lo que conluye explicando que la instigación no es aún posible cuando ha decidido el sujeto (autor) a cometer el injusto, sino que requiere que el autor lo haya intentado, como consecuencia de la accesoriidad de la participación, de la que la instigación no pasa de ser una de sus formas. Si la instigación no ha dado por resultado decidir al autor a la ejecución y que la misma tenga un comienzo efectivo, la instigación quedará atípica. ... ( 235)

**3. A la realización de un delito.** El instigador debe determinar dolosamente a otro sujeto para que cometa un delito de los contenidos en el libro segundo de nuestro Código Penal.

Las opiniones de los destacados juristas sobre la instigación así como la definición dada en el artículo 13, fracción V de nuestro Ordenamiento Punitivo, es de mi parecer que se puede presentar esta figura de la participación en el tipo del

( 235) E. R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pp. 633 - 634.

"delito de violación no realizado con el miembro viril", pues un sujeto puede determinar dolosamente a otro para que realice la conducta (acción) descrita en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, en tal hipótesis, se equi para para efectos de la pena al instigador y al autor material.

### **C ó m p l i c e**

La complicidad es otra de las formas de participación:

El concepto de cómplice para el Maestro Zaffaroni es - aquél quien auxilia o coopera dolosamente al injusto doloso de otro. La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual, lo que implica que quien aporta ideas para la mejor realización del injusto doloso de otro también sea cómplice. . . . ( 236)

Objetivamente se puede definir el cómplice diciendo que es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario, es lo que señala por su parte don Luis Ji

(236) E. R. ZAFFARONI: Ob. Cit., pp. 636 - 637.

ménez de Asúa. ... (237.)

Y es el hecho que para el penalista alemán Wessels expli- que que se castiga por complicidad a quien ha prestado dolosa- mente auxilio a otro para el hecho antijurífico cometido dolosa- mente. La complicidad se diferencia de la autoría por faltarle el dominio del hecho; el cómplice se limita a promover el hecho principal amparándolo física o psíquicamente. Cualquier colaboración en un hecho que haya posibilitado o facilitado el hecho principal o agravado la lesión de los bienes jurídicos cometida por el autor, contienen una "prestación de auxilio".

.... (238.)

El Código Penal vigente, en el artículo 13, fracción VI, invoca:

**ARTICULO 13.- Son responsables del delito:**

I. ....

II. ....

III. ....

IV. ....

V. ....

( 237 ) J. WESSELS: Ob. Cit. pág. 169.

(238) Op. Cit. pág. 232

VI.- Los que intencionalmente prestan ayuda o auxilios a otro para su comisión; ... (239 )

De acuerdo con las descripciones anotadas anteriormente, para que un sujeto sea considerado como cómplice se requiere que haya cooperado o auxiliado a otro dolosamente en la realización de un delito, es decir, la complicidad en el aspecto objetivo, exige un doble elemento: una cooperación o auxilio al delito, y la ejecución del mismo por otro. ... (240 )

Por mi parte, la complicidad como una de las formas en que se traduce la participación, puede presentarse en el tipo en análisis, pues como lo manifesté al referirme a la coautoría, un sujeto puede auxiliar a otro, dolosamente en la comisión del "delito de violación no realizado con el miembro viril", por lo que respecta al ejemplo clásico, "X" introduce un instrumento a "Z" por vía anal, mientras "Y" utiliza la violencia moral: "Y" debe ser considerado como cómplice en razón de que contribuye objetivamente en la comisión del delito cometido por "X".

- ( 239 ) ARTICULO 13, fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 10.  
(240 ) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Programa . pág. 911; FRANCISCO PAVON - VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; 9a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 508.

## A u x i l i a d o r

El auxiliador denominado en la doctrina auxiliador subse  
quens es otra de las formas de participación

Es auxiliador subsequens aquél sujeto que participa pro  
metiendo asistencia y ayuda para después de cometido el delito.

... (241)

Nos dice don Luis Jiménez de Asúa que esta figura de au  
xiliador subsequens se distingue del encubridor, porque en -  
encubridor no tiene nexo causal alguno con la ejecución del de  
lito. En cambio, el auxiliador sub-sequens, sí. Y es que a pe  
sar de que los actos son subsiguientes, la promesa es previa.  
Se trata, por tanto, de una actividad anterior al delito en la  
que es probable que se haya amparado el autor, que sin esa es  
peranza de facilidad en la fuga, por ejemplo, no se hubiese  
lanzado a la ejecución del crimen. Se trata, pues, de conduc-  
ta previa, y por ello nos encontramos en presencia de cómpli  
ces y no de encubridores. ... (242)

El Código Penal prevé esta forma de participación al dis

(241) L. JIMENEZ DE ASUA: Ob. Cit. pág. 509.

(242) Ibid., pág. 590.

poner en el artículo 13, fracción VII que:

**ARTICULO 13.- Son responsables del delito:**

**VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. ... (243)**

Apoyándonos en la definición dada por don Luis Jiménez - de Asúa así como la contenida en el numeral anterior, se desprenden como elementos de este instituto jurídico, denominado auxilio subsequens, los siguientes:

1. Que un sujeto realice un delito;
2. Que un sujeto auxilie a otro después de la ejecución del delito, y
3. Que el auxilio sea en cumplimiento de una promesa anterior.

Plasmando mi punto de vista al respecto, es en el sentido de que se puede presentar esta forma de participación, - pues un sujeto puede auxiliar en cumplimiento de una promesa

( 243) ARTICULO 13, fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal; 47a. ed., Porrúa, México, 1990, pág. 10:

previa al individuo que ha realizado el comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, en consecuencia, será responsable del delito en términos de la fracción VII del artículo 13 del mismo ordenamiento.

### **Encubridor**

La figura del encubrimiento fue considerada una forma de participación en nuestro Código Penal en la parte general, junto con las disposiciones sobre instigación y complicidad hasta antes de la reforma de 1983 al artículo 13, fracción VII del ordenamiento Punitivo.

Actualmente se sostiene tanto en la doctrina como en los Códigos Penales modernos como el nuestro, que el encubrimiento no es una forma de participación en razón de que es una conducta que tiene lugar cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hace que adquiera el carácter de un tipo independiente, pues como señala el maestro Zaffaroni: sólo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto ya no es posible la participación y sólo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de alguno de los supuestos típicos de encubrimiento. ... (244)

El profesor Castellanos Tena opina por su parte; si se

considera a la participación como la vinculación de los sujetos en la preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquella, salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente. ... (244 )

La postura que toma el autor citado difiere de mi opinión, ya que cuando un sujeto contribuye con una acción posterior a la comisión del delito en virtud de un acuerdo previo a éste, estamos en presencia del auxilio subsequens cuyo fundamento legal es el artículo 13, fracción VII del Código Penal y no del encubrimiento como lo sostiene el destacado penalista.

El fundamento legal del encubrimiento como tipo autónomo lo encontramos en el artículo 400 del Código Penal en cuyas diversas fracciones se contienen supuestos típicos de encubrimiento cuyo análisis debe efectuarse por separado con la amplitud debida, sin embargo, estimo que un sujeto sin duda puede ser encubridor en el tipo que nos ocupa, por ejemplo, puede prestar auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del "delito de violación no realizado con el miembro viril", con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior

(244) F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit. pág. 299.

a la ejecución del citado delito; en tal hipótesis, su conducta es subsumible al supuesto típico de encubrimiento que prevé la fracción II del artículo 400 del Código Penal.

#### 4.5 CONDUCTAS Y DESVIACIONES SEXUALES.

Degeneración, aberración, desviación, perversión, depravación y en los más recientes textos de sexología, sexopatías o sexopatologías, son términos usados, seguidos los primeros del calificativo "sexual", para denominar conductas referentes a la sexualidad, que en un momento y lugar determinado chocan, van en contra de lo que la moral considera normal, sano, correcto o bueno. Estas mismas conductas en otras épocas y lugares pudieron haber sido vistas con indiferencia por la comunidad o incluso consideradas perfectamente normales.

El homosexualismo, por ejemplo, que en la antigua Grecia de Sócrates, Platón y Aristóteles era aceptado con tanta naturalidad como el heterosexualismo y que más tarde el cristianismo señaló como pecado, durando hasta nuestros días tal consideración, o el incesto, que no sólo era permitido sino obligatorio entre los farones egipcios para conservar la pureza de su raza; o ciertas posturas o prácticas del coito entre hombres degenerados y prostitutas y, sin embargo, practicadas hace siglos de manera común y corriente en la India y vueltas a usar hoy día por matrimonios o parejas jóvenes.

Desde luego, para valorar y calificar una manifestación sexual, debemos confrontarla con la moral socio-sexual en que se da, entendiendo por ésta última, el conjunto de ideas, -

creencias y actitudes que una sociedad tiene sobre la sexualidad en un momento y espacios determinados.

Se hace necesario también hacer la distinción entre sexo y sexualidad. El sexo lo constituyen los caracteres fisiológicos y anatómicos que distinguen al macho de la hembra; la sexualidad es la manifestación la expresión psicológica, social y cultural de lo aprendido en torno al sexo. El sexo genético puede expresarse en dos fórmulas: XX y XY; en cambio la sexualidad no puede resumirse, ni generalizarse porque es una vivencia individual y personalísima.

Lo que actualmente es considerado normal es la relación sexual entre hombre y mujer como fue descrita en incisos anteriores. Es en las anomalías sexuales donde surge la discordancia y la discusión entre los estudios e interesados en el tema. He aquí algunas opiniones sobre lo que consideran diversos autores es una sexopatología.

Para los doctores A. Willy y C. Jamont: "... el hombre, con su 'libre albedrío' no admite limitaciones. Puede frenar o lanzarse al desenfreno. Esta es la causa de las perversiones y desviaciones en la sexualidad, cuando ésta se torna obsesiva. Claro que no todo es fruto de la voluntad. Hay causas constitutivas, desequilibrios hormonales y estados intersexuales congénitos. Pero existen también otras tendencias psicológicas que llevan a extremos tales como el masoquismo, el sadismo el fetichismo, etc., propios de seres débiles e inadaptados.

inadaptados.

"Tema muy debatido por los sociólogos y estadistas de todos los países es el de la 'culpabilidad' individual en los casos de desviaciones sexuales. No es raro, ni mucho menos, que quienes han de juzgar queden perplejos ante muchos casos de homosexualidad, que más merecen conmiseración que castigo, más reflexión que repulsa. Por eso sería deseable que tanto su juicio como las medidas que para su limitación se apliquen se centren en la repercusión estadística y social que tales fenómenos pueden alcanzar y, sobre todo, en las causas que los desencadenan". ... (245)

El Dr. Albert Ellis opina: "...diversas autoridades insisten en que un acto sexualmente aberrante o pervertido será aquel que:

- "a) sea estadísticamente anormal o practicado raramente por las personas que constituyen la población de un país;
- "b) sea inadecuado bajo el punto de vista biológico o reproductor;

(245) WILLY, A., y JAMONT, C. Ob. cit. p. 287.

"c) sea malsano o poco maduro psicológicamente, o bien

"d) sea 'malo' o 'equivocado' bajo el punto de vista ético o moral.

El anormal sexual es aquél que de una manera obsesiva - (coaccionado por el temor irracional), realiza una sola forma de conducta sexual, negándose de igual manera obsesiva y sin razón a practicar cualquier otra. Luego lo perverso está no tanto en su conducta, como en su obsesión, en su ceguera, en su necesidad de no practicar otra conducta, aunque después vuelva a lo anterior.

NERIO ROJAS nos menciona que la perversión sexual consiste en "manifestaciones de la desviación del instinto sexual, - en las cuales el estímulo de la libido no es el fisiológico."  
..( 246)

Para el doctor LARS ULLERSTAM las perversiones no existen y los sujetos que las practican, a quienes se niega a lla-

(246) ROJAS, NERIO. Ob. cit., p. 172.

mar bajo ningún calificativo que pueda ofenderles, son sólo, - como el nombre de su libro lo indica, minorías eróticas, a quienes lejos de censurar y condenar, se les debe ayudar a su perar su sentimiento de culpa, e incluso auxiliar a satisfacer su inclinación sexual, siempre y cuando, desde luego, no signi fique su práctica un perjuicio para alguien.

Con base en las teorías de Freud, coinciden casi todos - los autores al aceptar que, hasta hoy, no es posible afirmar - categóricamente que las sexopatías se deban a trastornos fisi cos causados por factores hormonales, constitucionales o gené ticos, sino más bien a hechos acaecidos en la infancia o ado - lescencia del sujeto, a una errónea educación, o a factores de naturaleza psíquica que han motivado en él, un comportamiento sexual diferente al de la generalidad.

Se ha comprobado que no son factores hormonales ni gené ticos los que determinan el comportamiento sexual del ser huma no, sino factores psico-sociales los que hacen que un sujeto - se comporte como mujer o como hombre, independientemente de que su sexo biológico coincida o no con éste llamado "sexo de - asignación", que es el que le confiere la cultura, la educación en que vive.

También es observación de los estudiosos de estos proble mas es que los sujetos que nos ocupan no sufren tanto por su - inclinación sexual como por la actitud hostil de la sociedad -

ante ellos, que es, en algunos casos lo-que les provoca mayo  
res problemas que su conducta misma.

La sexualidad es la expresión del sexo, influido por la  
carga genética y los factores del medio ambiente. Pero el na  
cimiento de la sexualidad, el origen, el impulso que define la  
expresión sexual, es lo que se le ha denominado "libido".

La libido es un término con el que el Maestro Sigmund  
Freud denomina al apetito sexual o instinto sexual.

Para Freud, existen dos clases de instintos fundamenta  
les, que son: El "eros" que es el instinto de la vida, instin  
to principal y básicamente sexual. Y el de "tanatos" instinto  
de muerte, que es el que supuestamente se impone en el hombre  
y que lo determina a delinquir, a destruir, a matar, pues como  
lo refiere el profesor Luis Rodríguez Manzanera "La vida y la-  
muerte, dos aspectos que se contraponen. A veces nos movemos  
buscando la vida, a veces nos movemos buscando la muerte. A ve  
ces es la vida o la muerte de los demás, y en ocasiones es la  
vida o la muerte propias". ... ( 247)

(247) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, "CRIMINOLOGIA", primera edición, edi-  
torial Porrúa, 1979, México, pág: 371.

Con base en el psicoanálisis se ha logrado conocer, que ser humano tiene diversas etapas, que atravesar en el desarrollo de su vida sexual. Etapas o conflictos que ha de superar y que van apareciendo, conforme se va creciendo como persona. Esas etapas, son a las que se les ha denominado complejos y así tenemos: al de Edipo, de Diana, de Electra, etcétera.

Es erróneo suponer que un complejo sea algo malo y que padecerlos, es tener un desequilibrio psíquico; por el contrario, que los complejos son indispensables desde el punto de vista psíquico. ... (248 )

El problema radica, cuando la persona no logra superar esos complejos. Por así decirlo, los llamados complejos, son etapas en la vida del ser humano, que deben vivirse y superarse. Luego entonces es de suma importancia que el individuo salve esas etapas como si fuesen escalones a subir. "Esa fase debe ser superada, de lo contrario el sujeto desarrollará una serie de anomalías, su personalidad estará mal estructurada, y podrá llegar al crimen, en ocasiones por sentimientos de culpa.

Todo lo cual robustece la idea de que los complejos han

(248) WILLY, A. YJAMONT, C., Ob. Cit. pág. 360.

de superarse so pena de tener que soportar trastornos, que generalmente derivan en la comisión de ilícitos o conductas anti sociales.

Es conveniente destacar la importancia que reviste la sana evolución psicosexual del individuo, pues, puede quedarse fijado en una de las etapas de su desarrollo, anterior a la genital y, es posible (en la mayoría de los casos insuperable, - sin atención especializada) que le traiga trastornos en su conducta. Lo anterior se presenta por frustración en esa etapa determinada ó por gratificación excesiva.

El maestro Rodríguez Manzanera, en su obra Criminología, nos dice que, psicoanalíticamente pueden explicarse algunos delitos o conductas desviadas, y que afectan intereses de la sociedad. ... (249)

#### C O N D U C T A S E X U A L

Es por naturaleza propia reelevante: La sexualidad en todo individuo por lograr.

( 249 ) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Ob. Cit. pág. 374.

La cuestión sexual es la raíz y la flor, el principio y el fin de toda moral.

Centro de uno de los mas grandes descubrimientos de la ciencia psicológica consiste en afirmar que el instinto sexual no es un simple mecanismo que inicia con la pubertad, sino que se origina desde el mismo instante de la fecundación y con el paso del tiempo va evolucionando hasta alcanzar un estado de maduréz tal que hace posible ya la unión sexual. Sin embargo, esa posibilidad, es únicamente anatómica y quizá fisiológica (para efectos de la fecundación), pero no es psíquica. Para llegar a una maduréz de esta naturaleza, es necesario "adaptar"; que el individuo se adapte a las reglas de conducta en materia sexual, observado durante determinado tiempo la sociedad en general tienen vigencia en ese momento. También en este renglón, la concepción humana es dinámica y variante, que moralmente es aceptado en esta época, no lo era años atrás o no lo sea, en el mismo momento, en diferente grupo social.

"Normalmente, la sexualidad no se manifiesta hasta la edad púber, sufriendo mientras tanto una lenta evolución, durante la cual hay una época intermedia en que los impulsos sexuales, si bien latentes, no están todavía centrados sobre el sexo opuesto, lo que es normal por cuanto que el concepto de libido no está caracterizada todavía y se encuentra desprovista de dirección y objeto". Sin embargo, considero que, si bien con la pubertad se manifiesta de manera más clara y obje

tiva la sexualidad, no quiere decir esto, durante la anterior etapa de vida del individuo, se manifieste la sexualidad. Ocurre todo lo contrario, la sexualidad, se expresa en todo momento de la vida del ser humano, pero antes de la etapa pubertal la manifestación sexual no busca el ayuntamiento corporal, - sino que es de muy diversa índole y adecuado al comportamiento observado en la sociedad, así pues, podemos decir que el niño o niña, va a actuar de acuerdo a papel de hombre o mujer que socialmente le corresponde.

Lo anterior es, que el comportamiento sexual infantil se manifiesta de muy diversas formas, el jugar con muñecas las niñas o a la "comidita" a que ella es la madre, le dá de comer a sus hijos. Es decir, se ubica de acuerdo a su calidad de individuo femenino que le toca vivir dentro de su núcleo social. - Luego entonces, la conducta sexual que observamos es fruto de costumbres sociales combinadas con el mensaje genético propio del sujeto en particular. López Ibor refiere: "Conviene precisar que lo que confiere a la conducta sexual humana sus características especiales, lo que la diferencia en cierta medida de la conducta sexual animal, no es la brusca aparición de una hormona en la sangre en un momento concreto y determinado de la evolución biológica individual. La aparición de esta hormona, que presupone un cierto grado de salud corporal, es ciertamente imprescindible, pero la conducta sexual está condicionada en su expresión y realización por la estructura social e histórica en la que se halla inmerso el hombre concreto. Este

hombre, individual y socialmente, es el resultado de su medio, que es a su vez un medio histórico, y como tal ha sido ya previamente modificado por el propio hombre. Por lo tanto la conducta sexual es siempre el resultado de este doble juego entre formación individual, educación, y posibilidades sociales de realizar una determinada conducta sexual".

Encontramos que las costumbres sociales, fruto de la cultura imperante en lugar y tiempo determinado, influyen de manera determinante en la manifestación sexual del ser humano, incluso se ha dicho que la sexualidad está íntimamente relacionada con el status social del sujeto, obteniendo a su vez por situaciones sociales y familiares, pero muy principalmente por la confianza que se tenga en sí mismo, y el éxito obtenido por ese concepto. Ya que se puede alcanzar el éxito social en el arte, en la política, en la música, en el estudio o en cualquier otra faceta de la vida, y tal parece que habiéndolo logrado, una persona es capaz de atraer a las personas más jóvenes y atractivas del núcleo donde se desenvuelve.

Que se puede expresar de las personas que poseen una sensación de confianza en sí mismas, se sienten estimuladas sexualmente, mientras que las que experimentan sensaciones de fracaso o depresión presentan inhibiciones sexuales.

Existen situaciones inhibitorias de la expresión del impulso sexual, como son, los principios ético-morales, el escándalo, el desprestigio, las sanciones legales o religiosas, o

la vergüenza, el temor a las enfermedades venéreas, o al embarazo, etcétera. Cada uno por separado ó en conjunto con lo que acarrearía mayores problemas y frustraciones, que ésto pasado un tiempo, va a repercutir tanto en lo personal como en la vida social, me atrevo a decir que estamos hablando de una de las tantas causas que existen para la comisión de un ilícito sexual.

Los medios de comunicación masiva también hacen que las personas se inhiban en su manifestación sexual. Si, actualmente resulta lo contrario, de los anuncios publicitarios, manipulan, de tal manera a la gente, que los hacen creer, que usando determinado perfume, van a ser más seductores ó cierta ropa la hacen ser más femeninas a las mujeres. La publicidad en la actualidad hecha mano de determinadas manifestaciones sexuales - para vender sus productos.

"La metamorfosis de la pulsión sexual en el transcurso, de la adolescencia conducen a una madurez afectiva caracterizada principalmente por la aptitud de realizar el acto sexual. De los sexos es materialmente posible en mil condiciones diversas pero no lo es psíquicamente, o sea completamente, que en condiciones y circunstancias peculiares. La conjunción de los sexos en la cópula es un acto que muchos practican corrientemente sin darle más importancia que la que le dan al beber o al comer. Sin embargo, cada hombre debe descubrir por sí mismo la existencia de una conducta sexual más humana, transformar

mándola en un auténtico valor. Apreciando en su exacto alcance humano, el acto sexual ya no aparece como un simple gesto, ya que la alegría paroxística del orgasmo que este acto procura, asegura a más largo plazo la satisfacción afectiva que exige la pulsión sexual y la propia personalidad; y solamente este acto puede, en las condiciones ordinarias de la vida social asegurar tal satisfacción. ... (250)

Las manifestaciones sexuales tienen como finalidad primordial unirse en pareja, para la procreación y formar una familia, así una óptima estabilidad emocional o afectiva. Es bien sabido que el hombre por naturaleza propia, es un ser sociable y no le es posible vivir en la soledad. En otras palabras, para el hombre, es importante relacionarse con otros seres de su misma especie, buscando la atracción sexual de personas del sexo opuesto y así complementarse, física y anímicamente.

El "sex appeal", o llamada del sexo, no es otra cosa más que, las manifestaciones realizadas para atraer a otras personas, mediante determinados actos, vestimenta o expresiones de conducta variada. El varón busca, por la necesidad bio

lógica, a la mujer y ella lo atrae dejándole entrever la posibilidad de satisfacer su necesidad sexual, su orgullo viril, su ternura y su amor. La mujer busca al hombre, guiada por el atractivo de su inteligencia, para identificarse con él en cuanto representa la fuerza y la seguridad. En la mujer el impulso afectivo difuso precede a la necesidad sexual y da sentido a la misma. Después despertará la necesidad sexual del varón contentándose ella con una satisfacción menos física y menos diferenciada. La mujer se siente absolutamente atraída por el hombre, pero elegirá al que le parezca más inteligente, más fuerte y más prestigioso. Así pues, la mujer básicamente monógama fácilmente puede darse a varios, de una forma física siendo esta una pasividad no exenta de elección, sobre todo en el plano psíquico. ... (251 )

Las manifestaciones sexuales, son expresadas y percibidas por los sentidos, captadores del mundo externo que nos rodea y por esa razón, cada uno de nosotros, pretendemos atraer a algún integrante del sexo opuesto con quien complementarnos; para ello, nos vestiremos con cierta ropa que, además de servir para cubrir nuestro cuerpo, resalte, para dejar entrever las cualidades físicas; o vamos a usar cierto perfume. En con

( 251 ) LOPEZ IBOR, Juan José, Ob. Cit. pág. 354 y s.

clusión, nuestro comportamiento sexual, tendrá como finalidad primaria, la de atraer a cierta pareja.

López Ibor, opina: "Los medios de contacto del sujeto con el mundo exterior son los sentidos, analizadores del mundo externo, que le conectan con las realidades objetivas y son en parte elementos de contacto mecánico, la interacción entre los sentidos y el medio hace que en un determinado momento las precisiones e impresiones de este último modifiquen la respuesta, que se transforma de una pura relación en un comportamiento condicionado. Los órganos de los sentidos - en su más amplio sentido - están sometidos a las influencias de la educación y en lo referente a la conducta sexual, la influencia pedagógica y cultural es básica para entender el resultado del comportamiento humano. La importancia y las modalidades de los estímulos sensoriales, fundamentalmente los olfativos, visuales, - auditivos y táctiles, viene determinada, no tan solo por la pura sensación, sino también por el hecho de que se transforma en una percepción, con toda la carga psicológica que esto significa, y la intensidad de la conducta sexual, la seducción - amorosa y la respuesta estrictamente genital se condicionan por la utilización de los estímulos sensoriales". ... (252 )

( 252 ) LOPEZ IBOR, Juan José, Ob. Cit. pág. 355.

Las respuestas que tenemos a los estímulos sexuales percibidos por nuestros sentidos, van a estar condicionados a las influencias de la educación, de la cultura, de la religión, así como de los medios de comunicación masiva, que en muchas - de las veces deforman la información de la sexualidad. Así tenemos anuncios publicitarios que emiten estímulos sexuales predominantemente femeninos, ya sea para vender pastas dentales, llantas para vehículos, automóviles, o para anunciar cosas tan intrascendentes como pudieran ser tornillos o clavos. Ahí encontramos también un grupo que pudiéramos llamar de "peligro", aquellos anuncios de bebidas alcohólicas. Derivado de esa información, consideran a la mujer como un objeto susceptible de alcanzar si se compra determinado producto o si se visten de cierta forma.

Nuestro comportamiento sexual está sujeto a diversos patrones de conducta, derivados de los diversos matices de la cultura prevalecte en un determinado lugar. "Nuestro comportamiento sexual es esencialmente el resultado de nuestras actitudes a su vez, son la resultante de nuestra educación". ... -

(253)

(253) LESLIE McCARY, James, Ob. Cit. pág. 162.

Existen ciertos tipos o patrones de comportamiento sexual que aún en la actualidad se pueden resumir a cuatro, que son:

- a) la norma de abstinencia
- b) la doble norma
- c) la tolerancia con afecto, y
- d) la tolerancia sin afecto.

La primera, consiste en que las personas en determinados núcleos sociales, deben de abstenerse completamente de la relación sexual, genitalmente hablando, es decir no deben de realizar la cópula. Pero, sí, les es permitido el enfrascarse en caricias exitantes, pero sin llegar al coito.

Esta norma, impide la libre manifestación de la conducta sexual, y trae como consecuencia, para aquellos que no logran adaptarse a tal exigencia, que se le conciba al sexo y la relación sexual, como algo malo, prohibido únicamente alcanzable con el matrimonio.

Saber que la unión sexual en las condiciones más óptimas hace que desaparezcan las tensiones emocionales y vuelva más positivo al sujeto, sucediendo lo contrario ante abstinencia. Sin embargo, es necesario que para que se acepte socialmente la practica copulativa prematrimonial, es necesario que se eduque a la población en materia sexual, a fin de que se le en

tienda en su exacto significado a la relación sexual, liberán dola de todas aquellas informaciones tendenciosas, que solo hacen que la mente y la concepción sobre el particular de las personas se vea deformada.

La doble norma concede a los varones libertad casi absoluta respecto de su comportamiento sexual. Puede basado en esta norma sostener todo tipo de relación sexual, incluso la cópula, antes del matrimonio, sin límite alguno. Pero a la mujer se le restringe esa libertad, teniendo derecho de sostener la unión sexual hasta que contrae matrimonio, previo a este acontecimiento, no le es permitido la cópula, y en cuanto a las caricias lúbricas, solo se le conceden en ciertas condiciones, - como por ejemplo, cuando su pareja es su novio. A diferencia, también al varón se le permite ese tipo de conducta, con cuanto mujer sea.

Esta norma de conducta es observada en países como Latinoamérica, en donde se concede gran valor social a los conceptos de castidad y virginidad. A consecuencia de los movimientos sociales contemporáneos, y principalmente los feministas, en la actualidad se aprecia un debilitamiento de la doble norma, pues cada vez más se observa la disminución de mujeres que llegan vírgenes al matrimonio, situación que tal parece que también el varón la está asimilando, y acepta que su futura consorte no sea virgen, pues se le está concediendo ya (como debe ser) mayor importancia al valor de la mujer como perso

na y no como objeto de compañía o de ornamento para el hombre.

**Tolerancia con afecto** es quizá, la que se está observando en la actualidad, y es la que se practica en países europeos, como Suecia, es decir, en la región escandinava, donde se les enseña a los jóvenes, de ambos sexos, que si están enamorados pueden permitirse la cópula. Lo que consiste la referida norma, "con la única condición de que exista una estrecha relación de cariño o afecto".

**Tolerancia sin afecto.** Menos difundida, por la liberalidad que le concede tanto al hombre como a la mujer, pues cuando existe atracción física entre dos personas, sin mediar condición de afecto, puede unirse sexualmente. Se piensa que tienen un grado óptimo de educación sexual, en donde no existen tabúes o mitos al respecto, las que pueden denominarse sanas. - "Las culturas polinesias del sur del Pacífico se distinguen por la importancia de las dos normas de tolerancia. Igual puede decirse de muchas sociedades africanas. ¿Hasta qué grado se consideran aceptadas? En varias de estas regiones desprecian a la mujer virgen y a la sexualmente apática y piensan que es anormal. Igualmente cierto en varias tribus del suroeste de los Estados Unidos. Los estudios de Murdock y Ford, indican - que la mayoría de estas civilizaciones no letradas consideran con tolerancia las caricias y el coito preconyugales"... (254) Lo que nos hace pensar que, esta norma, puede practicarse o se practica tanto en las sociedades que han alcanzado un grado de

de desarrollo tecnológico, cultural, y la moral ha superado ta  
búes, así como en sociedades primitivas, por así decirlo, en -  
las que se le concede valor primordial a la fertilidad.

Existen en el mundo (en el Africa negra o en Sudamérica)  
casi todos ponen de manifiesto que la prostitución, en las mu  
jeres célibes, no mancilla en absoluto el honor. Las jóvenes  
primitivas se muestran en general orgullosas de los presentes  
recibidos de sus amantes y los conservan como dote, sabiendo  
que ellas mismas aumentan así de valor. ...Los Ouled-Nail -  
(Confederación de Tribus Nómadas de la Argelia Meridional, que  
se desplazan a una y otra parte de los montes de Ouled-Nail) -  
conservan la tradición de la prostitución de las jóvenes con  
vistas a la constitución de su dote. Tan pronto como son núbi  
les, abandonan su tribu, viajan y se prostituyen durante algu  
nos años, luego regresan a sus hogares, para contraer matrimo  
nio y convertirse en excelentes madres". ... (255 )

Sociedades como la nuestra son consideradas como enfermi  
sas (en cuanto a conducta sexual se refiere), por la serie de  
mitos, leyendas o tabúes que tienen vigencia en su ámbito, oca  
sionando que la población - en gran proporción - sea ignorante

- (255) ELLIS, Albert, y ABARBANEL, Albert, "Enciclopedia del Comporta -  
miento Sexual", Primera Edición, 1970, Editorial Diana, Tomo II,  
México, pág. 932.  
( ) DALLAYRAC, Dominique, "Prostitución", primera edición, 1968, Edi-  
torial AYMA, España.

de todo lo relativo a la sexualidad, y no se conozca el exacto significado y alcance.

En algunas culturas se valora de tal manera a la mujer que puede pensarse que es un ser de suma importancia para la vida social de esos lugares, en otras sociedades -como la nuestra- se le ha considerado a la mujer como un ser de segunda categoría, como un objeto, netamente para usarse y obtener placer. Se ha dicho que entre algunos grupos de cultura musulmana se llegó hasta el extremo de extirpar el clitoris a la mujer, para rebajarla hasta el último extremo de papel como mero objeto erótico, propiedad total del varón y carente de cualquier derecho a participar de un placer que había de limitarse a proporcionar.

En la época victoriana existía la clasificación bipartita de las mujeres, la mujer decente, que era la esposa, martir abnegada, madre de los hijos, la que los atiende, y como notable especial, aquella, que tiene la obligación de proporcionar satisfacción sexual al esposo, con pleno sacrificio, incluso, de su necesidad sexual. La pérdida era aquella con la que el hombre también se satisface sexualmente y a la que considera también como objeto.

No existe una disciplina específica, y por razón de que lo que obtenemos durante nuestra vida es solamente información pues la educación, es metódica sistematizada, persiguiendo fi

nes determinados, acerca de la realidad y veracidad de la sexualidad y el sexo, lo que no sucede con la información, que por naturaleza propia, es informal, y en muchas veces alejada de toda realidad, por el hecho de haber tenido la posibilidad de que se les abriera un poco más el campo de visión cultural; y no obstante, consideran que la esposa, es la persona que debe quedarse en su casa cuidando a los hijos, y tal parece que en cuestión sexual, sólo debe de tener trato, por así decirlo normal, dicho con otras palabras, la cópula o unión sexual, únicamente será en la posición normal. Mientras que a la "amante", a "la otra" si se le conceden mayores libertades en ese campo, y porque no decirlo, éste tipo de mujeres, exigen ese trato, por estar quizá más informadas en materia sexual, o por que, se sienten mujeres de segunda categoría, por no ocupar el lugar de esposa. Lo que importa es destacar esa conducta ambivalente. No es posible que todavía se santifique tanto a la mujer casada y no se le permita obtener mayor satisfacción sexual, dentro de su matrimonio, cuando quizá tenga más derecho que la "amante" o la "otra", por vivir junto al esposo diverso tipo de vivencias y compartir alegrías, tristezas o amarguras (claro está hablando de un matrimonio normal y avenido). Se piensa que si sostuvieran la relación sexual en su variada expresión, le faltarían, quizá, al respeto a la esposa, cuando la falta de respeto está en la falta de confianza que le tiene a su esposa, y desde el momento en que no sostiene la cópula, como la sostiene con la "amante".

nes determinados, acerca de la realidad y veracidad de la sexualidad y el sexo, lo que no sucede con la información, que por naturaleza propia, es informal, y en muchas veces alejada de toda realidad, por el hecho de haber tenido la posibilidad de que se les abriera un poco más el campo de visión cultural; y no obstante, consideran que la esposa, es la persona que debe quedarse en su casa cuidando a los hijos, y tal parece que en cuestión sexual, sólo debe de tener trato, por así decirlo normal, dicho con otras palabras, la cópula o unión sexual, únicamente será en la posición normal. Mientras que a la "amante", a "la otra" si se le conceden mayores libertades en ese campo, y porque no decirlo, éste tipo de mujeres, exigen ese trato, por estar quizá más informadas en materia sexual, o por que, se sienten mujeres de segunda categoría, por no ocupar el lugar de esposa. Lo que importa es destacar esa conducta ambivalente. No es posible que todavía se santifique tanto a la mujer casada y no se le permita obtener mayor satisfacción sexual, dentro de su matrimonio, cuando quizá tenga más derecho que la "amante" o la "otra", por vivir junto al esposo diverso tipo de vivencias y compartir alegrías, tristezas o amarguras (claro está hablando de un matrimonio normal y avenido). Se piensa que si sostuvieran la relación sexual en su variada expresión, le faltarían, quizá, al respeto a la esposa, cuando la falta de respeto está en la falta de confianza que le tiene a su esposa; y desde el momento en que no sostiene la cópula, como la sostiene con la "amante".

A la mujer casada se le alaba su "virginidad" espiritual y casi física, se le considera que no tiene "sexo", esto es que no puede disfrutar del placer que emana de su práctica. Las que tienen sexo, son las otras, pero tampoco es para su propio deleite, sino para el del varón.

Ese tipo de conducta, se presenta, porque se ha dicho - que el hombre tiene miedo y debilidad hacia la mujer. "Si, la verdad pura es que el sexo débil es el masculino y que desde tiempo inmemorial y sepultado en el fondo de su subconciante, el hombre experimenta un terror mágico por la mujer y su sexo. La mujer, para usar un término propio de los antropólogos, es eg tá cargada de 'mana', de una fuerza mágica que le es exclusiva. La mujer es la dadora de la vida, es el gran vientre universal que todo lo entraña, lo crea y lo destruye; es -por la forma de su sexo- la caverna devoradora de la fuerza viril del macho. Sexo de la mujer como vacío que absorbe y agota la potencia sexual del hombre, se manifiesta en múltiples y atroces mi tos primitivos y culmina en la representación ambivalente de la Diosa-Madre, que da al mismo tiempo la vida y la muerte, como ocurre entre los antiguos mexicanos, con la terrible Coatlicue, la de la falda descubierta de maíz y calaveras. ....(256 )

(256) Revista KENA, artículo "la mujer es...¿el sexo maldito? Junio, 1975, México.

El antropólogo H. R. Hays, en su obra *The Dangerous Sex, The Myth of the Feminine Evil*, dice: "Así, la actitud del hombre vacila entre tener una amiga que sea compañera inteligente y comprensiva y el deseo de poseer una combinación de la imagen materna y la Venus de Milo; una mujer para la cual él sea el único fin en este mundo y con quien se sienta orgulloso de exhibirse.... (257)." Revista KENA, cit. pág. 54.

A consecuencia de esa confusión de imágenes, se crea la figura de lo que se ha dado por llamar "diosas del sexo" o "símbolos sexuales". Revista KENA, cit. pág. 54.

"Es curioso advertir, por lo demás, cómo la gran cortesana o vampiresa -"vamp"- o un objeto de desprecio destinado a proporcionar placer al mismo tiempo que a sufrir la marginación social, sus contrapartidas masculinas en cambio, don Juan y Casanova, son figuras simpáticas y hasta admiradas para los escritores masculinos. ... (258)" Revista KENA, cit. pág. 54.

"Y aquí llegamos a un nudo del problema que afecta hasta la fecha la situación social, cultural, económica, política y sexual de la mujer en la sociedad moderna; la ley de las dos

(257) Revista KENA, Cit. pág. 54.

(258) Idem., pág. 54

pesas y las dos medidas o la inmortal del embudo, aplicada en beneficio del varón. En apariencia, hay una sola Ley moral para ambos sexos. Pero el "no fornicar" se aplica solamente a la mujer. ...(259 )

Es que el varón exige que su futura esposa llegue virgen al matrimonio, pero no le importa que las mujeres que él quizá desvirgó vaya a ser despreciada por otros varones que piensen como él. Se le concede valor a la mujer, por su sexo, por su cuerpo, más no por ser una persona, un ser humano, como el varón.

"Todavía, para millones de hombres, subconscientemente al menos, la satisfacción sexual femenina constituye un acto de canibalismo semejante al que realiza contra el varón el vampiro femenino de Babilonia; un gesto castrante en perjuicio inmediato de la virilidad, la cual debe erigirse siempre triunfante. Para incontables varones modernos -que no han podido despojarse de su primitivismo subyacente- la mujer es la araña perversa que devora al macho apenas pasado el abrazo nupcial. ... ( 260 )

( 259 ) REVISTA KENA, cit. pág. 54.

( 260 ) Idem., pág. 106

"Aún se discute, aunque parezca mentira, si las necesidades sexuales de la mujer han de reconocerse sin alarma y tratándose con tanto respeto como las del hombre. Y todavía se debate si el verdadero orgasmo es esencial para la satisfacción sexual de la mujer. Bien, aunque se diga lo que se dijere, no hay duda de que lo es, como lo prueba el hecho de que, ahora, tantas mujeres se muestran dispuestas a obtenerlo y se sientan estafadas por el hombre que no se preocupa de ellas en ese sentido. ...(261 )

En el mismo sentido, y por razón de la característica de "mágica" que se le da a la mujer, nos es temida y a la vez deseada. Por lo que se le concede valor erotizante a ciertas partes del cuerpo femenino, percibidas por los sentidos: como son las nalgas, los senos y la región genital externa, principalmente, y finalmente las piernas y la cara.

Falsas concepciones de lo que en realidad es la sexualidad y como ha de expresarse, para cumplir con la finalidad biológica del ser humano, y además para obtener placer. Las relaciones sexuales están plagadas de leyendas y fantasías erróneas, que traen como consecuencia que las personas al tener

(261) Revista KENA, cit. p. 106.

una falsa concepción de la realidad, se comporten de manera incorrecta en sus manifestaciones sexuales, y asuman, en muchas de las veces, comportamientos anómalos, o experimenten gran ignorancia al respecto.

"Una mujer declaró que había perdido la regla y no podía ser por embarazo, ya que acostumbraba orinar después de cada acto.

Un sujeto preguntó si podía casarse. En su juventud se había masturbado y ahora temía que el hijo naciera sin una mano, cosa con que le habían amenazado.

Ser excelso en la sexualidad - es lo feo, lo grotesco, - lo malo, lo negativo. Pero esto es derivado de la falsa concepción que se tiene en rededor del sexo y su manifestación que - es la sexualidad.

Se ha identificado al sexo con el pecado, por tanto la abstinencia sexual mantiene al ser humano en estado de pureza. La practica sexual hace que las personas caigan en el pecado, - y máxime cuando no está de por medio la autorización social y religiosa para ello, como lo es el matrimonio. Se le considera a nuestro sexo frecuentemente como la parte mas vergonzosa y la más sucia, tal parece, por lo tanto debe siempre estar cubierto, y se ha de ignorar y disimular cuidadosamente.

La concepción de pureza y pecado que se tiene sobre el

sexo, hace que las personas presenten sentimientos de culpa, principalmente cuando son fuera del matrimonio; las relaciones sexuales.

Como es posible que, lo que la naturaleza nos proporciona para transmisión de la vida sea a la vez considerada por los hombres como algo malo, vergonzante. En diversos lugares al sexo se le venera por su naturaleza propia, en el Japón por ejemplo; El Matsuri, que es celebración o culto fálico. "El - Matsuri es una celebración sin vergüenza, pero restringida, un recordatorio, con ropas puestas, de la importancia del sexo en las relaciones humanas, que proviene de los ritos del hombre de la edad de piedra" "El Matsuri se celebra cada año en honor de una deidad masculina y femenina populares, comunmente conocidas como Kanamara-Sama, las 'deidades del falo de metal' . . . (262)

La virginidad es otro supuesto que trae como consecuencia un desconocimiento del sexo y un rechazo correlativo. A la mujer se le valora por el hecho de defender su virginidad hasta la muerte si es preciso, cuando no se le exige lo mismo al varón.

(262) Revista Club Privado, Artículo MATSURI FIESTA DE LA FERTILIDAD PRIMAVERAL. MATSUMOTO NICHIKO, año II, núm. 5, Editorial Corpora-Editorial, S. A., México, pág. 107.

"El himen o -membrana vaginal- es un repliegue mucoso circular, que separa la vulva de la parte interior de la vagina. ... (263 )

Hasta que no existe una relación sexual, esto es, una introducción de miembro viril alguno, pues en condiciones normales, después de este hecho desaparece; se le concede gran valor y es de suma trascendencia su presencia intacta, ya que es la nota característica del valor de la mujer y el certificado de pureza.

De modo que la pérdida de la virginidad se asume como uno de los peores males que pudieran sucederle a una mujer soltera". ... (264 )

Es frecuente confundir integridad himenal con virginidad siendo que son conceptos distintos, aunque siempre van acompañados; no es posible confundir tampoco un himen incompleto con la desfloración, ya que puede ocurrir que el himen de determinada mujer por la conformación natural sea delgado o frágil, y por tal razón, con cualquier movimiento brusco se fractura, pero la mujer sigue siendo virgen.

(263) SABATE MUÑOZ, Luis: "Elementos de Sexología Jurídica" (Sexualidad y Derecho), Editorial Hispano Europea, Barcelona España, 1976, - pág. 57.

(264) Idem., pág. 57.

## Desviaciones sexuales

La influencia del medio ambiente en que se vive, hace que la persona observe determinada conducta, que es estimada como anormal o fuera de la normalidad observada por casi toda la sociedad.

Para las mujeres como para los hombres la actividad sexual es una necesidad que debe ser rigurosamente cumplida a riesgo de alterar todo un mecanismo fisiológico. El ejercicio sexual es uno de los placeres más exquisitos y sublimes que los seres humanos se regalan a sí mismos. ... (265)

Represión sexual, conlleva a la práctica de conductas aberrantes, perversas, que atentan muchas veces en contra de los derechos de terceros y de la sociedad en general. "Las equivocaciones y aberraciones sexuales son desviaciones de la libido, hay hechos que pueden ser parasociales o francamente antisociales, como el fetichismo, el lesbianismo, la homosexualidad, etcétera, cuando afectan a un tercero". ... (266)

Los diversos cultos religiosos son los que fomentaron in

(265) RANIREZ, Simón, "El Fetichismo en la Sexualidad," Editorial Posada, S.A. Colección DUDA, semanal 1977, México, pág. 15.

(266) Op. Cit.

hibiciones sexuales en los seres humanos. El hecho de concebir las relaciones carnales entre hombres y mujeres como un simple medio para procrear ha impedido, que ese acto tan hermoso se fuera desarrollando libremente, sin tabúes de ninguna índole y sin los complejos de culpa que generan en quienes aún se someten consciente o inconscientemente a esos reglamentos morales. ... (267)

El medio ambiente social influye de manera determinante en el comportamiento sexual de la población. El comportamiento sexual raro no es el equivalente a perversión simplemente debida que está fuera de lo ordinario para una cultura determinada. Judd Marmor 'nuestras actitudes concernientes a la desnudez, - virginidad, fidelidad, amor, matrimonio y comportamiento sexual adecuado sólo son significativas dentro del contexto de nuestras tradiciones culturales y religiosas. ... (268 )

En nuestra cultura, entre lo sano y lo malsano en comportamiento sexual, lo constituye el hecho de si dicha conducta fue motivada por sentimientos de amor o si sólo fue un vehículo para la liberación de ansiedad, hostilidad o culpa. La sexualidad sana busca el placer erótico en el contexto de la ter

(267) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Ob., Cit. Pág. 373.

(268) LESLIE McCARY, James, Ob. Cit. pág. 213.

nura y el afecto; la sexualidad es manifestada de muy diversas maneras, goza de plena libertad, siempre y cuando no afecte derechos de terceras personas, y su sexualidad la manifieste de manera responsable y conciente de lo que hace.

Para calificar de aberrante un acto sexual, se debe atender a que sea inadecuado, desde el punto de vista biológico para la reproducción. El hombre posee inteligencia, instrumento con el cual crea diversos satisfactores a sus necesidades.

El doctor Ellis refiere: "Desde el punto de vista biológico o procreativo todos los actos que no conduzcan a la reproducción, como la masturbación y los juegos eróticos, tendrían que considerarse perversos; mientras que, de acuerdo con estas normas, el estupro, la violación o la persecución de menores de edad, tendrían que considerarse actos perfectamente 'normales'. Asimismo, el empleo de anticonceptivos, durante la cópula, debería considerarse como algo anormal o aberrante" ... (269).

Tampoco es índice de aberración sexual, el ejecutar de terminados actos sexuales, puesto que, si consideramos a la mo

(269) ELLIS, Albert, Ob. Cit., pág. 225.

ral como la serie de usos o costumbres que practicadas en una sociedad se estiman positivas para su desarrollo y evolución, entonces habremos de concluir que, la moral es diferente en sociedades diferentes.

Al tratar de determinar la profesora Marcela Martínez Roaro que es lo que se puede entender por moral, para así estar en aptitud de encontrar a que conductas se les puede calificar de aberrantes, refiere "Desde luego, para valorar y calificar una manifestación sexual, debemos confrontarla con la moral socio-sexual en que se dá, entendiendo por ésta última, el conjunto de ideas, creencias y actitudes que una sociedad tiene sobre la sexualidad en un momento y espacio determinado" ..  
( 270 )

Luis Sabate Nuñez opina al decir: "Sin embargo, para un médico, un psicólogo o un sexólogo resulta siempre difícil hablar, aún en un sentido más o menos extensivo o figurado, de una psicopatología de la sexualidad en la que vengan englobadas todas las conductas desaprobadas por el derecho o la moral. Y ello no sólo porque muchas de estas desaprobaciones son relativas o dependen del tiempo o del territorio en que se cometan

(270) MARTINEZ ROARO, Marcela, "Delitos Sexuales" Sexualidad y Derecho, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1982, México, pág. 29.

Hemos de citar que dentro de las aberraciones sexuales hay dos clases: una de índole natural o fisiológica, y la otra de tipo psicológico.

La anomalía sexual, puede ser debida a ciertas enfermedades o padecimientos de tipo patológico, fisiológico-sexual, o neurosis. "Lo patológico en sexología parte de dos vertientes; la una, que podríamos llamar científico-natural y es por tanto de índole típicamente médica abarca toda alteración de la función fisiológica sexual del organismo; aquí podríamos citar desde una anorgasmia, azoospermia o falta de erección peneal hasta un vaginismo o a una dispareunia. La otra vertiente es en cambio psicológica. Entraríamos, por tanto, en el campo de la patología, la homosexualidad, el fetichismo o el bestialismo, pero no desde luego el estupro ni tampoco aquellas formas superimaginativas de acoplamiento como el coito cunilingüe ni tampoco la masturbación siempre y cuando se empleasen como juegos precopulatorios estimulativos.

Las formas de aberración son en efecto, importantes causas psicológicas, una de las más importantes será el hecho de que el individuo, pervertido como resultado de enseñanzas sexuales que por lo general proceden de su infancia y la adolescencia, se acostumbra a mostrar temor o a sentirse culpable ante determinados actos sexuales y amorosos. Y como tiene impulsos sexuales biológicos que le hacen buscar alguna válvula de escape para su tensión, se fija en otros actos, que substituyen a aquellos.

Es el caso de que en muchos individuos por su educación, puede experimentar un terrible temor a mostrarse incapaz o inepto durante las relaciones erótico-sexuales de un tipo de terminado, limitándose entonces a un tipo diferente de relaciones.

El perverso suele terminar adoptando una actitud completamente hostil y rebelde ante la sociedad y sus limitaciones, y por consiguiente se convierte a veces en un individuo sádico y antisocial en sus expansiones sexuales. Los casos graves de aberraciones sexuales, insistimos, apenas se distinguen de los neuróticos y psicópatas de tipo general, salvo en su sintomatología que es algo diferente.

Para que se tenga un conocimiento generalizado de tales conductas, a efecto de que sirva de antecedente al punto central del presente trabajo, y que al ligar tales conceptos con los vertidos en dicho punto central, van a dar por conclusión que en muchas de las veces las perversiones o desviaciones sexuales traen como consecuencia la comisión de ilícitos de diversa índole, siendo lo más importante demostrar la necesidad social de establecer una norma jurídico penal, para los eventos antisociales en que resulten afectados los intereses de terceras personas cuando los perversos sexuales, asumen conductas nocivas.

Únicamente puede ser calificado como homosexual aquel hombre que prefiere, sexualmente hablando, un colaborador de su sexo.

Se desprende que puede ser que en su ambiente social en que se ha desarrollado, la mujer es la figura que ha dominado el panorama, y la que lo ha limitado en su libre desarrollo, por lo que nace en el ser una actitud de miedo o desprecio por el sexo femenino o masculino en su caso, dando lugar a la homosexualidad. Puede ser también de la inseguridad que tiene el individuo, para conquistar por sus propios medios a un ser (del sexo opuesto), que es distinto a él, tanto en lo somático como en lo psíquico, y le es más fácil relacionarse con seres de su propio sexo, al que ya conoce y está familiarizado desde toda su vida, y por tanto, las posibilidades de rechazo son menores.

El llamado lesbianismo consiste en la atracción sexual que siente una mujer por otras mujeres, con las cuales obtiene placer sexual.

Existen dos clases de lesbianas: las que ostentan un carácter viril, revelado a veces incluso por su contextura física y por otro lado las que parecen esencialmente femeninas, las cuales lo son por su carácter y temperamento.

Los travestistas son aquellas personas que repudiando las cualidades de su propio sexo y las sociales que le dan al mismo, se viste de mujer, siendo hombre, o de hombre siendo mujer, dando las características de moda en cierto lugar y tiempo.

Las personas que rechazan a tal grado el sexo real que tienen, adoptando los modos de ser de las personas del sexo opuesto, llegando a la cirugía de sus órganos genitales, para que sean transformados plenamente en un ser del sexo que desean tener o al que quieren pertenecer; estos sujetos son denominados transsexualistas.

Quienes tienen una actividad sexual fuera de la normalidad, siendo una obsesión todo lo que esté relacionado con lo sexual; están clasificados dentro de la satiriasis y ninfomanía.

Estas perturbaciones sexuales, representan un grande peligro ya que las personas que los padecen, sienten una necesidad inaplazable de satisfacer su deseo sexual obsesivo buscando por dondequiera esa satisfacción, sin tener en cuenta que con su conducta, pueden asumir actos ilícitos, y afectar los intereses de terceras personas, ya que tratando de obtener satisfacción sexual, cometen muchas veces violaciones.

Las relaciones de contacto oral en el campo sexual, serán calificadas de anormales, cuando, el sujeto, solamente obtiene placer sexual, es decir llega al orgasmo, mediante tales actos, dejando en un plano secundario y hasta a veces anulando al acto genital como máxima expresión sexual.

Adentrándonos en las actividades sexuales de contacto bucal a saber son cuatro: la felación, el cunilinguo, el anilin

guo y el mamilinguo.

El primero de ellos consiste en la estimulación realizada con la lengua, los labios y la boca sobre el pene.

Consiste el segundo de ellos, que se tiene con la lengua principalmente, los labios, en contacto con la región vaginal, sirviendo para la estimulación, clitorideana, de la vulva o de los labios mayores y menores, así como de la membrana.

El anilinguo es la estimulación que se produce en la región glútea o anal, mediante la aplicación de movimientos de la lengua. No es nociva y puede formar parte de los juegos preliminares a la relación genital.

La actividad denominada mamilinguo es la aplicación de los labios y la lengua en las mamas, con succión de las mismas, practica realizada por heterosexuales como por homosexuales.

Abarcando dentro de las desviaciones sexuales el narcisismo diremos que se trata de un enamoramiento que se tiene de sí mismo, produciendo el orgasmo mediante la ipsación o masturbación, como principal actividad sexual, dejando en plano secundario al acto genital, y en ocasiones hasta anulándolo por completo.

Existe narcisismo cuando un individuo se excita y satisface sexualmente mediante la contemplación, la admiración y la

caricia de su cuerpo con preferencia al de cualquier persona; o cuando está continuamente obsesionado por su propia imagen, ya sea vista en el espejo o en fotografía.

Por otra parte, la masturbación consiste en la estimulación sexual lograda por la acción de movimientos mecánicos, ejecutados sobre la región genital, llegando al orgasmo.

"La ipsación consiste en un tipo de actividad sexual, - por la que el sujeto llega al orgasmo mediante la manipulación mecánica a veces y acompañada de fantasías eróticas casi eróticas casi siempre, de sus órganos genitales". ... (271 )

A su vez el fetichismo es una perversión que consiste en centrar el interés sexual en una parte de la persona deseada, tanto de su cuerpo como de sus vestidos. Asimismo, el fetichista puede interesarse por objetos totalmente independientes de una persona determinada.

Los sujetos que padecen este tipo de aberración sexual, son sumamente peligrosos, ya que no les importa lo que tengan que hacer, con tal de conseguir, el objeto que le sirva como

( 271 ) LOPEZ IBOR, <sup>Dr.</sup> Juan José, Ob. Cit. pág. 442.

fetiche, puede ser que lo que deseen sea un objeto material, - inanimado; dando cabida a un acto delictuoso en el sentido de que el objeto deseado sea alguna parte del cuerpo de un individuo, sólo con el único afán de satisfacer su desviación.

Otra de las facetas de la aberración sexual, se denomina voyeurismo que consiste en obtener satisfacción mediante la observación de la desnudez o de los actos sexuales de otros.

"Aunque prácticamente todos los seres humanos experimentan cierta excitación sexual a la vista de personas del sexo opuesto, especialmente cuando dichas personas están desnudas, el individuo que de una manera principal o exclusiva encuentre satisfacción en esta práctica y que se entregue de una manera obsesiva - compulsiva al fijeo, será un mixocópico o un voyeur y como tal, un perverso sexual." ... (272). Siendo el individuo que se dedica a mirar por las casetas de baño suele ser un tipo inofensivo, pero también resulta molesto y con frecuencia se le detiene por atentado al pudor".

Tratándose de exhibicionismo se puede definir como: "una búsqueda del orgasmo mediante la exhibición de los órganos ge-

(272) ELLIS, Albert, Ob. Cit. pág. 261.

nitales o de otras partes del organismo consideradas tradicionalmente como vergonzosa, ante uno o varios testigos ocasionales sin excepción de sexo y de edad. ... (273 )

La ambivalencia que puede existir entre el sadismo y el masoquismo; consiste en la obtención del orgasmo o satisfacción sexual mediante la aplicación de dolor o recepción del mismo, tanto psíquico como físico.

"Tanto el sadismo como el masoquismo son dos formas de una misma anomalía sexual, cuya vertiente activa constituye la manifestación sádica, y la vertiente pasiva, la manifestación masoquista. Por ello muchas veces, en vez de hablar de sadismo y de masoquismo, habla de 'Sado-masoquismo' simplemente". . . (274 )

Las dos manifestaciones de aberración sexual, antes citadas, constituyen un serio problema jurídico, ya que el sujeto que padece tales anomalías, para obtener su satisfacción sexual no descansa hasta lograrlo, aun en perjuicio de otras personas, ocasionando trastornos a las mismas, e infligiéndole lesiones, o incluso hasta causándoles la muerte.

(273 ) LOPEZ IBOR, Juan José, Ob. Cit. 446.  
(274 ) Idem., pág. 453.

Procedamos a la siguiente manifestación de aberración sexual, llaméase a esta anomalía pedofilia y que tiene su significado en el amor desmedido que se le tiene a los niños, llegando al grado en que solamente una persona, puede obtener satisfacción sexual, en ese estado, empleando como pareja a los niños, pudiendo ser varón o mujer.

Llamada a veces también efebofilia, supone la obtención del orgasmo, única y exclusivamente mediante el uso de niños, de prepúberes (efebos) o de chicos recién entrados en la pubertad. ... (275)

Otro proceso que incluye nuestro tema es el denominado gerontofilia que etimológicamente significa "amor a los ancianos", siendo su significado sexual, la obtención del orgasmo o placer sexual, empleando única y exclusivamente como pareja a personas ancianas.

Semejantes inclinaciones, cuando adquieren carácter constante y se hagan extremadas, constituirán aberraciones eróticas". ... ( 276)

(275) LOPEZ IBOR, Juan José, Ob. Cit. pág. 464.  
(276) ELLIS Albert, Ob. Cit. pág. 260.

Al acto de perversión sexual cometido con un cadáver se le llama necrofilia; que literalmente es amor a los cadáveres y consiste en la excitación sexual provocada por la contemplación, mutilación o evocación mental de un cadáver".

Cuando se despreja la relación sexual normal, para obtener el orgasmo o placer sexual mediante el uso de animales, ha sido definida como zoofilia, siendo por ello una aberración sexual que se da lo mismo en el campo que en la ciudad con los animales domésticos.

Funjiendo como una parte importante las características propias de las aberraciones sexuales, es muy palpable que los individuos que padecen estas desviaciones son causa directa de imponerles un proceso jurídico - penal cuando son detectados - en cualquier actividad sexual aberrante.

## **CAPITULO V**

### **ASPECTOS LESIVOS DE LA LIBERTAD SEXUAL.**

- 5.1 Análisis del delito de violación no realizado con el miembro viril.**
- 5.2 Daño Moral .**
- 5.3 Daño Psicológico.**

## 5.1 ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION

### NO REALIZADO

### CON EL MIEMBRO VIRIL

#### CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Cabe destacar que dentro de la búsqueda de precedentes legales en Códigos Penales que antecedieron a la reglamentación del tipo delictivo motivo del presente trabajo, así como la revisión de proyectos de leyes sustantivas punitivas, nos ha reportado resultados negativos, ya que el supuesto del hecho tipificado como delito y descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente, es de creación reciente.

Con la finalidad de hacer congruente el viejo Código Penal de 1931, y con las circunstancias reales que se viven día con día, ha provocado una serie de cambios, por lo que encontramos en los últimos años, esto es a principios de esta década, una serie de reformas, entre las que destaca para este estudio, la realizada el 21 de enero de 1991, pues el Decreto que Reforma y Adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal, en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de 4 de enero de 1989, se modificó el artículo 265 del Ordenamiento señalado para quedar:

" ARTICULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de 8 a 14 años.

Se sancionará con prisión de uno a tres años al que introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. ... (277)

Es de hacerse notar que la pena en la modalidad que nos ocupa y en relación a la violación propia del párrafo primero, se aumentó ésta, ya que antes de la reforma se imponía una pena de 6 (seis) a 8 (ocho) años y ahora es de 8 (ocho) a 14 (catorce) años.

Se adiciona un párrafo, de una manera muy acertada, en virtud de la iniciativa presidencial que responde al reclamo de la comunidad por una mayor seguridad y justicia que garanti

(277) CODIGO PENAL. México, Distrito Federal, 1990. Artículo 265, Pág.115

ce con eficacia la paz pública y aseguren la protección de la sociedad defendiéndola de la violencia, misma que considero - acertada y propia para la situación crítica que vive el país - en cuanto a la seguridad pública, pero cabe destacar que la - pena impuesta al delito de violación impropia debería ser supe - rior, pues los traumas psicológicos y las lesiones que presen - tan las víctimas son de una calidad e impacto mayores, por lo que deberá de realizarse alguna propuesta para efectos de modi - ficar aumentando la sanción anterior, es decir, es indispensable profundizar la reforma jurídica que concierne a la políti - ca criminal del Estado para darle más énfasis a la tutela de - la paz colectiva en un orden de libertad y democracia.

Afortunadamente dicho artículo fue nuevamente reformado, se le adicionó un párrafo que queda como segundo y el que apa - recía como tal, pasó a tercero, esto por Decreto publicado en el Diario Oficial de 21 de enero de 1991, quedando con la re - dacción siguiente:

**"ARTICULO 265.** AL que por medio de la - violencia física o moral realice cópula - con persona de cualquier sexo, se le im - pondrá 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, indepen -

por vía vaginal, anal u oral, indepen -  
dientemente de su sexo.

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

(278)

Es preciso destacar que el proceso de tipificación recla  
ma una comprensión material de la antijuricidad, jugando un pa  
pel determinante, una serie de elementos que denotan una des -  
cripción típica de un contenido social que permite diferenciar  
la de otras conductas.

En consecuencia si los tipos penales se crean, cambian y  
desaparecen es en función de los cambios sociales y de la -  
variable perturbación de la vida social por dicha conducta ma  
terialmente antijurídica que contienen, es obvio que ahora se

(278) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa, S.A. México, -  
D.F., 52a. Edición. 1994. Pág. 81.

comprende del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal que contiene el modelo que hemos denominado: "delito de violación no realizado con el miembro viril", se debió a lo frecuente de su realización, obligando al legislador a captarlo y establecerlo como formalmente prohibido, para aquellas personas que realizan el comportamiento tipificado e inhibir o impedir el acto mencionado; llegando así a una prevención general.

La situación jurídica implantada desde su principio y que es objeto de nuestro estudio, nos permite palpar que el ordenamiento legal invocado en el párrafo anterior se debió a las consecuencias originadas en esta sociedad, debido a las conductas aberrantes que implican a su vez una pena por haber hecho un daño moral o físico a un tercero sin su consentimiento.

A ciencia cierta, que conforme va incrementando la población requiere de cambios, tanto de reformas legales, así como el cumplimiento de las leyes, por lo que estoy de acuerdo en que se aumenten o se modifiquen las restricciones implantadas para que la sociedad en conjunto pueda tener un modus vivendi adecuado.

Ahondando en el mismo párrafo tercero, ya citado, vemos su aspecto positivo y negativo de cada uno de los elementos de esta figura delictiva así como sus formas de aparición que son las dos esferas que abarca la teoría del delito.

comprende del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal que contiene el modelo que hemos denominado "delito de violación no-realizado con el miembro viril", se debió a lo frecuente de su realización, obligando al legislador a captarlo y establecerlo como formalmente prohibido, para aquellas personas que realizan el comportamiento tipificado e inhibir o impedir el acto mencionado; llegando así a una prevención general.

La situación jurídica implantada desde su principio y que es objeto de nuestro estudio, nos permite palpar que el ordenamiento legal invocado en el párrafo anterior se debió a las consecuencias originadas en esta sociedad, debido a las conductas aberrantes que implican a su vez una pena por haber hecho un daño moral o físico a un tercero sin su consentimiento.

A ciencia cierta, que conforme va incrementando la población requiere de cambios, tanto de reformas legales, así como el cumplimiento de las leyes, por lo que estoy de acuerdo en que se aumenten o se modifiquen las restricciones implantadas para que la sociedad en conjunto pueda tener un modus vivendi adecuado.

Ahondando en el mismo párrafo tercero, ya citado, veremos su aspecto positivo y negativo de cada uno de los elementos de esta figura delictiva así como sus formas de aparición que son las dos esferas que abarca la teoría del delito.

Los elementos que pudieran servirnos para elaborar una opinión al respecto no se contemplan en esta doctrina por no establecerse en antecedentes escritos que sirvan de base para tal proyecto, más sin embargo, recurrimos a la teoría del delito aplicándola a la figura delictiva en análisis con la finalidad de proyectar el objetivo que nos trata.

Entrevemos a continuación el estudio del tipo denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril".

#### **La Conducta y la Ausencia de Conducta.**

Las bases jurídico penal o ciencia del Derecho Penal, es la ciencia que estudia las normas jurídico penales con apoyo científico.

En consecuencia, nos encauzamos a resaltar los elementos del delito, previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, en lo concerniente al "delito de violación no realizado con el miembro viril".

Zainz Cantero expresa este método: "constituye una obligada consecuencia del principio de legalidad formal y responde a las exigencias de certeza y seguridad jurídica que el principio propicia pues como recuerda F. Mantovani, sólo individualizando los elementos constitutivos del tipo legal es posible establecer con seguridad lo que efectivamente está prohibido por la ley y si la conducta en examen se adecúa al tipo y es

punible. No resulta extraño, por ello, que el método analítico encontrará su origen en el pasado siglo por impulso del pensamiento penal liberal. ... (279)

Tomando en cuenta lo asentado, encaminémonos a efectuar el estudio del primer elemento del delito.

**La conducta.** Las denominaciones que ha recibido esta faceta del crimen han sido diversas. De tal manera que se le ha llamado acción, acto, acaecimiento, mutación, en el mundo exterior o bien conducta. ... (280)

Como lo manifesté en el tercer capítulo de este trabajo, aceptamos las denominaciones - para este primer elemento del delito - de conducta o hecho, según se trate de un delito formal o de mera conducta o de uno de resultado material.

Don Celestino Porte Petit anota al respecto y que coincidimos con él que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito según la descripción del tipo. ... (281)

(279) JOSE. A. SAINZ CANTERO: Lecciones de Derecho Penal. Parte General II; Bosch, Barcelona, 1982, p. 224.

(280) CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: 5a. ed., Porrúa, México, 1980, pág. 289.

(281) Ibid., pág. 287.

Continúa el mismo autor agregando; que un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta mas resultado). En consecuencia, si el elemento objetivo del delito puede estar constituido por una conducta en el caso de delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente apreciar que no se puede adoptar uno sólo de dichos términos, al referirnos al elemento objetivo, pues si se aceptará conducta sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla . ... (282 )

El concepto que ilustraremos en el presente trabajo será el de conducta, toda vez que considero, el "delito de violación" no realizado con el miembro viril", no acarrea ninguna mutación en el mundo exterior.

Estamos frente de una simple conducta, primer elemento del delito en general, respecto de la cual se han elaborado

(282) Ibid., pág. 293 - 294.

tres teorías: la teoría causal o clásica; la teoría finalista de la acción, por último, la teoría social de la acción.

En el desarrollo de este punto, nos referimos única y exclusivamente a la teoría clásica o causal de la acción, más correctamente denominada conducta causal.

La conducta (término genérico), consiste en una actividad voluntaria (acción) o bien, en una inactividad voluntaria (omisión).

Los tratadistas que mencionamos a continuación opinan respecto al contenido y alcance de la conducta, lo siguiente:

Por conducta humana comprendemos tanto las acciones en sentido positivo (hacer algo: causar la muerte de una persona, como verbigracia), como las omisiones (no hacer algo que se espera que el sujeto realice: no prestar auxilio a la persona que se encuentra necesitada de ayuda, pudiendo hacerlo sin riesgo del que lo presta o de otra persona). ... (283) La conducta humana individual para ser relevante en Derecho Penal ha de ser voluntaria, lo que equivale a decir que ha de estar

(283) J.A. SAINZ CANTERO: Ob. Cit., pág. 233.

conducida por la voluntad.

El maestro Porte Petit expresa: "la conducta consiste en un hacer voluntario o no voluntario (culpa)" ... (284 )

Por su parte el profesor Pavón Vasconcelos opina: "La - conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntarias. Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta puede expresarse: acción u omisión. Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien una inactividad, una abstención, un hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada" ... (285 )

El maestro Carrará y Trujillo comenta: "lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento cor

- (284 ) C. PORTE PETIT LANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 295.  
(285 ) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General: 5a. ed., Porrúa, México, 1982, pág. 180.

poral productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará resultado. ...

(286 )

Concluimos con Jescheck Hans Henrich quien asevera: "el concepto clásico de delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa. La base de este sistema fue el concepto de acción, concebido todavía por Be ling y V. Liszt en términos totalmente naturalistas, como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Las insuficiencias de esta perspectiva anclada en lo externo se manifestaron en la omisión, que en el Derecho Penal debe incluirse en el concepto de acción junto al hacer positivo, pero que, evidentemente no constituye movimiento corporal alguno, sino todo lo contrario, V. Liszt fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder. Y, en con

(286) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano, Parte General: 13a. ed., Porrúa. México, 1980, pág. 261.

creto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Pero con ello se habían abandonado ya las bases de concepto naturalístico de acción. ... (287 )

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

Ahora bien, si estamos de acuerdo en que el elemento material en este delito consiste en una conducta, se hace preciso averiguar cual o cuales de las formas de la conducta admite el "delito de violación no realizado con el miembro viril", si únicamente puede cometerse por medio de una acción, o de omisión, quizás, se puede llevar a cabo por ambas formas de conducta.

Respecto a la acción (forma de la conducta) es concebida como la actividad o movimiento corporal voluntario (teoría clásica o causal) o en otros términos como movimiento corporal dependiente de la voluntad.

(287) HANS HENRICH JESCHECK: Tratado de Derecho Penal I.; Bosch, Barcelona, 1981, pág. 274.

El maestro Porte Petit manifiesta: "La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta".... (288)

Es menester agregar del mismo autor: "la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico." "Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición"....(289)

El profesor Pavón Vasconcelos nos dice que consiste en: "el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria....(290)

Expresando el penalista Castellanos Tena: "el acto o la acción, estricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. .... (291)

En cuanto a los elementos de la acción, se han indicado los siguientes:

- (288) C. PORTE-PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 299.
- (289) Ibid., pág. 300.
- (290) F. CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal: - 17a. ed., Porrúa, México, 1982, pág. 152.
- (291) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit. pág. 192.

El maestro Porte Petit manifiesta: "La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta" ... (288)

Es menester agregar del mismo autor: "la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un tipo de prohibición" ... (289)

El profesor Pavón Vasconcelos nos dice que consiste en: "el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria. ... (290)

Expresando el penalista Castellanos Tena: "el acto o la acción, estricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. ... (291)

En cuanto a los elementos de la acción, se han indicado los siguientes:

- (288) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 299.
- (289) Ibid., pág. 300.
- (290) F. CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal: - 17a. ed., Porrúa, México, 1982, pág. 152.
- (291) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit. pág. 192.

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

a) **Voluntad o querer.** La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción, es entendida como la libre manifestación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención de un músculo.

b) **La actividad.** El elemento externo de la acción integrado por la actividad en si no constituye la acción, pues le falta el elemento voluntad.

c) **Deber jurídico de abstenerse.** En la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar; en consecuencia hay violación a una norma prohibitiva. ... (292)

Analizando el tipo de violación no realizado con el miembro viril, se llega a la conclusión de que sólo puede efectuarse por la forma de comisión llevada a cabo por medio de un hacer voluntario (acción), habida cuenta que el verbo "introducir un elemento o instrumento a que alude el tipo. En efecto,

(292) C. PORTE PETIT CANAUDAP: Ob., CIT., pág. 302., M. JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T.I.; 3a. ed., Porrúa, México 1980, - pág. 107 - 108., L. JIMENEZ DE ASUA; La Ley y el delito; 12a. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1981, pp. 210 y 216., F. CASTELLANOS TENA: Ob. Cit., pp. 154 - 155., F. PAVON VASCONCELOS; Ob., Cit., pp. 192 - 193.

el término "introducir" proviene del latín "introduces", tra  
duciéndose en siete diferentes formas:

- 1) Como dar entrada a una persona en un lugar;
- 2) Como meter o hacer entrar o penetrar una cosa en -  
otra;
- 3) Como hacer que uno sea recibido o admitido en un lu  
gar, o granjearle el trato, la amistad, la gracia, -  
etc.;
- 4) Como hacer figurar, hacer hablar a un personaje de  
una obra de ingenio; como drama, novela, diálogo, -  
etc.;
- 5) Como adoptar, poner en uso;
- 6) Como atraer, ocasionar, y
- 7) Como meterse uno en lo que no le toca. ... (293 )

En los términos de "como meter o hacer entrar o penetrar  
una cosa en otra", en la especie un "elemento o instrumento"  
en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo, hombre o mu  
jer. La interpretación precedente se sitúa en el ámbito de  
una de tipo teleológico, traducida en la búsqueda de la volun  
tad de la ley.

(293) Diccionario de la Lengua Española: 16a. ed., Herrerías, México, -  
1941, pág. 732.

También, lo que debemos de tomar en cuenta para reafirmar de que nuestro concepto de que el delito admite la realización - por acción; lo constituye el hecho de que en los tipos formula dos con medios legalmente limitados o determinados, como el que se analiza, su naturaleza sólo incluye las modalidades activas o positivas de comisión, pues es inconcuso que mediante una inac tividad voluntaria, además de la imposibilidad física que resul taría de la introducción del elemento o instrumento, al mismo tiempo dicha conducta configurará el medio, que sólo puede rea lizarse por un hacer, como lo es, la violencia física o moral.

Por lo anterior, creo innecesario el estudio de la omisión (forma en que se traduce la conducta), habida cuenta que como ma nifesté líneas arriba, el delito en comento, sólo puede efectu arse mediante un hacer, dado que es fácticamente imposible se con sume por una omisión simple o por una comisión por omisión, pues mediante un no hacer voluntario no es fáctible que exista pene tración o introducción de un elemento o instrumento en el ori ficio vaginal o anal, y al mismo tiempo realizar el medio neces rio de la violencia física o moral.

#### **Clasificación en orden a la conducta.**

El estudio del delito en orden a la conducta atiende a la actividad o inactividad y al número de actos en que se puede lle var a cabo la acción. ... (294 )

La doctrina para realizar el estudio del delito en orden a la conducta los divide en delitos de acción, de omisión, de omisión mediante acción, mixto de acción y omisión, delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento, omisión de resultados, doblemente omisiones, unisubsistentes o plurisubsistentes y habituales.

Dado el planteamiento, omitiremos el estudio de cada una de las clasificaciones que se hacen respecto del delito en orden a la conducta, ya que sólo tomaremos la que pensamos se adecúa a nuestro tipo en análisis.

Clasificando el "delito de violación no realizado con el miembro viril", en orden a la conducta, lo consideramos como un tipo:

- a) De acción
- b) Unisubsistente, o
- c) Plurisubsistente.

a) De acción. Es de los que sólo puede cometerse mediante un comportamiento activo voluntario, pues no se concibe, una omisión que implique introducción o penetración de un elemento o instrumento en vía vaginal o anal del sujeto pasivo, e igualmente lleve a cabo el medio típico violencia física o moral.

b) **Unisubsistente.** Es un delito unisubsistente, que se puede realizar el verbo rector del tipo "introducir" el elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal, en un sólo acto, claro está, haciendo uso del medio típico, violencia (física o moral).

c) **Plurisubsistente.** Es un tipo plurisubsistente, por que si bien se puede llevar a cabo en un sólo acto, esto no obstante es para que también su ejecución violenta se verifique en varios actos que forman un solo contexto de acción.

#### **Clasificación en orden al resultado.**

Los tratadistas en Derecho Penal, también clasifican el delito en orden al resultado, quedando el delito así dividido en instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, permanente, necesariamente permanente, eventualmente permanente, de simple conducta o formal, de resultado o material y de daño y peligro. ... (295)

a) En atención al delito instantáneo, existen dos teorías que pretenden precisar su esencia, una fundándose en la

(295) F. PAVON VASCONCELOS; Ob., Cit., pp. 228-237. C. PORTE PETIT CAN-DAUDAP; Programa ... pp. 212 a 229 y Apuntamientos ... pp. 379 a - 396.

instantaneidad de la consumación, la otra, basándose en la naturaleza del bien jurídico protegido.

Respecto a la teoría de la instantaneidad de la consumación, se fomenta en que aquélla se concreta en la imposibilidad de la perdurabilidad de la consumación.

Por otra parte, la teoría que fundamenta la instantaneidad del delito en la naturaleza de la afectación del bien jurídico protegido, se hace consistir en que el delito instantáneo es aquél que tiene como objeto jurídico bienes destructibles o disminuíbles, y será permanente cuando se comprima al interés tutelado.

La teoría que consideramos correcta, es la que funda la instantaneidad del delito en la perdurabilidad o no de la consumación; principio recogido por nuestro ordenamiento punitivo llevada a cabo al mismo, en el artículo 7o. disponiéndose en su fracción I, que el delito es "instantáneo" cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos, modificación que es un paso trascendental, pues tienen importancia para resolver cuestiones de relevancia descollada, como las relativas a la competencia, la autoría y participación entre otras.

Ahora bien, por lo que se refiere al "delito de violación no realizado con el miembro viril", esto es un delito instantáneo, pues tan pronto se penetra o introduce el elemento

o instrumento en la vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, se agota su consumación, es decir, se termina, se acaba.

b) Analizando este tipo, es un delito de simple conducto formal, toda vez que como ya mencione líneas arriba, sólo se requiere de un resultado típico, esto es, jurídico, y no de una mutación en el mundo exterior, que pudiera ser físico, psicológico, fisiológico, anatómico o económico.

c) Es un delito de daño en razón de que se lesiona el bien jurídico tutelado por el tipo en estudio, por razón de que el interés protegido consiste en la libertad sexual.

#### **La Ausencia de Conducta.**

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento material. Existe ausencia de conducta cuando la actividad o inactividad desplegada por el sujeto sean involuntarios.

Cuando hablamos de la conducta establecimos como requisito fundamental para la existencia de la misma, que se tratara de un comportamiento voluntario, es decir, no sólo debía existir la actividad o inactividad, desvinculada del aspecto subjetivo caracterizado por la voluntad, porque entonces la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos producida de esa manera semejaría a puros y simples fenómenos causales como los originados por la naturaleza o por el comportamiento de los

animales, y por tal motivo, no se le podría reprochar a un individuo esa causación de resultado, dado que ni siquiera fueron queridos por el propio sujeto. Lo mismo sucede existe únicamente la voluntad y falta el elemento objetivo de la conducta, esto es, la actividad o inactividad, pues se diría para tales casos, que "el pensamiento no delinque".

Cuando se expresa Zaffaroni de la voluntad tiende a identificarse con lo expuesto en líneas anteriores y a la vez manifiesta: "la conducta - como carácter genérico del delito cumple dentro de la estructura teórica la función de cimiento de la misma, que se traduce, llevada a la analítica de los casos particulares, en una función de selección previa, por lo que desde comienzo del análisis se desechan algunos hechos que no son conducta y por cuya tipicidad resultaría absurdo interrogarse, toda vez que se sabe que el tipo, traduce una prohibición y el derecho sólo puede prohibir conductas, ninguna duda cabe que no constituyen conducta los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre, perteneciendo a la historia de nuestra ciencia la punición de cosas y animales" ... (296)

Sainz Cantero manifiesta a este respecto: "la paralela

(296) RAUL ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal. Parte General; la. ed., - Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, pág. 378.- 379.

construcción que de la acción y de la omisión acabamos de hacer, permite, a efectos prácticos dar un mismo tratamiento a las cuestiones de ausencia de ambas formas de conducta humana. La constatación por el intérprete de que falta alguno de los elementos que como esenciales indicamos, obligará a afirmar que no existe el primer elemento del delito - la acción u omisión que al Derecho Penal importa - y paralizará el análisis - del supuesto sometido a la consideración del jurista....(297)

El maestro Pavón Vasconcelos indica que por ausencia de conducta debemos entender: "cuando la acción u omisión son in voluntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad. ... (298)

Don Celestino Porte Petit afirma que la ausencia de conducta: "el aspecto negativo entraña la actividad o la inactividad no voluntarias. ... (299)

Actualmente nuestro ordenamiento legal establece en la fracción I del numeral 15, que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal, incurrir el sujeto en actividad o inac

(297) J. SAINZ CANTERO: Ob. Cit., pág. 282.

(298) F. PAVON VASCONCELOS: Ob. Cit., Pág. 248.

(299) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. Cit., pág. 405.

tividad involuntarias; fórmula que regula genéricamente el as  
pecto negativo de la conducta, quedando comprendidas en tan  
breve definición, cualquier supuesto donde llevando a cabo un  
hacer o movimiento corporal o, un no hacer o inactividad, fal  
ta la voluntad.

Las hipótesis que doctrinalmente se mencionan como cau  
sas o clases de ausencia de conducta son:

a) **Fuerza física irresistible o vis absoluta.**

Se presenta cuando el sujeto realiza un hacer o un no ha  
cer por violencia física humana o irresistible. (300)

Cuando se presenta la fuerza física irresistible, se di  
ce que el individuo realiza un hacer o un no hacer que no que  
ría ejecutar.

El maestro Payón Vasconcelos apunta: "la vis absoluta o  
fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficien-  
te psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad de manera  
que la expresión puramente física de la conducta no puede inte

(300) C.PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. CIT., pág. 406

grar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física o la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse".... (301)

Nos dice al respecto el jurista Sainz Cantero: "en los casos de fuerza irresistible la conducta corporal externa se produce de modo mecánico, debido a una fuerza física exterior, a la que el sujeto materialmente no puede resistir; anula totalmente la voluntad de actuación (acción) o de no actuación (omisión). ... (302)

**b) Fuerza mayor.**

La vis mayor es una hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible sub-humana. ... (303)

Es del parecer del jurista Pavón Vasconcelos que: "en la fuerza mayor presenta similar fenómeno al de la vía absoluta ;

(301) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit. pág. 249.

(302) J. SAINZ CANTERO: Ob., Cit. pág. 283.

(303) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. Cit. pág. 416.

actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada por la naturaleza o en seres irracionales. La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor (vis maior), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. ... (304)

Por último asevera el maestro Zaffaroni que: "la fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero. Hay fuerza física proveniente de la naturaleza cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por una corriente de agua, empujado por un árbol que cae, etcétera". ... (305)

Concretando en sí el concepto anterior, la fuerza mayor es aquella proveniente de la naturaleza o de los animales que materialmente incide sobre el sujeto haciendo que éste realice una actividad o una inactividad sin voluntad.

### c) Movimientos reflejos.

(304) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit. pág. 251 - 252.

(305) R. ZAFFARONI: Ob., Cit. pág. 381.

Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay forma de esta acción: porque falta la voluntad. Sin embargo, puede suceder que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría o bien de que no lo previó, debiendo haberlo previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación". ... (306)

Sainz Cantero a este respecto anota: "las conductas producidas por reacciones corporales, totalmente mecánicas sin participación alguna de la voluntad (los llamados movimientos reflejos). Esto ocurre en los supuestos en que se realiza una conducta externa, lesiva de bienes, jurídicamente realizados en un momento de sobresalto. En ellos un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la voluntad, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento". ...

(307)

Jescheck, al respecto enseña que: "los movimientos reflejos no pueden integrar el concepto de acción, porque no son"

- (306) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 417.  
(307) J. SAINZ CANTERO: Ob., Cit., pág. 287.

controlables por la voluntad ni merecedores, por tanto, de atención en orden a la imputación jurídico-penal....(308)

Pavón Vasconcelos agrega que: "En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta.... (309)

#### d) Movimientos fisiológicos.

Igualmente puede producirse un resultado típico o típico y material a causa de un movimiento fisiológico, originándose un aspecto negativo de la conducta por ausencia de voluntad.

e) Por lo que respecta al sueño, sonambulismo e hipnotismo existe discusión si verdaderamente constituyen auténticas causas de ausencia de conducta o de inimputabilidad.

SI nos referimos al tipo de estudio en cuestión es menester hacer mención que para que pueda surtir efecto la punibilidad del acto, tiene que haber presencia de violencia, sea ésta física o moral, y no es posible que el sujeto realice un com

(308) J. SAINZ CANTERO: Ob., Cit., pág. 287.  
(309) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. 257.

tamiento por medio de aquella, relativo a introducir un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo, y al mismo tiempo esté ausente la voluntad.

### **La tipicidad y la Atipicidad.**

#### **El tipo**

Los conceptos de tipicidad (elemento del delito) y tipo (presupuesto de la tipicidad), deben delimitarse de manera precisa, en virtud de que en ocasiones se les llega a confundir.

A la tipicidad se le ha considerado como uno de los requisitos que da vida a una de los principios fundamentales del Derecho Penal Democrático; nos referimos al principio de positividad, de reserva, de legalidad, de concentración legislativa o de predominio exclusivo de la ley. La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentalmente de las personas, el carácter de "último ratio" ... (310); que esa intervención tiene, impone necesariamente la búsqueda de un principio que limite el poder

(310) NOVOA MONREAL, La evolución del Derecho Penal en el presente siglo: publicado en el libro LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Vol., I pág. 95., UNAM., 1979.

punitivo estatal y confirme su aplicación dentro de las zonas que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio es tradicionalmente conocido con el nombre de "principio de legalidad". Constituye una garantía de seguridad en un Estado Democrático Liberal respetuoso de los derechos del ciudadano pues mediante esta máxima el individuo sabe lo que es lícito de lo que no lo es, así como las consecuencias jurídicas que su participación acarrea.

Sainz Cantero al respecto nos dice: "el principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege), encuentra esta formulación, ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior a su perpetración haya considerado como tal (nullum crimen sine previa lege); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (nullum poena sine lege). Su envoltura latina se debe a Feuerbach quien lo enunció en conexión con su teoría de la coacción psicológica, en cuanto que para que a la pena le sea posible cumplir la función de coacción, psíquicamente, sobre los ciudadanos, es preciso que el delito y la pena aparezcan claramente descritos en la ley. La idea que constituye el núcleo del principio de legalidad no encuentra su origen en el autor citado sino que es el fruto de una larga y apasionada evolución, donde se ha enfrentado, en lucha cruenta, con la arbitrariedad y abusos del poder. .... (311).

En conclusión, nuestro Código Penal está regido por el principio de legalidad, el cual en esta materia da vida a lo que conocemos como: "tipo". Nuestra idea en referencia al tipo es en el sentido de que este constituye la descripción que hace el legislador respecto a una conducta o hecho que se consideran materialmente antijurídicos y, que con el establecimiento de un mandato (norma preceptiva) o una prohibición (norma prohibitiva) se le erige en formalmente ilícitos.

Citando varios autores que expresan su parecer al respecto al concepto de tipo penal, así:

Rodríguez Mourullo nos indica: "Entendemos por tipo el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad" .. ( 312)

Comenta por su parte el penalista Johannes Wessels: "se agota en la descripción de las características que se dan al delito de que se trata. Su individualidad y su contenido típico de injusto" . . . (313).

Prosiguiendo con el jurista Sainz Cantero quien observa:

- (311) J. SAINZ CANTERO: OB., Cit., pp. 38 - 39.
- (312) JOHANNES WESSELS: Derecho Penal. Parte General; Depalma Buenos Aires, 1980, pág. 38.
- (313) GONZALO RODRIGUEZ MORULLO. Derecho Penal. Parte General; Civitas, Madrid, 1978, pp. 239 - 240.

"puede definirse el tipo como el conjunto de las características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad"  
... (314)

El tipo legal, que en México enseña Pavón Vasconcelos es: "es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella una sanción penal". (315)

Celestino Porte Petit nos dice: "el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo, además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos". (316)

Al tipo se le considera actualmente por los especialistas en la disciplina jurídico-penal, como un modelo de conducta, esto es, el legislador describe comportamientos que de llevar a cabo el sujeto activo infringe una prohibición u omite realizar una acción esperada que le exige la ley; o sea viola normas prohibitivas o preceptivas.

- (314) J. SAINZ CANTERO: Ob., CFE., T. II, pág. 292.  
(315) F. PAVÓN VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. 265.  
(316) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pp. 423 - 424.

En la moderna política criminal se ha impuesto el principio de legalidad, como garantía individual de los ciudadanos en un Estado Democrático Liberal de Derecho, en virtud del cual toda conducta para constituir delito y traer como consecuencia una pena o medida de seguridad deberá estar previamente establecida en la ley, lo mismo que las mencionadas sanciones.

El tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", está previsto en el Título Decimoquinto, intitulado "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", en el Capítulo I, artículo 265, párrafo tercero que establece: "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". ...

(317 )

### **T i p i c i d a d**

Como ya hemos manifestado, el tipo es distinto a la tipi

(317) Diario Oficial de la Federación, 21 de enero de 1991, México, D.F.

pág. 22.

por lo que pasaremos a transcribir diversas opiniones de destacados tratadistas.

Es de la opinión Pavón Vasconcelos, que la tipicidad es: "la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa" ... (318)

En este párrafo Luis Jiménez de Asúa argumenta: "la descripción legal, desprovista de carácter valorativo - según el creador de la teoría -, es lo que constituye la tipicidad" ... (319)

Nos dice al respecto el penalista Sainz Cantero: "la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y el tipo penal (esto es: que es subsumible en un tipo penal) - decimos que es una acción típica. ... (320)

No estando por demás la afirmación del jurista Rodríguez Mourullo: "la tipicidad como elemento esencial de la acción punible no es sino el precipitado técnico de la vigencia del principio de legalidad" ... (321)

- (318) F. PAVÓN VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. 283.
- (319) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: La Ley y el Delito; 12a. ed., Sudamericana, - Buenos Aires, 1981, pág. 235.
- (320) J. SAINZ CANTERO: Ob., Cit., pág. 292.
- (321) G. RODRÍGUEZ MOURULLO: Ob., Cit., pág. 283.

Concluyendo, la tipicidad es la adecuación al tipo, no decimos la adecuación de la conducta al tipo, en razón de que no en todas las ocasiones los tipos sólo describen el elemento material "conducta" o "hecho", sino que en ocasiones requieren de diversas circunstancias, como medios, referencias temporales, especiales o de cualquier otra índole, elementos normativos de valoración jurídica o cultural, elementos subjetivos del injusto o especiales cualidades en los sujetos, etcétera.

Llevará verdadera tipicidad en el delito en análisis, cuando un sujeto lleve a cabo la conducta descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, esto es, cuando introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

### Elementos Típicos

Disponemos de diversas opiniones acerca de los elementos del tipo:

"las piedras maestras sobre las que se edifica el tipo son: el sujeto activo, la acción, el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo". . . . ( 322 )

( 322 ) G. RODRIGUEZ MOURULLO: Ob., Cit., pág. 267.

"como elementos integrantes del tipo normal distingue en nuestro derecho: el sujeto activo, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas "haga o deje de hacer" esto o aquello; y, por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquél sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro". ... ( 323)

"los elementos descriptivos del tipo (elementos típicos objetivos del mundo sensible externo y elementos típicos subjetivos del injusto); elementos típicos normativos (elementos del juicio cognitivo, elementos típicos de juicio valorativo emocional -, "que exigen una valoración en sentido estricto; elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho (el sujeto de la acción - jurídico - penal); la acción y el objeto de la acción". ... ( 324)

"forma parte del tipo, el presupuesto del delito, el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho; las modalidades de la conducta: referencias de tiempo, lugar, "referencia legal a otro hecho punible" o "referencia de otra índole exigida por el tipo", y a los medios empleados; elemen

( 323) RAUL CARRACA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; - 14a. ed. Porrúa. México, 1982, pág. 407.

( 324) EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal. Parte General (trad. del alemán - por Conrado A. Pinzi); Cárdenas Editor y distribuidor, s.f., pp. - 146 - 148.

tos del juicio cognitivo, elementos normativos de valoración jurídica o cultural y elementos subjetivos del injusto; el sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico o material o bien jurídico y el objeto y, el objeto material". ... (325)

A nuestra consideración y tratándose de un tipo normal, esto es, cuando el legislador se refiere a situaciones meramente objetivos, sus elementos serán: el sujeto activo, la acción (pudiendo concurrir ciertas modalidades respecto al tiempo, lugar y a los medios), el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo. Y, cuando estamos en presencia de un tipo anormal, sus elementos serán integrantes del tipo normal y además elementos normativos (de valoración jurídica o cultural) y elementos subjetivos del injusto (pudiendo concurrir uno o ambos elementos).

Asimismo, se entredeja ver que el "delito de violación no realizado con el miembro viril", contiene los elementos del tipo normal, por lo que estimo, no contempla elementos normativos ni subjetivos del injusto.

De una manera u otra los elementos integrantes del tipo

(325) CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal: 11a. ed.; Porrúa, México, 1987, pág. 341.

para dilucidar son los siguientes:

a) **Elemento material (conducta -- acción)**

Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho, originándose los delitos de mera conducta o de resultado material. ... (326)

Establecemos que la diferencia entre "elemento o instrumento" dependerá de la naturaleza de la materia, es decir, de la cosa u objeto que se introduzca, pues cuando forme parte de algo, será elemento, de lo contrario se tratará de un instrumento.

Ya que puede acontecer en la práctica, que el Ministerio Público ejercite acción penal por este delito, por la hipótesis de "introducción de un elemento"; el Juez Penal dicte auto de formal prisión por la hipótesis de "introducción de un instrumento"; el Organó Técnico formule conclusiones acusatorias por la hipótesis de "introducción de un elemento" y finalmente, el Juez de "introducción de un elemento", vulnerando con ello las garantías individuales del acusado.

(326) CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 342.

b) Modalidades de la acción.

1.- Modalidades espaciales o de lugar.

El tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio. ... (327)

La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. ... (328)

En ocasiones exige la ley exclusivamente como típicos determinados medios locales de participación, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo. Por tanto, es necesario para que exista la tipicidad, que concurren estas notas locales, exigidas por el tipo. ... (329)

Por lo tanto, de no darse esta modalidad de lugar, no po

(327) L. JIMENEZ DE ASUA: La Ley ... pág. 253.

(328) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 277.

(329) EDMUNDO MEZGER, citado por CELESTINO PORTE PÉTTIT CANDAUDAP: Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; 12a. ed., Porrúa, México, 1987.

drá integrarse el tipo, es decir, no habrá adecuación o conformidad a lo descrito por el numeral 265 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal.

## 2) Modalidades en cuanto a los medios de comisión.

Algunos tipos, exigen para su integración, que la acción se realice sólo por determinados medios, y, en casos de no concurrir éstos, no se dará la tipicidad, pues: aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. ... (330)

Se desprende de lo anterior, que la violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia del pasivo, es decir, la violencia es el elemento fundamental del "delito de violación no realizado con el miembro viril", supuesto que a virtud de ella, se ataca la libertad sexual, que constituye para nosotros el bien jurídico tutelado.

### 1) Violencia física.

(330) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. -278.

drá integrarse el tipo, es decir, no habrá adecuación o conformidad a lo descrito por el numeral 265 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal.

## 2) Modalidades en cuanto a los medios de comisión.

Algunos tipos, exigen para su integración, que la acción se realice sólo por determinados medios, y, en casos de no concurrir éstos, no se dará la tipicidad, pues: aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley, al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. ... (330)

Se desprende de lo anterior, que la violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia del pasivo, es decir, la violencia es el elemento fundamental del "delito de violación no realizado, con el miembro viril", supuesto que a virtud de ella, se ataca la libertad sexual, que constituye para nosotros el bien jurídico tutelado.

### 1) Violencia física.

(330) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit., pág.-278.

Hacemos referencia de las siguientes definiciones:

"La violencia física 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, sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir. El empleo de la fuerza material (vis) hace revestir al delito un carácter muy grave por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal impetu de la acción ofende intensamente la libertad personal o la integridad corporal. Además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva. ... (331)

La violencia física o vis absolutus consiste en la fuerza de naturaleza material bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula. ... (332)

Para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima. ... (333)

Es de señalar como requisitos para la existencia de la

(331) FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: Derecho Penal Mexicano 22a. ed., - Porrúa, México, 1988, pág. 393.

(332) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático ... pág. 42.

(333) A. GONZALEZ BLANCO: Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho positivo mexicano; 2a. ed., Porrúa, México, 1969, pág. 152.

fuerza material o violencia física, enfocado desde el punto de vista de diversos tratadistas:

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo;
- b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y
- c) La resistencia debe ser seria y constante o continuada. ... (334)

El maestro Carrará expresa: "en cuanto a la resistencia debe ser seria y constante o continuada; para que haya violencia carnal la resistencia de la mujer debe ser seria y constante; seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese una voluntad decididamente contraria; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar al concurso en el goce mutuo. ... (335)

Es de relevancia hacer notar que por violencia física debe entenderse la fuerza material que ejerza el activo sobre el cuerpo del pasivo, al momento de introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal,

(334) C. PORTE, PETIT, CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 43.

(335) FRANCISCO CARRARA: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial - V. II (Trad. José Ortega Torres y Jorge Guerrero); Temis Bogotá, - 1973, pág. 254.

sin embargo, estimo que los requisitos de la vis absoluta ya señalados, concretamente en el que debe ser seria constante o continuada, y no que exista al comienzo y que después se abandone para dar lugar a un concurso en el goce mutuo, no se aplican al tipo previsto en el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, hago notar que es suficiente que el activo ejerza la fuerza material en el cuerpo del pasivo para introducir un elemento o instrumento distinto al miembro viril por la vía vaginal o anal, para que su conducta (acción) sea típica, pues dudamos que el pasivo resista al principio y después acepte dicha introducción en la vagina o en el ano, pues en tal situación, estaríamos ante un perverso sexual como sujeto activo y un enfermo mental como sujeto pasivo, al fin ambos enfermos.

## 2) Violencia moral.

Es parte integrante de los medios de comisión la violencia moral, intimidación o vis compulsiva; que se traduce en amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidación a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición, según Carrará, que sean serios y constantes. Esta forma de violencia aun cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa. Y, a diferencia de lo que sucede en la violencia física no impone la resistencia.

La violencia moral viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en tanto que la intimidación es un estado de construcción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetiva. En otras palabras, la violencia moral, por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso de que intimide. De otra forma, no existiría relación de causa a efecto entre violencia y la obtención de la cópula. ... (336)

La violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, según González de la Vega, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido.

No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues éste puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto. ... (337)

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización

(336) A. GONZALEZ BLANCO: Ob., Cit., pág. 155, 157

(337) F. GONZALEZ DE LA VEGA: Ob., Cit., pág. 397.

al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo --  
vínculo de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula....(338)

La forma que consideramos idónea y que nos apegamos a los conceptos del maestro Porte Petit y, del jurista Raúl Carranca sería que la violencia moral o vis compulsiva es la ex teorización que el activo hace al pasivo o a un tercero con quien tenga vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo, y agregaríamos, el mal con que se amenaza puede recaer sobre cualquier interés jurídico como lo es la vida, integridad corporal, el honor, la libertad, el patrimonio, etcétera. Por lo que el mismo lo podemos aplicar al "delito de violación no realizado con el miembro viril", siendo uno de los medios productores del resultado.

c) Sujeto activo.

En el ámbito punitivo son denominados sujetos activos o mejor aún, sujetos de acción típica, pues através de sus conductas se adecúan a los llamados tipos de injusto, figuras típicas de la parte especial de los Códigos Penales que estructu

(338) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. CIE., pág. 46.

ra el legislador sobre la base precisamente del actuar humano, es por ello, que conforme a nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado, según el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, que reconoce a la persona humana como único sujeto activo (artículo 7, 8, 10, etcétera). ... (339)

Sujeto activo es el que realiza la acción descrita en el tipo, expresado por Gonzalo Rodríguez Mourullo. A de ser siempre, como ya sabemos, una persona humana. ... (340)

Sujeto activo es el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. ... (341)

En realidad connotamos que sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, asimismo, que el hombre es el único provisto de capacidad y voluntariedad para infringir las disposiciones jurídico - penales.

Deduciendo que es sujeto activo, quien introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral,

- ( 339 ) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; 14a., ed., Porrúa, México, 1982, pág. 250.  
( 340 ) GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO: Derecho Penal. Parte General; Civitas, Madrid, 1977, pág. 267.  
( 341 ) C.PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos... pág. 346.

sea cual fuere el sexo del ofendido, de acuerdo con lo descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

Una clasificación del sujeto activo por parte de los tratadistas en cuanto a la calidad, pues ciertos tipos de la parte especial del Código Penal, exigen determinada calidad en el agente del delito y, así los dividen en tipos generales, comunes o indiferentes, cuando las disposiciones penales contenidas en la parte especial empiezan con las palabras "el que"....., sinónimo de cualquiera. ... (341)

Sin embargo, en ocasiones, la configuración típica reviste de ciertas cualidades a dicho sujeto, en los que se prevé como posibles autores a personas especialmente caracterizadas: originándose los llamados delitos propios especiales o exclusivos. ... (342)

Quando el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo para que concurra el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito, se estará en presencia de los tipos, delito de propia mano.

(341) EDMUNDO MEZGER: Derecho Penal, Parte General (trad. Conrado A. Finzi); Cárdenas Editor y Distribuidor, s.f. pág. 148.

(342) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos .. pág. 346.

Son delitos de propia mano aquellos en los que puede ser autor, solamente la persona que actúa directamente. ... ( 343 )

Asimismo, en la doctrina se clasifica al sujeto activo en cuanto al número y se dice que si la adecuación típica puede realizarse por uno o más sujetos, el tipo será monosubjetivo en cuanto al número de activos, en cambio, si requiere la intervención de dos o más sujetos, estaremos en presencia de denominado plurisubjetivo o concurso necesario de personas. . . . ( 344 )

La forma en que puedo compaginar el tipo en cuestión, dado que se trata directamente al sujeto activo y como lo puede expresar el artículo 265 párrafo tercero de la Ley Sustantiva Penal, "al que", no se desprende algún carácter especial, por lo que permite su comisión por cualquier persona; ya sea hombre o mujer, sin embargo, esta función generalmente es realizada por varón. Siendo por lo tanto el sujeto activo quien debe cometerlo directamente, un delito de propia mano, esto es personalmente, utilizando los medios exigidos por el tipo, sin que pueda cometerlo sirviéndose de otra persona como instrumento. Así, llega a ser un tipo monosubjetivo individual o de su

( 343 ) EDMUNDO MEZGER: Ob. Cit., pág. 148.

( 344 ) C. PORTE PETIT-CANDAUDAP: Apuntamientos ... pág. 346.

jeto único, porque no exige para su comisión la intervención de varios sujetos.

d) **El objeto de la acción.**

También forma parte del contenido del tipo, pues es inseparable éste sin aquél, pudiendo ser el objeto jurídico o material....(345)

En la doctrina se hace la distinción entre objeto jurídico y objeto material, sin embargo, el segundo ha recibido diversas denominaciones, de material o corporal, y de diferente terminología, pero de semejante contenido, como objeto de ataque y objeto de acción, objeto de la conducta.... (336)

Por lo que en este punto, nosotros sólo haremos referencia al objeto material, pues respecto al objeto jurídico u objeto de protección le dedicaremos renglones posteriores.

(335) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal T. III. El Delito; - 2a. ed., Lozada, Buenos Aires, 1958, pág. 109.

(336) PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob. Cit., pág. 350.

**d.1 Objeto material.**

**El objeto material o de la acción es toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley. ... (337 )**

**El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito. ... ( 338 )**

**Objeto material es la persona o cosa sobre la que recae el delito. .... (339 )**

**El objeto material puede ser personal o real:**

**E**  
**El primero puede ser tanto la propia persona, como la ajena, y tanto la persona en su aspecto físico, como en su aspecto psíquico. Y en este último caso, tanto la psique en su integridad, como en uno de sus aspectos (conciencia, sentimiento y voluntad: ... (340) )**

**Y, en cuanto al objeto material real o también llamado objeto material natural.**

( 337 ) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pág. 109

( 338 ) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamientos ...Pág. 351.

( 339 ) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Ob., Cit., pág. 257.

( 340 ) GRISPIGNI: citado por el L. JIMENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pág. 110

Se toma a la cosa en el sentido meramente natural; toda y cualquier parte del mundo externo. ... ( 341 )

Cuando el objeto material sobre el que recae la conducta típica es una persona, ésta tiene el carácter de sujeto pasivo del delito si es también titular del bien o interés tutelado en el tipo penal. Así, por ejemplo, en el homicidio, la persona sobre la que recae la acción homicida es contemporáneamente objeto material de la conducta y titular del bien jurídico tutelado o lo que es lo mismo, sujeto pasivo del delito. Pero existen otros casos en los que no hay identidad alguna entre la persona, sobre la que recae la acción material del sujeto y el sujeto pasivo. ... ( 342 )

El objeto material en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", sustentado desde mi punto de vista, es en el sentido de que se trata de un objeto material personal, pues la conducta (acción) sólo puede recaer sobre una persona independientemente del sexo, entonces, objeto material, será aquél sujeto (hombre o mujer) a quien se introduzca un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal (mujer) o anal (hombre o mujer) por medio de

( 341 ) GRISPIGNI; citado por L. JIMENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pág. 110

( 342 ) MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T. I; 3a. ed., Porrúa, México, 1980, pág. 82.

la violencia física o moral.

Concordando, en el tipo en análisis, la acción recae sobre el objeto material y, se trata de un objeto material personal, por lo que en este caso el objeto material coincide con el sujeto pasivo del delito.

## d.2 Bien jurídico.

Se ha manifestado la diferencia entre objeto jurídico y objeto material del delito que hacen los tratadistas, denominando también al primero como: bien jurídico, objeto de protección, objeto de ataque, objetividad tutelada, siendo términos sinónimos.

Una vez hecha la relación, analizaremos el objeto jurídico como elemento del tipo.

El maestro Jiménez Huerta nos dice que: "las figuras hallan su ratio essendi" en la necesidad de tutelar enérgicamente determinados bienes e intereses jurídicos, salta a la vista la vigencia de conocer y precisar de una manera exacta el bien o interés jurídico que cada tipo protege. El bien jurídico expresa en la forma más sucinta el fin que se propuso el legislador al elaborar las diversas figuras típicas, y representa la síntesis con que el pensamiento jurídico trata de captar en forma comprimida el sentido y el fin de los diversos

tipos penales. Sólo de la determinación del bien jurídico y radica la necesaria claridad para la comprensión de las diversas características del tipo que se trata de aplicar, pues la descripción de la conducta que se lesiona o pone en peligro el bien protegido ha de amoldarse a la naturaleza de éste. La peculiar esencia de los bienes jurídicos fundamentales, -vida, integridad, corporal, honor, libertad, patrimonio, etcétera-, deja su indeleble huella en la arquitectónica estructura de la figura típica y se refleja forzosamente en su aspecto externo, ya que la descripción de conducta que cada tipo contiene se hace con la vista puesta en el bien jurídico que se quiere proteger y en las formas en que puede ser atacado. La adecuación e inadecuación de la conducta al tipo depende, pues, del bien o interés jurídico que el tipo protege y de la amplitud o estrechez de esta protección" ... ( 343 )

El penalista Zaffaroni anota: "hay ciertos entes por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos), y cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena "pena penal", los bienes jurídicos pasan a ser considerados bie-

( 343 ) MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T. I; 5a. ed., Porrúa, México, 1985; pág. 301.

nes jurídicos penalmente tutelados. No se concibe que haya una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes. Si bien es cierto que el delito es algo más - o mucho más - que la afectación a un bien jurídico, esta afectación es indispensable para configurar tipicidad. De allí que el bien jurídico desempeñe un papel central en la teoría del tipo, dando el verdadero sentido teleológico (de telos, fin) a la ley penal. Sin el bien jurídico, no hay un "¿para que?" del tipo y, por ende, no hay posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal. Sin el bien jurídico, caemos en un formulismo legal, en una pura - jurisprudencia de conceptos. Por otra parte, ya en la área de nuestro Derecho Positivo, no se admite una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. ... ( 344)

Edmundo Mezger explica: "la determinación del bien jurídico no es siempre clara y terminante. A menudo, se ponen de manifiesto en la misma, también, diferencias profundas de pareceres acerca del verdadero fin de una disposición penal, que tienen, por su parte, una amplia influencia sobre la interpre-

( 344 ) RAUL ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal. Parte General; 1a. ed., - Cárdenas editor y Distribuidor, México, 1985; pp. 409 - 410.

tación de la ley. De tal manera, el bien jurídico está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal. En virtud del bien jurídico, se reconoce siempre con claridad y evidencia, cual es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley, frente a una situación determinada de relaciones sociales. ... (345)

Haremos mención a algunos conceptos que dan los estudios del Derecho Penal en relación al objeto jurídico como elemento típico de la figura delictiva.

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

( 345) EDUNDO MEZGER: Derecho Penal, Parte General (trad. del alemán de la 6a. ed., por Conrado A. Pinzi) Cárdenas. Editor y Distribuidor, México s.f., pp. 157 - 159.

El maestro Edmundo Mezger nos dice que el bien jurídico es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla ... el "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. ... ( 346 )

El profesor Pavón Vasconcelos, profesionista de nuestro país, que el objeto jurídico es sinónimo de bien jurídico y dice: Entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de una sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir este su esencia . ... ( 347 )

Podemos concluir de lo anterior que: las figuras típicas deben pues, su creación y existencia a los intereses y valores de la vida humana que específicamente han de proteger y tienen por objeto tutelar dichos bienes jurídicos mediante la protección enérgica que implica la pena. Las figuras típicas, se determinan, precisan y definen por imperio del bien jurídico. El bien jurídico que cada figura tutelar es parte integrante de su estructura y está latente en su integración, pues no es sólo la fría estructura mecánica de la figura típica lo que inte

( 346 ) EDMUNDO MEZGER: Ob., Cit., pág. 155.

( 347 ) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. ed., Porrúa, México, 1985, pág. 175.

resa al jurista, sino también su espíritu y metas, sus motivos y propósitos. No es posible concebir la idea, imagen o esquema rector de un tipo delictivo, por ejemplo, el de homicidio o el de robo, sin tener presente el bien jurídico que forja y preside la idea o esquema rector. Esto demuestra la extraordinaria importancia que reviste el concepto de bien jurídico en la elaboración penalista: trascendencia tan poderosa, que permite afirmar que el origen y existencia, estructura y alcance, límites y fines de la figura típica sólo pueden hallarse en el bien jurídico tutelado. Negar al bien jurídico la condición de elemento integrante del tipo penal es incidir en la más voluminosa inconsecuencia lógica, pues no se concibe un tipo penal que no tutele un bien jurídico. Y así lo admite Naurach, en cuanto afirma que "el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y el tipo", y que "todo delito amenaza un bien jurídico". ... (348)

Por último, sabemos que los bienes jurídicos tienen dos funciones que cumplir, que son las razones fundamentales por las que no podemos prescindir de las mismas; estas funciones se traducen en: "una función garantizadora, que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados y una función teleoló

( 348) MARIANO JIMENEZ HUERTA: Ob., Cit., pp. 119 - 121.

gica sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita, y agrega, ambas funciones son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno. ... (349)

Una concepción personal sobre el bien jurídico como un elemento del tipo, imprescindible para su existencia y consiste en el derecho de disponibilidad de ciertos objetos que tiene el hombre, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio el honor, entre otros, que recoge el Estado y los protege mediante la amenaza de una sanción (pena o medida de seguridad) para el caso de que se lesionen o pongan en peligro.

Emprendemos la labor de desprender el bien jurídico de la figura delictiva en análisis y para ello nos planteamos las siguientes cuestiones: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el tipo en comento? ¿cuál es el fin que se propuso el legislador al elaborar la figura delictiva que analizamos? ¿Aca so trata de tutelar la libertad sexual, el pudor, la libertad de amar, la seguridad sexual, la libertad individual, la inesperienza sexual, la inviolabilidad sexual, la honestidad, la castidad, la salud?

( 349) RAUL ZAFFARONI: Ob., Cit., pp. 414 - 415.

El tipo en estudio, lo hemos denominado "delito de violación no realizado con el miembro viril", previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, en virtud que considero que al ubicarlo el legislador en ese numeral pretendió equiparar la conducta delictiva que describe este tipo al de violación propia que prevé el párrafo primero del mismo numeral. Ante esto surge la interrogante ¿es la libertad sexual, el bien jurídico protegido por ambas figuras delictivas?

La respuesta debe ser afirmativa. En efecto, el interés jurídico que tutela el tipo en análisis, consiste en la libertad sexual, entendida como el derecho que tiene la persona de disponer de su cuerpo para la realización de actos libidinosos ajenos a la cópula, es decir, tiene derecho a impedir la comisión de actos contrarios a la moral, en sus órganos sexuales.

e) Sujeto Pasivo.

Los tratadistas distinguen entre sujeto pasivo genérico y sujeto pasivo específico o inmediato.

Nos avocaremos exclusivamente al sujeto pasivo específico o inmediato por resultar irrelevante el primero.

Sujeto pasivo específico o inmediato, o sujeto pasivo sin más, es el titular directo del bien protegido a la norma y ofendido por la acción descrita en el tipo (el titular de la

vida en el homicidio, el titular del derecho real de propiedad en la apropiación indebida, etcétera). ... (350)

El maestro Pavón Vasconcelos expresa que por sujeto pasivo: "se le conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito" ... (351)

Celestino Porte Petit nos dice, sujeto pasivo es: "el titular del bien jurídico protegido por la ley" ... (352)

Raúl Carrancá y Trujillo distingue entre sujeto pasivo - del delito con sujeto pasivo del daño y ofendido; exponiendo: "sujeto pasivo del daño lo es el que sufre perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. - aclarando - Aun que los dos sujetos generalmente coinciden - sujeto pasivo típico y sujeto pasivo del daño -, no son idénticos, como se advierte en el delito de homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido y pasivo de éste" ... (353)

Fernando Castellanos, comparte la misma idea que Carrancá expresando: "el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El

- (350) GONZALO RODRIGUEZ MURRILLO: Derecho Penal, Parte General; Civiltas, Madrid, 1977, pág. 282.
- (351) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS: Derecho Penal Mexicano; 8a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 171.
- (352) CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; 11a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 349.

ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o - víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso. ... (354)

En el "delito de violación no realizado con el miembro viril" en análisis, sujeto pasivo es el titular de la libertad sexual, explicada ampliamente en párrafos anteriores.

Por otra parte, el tipo exige en determinadas ocasiones una calidad en el sujeto pasivo, originando una clasificación en cuanto al pasivo, denominada personal, tomando en cuenta que de no darse esta calidad, se estaría ante una hipótesis de atipicidad. En cambio cuando el tipo no hace esa especial referencia en el pasivo estaremos en presencia de un tipo impersonal.

En el tipo en examen, es de mi estima, que se trata de tipo impersonal, pues, al señalar el párrafo tercero del ar

- (353) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO: Derecho Penal Mexicano. Parte General; -10a. ed.; Porrúa, México, 1982, pág. 256.  
(354) FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; 26a. ed., Porrúa, México, 1989, pp. 151-152.

artículo 265 del Código Penal "... sea cual fuere el sexo del -  
ofendido", no exige ninguna calidad en el sujeto pasivo, -  
por lo que éste puede ser tanto el hombre como la mujer.

#### Clasificación en orden al tipo.

En la doctrina, don Edmundo Mezger, don Luis Jiménez de  
Asúa y don Mariano Jiménez Huerta elaboran cada uno, una clasi-  
ficación de los delitos en orden al tipo, más sin embargo, es  
el maestro Porte Petit basándose en ellos, hace un estudio, en  
el que nosotros a su vez analizaremos las que consideremos que  
admite el tipo en estudio.

Por lo tanto, sustrayendo el tipo del "delito de viola-  
ción no realizado con el miembro viril", estimo que se trata  
de un delito en orden al tipo:

- 1.- Fundamental, simple o básico;
- 2.- Autónomo o independiente;
- 3.- De formulación casuística, vinculado  
o de medios legalmente limitados;
- 4.- Alternativamente formado en cuanto  
a los medios y el sujeto pasivo;
- 5.- Normal y
- 6.- De ofensa simple

1) Tipo fundamental, simple o básico.

Los diferentes tipos de la parte especial del Código Penal pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos fundamentales (básicos) que constituyen por así decirlo, la espina dorsal del sistema en la Parte Especial del Código.

(355)

Es una buena sistemática legislativa, los tipos básicos han de presidir la exposición de la Parte Especial de los Códigos, puesto que constituyen su médula.

(355)

Se define el tipo fundamental o básico como aquél en que cualquier lesión del bien jurídicó hasta por sí sola para integrar un delito.

(356)

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

(357)

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

- (355) EDMUNDO MEZGER: Tratado de Derecho Penal T-I (trad. del alemán por José Arturo Rodríguez Nuñez), 2a. ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 324.
- (356) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Tratado de Derecho Penal T.III. El Delito; 2a., ed., Lozada, Buenos Aires, 1958, pág. 906.
- (357) MARIANO JIMENEZ HUERTA: Derecho Penal Mexicano T.I; 3a. ed., Po -

existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo. Son aquellos que no contienen circunstancia alguna que agrave o atenúe la penalidad.

Es virtualmente contemplado de lo anteriormente transcrito, siendo de mi estima que el "delito de violación no realizado con el miembro viril", es un tipo fundamental o básico, tomándose en cuenta de que no deriva de ningún otro tipo y además no contiene elementos accidentales que contribuyan a la elevación o disminución de la pena.

## 2) Tipo autónomo o independiente.

Los tipos autónomos o independientes son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo. ... (358 )

Don Luis Jiménez de Asúa es del mismo parecer al sostener: "Hay en las leyes tipos que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen absoluta autonomía. ... ( 359)

También, el maestro Porte Petit explica que tipo autóno

- rrúa, México, 1980, pág. 260.
- ( 358 ) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. 285.
- ( 359 ) FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; 24a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 172.
- (359 ) LUIS JINENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pág. 909.

mo. o independiente: "es el que tiene vida, existencia autónoma o independiente. ... (360)

....." tanto los tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean privilegiados o cualificados), son autónomos, tienen absoluta independencia. ... (361)

A mi estimación sobre el tipo fundamental o básico que prevé el párrafo tercero del numeral 265 de la Ley Sustantiva Penal, es un tipo autónomo o independiente, pues tiene vida propia, esto es, existencia por sí mismo al no depender de ningún otro tipo.

3) Tipo de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados.

Los delitos con medios legalmente determinados son: "aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley expresamente determina. ... (362)

(360) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 7356.

(361) Ibid., Ob. Cit. pág. 365.

(362) EDMUNDO MEZGER: Ob., Cit., pág. 315.

Luis Jiménez de Asúa por su parte manifiesta que en algunas hipótesis legales, la descripción: "es detallada en cuanto al objeto y a los medios. Y en éste último legal, el delito como dice (Carnelútti, se halla completamente diseñado por el legislador... y que a esta clase de delitos Antilosei los de nomina de "forma vinculada"... (363)

Fernando Castellanos se refiere al tipo casuístico o vinculado a aquel en que se señala casuísticamente el medio productor del resultado típico... (364)

Porte Petit Candaudap nos dice que son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito... (365)

Fortaleciéndome en los párrafos anteriores, sobre el tipo en comento, llego a la deducción que es un tipo de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente determinados, pues al expresar que la conducta (acción) consistente en introducir por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, "por medio de la violencia física o moral", señala casuísticamente los medios por los que

( 363 ) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pág. 910.

( 364 ) C. PORTE PETIT CANDAUDAP: Ob., Cit., pág. 358.

( 365 ) F. CASTELLANOS TENA: Ob., Cit., pág. 172.

se debe llevar a cabo la conducta para considerarla típica.

4) Tipo alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo.

Esta clasificación la tomamos del maestro Porte Petit quien indica en su "Ensayo dogmático sobre el delito de violación" que este es un tipo alternativamente formado en cuanto a los medios y a la persona, ya que puede realizarse por medio de la vis absoluta o vis compulsiva o sobre un hombre o una mujer. ... ( 365:

Estando de acuerdo con el punto de vista del autor citado, considero que el tipo en cuestión, es un tipo alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo por lo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley Sustantiva Penal, expresa que los medios de ejecución del ilícito son: la violencia física "o" la violencia moral, entonces, en hipótesis se puede presentar que la conducta, consistente en introducir por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, se lleve a cabo por medio de la violación física o vis absoluta; por medio de la

( 365) CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP: Ensayo dogmático sobre el delito de violación: 4a. ed., Porrúa, México, 1985. pág. 27.

violencia moral o vis compulsiva y, por medio de la violencia física y moral.

Por lo que determinamos que sólo basta que la conducta (acción) se realice por cualquiera de los medios que exige el tipo, pero, pueden concurrir, ambos, de donde deben estar perfectamente determinados en el proceso penal para evitar conculcar los derechos públicos subjetivos del procesado.

#### 5) Tipo normal.

La ley al establecer los tipos, generalmente, se limitan a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal.

... ( 366 )

El maestro Jiménez de Asúa opina: "La Ley, al definir los delitos, es decir, al establecer los tipos legales para

( 366 ) FERNANDO CASTELLANOS TENA: Ob., Cit., pág. 170.

que cumplan su predominante función ratio cognoscendi, suele limitarse a dar una descripción objetiva más o menos escueta y detallada.

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

Incluso no se adultera ese papel por los elementos subjetivos cuando estos son rigurosamente necesarios en el trazado descriptivo de la figura típica; la función del juez se reduce al proceso meramente cognoscitivo; es decir, a dejar sentadas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal.

... a menudo nos ofrecen en la ley elementos subjetivos o elementos normativos que se hallan insertos en el tipo anormal. ... (367)

El maestro Porte Petit nos indica por su parte: "es un tipo normal, al no contener elementos normativos ni subjetivos". ... (368)

(367) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Ob., Cit., pp. 792-793 y 794.

(368) CELESTINO PORTE-PETIT CANDAUDAP: Ensayo... pág. 27.

## 6) Tipo de ofensa simple.

Celestino Porte Petit nos dice que los tipos de ofensa simple son aquellos en los que se lesiona un sólo bien jurídico. ... (369)

Reconociéndose el tipo de ofensa simple, en virtud de que al realizarse lesiona sólo un bien jurídico, como lo es la libertad sexual.

## La Atipicidad.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia de tipo. Esta supone la falta de previsión en la Ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, 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 constitutivos del tipo. Atipicidad, es pues, ausencia de adecuación típica.

Concretamente, se originan hipótesis de atipicidad: a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al su jeto activo, b) cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo; c) cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; d) cuando habiéndose dado la con ducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; e) cuando no se dan en la conducta o he cho concreto los medios de comisión señalados por la ley; y f) cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, re queridos expresamente por el tipo. ... (370)

Fernando Castellanos es del mismo parecer al expresar: "cuando no se integran todos los elementos descritos en el ti po legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictiva... el tipo describe el comportamiento bajo con di ci o ne s de lugar o de tiempo; si no operan la conducta será ati p ica. Si la hipótesis legal precisa de modalidades espe cci fi cas, estas han de verificarse para la integración del ilícito, verbigracia; por medio de la violencia física o moral. ... (371)

(370) F. PAVON VASCONCELOS: Ob., Cit., pág. 290.

(371) FERNANDO CASTELLANOS TENA: Lineamientos Elementales de Derecho Pe na l. Parte General; 24a. ed., Porrúa, México, 1988.

JÜRGEN BAUMANN nos dice que la conducta del autor es "típica" sólo cuando realiza todas las características del tipo. Si falta una sola de ellas, no hay una acción típica y, en consecuencia, falta el primer presupuesto de un hecho punible.

Por lo tanto, para nosotros, la atipicidad consiste en la no adecuación o conformidad entre el hecho de la vida real a lo descrito por el tipo.

JÜRGEN BAUMANN nos dice que la conducta del autor es "típica" sólo cuando realiza todas las características del tipo. Si falta una sola de ellas, no hay una acción típica y, en consecuencia, falta el primer presupuesto de un hecho punible.

Por lo tanto, para nosotros, la atipicidad consiste en la no adecuación o conformidad entre el hecho de la vida real a lo descrito por el tipo.

## 5.2 DAÑO MORAL

Considero que es sumamente importante establecer al sujeto pasivo como la víctima que sufre el delito, y que en los estudios que se han llevado a cabo sobre victimología se encontró que la víctima es la persona que se expone a un grave riesgo.

Motivándonos a investigar el significado de la palabra "victimología", la cual fue creada por Mendelsohn, quien clasificó a las víctimas de la siguiente manera: que van desde la víctima totalmente inocente, hasta las totalmente culpables, pasando por las provocadoras, imaginarias, imprudentes, reincidentes, etcétera.

Por lo que las víctimas inocentes son aquellas que no tienen ninguna responsabilidad en el delito, padecen por culpa ajena y completamente ignorantes de un o de el mal que les aqueja o acecha.

Las víctimas culpables son aquellas que tienen responsabilidad al exponerse a un riesgo.

La víctima más culpable que el criminal es la provocadora.

La víctima totalmente culpable es la agresora, simuladora, imaginaria, etcétera.

Las víctimas reincidentes son las que vuelven a caer, a las que le vuelve a ocurrir curiosamente el o los mismos delitos.

Raúl Goldstein, define la victimología como parte de la criminología que estudia a la víctima, no como efecto nacido en la realización de una conducta delictiva sino como una de las causas de la producción de delito. Es la consideración y la importancia de la víctima en la etiología del delito. ...

( 372 )

Luis Rodríguez Manzanera, dice: "Es el estudio científico de las víctimas; en el cual se analiza la participación de quienes padecen por una conducta antisocial, su mayor o menor voluntariedad, sus responsabilidades, su necesidad de tratamiento, etcétera. ... ( 373 )

Agrega que muchas de las personas ofendidas por un delito precisan más ayuda, protección y tratamiento que sus vic-

( 372 ) GOLDSTEIN, RAUL; Diccionario de Derecho Penal, Ed. Bibliográfica-Omeba, Buenos Aires, Argentina, Ed. Unica, 1962.

( 373 ) RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, CRIMINOLOGIA, Ed. Porrúa, S.A. México, - D.F., 1o. Ed., 1979, pp. 507 y 508.

La víctima totalmente culpable es la agresora, simuladora, imaginaria, etcétera.

Las víctimas reincidentes son las que vuelven a caer, a las que le vuelve a ocurrir curiosamente el o los mismos delitos.

Raúl Goldstein, define la victimología como parte de la criminología que estudia a la víctima, no como efecto nacido en la realización de una conducta delictiva sino como una de las causas de la producción de delito. Es la consideración y la importancia de la víctima en la etiología del delito. ... (372)

Luis Rodríguez Manzanera, dice: "Es el estudio científico de las víctimas; en el cual se analiza la participación de quienes padecen por una conducta antisocial, su mayor o menor voluntariedad, sus responsabilidades, su necesidad de tratamiento, etcétera. ... (373)

Agrega que muchas de las personas ofendidas por un delito precisan más ayuda, protección y tratamiento que sus vic-

(372) GOLDSTEIN, RAUL; Diccionario de Derecho Penal, Ed. Bibliográfica-Omeba, Buenos Aires, Argentina, Ed. Única, 1962.

(373) RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, CRIMINOLOGIA, Ed. Porrúa, S.A. México, - D.F., lo. Ed., 1979, pp. 507 y 508.

timarios. Es frecuente, en el delito que nos ocupa, que se le atribuyan a la víctima un cierto grado de culpabilidad en el atentado que ha sufrido; dándosele, inclusive, un trato de culpable y que por ello provocan el ataque sexual.

La excitación sexual depende de muchos factores, por lo cual, lo que para alguna persona puede resultar estimulante y excitante, para otra puede ser altamente desagradable. De esta forma la supuesta provocación de la víctima estará fundamentada, principalmente en el criterio subjetivo del violador que la percibió como tal y dependerá de las características de la personalidad de éste y del mayor o menor grado de desviación psicosexual que pueda padecer, el considerarla como tal.

En la violación el agresor está atento a su propio problema, es incapaz de imaginar lo que el otro puede experimentar: se halla encerrado en un libreto preestablecido que excluye interés por todo lo que no sea el. . . (375)

El sujeto activo en un criterio general, salvo en excepciones es un sádico sexual.

( 376) TODJAN, GILBERT: La Violencia, El Sexo y El Amor, Ed. Gedisa, - 1981, pág. 231.

"El tratamiento racional de la personalidad antisocial y de la personalidad que no concuerda con las normas de la sociedad, tiene que ser diferente al manejo de los neuróticos que llevan a cabo actos delincuentes o criminales".... (377)

El delincuente sexual que es detenido, usualmente padece de trastorno en su personalidad y con frecuencia muestran una actitud rebelde hacia la autoridad y la sociedad. Para muchos es placentero luchar contra la ley y se sienten orgullosos de sus hazañas. Son incapaces de identificarse con la sociedad y sus leyes. Consideran los castigos como expresiones de injusticia y no constituyen un freno a su comportamiento.

Son por lo tanto personas insensibles, que se dan a placeres inmediatos, parecen carecer de un sentido de responsabilidad y, a pesar de humillaciones y castigos repetidos, no aprenden a modificar su conducta.

(377) C. KOLB, LAURENCE; Psiquiatría Clínica Moderna, La Prensa Médica Mexicana, México, Pág.87.

### 5.3 DAÑO PSICOLOGICO.

Sin lugar a dudas que las lesiones tienen por fin avasallar la resistencia de la víctima y, consideramos como violencia absoluta precisamente aquella que tiene como resultado anular la resistencia más determinada. En cambio, hay situaciones donde la defensa, pudiendo ser manifiesta y evidente, ha cedido rápidamente por el temor a la misma o a mayor violencia, a los malos tratos o a las amenazas de graves daños, de modo que sin pedir heroínas frente a colosos de fuerza, podemos decir que la violación se ha producido forzando la defensa, atenuándola ante la fuerza potencial o a la violencia presunta, - de lo cual resulta un acceso carnal de consentimiento forzado que constituye violación.

Los traumatismos o las presiones que se ejercen mediante los puños, las manos, las rodillas, los codos, los pies, el propio cuerpo u otras partes de él, además de las lesiones instrumentales como cualquier otro tipo de lesión, provocan toda variante de contusión. Dada la acción agresora, hay contusiones en la cara interna de los muslos, en los órganos genitales, en los codos (traumatizados contra el piso), en las manos, en la frente (por acción de las manos o del mentón), en las arcadas cigomáticas, en las orejas, en la nariz, en la zona malar (producidas como las de la frente), en el monte de Venus,

fracturas de costillas (en especial en mujeres añasas en las cuales las costillas están fragilizadas por osteoporosis, pudiendo producir de ellas o de otras fracturas o de las mismas contusiones múltiples del pániculo adiposo, embolias grasas masivas).

Es indudable que el médico tiene un rol en el manejo de la víctima sexual, dependiendo ello en especial de la edad y del nivel cultural y socio-económico de la misma. Es indudable que la agresión sexual siempre altera el equilibrio psíquico del individuo. Sin embargo muchos de ellos retoman su normalidad predelictual sin dificultades, otros hacen reacciones de personalidad, neurosis, conversiones somáticas, etcétera. Quizás las consecuencias que alteran cualitativamente más, son las que derivan de violaciones incestuosas.

Stern Rudholm, Juez de la Corte de Apelación de Estocolmo expresa: "De acuerdo a los expertos médicos, frecuentemente el daño mental infligido en los menores como resultado de dichos delitos es notablemente leve. Con frecuencia los daños se deben, no tanto a la ofensa misma, como a las reacciones de los padres y al medio ambiente, y a los efectos de los exámenes a los cuales se ven sujetos los niños. Con el fin de disminuir los efectos dañosos de los exámenes policiales de las víctimas, se han establecido, entre otras cosas, que los mismos no sean más detallados de lo que resulta inevitable bajo las circunstancias. De ser posible, deberá hacerse un examen

sólo, y éste debe ser llevado a cabo por personas debidamente calificadas para ello". Y que los mismos sirvan para derivar a quienes están adiestrados para tratar no sólo la víctima sino también su grupo familiar. ....(378)

Las más serias consecuencias las veremos en aquellas víctimas con algunas de esas formas de labilidades psíquicas denominadas personalidades psicopatas, o ya serios trastornos afectivos con cadenas de dudas, de ansiedad por lo ocurrido, o por el temor de consecuencias somáticas. Así tendremos como efectos conversiones profusas, reacciones depresivas, agresivas, compulsiones en el sentido de alcoholismo o de promiscuidad.

Congeniamos que sea adecuada la postura médica si se tiene presente -con palabras de Montaigne- que "los hombres son atormentados por las opiniones que tienen de las cosas y no por las cosas mismas".

El problema social de opción es problema humano de libertad y se debe optar entonces socialmente, el trastorno ocasionado y la readaptación del individuo hacia una sociedad que se rige por su Constitución y que a su vez le garantiza seguridad.

(378) STERN RUDHOLM; Sexual Offenses, report of the Cambridge Department of Criminal Science. L. Radzinowicz, London, Mac Millan & Co. Ltd., 1957, p. 452.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.:** De los delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, contenidos en el Título Quinto, Capítulo Primero del Código Penal para el Distrito Federal, los más graves sin duda, son los previstos en el párrafo primero y tercero del artículo 265 del Ordenamiento señalado, por constituir predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra el derecho de la persona de disponer sexualmente de su cuerpo.

**SEGUNDA.:** En los pueblos antiguos, el delito de violación tenía un carácter indiferente dadas las condiciones de esclavitud que imperaban en ellos, pues el hombre no era libre de disponer de su cuerpo, así como los amos disponían sexualmente de sus esclavas sin el consentimiento de éstas.

**TERCERA.:** No encontramos ningún antecedente histórico del tipo del " de violación no realizado con el miembro viril": Este aparece por primera vez al adicionar el legislador un segundo párrafo al artículo 265 del Código Penal, creando un nuevo tipo con el decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 3 de Enero de 1989, entrando en vigo el día primero de febrero del mismo año. Actualmente fue reformado el 21 de enero de 1991 y entró en vigo el 22 quedando como párrafo tercero.

**CUARTA.:** El bien jurídico tutelado en este delito es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, cuyo titular es el sujeto pasivo de este delito, o sea el ofendido o víctima.

**QUINTA.:** La violencia física es cualquier fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia como: ataduras, golpes, heridas, sujeción por terceros, etc. Esta fuerza tiene que ser bastante o lo suficientemente desplegada en el sujeto pasivo para la obtención de la cópula.

La resistencia a la violencia física ha de ser : seria, constante.

**SEXTA.:** La violencia moral o amenaza es la manifestación del agresor, de manera expresa o tácita, explícita o implícita, real o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño o de determinar una situación de peligro, si el amenazado no consiente en la cópula.

Es necesario que el mal con el que se amenace sea grave, presente e irreparable.

**SEPTIMA.:** La resistencia que se oponga al ayuntamiento carnal en la violación puede verse limitada y tener que ceder la víctima para no experimentar mayor agresión física o moral de la que se hace objeto, debemos tener en cuenta las condiciones físicas de la víctima, lugar donde se encontraban, etc, carácter y peligrosidad del sujeto para que

los hechos sean juzgados con justicia y equidad.

**OCTAVA.:** Hay violación cuando se coopula con individuos menores de doce años aún cuando estos hayan expresado su consentimiento, pues todavía no están en posibilidad de producirse en sus relaciones sexuales, por lo tanto su voluntad carece de validez jurídica y se encierra un atentado contra de su voluntad.

**NOVENA.:** El sujeto pasivo no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales que se tienen con personas :

a) Que no hallan en su cabal juicio, o que no están en posibilidad de querer o consentir mediante una alteración patológica de la mente;

b) Que no hallan en su cabal juicio, o que no están en posibilidad de querer o consentir mediante una motivación normal, que no entienden o discurren a causa de una alteración patológica de la mente;

c) Oligofrenias, como son defectos congénitos o adquiridos en los primeros años de vida.

Estas circunstancias implican tanto al hombre como a la mujer, como sujetos pasivos del delito de violación; ausencia

de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual, o carencia de volición consciente para copular.

**DECIMA.:** Las causas que impiden al sujeto pasivo resistirse a la violación son las de naturaleza transitoria en las que el sujeto pasivo se haya en estado de inconsciencia que le priva de la facultad de conocer y comprender, por lo que pueden ser de dos tipos: A) accidentales, mismas que se dividen en fisiológicas y patológicas. B) Originadas por el propio actuar doloso del agente activo (mujer) sobre pasivo (hombre); esto es por medio de hipnosis, narcóticos, anestésicos o bebidas alcohólicas.

**DECIMO PRIMERA.:** La pena en el delito de violación fue impuesta acertadamente en base a las enseñanzas del pasado, en las necesidades presentes, siendo esta de ocho a catorce años de prisión. Si se trata de un menor de doce años y se ejerce con violencia se aumentará en una mitad. Si fuese violación tumultuaria, será la prisión con aumento en una mitad.

**DECIMO SEGUNDA.:** Los sujetos de la violación: a) Sujeto activo: Puede ser cualquier persona, hombre o mujer, teniendo cada uno posibilidad física de unirse carnalmente.

**DECIMO TERCERA.:** Cualquier persona puede ser el sujeto pasivo: niños y niñas; hombres o mujeres, vírgenes o no; de

cualquier edad, ligados o no por matrimonio; de buena o mala fama. Es decir, no importan las cualidades o calidades del ser humano con tal de que sean personas vivas.

**DECIMO CUARTA.:** Las víctimas del delito de violación pueden ser totalmente inocentes hasta culpables o reincidentes.

El hombre violado no acude a las autoridades pues cree que en vez de solucionar su situación, que se le haga justicia cree que agravaría su situación y sería objeto de burlas.

Es muy grande la confusión por la que atraviezan que prefieren en vez de ir con un abogado a que les oriente y guíe, con un Psiquiatra o Psicólogo y aún ahí es difícil que aflore todo su trauma.

**DECIMO QUINTA.:** Los elementos constitutivos del tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril", son:  
a) introducir un elemento o instrumento, b) por vía vaginal o anal c) por medio de la violencia física o moral; y d) en persona de cualquier sexo.

**DECIMO SEXTA.:** El elemento material del tipo analizado consiste en una conducta y en la especie, sólo puede efectuarse por una acción en razón de que el verbo rector del tipo "introducir" implica un hacer, siendo inconcebible pensar en que se puede llevar a cabo por una omisión o no hacer.

**DECIMO OCTAVA.:** En el tipo comentado, es imposible que se presente alguna hipótesis de ausencia de conducta, en virtud de que la conducta debe estar coloreada por el medio típico "violencia", sea ésta física o moral, y no es posible que el sujeto realice un comportamiento por medio de aquélla, relativo a introducir un elemento o instrumento en el orificio vaginal o anal del sujeto pasivo y al mismo tiempo este ausente la voluntad.

**DECIMO NOVENA.:** Habrá tipicidad en el tipo del "delito de violación no realizado con el miembro viril" cuando la conducta del sujeto sea subsumible a lo descrito por el párrafo tercero del artículo 265 del Ordenamiento Punitivo.

**VIGESIMO.:** El tipo analizado, contiene los elementos del tipo normal, habida cuenta que no contempla elementos normativos ni subjetivos del injusto.

**VIGESIMO PRIMERA.:** El tipo estudiado, exige una modalidad especial o de lugar en cuanto a la conducta, pues indica en que lugar debe introducirse el elemento o instrumento distinto al miembro viril, esto es, la introducción o penetración debe efectuarse en la vía vaginal o anal, siendo alternativo en cuanto a la modalidad especial o lugar.

**VIGESIMO SEGUNDA.:** El tipo examinado, se clasifica en orden al sujeto activo como un tipo general, común o indiferen

te en razón de que cualquiera puede ser objeto activo. Es un delito de propia mano, habida cuenta que el sujeto activo debe cometerlo directamente, esto es, personalmente, utilizando los medios exigidos por el tipo, sin que pueda cometerlos sirviéndose de otra persona como instrumento. En cuanto al número de sujetos activos, es un tipo monosubjetivo individual: o de sujeto único, porque no exige para su comisión la intervención de varios sujetos.

**VIGESIMO TERCERA.:** Respecto al objeto de la acción en el tipo estudiado, se trata de un objeto material personal, en razón de que la conducta debe recaer sobre una persona independientemente del sexo, coincidiendo en este caso el objeto material con el sujeto pasivo del delito.

**VIGESIMO CUARTA.:** El sujeto pasivo en el tipo analizado, es el titular del bien jurídico protegido de la libertad sexual. En orden al sujeto pasivo se clasifica como un tipo impersonal al no exigir ninguna calidad.

**VIGESIMO QUINTA.:** En orden al tipo el "delito de violación no realizado con el miembro viril", se clasifica como un tipo: fundamental o básico, autónomo o independiente, de formulación causuística, vinculado o de medios legalmente limitados, alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo, normal y de ofensa simple.

**VIGESIMO SEXTA.:** Habrá atipicidad en el tipo examinado,

cuando se de alguna de la siguientes hipótesis: 1) cuando exista consentimiento por parte del sujeto pasivo; 2) cuando se de la referencia de carácter especial o de lugar y 3) cuando no concurren cualquiera de los medios productores del resultado.

**VIGESIMO SEPTIMA.:** De acuerdo al concepto de antijuridicidad formal, el "delito de violación no realizado con el miembro viril", será formalmente antijurídico, cuando siendo típico, no este amparado por alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 15 del Código Penal. El tipo mencionado, será materialmente antijurídico cuando lesione el bien jurídico consistente en la libertad sexual, o bien cuando sea puesto en peligro de lesionarlo.

**VIGESIMO OCTAVA.:** En el tipo comentado no se presenta ninguna causa de justificación, pues es inconcebible que un sujeto realice el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Respresivo, alegando que lo ampara una norma permisiva.

**VIGESIMO NOVENA.:** De acuerdo a la teoría normativa de la culpabilidad, se debe reprochar el comportamiento del sujeto activo en el tipo estudiado, cuando concorra la imputabilidad, el dolo y además que haya ausencia de las causas de exclusión de la culpabilidad.

**TRIGESIMA.:** En el tipo examinado sólo se presenta

la forma de culpabilidad denominada dolo y actúa dolosamente de acuerdo con la doctrina y con el contenido de la fracción I del artículo 8 y párrafo primero del numeral 9 del Código Penal; el que conoce las circunstancias del hecho, típico, quiere y acepta el resultado prohibido por la ley. Debe concurrir los elementos del dolo, el cognoscitivo, el volitivo y además debe tener consciencia de la antijuridicidad de su conducta.

**TRIGESIMO PRIMERA.:** También como causa de inculpabilidad puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta en la hipótesis de coacción, violencia moral o temor fundado de acuerdo con la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, pues un sujeto puede llevar a cabo la conducta bajo violencia moral, en tal caso no concurre el elemento volitivo del dolo, no siendo culpable el sujeto.

**TRIGESIMO SEGUNDA.:** La punibilidad o amenaza de pena, la encontramos en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Represivo que es de tres a ocho años de prisión. debe modificarse y aplicarse la misma pena que la prevista por el tipo de violación previsto en el párrafo primero del mismo numeral y aumentarse en una mitad cuando se ejerce re violencia en sujetos menores de doce años de edad, cuando no tengan capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta que se ejecuta en su persona o que por cualquier causa no puede resistir la conducta delictuosa.

**TRIGESIMO TERCERA.:** No se presenta ninguna excusa absolutaria en el tipo analizado, pues no existe ninguna causa que por razones de justicia o equidad de acuerdo con una política criminal se deje impune el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

**TRIGESIMO CUARTA.:** Pueden presentarse las tres etapas de la fase interna, subjetiva o psíquica del inter criminis en el tipo examinado, como son la ideación, deliberación y resolución, no teniendo trascendencia jurídico penal, pues es de aceptación unánime que el pensamiento no delinque, habida cuenta que no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras, no llega a lesionar ningún interés jurídico protegido.

**TRIGESIMO QUINTA.:** El tipo comentado puede presentarse en grado de tentativa acabada cuando concurren el elemento subjetivo y objetivo, cuando un sujeto quiera realizar el comportamiento descrito en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal, lleve a cabo una total realización de los actos de ejecución y no logre la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad.

**TRIGESIMO SEXTA.:** No procede el arrepentimiento activo o eficaz tratándose de tentativa acabada en el tipo estudiado por tratarse de un delito formal o de mera conducta, por exigir el arrepentimiento un resultado material o cambio en el mundo exterior.

**TRIGESIMO SEPTIMO.:** La tentativa inacabada se presenta en el tipo analizado, cuando un sujeto tenga la intención de realizar la conducta, lleve a cabo un principio de ejecución y que no se consume por causas ajenas a su voluntad.

**TRIGESIMO OCTAVO.:** Puede presentarse el desistimiento en el tipo del delito de violación no realizado con el miembro viril en grado de tentativa inacabada, cuando el sujeto desista espontáneamente de la ejecución, cuando abandone los actos necesarios ulteriores para consumar el hecho, en tal hipótesis no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere sin perjuicio que constituyen por sí mismos delito, como lo establece el párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal.

**TRIGESIMO NOVENA.:** No se presenta el concurso ideal homogéneo en el tipo examinado, en razón de que con la realización del comportamiento descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código Represivo sólo se lesiona un bien jurídico protegido, como lo es la libertad sexual, siendo por tanto imposible que con la misma acción se lesione algún otro interés jurídico tutelado.

**CUADRAGESIMO.:** Se puede dar el concurso real o material homogéneo, habida cuenta que un sujeto puede realizar varias veces el comportamiento descrito en el párrafo tercero del Ordenamiento Punitivo, en diversos momentos y en lugares

o no distintos.

**CUADRAGESIMO PRIMERA.:** Se presenta el concurso real o material homogéneo al efectuar un sujeto varias conductas subsumibles en diferentes tipos penales y distintos también los bienes jurídicos tutelados, siendo uno de estos, el interés jurídico protegido por el tipo previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

**CUADRAGESIMO SEGUNDA.:** De acuerdo a la teoría del dominio del hecho, será autor inmediato, directo o material en el tipo comentado, aquél sujeto que realice personalmente la conducta, en este caso, se dice, que el autor tuvo en sus manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo que estuvo en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la comisión del tipo, siendo en consecuencia, responsable del delito en términos del artículo 13, fracción II, del Código Penal.

**CUADRAGESIMO TERCERA.:** No se da la coautoría en el tipo analizado por tratarse de un delito de propia mano, por lo que aquél sujeto que colabora en el evento típico deber ser considerado como un partícipe (cómplice) y no como coautor del hecho típico.

**CUADRAGESIMO CUARTA.:** Se puede presentar la figura del instigador en el tipo estudiado, pues un sujeto puede determinar dolosamente a otro para que realice la conducta

(acción) descrita en el párrafo tercero del artículo 265 de la Ley sustantiva Penal, en tal hipótesis se equipara para efecto de la pena al instigador y al autor material.

**CUADRAGESIMO QUINTO.:** También se puede presentar el auxiliador sub-sequens, cuando un sujeto auxilia a otro en cumplimiento de una promesa previa al individuo que realiza el evento típico descrito en el párrafo tercero del numeral 265 del Código de la Materia.

**CUADRAGESIMO SEXTA.:** El instituto jurídico -- penal considera que el encubrimiento se presenta en el tipo analizado pero no como una forma de participación sino como un delito autónomo, cuyo fundamento legal es el artículo 400 en sus diversas fracciones.

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

ANUCHATEGUI REQUENA IRMA.  
DERECHO PENAL,  
COLECCION TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS  
EDITORIA, HARLA

CODIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN  
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.  
EDITORIAL SISTA , 1994

CODIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERI COMUN  
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.  
EDITORIAL PORRUA, 1991

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL  
DERECHO PENAL. PARTE GENERAL,  
EDITORIA PORRUA, MEXICO, 1982  
EDICION 14°.

CARRARA, FRANCESCO  
PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL PARTE GENERAL  
VOLUMEN I. (TRADUCIDO JOSE ORTEGA TORRES Y JORGE GUERRERO)  
EDITORIA TEMIS,  
BOGOTA COLOMBIA, 1956

CASTELLANOS TENA, FERNANDO  
LINEAMIENTOS ELEMENTEALES DE DERECHO PENAL,  
PARTE GENERAL,  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1989

CUELLO CALON, EUGENIO  
DERECHO LPENAL TONO DOS 9PARTE ESPECIALO  
BOSCH, BARCELONA,  
EDICION 8° , 1952

DICCIONARIO CARROGGIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA  
CARROGGIO, BARCELONA, ESPANA,  
1982.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO S.  
INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO  
U.N.A.N. 1971

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO  
DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1975  
EDICION 13ª.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO  
DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA  
Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1975  
EDICION 5ª

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO  
EL CODIGO PENAL COMENTADO  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1987  
EDICION 8ª.

GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER  
LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO  
9TRAD. DE LA 4TA. EDICION ALEMANA POR  
CARLOS FONTAN BALESTRAO  
ABELEDOR PEROT, BUENOS AIRES.

GUIER, JORGE ENRIQUE  
HISTORIA DEL DERECHO  
PRIMERA PARTE TOMO I.  
COSTA RICA, SAN JOSE 1968

JIMENEZ HUERTA, MARIANO  
DERECHO PENAL MEXICANO TOMO III  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1974  
EDICION 2ª.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS  
TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO I  
LOSADA BUENOS AIRES, 1950

JIMENEZ HUERTA MARIANO  
DERECHO PENAL MEXICANO TOMO III  
9LA TUTELA PENA LDEL HONOR Y DE LA  
LIBERTADO  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1984  
EDICION 2ª.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS  
LA LEY Y EL DELITO  
ABELEDIO PEROT, SUDAMERICANA,  
BUENOS AIRES, 1989  
EDICION 3ª.

JURGEN, BAUMANN  
DERECHO PENAL. CONCEPTOS FUNDAMENTALES  
Y SISTEMA 9TRAD. DE LA 4ª EDICION --  
ALEMANA POR CORADO A FINZI O  
DEPALMA, BUENOS AIRES, 1981

MACHORI HILDA,  
DELITOS SEXUALES  
EDITORIAL PORRUA,  
1991, MEXICO  
EDICION 5ª

NALO CANACHO, GUSTAVO  
TENTATIVA DEL DELITO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS  
MEXICO, 1971  
U.N.A.M. EDICION 1ª

NENDOZA DURAN, JOSE O  
EL DELITO DE VIOLACION,  
COLECCION NEREO MEDRAZO, BERCELONA,

MEZGER, EDMUND  
DERECHO PENAL PARTE GENERAL  
(TRAD. DE LA 6ª EDICION ALEMANA DE 1955,  
POR CORONADO A. FINZIO  
CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO  
TEORIA GENERAL DE DEITO  
EDITORIA TEMIS, BOGOTA ,  
COLOMBIA 1984

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO  
DERECHO PENAL MEXICANO  
EDITORIAL PORRUA,  
MEXICO 1990, EDICION 9ª.

PESSOA, NELSON R.  
LA TENTATIVA, HANNURABI S.R.L.  
BUENOS AIRES 1987.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO  
ROBO SIMPLE TIPO FUNDAMENTAL, SIMPLE O BASICO  
EDITORIAL PRRUA, MEXICO, 1989  
EDICION 2ª.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO  
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL  
EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1987  
EDICION 2ª.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO  
ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION  
EDITORIAL PRRUA, MEXICO, 1985  
EDICION 4ª.

ALFREDO ACHAVAL  
DELITO DE VIOLACION  
ESTUDIO SEXOLOGICO, ENDCO LEGAL Y JURIDICO  
LEGISLACION COMPARADA  
EDICION SEGUNDA  
ABELED0 PERROT, BUENOS AIRES.

LA EDUCACION DE LA SEXUALIDAD HUMANA  
SOCIEDAD Y SEXUALIDAD  
TOMO I  
CONSEJO NACIONAL DE POBLACION  
MEXICO, 1982

LA EDUCACION DE LA SEXUALIDAD HUMANA  
FAMILIA Y SEXUALIDAD  
TOMO II  
CONSEJO NACIONAL DE POBLACION  
MEXICO, 1982

LA EDUCACION DE LA SEXUALIDAD HUMANA  
INDIVIDUO Y SEXUALIDAD  
TOMO III  
CONSEJO NACIONAL DE POBLACION  
MEXICO, 1982

QUIROZ CUARON, ALFONSO  
MEDIACINA FORENSE  
EDITORIAL PORRUA, S.A.  
EDICION 5ª.  
MEXICO 1986.

MARTINEZ ROARO, MARCELA  
DELITOS SEXUALES,  
EDITORIAL PORRUA, S.A.  
MEXICO, D.F. 1982

FONTAN BALESTRA, CARLOS  
DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL  
EDITORIAL ABELADO PERROT  
BUENOS AIRES, 1960

ETCHEBERRY, ALFREDO  
DERECHO PENAL IV.  
CARLOS E. GIBS EDITOR  
SANTIAGO DE CHILE

MENDOZA DURAN, JOSE O  
DELITO DE VIOLACION,  
COLECCION NEREO  
BARCELONA ESPAÑA 1967  
EDICION 6ª.

GONZALEZ DE LA VEGA RENE  
COMENTARIOS AL CODIGO PENAL  
EDITORIAL PORRUA, S.A.  
MEXICO, 1975 1ª EDICION.

DE GUSMAO, CHRYSOLITO  
DELITOS SEXUALES  
EDITORIAL BIBILIGRAFICA  
ARGENTINA, BUENOS AIRES. 1958  
EDICION 4ª.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL  
VERSION PRELIMINAR  
AGOSTO 10, 1983.

MAGGIORE, GIUSEPPE  
DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL IV  
EDITORIAL EMIS  
BOGOTA COLOMBIA 1972  
EDICION 2ª.

SOLER, SEBASTIAN  
DERECHO PENAL ARGENTINO III  
TIPOGRAFICA  
EDITORIA ARGENTINA, BUENOS AIRTES.  
1967  
EDICION 3ª.

GOMEZ EUSEBIO  
TRATADO DE DERECHO PENAL III  
COMPANIA ARGENTINA DE EDITORES.