

170
2EJ

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

‘ARAGON’



**ADICION A LA VIOLACION EQUIPARADA EN LA LEGISLACION
PENAL DEL ESTADO DE MEXICO**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARIA LILIA GONZALEZ HERNANDEZ

San Juan de Aragón, Edo. de México,

1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*Mirar alrededor
y ver a aquellos
que están a mi lado,
motivando mi andar
y haciéndome sentir especial,
me ha hecho descubrir
lo afortunada que soy.*

GRACIAS

A Dios

*Te amo Señor, por ser la luz,
que día tras día, ilumina mi camino...*

A mi Madre

*Con admiración y cariño,
ya que con su entereza y ejemplo
ha sabido guiarme por el sendero de la vida,
dándome valor y confianza a cada instante, porque con
sus consejos ha afianzado mi paso y con sus palabras
de aliento me ha ayudado a ser lo que soy,
a ti Madre, por ser lo mejor en mi existir.*

A mi Padre

*Con profundo cariño por haberme dado el ser y
por los momentos compartidos, brindándome
su apoyo moral en todo momento.*

A mis hermanos Lucy, Male, Aureliot, Mario y Sol

*Con inmensurable amor y agradecimiento por el apoyo,
confianza y ejemplo que siempre me han brindado,
recordándoles que el presente trabajo no marca
el final, sino el principio de la contienda en
la que espero nunca defraudarlos.*

A mis sobrinos Ricky, Toñito, Marianita, Dianita, Lalito y Paulina

*Por la dulce alegría y cariño que proyectan en mi ser
anhelando que el presente sirva de motivación en su vida.*

A Ricardo J. Guerrero López

*Por su gran calidad humana,
confianza y fe en mí.*

Michy y Alicia

*Por su enorme bondad y estar siempre a mi
lado, guiándome tan acertadamente a
elegir el camino que debo seguir.*

A mis amigos

Por ese don y valiosa experiencia que me han permitido compartir con ustedes.

A mi asesor Lic. Rosa María Valencia Granados

Porque con sus conocimientos, supo guiarme en la elaboración del presente trabajo, mi eterna gratitud por su ayuda y comprensión.

A los señores:

Ing. Jorge F. Paniagua Ballinas

Lic. Miguel Ángel Arteaga Sandoval

Lic. Ismael Martiñon Moreno

Lic. J. Guadalupe Medina Araujo

Lic. Jorge E. Muclño Escalona

Lic. Mario Juan Pablo Ramírez Orozco

Por su apoyo y amistad incondicional; incansables luchadores, quienes con su profesionalismo han sembrado en mi el deseo de ser mejor cada día.

**A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
"E.N.E.P. ARAGÓN"**

Por el orgullo de permitirme asistir a sus aulas, enriqueciendo mi alma de conocimientos y valiosas experiencias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MÉXICO	2
A. SURGIMIENTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN	2
B. DERECHO PRECORTESIANO	4
C. ÉPOCA COLONIAL	11
D. MÉXICO INDEPENDIENTE.	15
E. PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL EN MÉXICO	17
CAPÍTULO II	
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO	33
A. CONCEPTO	33
1. DELITO	33
2. VIOLACIÓN	39
3. VIOLACIÓN EQUIPARADA	45
ELEMENTOS POSITIVOS	48
B. CONDUCTA	49
1. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN A LA CONDUCTA	52
2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL RESULTADO	54
C. TIPICIDAD	56
1. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO	58
2. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO	71

CONCEPTO DE COPULA	83
3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO	84
D. ANTIJURIDICIDAD	91
E. IMPUTABILIDAD	94
F. CULPABILIDAD	95
1. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD	96
2. FORMAS DE CULPABILIDAD	97
G. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	103
H. PUNIBILIDAD	104

CAPÍTULO III

ESTUDIO DOGMÁTICO EN LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO ELEMENTOS NEGATIVOS

	107
A. AUSENCIA DE CONDUCTA	107
B. ATIPICIDAD	110
C. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	112
1. LEGÍTIMA DEFENSA	113
2. ESTADO DE NECESIDAD	115
3. EJERCICIO DE UN DERECHO O CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	117
4. OBEDIENCIA JERÁRQUICA	121
5. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO	122
D. INIMPUTABILIDAD	123
1. TRASTORNO PERMANENTE	124
2. TRASTORNO TRANSITORIO	125
3. LA SORDOMUDEZ	125
4. EL MIEDO GRAVE	126
5. LA MINORÍA DE EDAD	127
E. LA INculpABILIDAD	128

1. CAUSAS GENÉRICAS DE LA INculpABILIDAD	128
F. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	134
G. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	135
CAPÍTULO IV	
LA VIDA DEL DELITO Y SUS MODALIDADES EN LA VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA	137
A. ITER CRIMINIS	137
1. FASE INTERNA	137
B. ASPECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO	139
1. TENTATIVA.	140
2. CONSUMACIÓN.	144
C. LA PARTICIPACIÓN	147
D. CONCURSO DE DELITOS	151
CAPÍTULO V	
REFLEXIONES A LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO	167
A. REFLEXIONES A LOS ARTÍCULOS 279 Y 280 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO	167
B. PROPUESTA DE ADICIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN EQUIPARADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO	181
CONCLUSIONES	184
BIBLIOGRAFÍA	188

INTRODUCCIÓN

Tanto en la doctrina, como en nuestra legislación penal y dentro del capítulo de Delitos Sexuales, sin lugar a dudas el de violación es calificado como grave, así con base en estadísticas realizadas, es considerado de mayor índice delictivo en la actualidad.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, al tipificar el delito de violación, establece "Al que por medio de violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta". Entendiendo por cópula, desde el punto de vista doctrinal, la introducción del miembro viril en cavidad vaginal, anal o bucal. Sin embargo, en ocasiones los sujetos pasivos llegan a ser víctimas de la penetración de algún elemento o instrumento distinto al miembro viril, en cavidad anal o vaginal, conducta que no se adecua a ningún tipo penal.

Surgiendo así una laguna dentro del ordenamiento legal antes invocado, dando origen a que el Juzgador adecue tal comportamiento atípico a un precepto distinto al de la violación, como puede ser en los delitos de actos libidinosos, lesiones, etc., por no configurarse todos los elementos que requiere el tipo de violación, aun cuando al realizar la conducta que nos ocupa, se vulnera la libertad sexual de la víctima en igual o mayor grado que si se le introdujera el órgano sexual masculino.

Ahora bien, tomando en consideración que el fin del Derecho Penal es la creación y conservación del orden social, por tanto, éste requiere estar en constante revisión para responder a las necesidades del momento actual, resultando de gran importancia que el hecho anterior se encuentre al abrigo de la ley, garantizando la libertad sexual del individuo dentro de la sociedad a la cual pertenece.

Por ello, toda vez que el artículo 280 del Código Penal para el Estado de México, comprende el delito equiparado a la violación consistente en "la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años"; pretendemos una adición al citado precepto legal con un segundo párrafo.

De este modo, durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se analizarán los elementos de los delitos de violación propia y equiparada, formulando comentarios y propuestas a efecto de que en su oportunidad se llegue a la conclusión que se pretende.

En nuestro primer capítulo, intentamos dar un panorama evolutivo del delito de violación, con el surgimiento de éste, hasta llegar a su desarrollo en el Derecho Precortesiano, época Colonial, México Independiente, remontándonos a los principales antecedentes del Código Penal en México, a efecto de entender el Derecho Penal Vigente.

Así también, en el segundo y tercer capítulo, se realiza un estudio de los puntos fundamentales en todos y cada uno de los elementos positivos y negativos del delito respectivamente, adecuándolos concretamente al de violación propia y equiparada.

El cuarto apartado titulado "La vida del delito y sus modalidades en la violación simple y equiparada", se inicia de manera específica con el *Iter Criminis* e inmediatamente se analizan los aspectos en la ejecución del delito; tentativa y consumación, siguiendo con la participación y concurso de delitos sin dejar de relacionarlos con el ilícito a estudio.

En el quinto y último capítulo, se efectúa una serie de consideraciones en torno a los artículos 279 y 280 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, concluyendo con la propuesta de adición al delito de violación equiparada, realizando argumentos que consideramos válidos e importantes para dar como resultado una propuesta fundada y motivada.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN

- A. SURGIMIENTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN**
- B. DERECHO PRECORTESIANO**
- C. ÉPOCA COLONIAL**
- D. MÉXICO INDEPENDIENTE**
- E. PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL EN MÉXICO**

ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN MÉXICO

Es de gran importancia realizar un estudio de manera sencilla y sistemática del momento histórico en que nacen los bienes jurídicos sexuales y la consiguiente aparición de los delitos sexuales para obtener una noción cierta de aquél en que surge el delito de violación, el cual por su naturaleza, provoca en la víctima y en la sociedad general una justificada reacción de alarma e indignación.

A. SURGIMIENTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN

El hetairismo, o estado de promiscuidad sexual surge tal vez en la horda; primitiva agrupación humana de individuos de ambos sexos, unidos por compañerismo y no por vínculos de sangre. En este período las relaciones sexuales tienen lugar sin contenido ético, obedeciendo a determinados ciclos de periodicidad, se desconoce a la familia como consecuencia de la promiscuidad sexual, no existiendo patriarcado ni matriarcado, ya que se creía que la mujer recibía al hijo por procedimiento exterior, toda vez que al pertenecer tanto el padre como la madre al mismo grupo, carecía de sentido la cuestión de agrupación a que pertenecía el hijo. (1)

1 Cfr. González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 4a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1979, pp. 46 y 47

Nosotros no estamos de acuerdo en el sentido de que se ignoraba la maternidad, puesto que como afirma Luis Recaséns Siches "... la madre es el progenitor individual conocido, es el centro de la familia". (2)

Al transformarse la horda en clan totémico se da origen al matriarcado familiar, donde la descendencia y los derechos de ésta se determinan por línea femenina, según Krische; surge sin lugar a duda, cuando la cultura nómada de los cazadores da pauta a la cultura sedentaria de agricultores, toda vez que la mujer desde siempre había estado en estrecho contacto con la tierra y sus productos, por lo cual la regularización de la vida económica del grupo esta a cargo de la mujer, (3) la cual adquiere de inmediato el prestigio necesario para imponer su hegemonía familiar, característica de esta sociedad .

Algunos de los tabúes de carácter sagrado se refieren a la mujer, especialmente el de la menstruación y se mantiene la idea, de que la mujer durante este período penetra en relación íntima con el tótem, dando origen a la exogamia, que obliga al hombre a buscar esposa fuera del clan, primero robándola y después comprándola; primitivas formas de matrimonio que dan lugar al nacimiento de las sociedades patriarcales.

2 Tratado General de Sociología. 13a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1974, p. 467

3 Cfr. *Ibidem*

Siendo lógico pensar que la mujer colocada en esa situación y al entrar en relación íntima con el tótem al cual pertenecía, sea considerada de impureza sexual, perdiendo gradualmente la estimación social hasta quedar convertida en un simple objeto propiedad del hombre.

Alberto González Blanco refiere; "... en una época posterior de la evolución humana, pero sin que la organización hórdica se hubiere transformado en la totémica, desapareció la periodicidad sexual la cual constituiría, como constituye actualmente en las especies inferiores, un estímulo para la violencia, siendo sustituida dicha periodicidad por la libido, surgiendo el primer objeto de valorización; la libertad sexual y con él, el primer delito sexual, conocido: "la violación", cuando el hombre como sujeto sexual poseyera a la mujer violentamente, contra su voluntad". (4)

B. DERECHO PRECORTESIANO

La cultura Olmeca contaba con tres principales ciudades: La Venta, San Lorenzo y Tres Zapotes, pueblos dedicados a la agricultura, pero ésta no progresó debido a las inundaciones, provocando la emigración de sus habitantes a diferentes lugares y es así como se dispersan formando la cultura Tolteca y Teotihuacana, siendo la última una de las ciudades más sobresalientes, dividida en dos grandes valles:

4 Op. cit., pp. 50 a 52

México y Puebla, dicha civilización logró edificar grandes templos, como la pirámide del Sol, pirámide de la Luna, entre otros.

Cuenta la historia que tiempo después, al ser arrojados los teotihuacanos por el pueblo Chichimeca a una isla en el Valle de Texcoco, la cual contaba con una gran cantidad de serpientes, con el deseo de que murieran en ese lugar, lo cual no sucedió así, ya que los teotihuacanos adoraban al Dios Serpiente y pensaban que éste les mandaba alimento; surgió así la Cultura Azteca. (5)

El pueblo Azteca, alcanzó un enorme desarrollo político, económico y militar, debido primordialmente a la asimilación de conocimientos de los pueblos vecinos sometidos.

El Derecho penal azteca merece ser tomado en consideración por ser uno de los más representativos de su época y por la peculiaridad con que se sancionaban las diferentes faltas. Se caracterizó por ser un ordenamiento legal escrito, ya que en los diversos códigos que se han conservado, encontramos claramente expresados con pinturas cada uno de los delitos, así como sus penas, resaltando figuras tan importantes como: la responsabilidad, culpabilidad, reincidencia, entre otras cosas.

En lo relativo a la sexualidad, el sistema jurídico de la cultura en estudio era muy severo y riguroso, debido a que la consideraban como

5 Cfr. Cossío Villegas, Daniel. Historia Mínima de México. 6a. ed., México, Ed. Colegio de México, 1981, pp. 13 a 21

un don otorgado por los dioses y a ello se debe la estricta vigilancia para su práctica moderada y no abusiva, por lo consiguiente el sistema educativo lo fue en el mismo sentido. (6)

Afirma Raúl Carrancá y Rivas, "... la Ley azteca era brutal. De hecho desde la infancia - concluye Vaillant - el individuo seguía una conducta social correcta; y el que violaba la ley sufría serias consecuencias". (7)

Generalmente la mujer se encontraba a cargo de las labores domésticas, a los doce años de edad ingresaba a la escuela donde se le preparaba con el fin de que supiera comportarse, vestirse, desenvolverse correctamente al momento de contraer matrimonio.

Por otra parte, el joven que pertenecía a la nobleza era educado en el Calmecac y no podía tener relaciones sexuales durante su estancia en el mismo, bajo la pena de "chamuscarse" los cabellos, sanción que para ellos constituía una gran humillación. En cambio la población plebeya contaba con mayores libertades en materia erótica.

El pueblo Tenochca veneraba a la diosa Tlazoteotl, diosa de la carnalidad, ante ésta provocadora e incitadora de la lujuria, celebraban una confesión, la cual solo podía practicarse una vez en la vida y el

6 Cfr. Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 53

7 Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México. 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, p. 14

sacerdote, previa penitencia, otorgaba el perdón. Los pecados de naturaleza sexual y por lo general de hombres de edad avanzada, no debían volverse a cometer puesto que no había posibilidad de absolución. La penitencia dada era según la gravedad del caso, que iba desde el ayuno, hasta el traspasarse la lengua, orejas o el pene con una espiga de maguey y luego pasarse una a una por el orificio hecho por ésta, hasta cuatrocientas varas de nimbre.

La virginidad tuvo un gran valor para el pueblo Azteca llegando al extremo de que si la esposa no llegaba pura al matrimonio su cónyuge podía repudiarla públicamente. Por lo que se refiere al varón, se le orientaba para que tuviera relaciones sexuales hasta después de una determinada edad, con el fin de que guardara fidelidad eterna a su pareja una vez desposado.

Cada que un nuevo rey subía al poder, tenía la obligación de dirigir un discurso a su pueblo con el propósito de exhortarlo a no realizar conductas que se consideraban negativas y como un mal ejemplo entre la colectividad y una de éstas lo era el ingerir "octli", es decir, pulque, en razón de que después de la borrachera, el hombre se tornaba incontrolable y por ello se perfilaba como sujeto activo en los delitos de violación, estupro, corrupción de vírgenes, violencia de parientes y afines, agrediendo con ello la integridad y honor de las mujeres del grupo y para el caso de que el varón cometiera alguno de los delitos citados, se le castigaba, con base al respeto guardado a la mujer.

El derecho de matar correspondía únicamente al rey, en rigor estaba prohibido hacer justicia por propia mano, ya que para ello existían jueces que debían conocer de las diversas controversias suscitadas. Por lo que venganza privada no imperaba, aún en el caso de la adúltera sorprendida in fraganti no podía ser muerta por el ofendido, a pesar de que el adulterio era castigado con la pena de muerte, siendo éste considerado dentro de los delitos contra el orden de la familia, la moral pública o las buenas costumbres, el más castigado. (8)

El profesor Raúl Carrancá y Rivas, por otra parte, dice: "los aztecas vivían en pleno período de venganza privada y de ley del Talión, tanto en el Derecho punitivo como en la ejecución de las sanciones". (9)

Nosotros no compartimos la misma idea que este profesor, ya que existían jueces encargados de resolver los diversos conflictos, pero si una persona hacía justicia por su propia mano y era sorprendido en el mismo instante de los hechos, a su vez era castigado de igual forma.

Es importante mencionar que al violador de una ramera, es decir, una mujer mala que se distinguía de las demás porque se pintaba en forma distinta a la usual y se comportaba de manera escandalosa; no se le aplicaba ningún castigo, toda vez que no se consideraba como delito.

8 Cfr. Martínez, op. cit., pp. 42 a 44

9 Op. cit., p. 18

Entre los mayas, la organización política de este pueblo se fundamentaba en el cacique o gobernante, quien ejercía el poder en el ámbito ejecutivo, legislativo, judicial y religioso. Para el mejor desempeño de sus funciones, el máximo jefe político contaba con el apoyo de los sacerdotes supremos y de los altos jefes militares del poblado.

En esta cultura el régimen esclavista adquirió un gran desarrollo, considerando a las guerras como las principales fuentes de esclavos al igual que el tráfico de prisioneros. Posteriormente se llegó a considerar como esclavo a toda clase de reos condenados por algún delito.

Dentro de las penas que se aplicaban por lo regular iban desde la esclavitud de por vida hasta la pena de muerte, quedando claramente que las resoluciones en los juicios de orden criminal eran inapelables y sin distinción alguna de la clase social a la cual pertenecía el sujeto activo del ilícito.

El delito de violación era castigado con la lapidación y el pueblo entero participaba en la ejecución de la pena, haciéndolo con gran rencor y odio, ya que la moral maya se veía lastimada con dicha conducta. (10)

Los mayas frecuentemente practicaban una ceremonia llamada "Caputzihil", que no era otra cosa que una festividad de carácter público, mediante la cual se indicaba el inicio de los jóvenes a la vida sexual, se

10 Cfr. ídem, p. 36

decía que era su nueva vida, significaba el advenimiento de la pubertad, manifestándose en el varón con el fenómeno de la virilidad; como señal de que ya era hombre y en la mujer con la gracia y la pasión que se despertaba en su ser. La celebración consistía en dar a fumar hojas de tabaco al adolescente y a la niña se le daba a oler flores como símbolo de juventud.

La familia como institución se sustentaba en el matrimonio monogámico, sin embargo los señores pertenecientes a la clase alta podían llegar a tener hasta dos esposas. Así también los mayas practicaban el divorcio.

Esta cultura trató de prevenir en todo tiempo el delito de incesto, prohibiendo contraer nupcias entre personas del mismo nombre, así como entre padrastros o madrastras y entenados, entre tíos y sobrinos, y cuñados, lo cual trajo consigo resultados positivos.

En relación a la cultura Tarasca, existe una gran cantidad de dudas en cuanto a su ordenamiento penal, ya que se tienen pocos datos sobre las instituciones legales y la administración de justicia, es decir, en lo referente a la crueldad de sus castigos impuestos a los sujetos activos de las conductas tipificadas como delitos.

A los autores del delito de violación se les castigaba rompiéndoles la boca hasta las orejas y luego los mataban por empalamiento.

Por lo que se refiere a la cultura Totonaca, Náhuatl, Mixteca, Zapoteca, y así en la mayoría de las culturas prehispánicas se desarrollaron dentro de los parámetros morales señalados con anterioridad, aún cuando sus costumbres y educación, variaban según la clase social, el sexo y la edad.

Podemos afirmar que en la época prehispánica no sólo era vigilada la virginidad y la castidad de las mujeres, sino también la de los hombres, pues eran muy apreciadas tanto por los hombres mismos como por los dioses. (11)

La sanción pecuniaria no existía, puesto que no circulaba la moneda en ese tiempo, no había cárceles, se empleaban jaulas y cercados con el objeto de confinar a los delincuentes, antes de juzgarlos o de sacrificarlos. Desde luego, tales jaulas y cercados tenían la función de lo que hoy en día conocemos como cárcel preventiva. (12)

C. ÉPOCA COLONIAL

El siglo XVI para la historia de México es el inicio de la conquista, dividiéndose en dos grandes etapas; caracterizándose la primera de ellas por el triunfo de los intereses particulares de los conquistadores sobre el determinante mundo indígena, lo cual trajo como principal consecuencia que se abusara sin limitación alguna de los indígenas y la

11 Cfr. Ídem, pp. 52 a 54

12 Cfr. Carrancá, op. cit., p. 13

segunda etapa se distinguió por la tendencia opuesta, es decir, aumento de la función real en la toma de decisiones en todos los ámbitos y el surgimiento de una política deliberada de protección legal al indígena.

Al tener verificativo el arribo del español, el pueblo sufrió injusticias, muerte, desorientación, pánico y humillaciones al grado de verse convertido en esclavo permanente del conquistador, lo que trajo consigo un elevado número de abusos de carácter erótico por parte del colonizador con las mujeres del pueblo prehispánico, desconociendo edad, estado civil o social, aún cuando en la Ley XXI, título X, libro II de la Recopilación de Indias, se ordenaba que los delitos cometidos en contra de los indios fuesen castigados con mayor severidad que los realizados en contra de los españoles, pero en realidad no sucedió así. (13)

La Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas de España a territorio americano, lo cual se corrobora con la Ley II, título, libro II de las Leyes de Indias, que a la letra dice: "en todo lo que no estuviere decidido ni declarado por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las Leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar", (14) siendo derecho aplicable durante la época en mérito.

13 Cfr. Martínez, op. cit., p. 58

14 Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 14a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 116

Asimismo, en esta época se aplicó indistintamente el Fuero Real, las Partidas de Don Alfonso X el sabio, las Ordenanzas dictadas como la de Minería, la de Intendentes y la de Gremios; logrando con ésto los conquistadores integrar un completo sistema jurídico. (15)

Por lo que se refiere al delito de violación, fue regulado por una gran diversidad de ordenamientos legales, ya que no existía ley alguna que tratara sobre el mismo de manera específica.

Francisco González de la Vega, manifiesta "el delito de violación en la Legislación Española se encontraba regulado entre otras leyes, en el Fuero Juzgo, en su libro III, título IV, bajo la regla general: De los adulterios y de los fornicios; así también la Ley XIV establecía; si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: si el omne es libre recibe cien azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: é si es siervo sea quemado en fuego". (16)

El Fuero Real en sus primeras cuatro leyes del título X, del libro IV, disponía que a los que furtaban, robaban o engañaban a las mujeres, hablando indistintamente del delito de violación y rapto, tenían como pena la de muerte, cuando el ilícito fuese cometido en mujer soltera, y con la cooperación de dos o más personas, cualquiera que haya sido su condición social o religiosa; (17) si la mujer secuestrada era violada únicamente por un sujeto, éste era muerto y el resto que había

15 Cfr. Ídem, 117

16 Derecho Penal Mexicano. Los delitos. 18a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 381

17 Cfr. González Blanco, op. cit., p. 138

participado para llevar a cabo dichos ilícitos se les imponía como sanción el pago de una multa, la cual era distribuida entre la ofendida y la Cámara del Rey. Únicamente procedía el perdón cuando el culpable contraía matrimonio con la víctima, en caso contrario se hacía efectiva la sanción.

La Ley Tercera, título XX de la partida VII, también involucraba la violación con el raptó, al prescribir: "robando algún omne alguna mujer viuda, de buena fama, o virgen o casada, o religiosa y yaciendo con alguna de ellas por fuerza, se le confiscaran sus bienes en favor de la víctima, sin perjuicio de pagar con su vida el ultraje cometido". (18)

En el Fuero Viejo de Castilla en el libro II, título II, se regulaba el delito de violación bajo la rúbrica general: "De los que fuerzan mujeres". Alberto González Blanco expresa "... aquí se desarrollaron tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigaban al ofensor con la pena de muerte". (19) Así también, el ordenamiento de Alcalá del Rey Alfonso XI, título XXI, Ley II establecía la pena de muerte para los que cometieran algún mal a la mujer de la casa del Rey.

Se considera que en las recopilaciones de Indias, de igual forma se hablaba del ilícito de raptó indistintamente al de violación, a diferencia de que en estas disposiciones las penas no fueron tan severas, ya que se instauró la privación de la libertad en lugar de la pena capital.

18 Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Parte especial. 14a. ed., Barcelona. Ed. Bosch. 1975. p. 479

19 Op. cit., p. 138

Hay que recordar que los españoles tras su conquista de evangelización implantaron a los civilizados antiguos sus instituciones, ordenamientos, costumbres y lo más importante para nuestro estudio, una moral a través de los misioneros españoles, lo cual trajo como consecuencia una serie de tabúes en torno a la sexualidad y en virtud de éste, el indígena siguió conservando la rígida y severa educación en torno al sexo.

D. MÉXICO INDEPENDIENTE.

Al consumarse la independencia entre México y España el 21 de septiembre de 1821, obvio era que el nuevo Estado conservara en vigor la legislación heredada de la Colonia y que no era otra cosa que la misma de España, con las adaptaciones propias del coloniaje, considerándose como Derecho Principal, la Recopilación de Indias de 1680, complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería de 1783, de Intendentes de 1786 de Tierras y Aguas y de Gremios; y como Derecho Supletorio La Novísima Recopilación de 1805, las Siete Partidas de 1265 y las Ordenanzas de Bilbao de 1373, entre otras.

En esta época se dió un estancamiento de las instituciones jurídicas, al interesarse el Estado Independiente por legislar únicamente en cuanto a su organización, inclinando sus proyectos hacia el Derecho Constitucional y Administrativo. (20) Siendo la Primera Ley la de

20 Cfr. González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. La Reforma de las Leyes Penales en México, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 19

Apatzingán en 1814, ya que a la esencia del Estado correspondía una Constitución, misma que entró en vigor.

La legislación en materia penal era escasa, toda vez que se hacía caso omiso al respecto, siendo que únicamente se podía hallar disposiciones legales en los textos heredados, en consecuencia el delito de violación no era tema de importancia ni se detenían a realizar estudios en cuanto a sus contras y resultados negativos que llegase a provocar dicho ilícito, era algo en lo que nadie se ocupaba, como acertadamente afirma la maestra Marcela Martínez Roaro al decir "...cuando en un país se convulsiona en su desarrollo, en su transformación, el sexo no influye para nada; esto sucede cuando hay calma y tiempo suficiente para darnos cuenta que la vida sexual nos condiciona desde el momento mismo en que somos engendrados". (21)

El 4 de octubre de 1824, se decretó La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, la primera que tuvo vigencia, en donde se establece: "La Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de República Representativa Popular Federal", señalando las partes integrantes de la Federación, denominadas Estados o territorios, adoptando el mismo sistema la Constitución de 1857, dando nacimiento a legislaciones locales. (22)

21 Op. cit., p. 61

22 Cfr. Leyes Penales Mexicanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo I, México, 1979, p. 11

E. PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL EN MÉXICO

La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora, principalmente en materia penal clasificando los delitos y las penas, es marcada por los Ministros de Justicia y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El primer antecedente localizado, que hasta hoy en día conocemos, es el "Bosquejo o Plan General del Código Penal para el Estado de México", expresándose los motivos de su elaboración en el periódico "El Conservador", de Toluca, número 4, de fecha 4 de junio de 1831, encargado a José María Heredia, Mariano Esteva, Agustín Gómez Eguarte y Francisco Ruano, integrantes de la Comisión de Preparación de Códigos del Gobierno del Estado, la formación del mismo a fin de llegar a tener un Código Penal, metódico, claro y conciso, que presentara a todos el peligro de la transgresación de las leyes y cierre de las puertas a toda arbitrariedad en la administración de justicia. (23)

El bosquejo en comento, se forma por un Título Preliminar y una primera y segunda parte, incluyendo respectivamente: "Delitos contra la Sociedad" y "Delitos contra los Particulares". Haciendo referencia en ésta última parte al delito de violación, en su punto cuarto denominado

23 Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, Ed. Jurídica Mexicana, 1969, p. 48

"Raptos, fuerzas y violencias", (24) sin embargo no lo distingue claramente.

El 28 de abril de 1835, el Estado de Veracruz tomando como base el Código Penal Español de 1822 y realizando algunas modificaciones promulga su Código Penal, siendo éste el primer Código Penal Mexicano y segundo en América Independiente, expresando; "entretanto se establece el Código Criminal Penal más adaptable a las exigencias del Estado, regirá y se observará como tal el proyecto presentado a la Legislatura el año de 1832" (artículo 1o.) y "el Gobierno mandará imprimir suficiente número de ejemplares del proyecto indicado, cuyo precio de venta será el muy preciso para cubrir los gastos de su impresión, y luego que ésta se verifique dejarán de aplicarse las leyes que hasta aquí han regido sobre calificación de delitos y designación de penas" (artículo 2o.). (25)

Este Código esta compuesto de tres partes: la primera llamada "De las penas y de los delitos en general", la segunda denominada "De los delitos contra la sociedad" y la tercera se refiere a "los Delitos contra los particulares", la cual en su sección IV denominada "De los raptos y de las fuerzas", describía y sancionaba el delito de violación. En su artículo 599 decía:

24 Cfr. Leyes Penales Mexicanas, op. cit., p. 19

25 Porte Peñit, op. cit., p. 49

"El estuprador violento de muger núbil no casada sufrirá por este delito desde cuatro a diez años de trabajos forzados"

Entendiendo por núbil, la capacidad de la mujer para poder unirse en matrimonio, y por lo tanto, con aptitud para la reproducción sexual.

Observándose que dicho ilícito ya no se sancionaba tan severamente como en épocas pasadas. En el artículo 600 se establecía:

"El que usáre violentamente de muger impúbera sufrirá de seis a doce años de trabajos forzados".

También, el artículo 601 decía:

"El que forzará a muger casada sufrirá la pena de trabajos perpetuos sin lugar á conmutación".

Aquí la sanción era mayor cuando el delito recaía en mujer casada. Por otra parte, el artículo 602 disponía:

"Si la fuerza se irrogáre á muger con quien el forzador no pudiera casarse ni aun mediante dispensa, llevará éste la pena del forzador adúltero, también sin lugar á conmutación".

Finalmente en el artículo 603 se hace referencia al delito de violación cometida por homosexual, al establecer:

"El forzador sodomítico sufrirá la pena de que habla el artículo 601".

Fue característico de este código el hablar conjuntamente del ilícito de estupro y violación, sin definirlos, ni distinguirlos de manera correcta.

El primer momento histórico de la codificación penal federal se inicia con la sanción del Código Penal de 1871, siendo el Licenciado Antonio Martínez de Castro quien presidiera la Comisión redactora de Benito Juárez después del triunfo del Partido Liberal contra la Intervención francesa. (26)

Lo trascendental de este ordenamiento legal, fue describir el delito de violación, regulado en el Libro Tercero, denominado "De los delitos en particular", título VI, bajo el rubro; "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres", Capítulo III "De los atentados contra el pudor, estupro y violación", el cual textualmente dice:

"Artículo 795. Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral,

26 Cfr. Leyes Penales Mexicanas, op. cit., p. 11

tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

"Artículo 796. Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, ó que tenga expedido el uso de la razón, aunque sea mayor de edad".

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

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

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

"Artículo 799. A las penas señaladas en los artículos 796, 797 y 798 se aumentarán:

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

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, ó fuere su tutor, su maestro, criado asalariado de alguno de estos o del ofendido, ó cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o maestro que hayan cometido el delito".

Por lo que se refiere a los artículos 800, 801, 802 se determinaba, además de las penas a que se hacían acreedores los culpables, otras, como lo era; la pérdida de la patria potestad cuando el sujeto activo la ejerciere; suspensión de uno a cuatro años en el ejercicio de su profesión; se prohibía heredar al culpable los bienes del ofendido, finalmente si resultaba alguna enfermedad o muerte del agredido; se imponía la pena mayor que correspondía por las lesiones o el homicidio.

En el año de 1914, se publicó todo lo correspondiente a las advertencias, articulado del "Proyecto de Reforma al Código Penal de 1871", así como su Exposición de Motivos, tomado del Tomo IV de los Trabajos de Remisión del código antes citado. Proponiendo algunas modificaciones a los artículos 799, 801 y 802 haciendo algunas reformas de fondo. (27)

Sin embargo, fue hasta el año de 1929 cuando se expidió un nuevo código, iniciándose así un segundo momento histórico de la legislación penal mexicana, con el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

El código antes mencionado, contempla al delito de violación en su libro Tercero denominado "De los tipos legales de los delitos", título Décimo Tercero, capítulo I, bajo el rubro "De los atentados al pudor, del estupro y de la violación".

En el artículo 860, define en los mismos términos que el Código de 1871 al delito de violación. Así también, en el artículo 861 se sanciona como violación, la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedido el uso de la razón, aunque sea mayor de edad. En su artículo 862 se establece la sanción consistente en seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuere púber; si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años. Si la violación fuese precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de la acumulación, de acuerdo al artículo 863.

El artículo 864, se refiere al aumento de las sanciones antes indicadas; de dos a cuatro años cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra o hermano de la víctima, o cuando la cópula hubiere sido contra el orden natural, asimismo si el culpable abuso de sus funciones para cometer el ilícito, como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público. Estos reos podían ser suspendidos hasta por el término de cuatro años en el ejercicio de su profesión, y quedando inhabilitados para ser tutores o curadores, lo anterior dispuesto por el artículo 365 del citado ordenamiento.

En el artículo 867, se establece que siempre que se persiga un delito de violación, se averiguará de oficio si se contagio al ofendido de alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor correspondiente al delito en mérito y por el otro ilícito, agravando

la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observaba cuando se causaba la muerte.

En esta etapa de reemplazo del Código de Juárez hubo en 1923 un Proyecto para Veracruz, elaborado por Almaraz, autor del Código Penal Federal de 1929; dos años después, en 1925, el Poder Ejecutivo de la Federación designó una Comisión para que redactara un Código para el Distrito y Territorios Federales, a la cual en 1926 se incorpora Almaraz, sancionándose en 1929 el código que lleva el nombre de éste. Dicho código, según su principal autor, debía estar fundado en la Escuela Positiva, pues no consideraba correcto presentar como reforma substancial, un código retrasado el cual no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia; aspiración que no fue conseguida por razones de diversa índole, haciendo que su vigencia sólo durara dos años.

En 1930 la Comisión Revisora presentó al Presidente de la República un anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en el cual se consideraba que debía simplificarse la Ley, evitándose las declaraciones doctrinales, así como las enumeraciones demasiado prolijas, las confusiones de redacción, las contradicciones y las deficiencias prácticas. (28)

El Código Penal de 1931, finalmente se cristalizó como "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal", con una

28 Cfr. Ídem, p. 12

orientación ecléctica y pragmática, basada en las doctrinas clásica y positiva, lo cual se deduce del mismo texto y de los trabajos elaborados por sus redactores.

En su artículo 265 dispone:

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

Podemos observar que el ilícito de violación cometido en una persona impúber es mayormente sancionado, con la finalidad de proteger a los menores de edad, a quienes se considera que aún no tienen la capacidad de discernir sobre la conducta que en ellos se ejecuta.

El artículo 266 describe y sanciona lo que se conoce con el nombre de violación equiparada, el cual textualmente dice:

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

Las razones que se adecuan en este precepto legal, son de carácter mental, toda vez que una persona demente no tiene la capacidad de asimilar y entender el acto que en un momento dado se pretenda ejecutar sobre ella, debido a un trastorno físico-mental en cualquier tipo de incapacidad, parcial o total, que la imposibiliten para rechazar el acto.

En el artículo 266 bis, se establece:

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

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

Quando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del

cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

En este artículo se establece y sanciona por primera vez la violación cometida por dos o más personas, conocida como "Violación Tumultuaria".

El contenido del Código de 1931 ha sido constantemente modificado en los puntos particulares al correr de los años, se le han introducido reformas, habiéndose elaborado varios proyectos para sustituirlo, destacando el Anteproyecto de Reforma del Libro Primero del Código Penal; el Proyecto de Reforma del año de 1942; el proyecto del Código Penal de 1949 para el Distrito y Territorios Federales; el Proyecto Chico Goerne de Código Penal de 1958 para el Distrito y Territorios Federales; y el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.

En el año de 1961, surge "el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México", siendo expedido según decreto número 16 de fecha 30 de Diciembre de 1960, correspondiente a la XLI Legislatura del Estado, publicado en la Gaceta del Gobierno el día 7 de enero de 1961, compuesto de dos libros, abarcando el primero, del artículo 1 al 100, y el segundo, del artículo 101 al 274, y dos transitorios; siendo Gobernador Constitucional del Estado de México, el Doctor Gustavo Baz Prado, Secretario General de Gobierno el Doctor Jorge Jiménez Cantú. (29)

Este ordenamiento regula el ilícito de violación en el libro segundo, título III, bajo el rubro: "Delitos contra las personas", capítulo tercero, denominado "Violación", el cual establece en su artículo 208:

"Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de tres a ocho años de prisión, y multa hasta de diez mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber la pena será de seis a quince años y multa hasta de veinte mil pesos".

En este numeral podemos observar que se describe al delito de violación en los mismos términos que el Código Penal de 1931, a diferencia de que la penalidad de éste es menor, tratándose de persona púber como impúber.

También en su artículo 209 dispone:

"Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".

En esta disposición se detalla claramente los elementos materiales del ilícito de violación equiparada.

Finalmente, regula el delito de violación cuando en la comisión de éste intervienen dos o más personas, con pena de cuatro a doce años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos, lo anterior en su artículo 210.

A partir del 8 de octubre de 1974, la Federación Mexicana se constituye sólo por Estados miembros y el Distrito Federal, por haber desaparecido, desde esa fecha, de nuestro sistema político el territorio. En efecto, los únicos dos territorios en ese momento existentes -Baja California Sur y Quintana Roo- se convirtieron en Estados libres y soberanos. Publicándose el 23 de diciembre del mismo año, en el Diario Oficial de la Federación, la reforma al nombre del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal, para quedar como sigue: "Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal". (30)

El día 16 de enero de 1986, se publicó la Edición Oficial del "Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México", en la Ciudad de Toluca, "Gaceta del Gobierno" del Estado de México, por decreto número 53, relacionado a la H. XLIX Legislatura del Estado, estando como Gobernador Constitucional del Estado de México, el Licenciado Alfredo del Mazo.

30 Cfr. Caballero, Gloria y Rabasa Gamboa, Emilio O. Mexicano: Ésta es tu Constitución. 9a. ed., México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1994, p. 173.

Siendo el Código Penal vigente en la actualidad, el cual en el título tercero, denominado "Delitos contra las personas", subtítulo cuarto, bajo el rubro "Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual, capítulo III, describe y sanciona el delito de violación en su artículo 279 el cual establece:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión, y de cincuenta a setecientos días-multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, si la persona ofendida fuere impúber".

Define el delito de violación en los mismos términos que el Código de 1961, sin embargo, omite la expresión "... sea cual fuere su sexo".

El artículo 280 equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad ò cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años.

Por otra parte, el numeral 281 dispone:

"Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas".

En este precepto legal, la penalidad es mayor que la señalada en el Código de 1961.

Finalmente el artículo 282, establece:

"Se impondrán de uno a tres años de prisión, además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, cuando el delito de violación fuere cometido, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

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

Es hasta este momento de codificación para el Estado de México, en que se adiciona el artículo anterior, el cual se define en términos similares al artículo 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

CAPÍTULO II
ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS
POSITIVOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA
Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

A. CONCEPTO

1. DELITO
2. VIOLACIÓN
3. VIOLACIÓN EQUIPARADA

B. CONDUCTA

1. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN A LA CONDUCTA
2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL RESULTADO

C. TIPICIDAD

1. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO
2. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO
3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO

D. ANTIJURIDICIDAD

E. IMPUTABILIDAD

F. CULPABILIDAD

1. TEORÍA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD
2. FORMAS DE CULPABILIDAD

G. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

H. PUNIBILIDAD

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

A. CONCEPTO

1. DELITO

Para realizar un estudio del delito de violación debemos de entender qué significa delito, aún cuando resulte difícil de obtener en un plano absoluto y de carácter general, al presentarse el problema de si un hecho es o no delictivo, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada lugar y época, ya que los hechos que alguna vez tuvieron el carácter de delictuosos, lo han perdido en función de situaciones diversas, y por el contrario acciones que anteriormente no eran consideradas como tal, ahora han pasado a formar parte del grupo de los ilícitos. Sin embargo, de acuerdo con diversas corrientes doctrinales se han elaborado múltiples conceptos en torno a este tema que han respondido a situaciones y necesidades específicas.

"La palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar.

El maestro Carrara habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta". (31)

El maestro Frank afirma "el delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral; para Pessina, es la negación del derecho; para Romagnosi, es el acto de una persona, libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto, por último para Rossi, consiste en la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos". (32)

Consideramos que los conceptos antes mencionados carecen de una precisión suficiente para los efectos de la disciplina penal; toda vez que hay un gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que son vulneradores de derechos, pero no infractores de normas penales; finalmente hay acciones notablemente causantes de perjuicios sociales, que no constituyen delitos. (33)

Francisco Carrara, padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, define al delito como "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable

31 Citado por Márquez Piñero. Rafael. Derecho Penal, Parte General, 2a. ed., México, Ed. Trillas, 1993, p. 131

32 Idem. p. 132

33 Cfr. Ibídem

y políticamente dañoso". (34) Para este autor el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, que por su propia esencia debe consistir necesariamente, en la violación del Derecho. (35) Toda vez que las personas pueden llevar a cabo cualquier tipo de actos, siempre y cuando los mismos, no se encuentren en abierta oposición con el orden jurídico establecido con la finalidad de mantener la armonía de un conglomerado social. Así estimamos que la violación del Derecho en nuestro sistema jurídico positivo, se producirá cuando dichos actos encuadren en algún supuesto normativo que los tipifique como ilícitos.

Por otra parte, Rafael Garófalo, sabio jurista del positivismo, define el delito como "la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Continúa explicando, no podemos investigar qué es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar las normas de valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc.; cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza". (36)

34 Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*. 23a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, pp. 125 y 156

35 Cfr. *Ibidem*

36 *Idem*, pp. 126 y 127

Nos parece aceptable la postura de los positivistas, en cuanto que trataron de buscar las causas que dan origen al delito, en aspectos de índole sociológico, hereditario y físicos, que en su conjunto y combinados son causas determinantes para que aparezca el delito.

Entendemos, con carácter provisional, al delito como la conducta sancionada por preceptos penales expedidos con el fin fundamental de proteger los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado diversos conceptos del delito; de tipo formal y de carácter sustancial.

A) Formal.- Este concepto lo suministra la ley positiva mediante la amenaza penal para la realización o la omisión de ciertos actos, así lo refieren diversos autores, expresando; "el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no se puede hablar del delito", (37) aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social.

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en su primer párrafo establece;

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

Consideramos que este concepto es incompleto, puesto que no se preocupa de la naturaleza del acto, sino únicamente atiende a los requisitos formales y no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

El Código Penal para el Estado de México, no define el delito, sin embargo en su artículo 6o. establece:

"El delito puede ser realizado por acción, omisión y comisión por omisión".

Podemos observar que en este precepto legal, se hace únicamente referencia a las formas de conducta del agente en el ilícito. Tal vez porque, como lo consideran diversos autores; Arilla Bas, Alba Javier, entre otros, es innecesaria la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna. Por último el concepto en mérito, no penetra en la verdadera naturaleza del delito por no hacer referencia a su contenido, sólo se adecua para satisfacer las necesidades de la práctica.

B) Sustancial.- Este concepto penetra en la esencia del delito, se encarga de dar a conocer cuales son los elementos integrantes del mismo.

Edmundo Mezger, expresa "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable, concepto al que se adhiere Carlos Fontán

Balestra. Para el maestro Max Ernesto Mayer, el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable (la sustitución del concepto de culpabilidad por imputabilidad se explica, al darle el autor, a este elemento, una mayor amplitud y comprender en él al primero)". (38)

Cuello Calón establece "el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (39) Por otro lado, el maestro Francesco Carnelutti manifiesta "... el delito es un hecho que la ley determina como causa del castigo del que lo ha cometido, o mejor, un hecho que presenta los caracteres indicados por la Ley como causa del castigo de su autor". (40) Finalmente Jiménez de Asúa textualmente dice; "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (41) En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

De los anteriores conceptos, se puede desprender que el delito es el resultado de situaciones de diversa índole, y puede traducirse en una acción u omisión; las cuales son contrarias al orden jurídico establecido atacando en cierta medida valores de tipo cultural, moral, etc., que la sociedad posee. Así, los actos realizados por el hombre, que estén

38 Citados por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 6a. ed., México, Ed. Pomúa, S.A., 1984, p. 163

39 Derecho Penal, 9a. ed., México, Ed. Nacional, 1975, p. 256

40 Teoría General del Delito, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 16.

41 Citado por Castellanos, op. cit., p. 130

revestidos de ilicitud, tendrán que ser sancionados para tratar de mantener el orden y la seguridad de los habitantes de una sociedad.

Podemos concluir que el delito es el acto u omisión (voluntario o involuntario) realizado por el ser humano, el cual queda debidamente encuadrado en un tipo penal, y por el cual el autor se hará acreedor a una sanción.

2. VIOLACIÓN

Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia física o moral, surge el delito de violación que es, dentro de los clasificados como sexuales, el primero en orden de gravedad, ya que, como afirma el maestro Francisco González de la Vega "la violencia constituye el más grave de los delitos sexuales porque además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de los pacientes". (42) Coincidimos con lo referido por el autor, toda vez que el acto que constituye la violación si atenta plenamente contra la seguridad individual de la víctima y es claro que quien sufre una actitud de este tipo sufre graves trastornos, frecuentemente irreparables, viéndose atacada de manera injusta la libertad sexual de las personas.

42 Derecho Penal Mexicano. op. cit., p. 380

Antonio de P. Moreno, asevera "El sujeto pasivo del delito sufre en su cuerpo el máximo ultraje, que le impone el agente del delito, con el uso de la violencia física o moral, que lo constriñen y le impiden hacer uso de su derecho de resistencia y de libertad". (43)

Visto el delito de violación desde el punto doctrinal y legal, a continuación realizaremos un estudio del mismo.

A) Doctrinal.- La historia y la doctrina, han dedicado gran tiempo y esfuerzo para explicar el concepto del delito de violación, razón por la cual las legislaciones contemporáneas y grandes penalistas reconocidos han prestado atención y estudio al respecto, dando diferentes denominaciones de acuerdo a las características que ellos contemplan.

Joaquín Escriche, tomando como antecedente al Derecho Español, define la violación como "la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad". (44) Este concepto resulta inexacto al emplear la palabra "abusar", para hacer referencia cuando una persona se aprovecha sexualmente de otra, porque se puede abusar de una persona no sólo sexualmente, sino de diversas maneras.

"El delito de violación es un acto de cópula heterosexual sin el consentimiento legal de la mujer involucrada (que no es esposa del

43 Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte especial, México, Ed. Porrúa., S.A., 1968, p. 250

44 Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Vol. II, 3a. ed., Madrid, Ed. Librería de la Sra. Vda. e Hijos., 1847, p. 942

atacante)", (45) así lo manifiesta John J. Horgan. No estamos totalmente de acuerdo con este concepto, ya que, como más adelante analizaremos, no sólo puede ser sujeto pasivo de una violación la mujer, sino también el hombre, asimismo puede darse la violación entre cónyuges.

Maggiore nos dice "el delito de violación consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o de amenazas". (46) Esta definición se encuentra más completa, ya que, al utilizar el término "alguno" no se hace distinción de sexo pudiendo ser mujer o varón, incluyendo como elemento la unión carnal, utilizando como medios comisivos la violencia o amenazas.

Un concepto más acertado, es el proporcionado por Porte Petit, quien considera que por violación debemos entender "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva". (47) Este concepto está impuesto a nuestro criterio, y al de algunos autores como Fontán Balestra, Soler, entre otros, por reunir las características necesarias para configurarse el ilícito en cuestión.

González de la Vega define al delito de violación como "la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la

45 Investigación Penal. U.N.A.M. México. C.E.C.S.A., 1982, p. 423

46 Citado por Porte Petit Candauap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 4a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 12

47 Ibidem

coacción física o la intimidación moral". (48) En este concepto se contemplan todos los elementos que en la actualidad se consideran para tal delito, la cópula que en un momento dado no es necesario que se consuma, basta la más ligera penetración para constituir un coito, resultando innecesario que haya eyaculación.

"Violación es acceder carnalmente a la mujer por vía vaginal y/o anal y al hombre por esta última", (49) Luis Alberto Kvitko habla de acceso carnal como una expresión que significa penetración sexual, la cual se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal; acceso significa ayuntamiento, entrada, paso. Así también dicho autor hace la distinción que la mujer puede ser violada por vía vaginal o anal, en cambio, el hombre únicamente por vía anal, debido a su constitución biológica.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente:

VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE: La cópula que la ley exige en la tipificación del acto de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación.

Sexta Época, Segunda parte:

Vol. XVI, pág. 263. A.D. 4512/57. Melquiades

48 Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 139

49 La Violación, 2a. ed., México, Ed. Trillas, 1991, pp. 19 y 20

Chaires Tovar. Unanimidad de 4 votos.
 Vol. XL, p. 92. A.D. 6939/60. Rubén Legaria
 Zaragoza. Unanimidad de 4 votos.
 Vol. XLII, pág. 36. A.D. 6854/60. Miguel Sarmiento
 Gómez. Unanimidad de 4 votos.
 Vol. LXXIII, pág. 40 A.D. 8740/62. Anselmo
 Cardona Chávez. 5 votos.
 Vol. LXXVII, pág. 39. A.D. 4956/55. J. Guadalupe
 Pérez Murillo y Guillermo González Chávez.
 Unanimidad de 4 votos.

VIOLACIÓN: El delito de violación puede consumarse en persona de cualquier sexo y según expresa el tratadista Francisco González de la Vega en su "Código Penal Comentado", "la cópula es cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, cuando se ejecuta sin la voluntad del paciente del delito".

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XVIII, pág. 120.
 A.D. 269/58, Raúl Mejía González. Unanimidad de
 4 votos.

VIOLACIÓN, 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 para la configuración del ilícito, siendo suficiente 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. José Atlano Rodríguez Estrada.
Unanimidad de 4 votos.

VIOLACIÓN, DELITO DE: Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella y, en caso afirmativo, puede tener hímen complaciente, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona por medio de la violencia física o moral. Quinta Época: Suplemento al Semanario Judicial de la Federación, 1956, pág. 506. A.D. 4955/52. Manuel Hain Gutiérrez. 5 votos.

Finalmente podemos concluir, corroborando lo antes expuesto, que el delito sexual de violación, es el que mayor gravedad reviste, esto en virtud de que se atenta contra uno de los más importantes derechos que posee el ser humano, siendo éste, el de elegir libremente con quién realizar actos de índole sexual. Así entendemos por violación, la cópula que se realiza sobre persona de cualquier sexo, impuesta ésta por medio de la violencia física o moral; agregando además, que la utilización de la fuerza en cualquiera de sus formas, debe ser suficiente y real, de manera que imposibilite a la víctima para rechazar el acto que sobre ella se quiere ejecutar.

B) Legal.- El delito de violación se encuentra definido legalmente en el artículo 279 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, en su capítulo III del subtítulo cuarto, referente a los Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexual, el cual establece:

"... al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta ...".

En resumen, el ayuntamiento carnal no tiene por sí solo, relevancia típica, sólo la adquiere cuando para su obtención se emplea la violencia física o moral, la que supone forzosamente la falta de voluntad de la víctima, siendo propiamente el uso de la violencia lo que da nombre al delito de violación.

3. VIOLACIÓN EQUIPARADA

Para que la cópula se eleve a la categoría de delictuosa es preciso que se obtenga merced a la violencia física o moral. Sin embargo, cuando el ayuntamiento carnal se realiza con persona incapacitada para resistir psíquica o corporalmente el acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o a análogas condiciones de indefensión, en estas hipótesis, no implican para su existencia delictuosa el uso de la violencia, (50) es decir, cuando el actor se sirve de las condiciones en que se haya la víctima para imponerle la cópula. Así lo sostiene nuestro más alto Tribunal, al decir:

VIOLACIÓN, DELITO EQUIPARADO A LA:
Independientemente de la edad de la
ofendida, el delito que la doctrina y la ley
equiparan a la violación lo configura la sola
cópula carnal con persona cuyo defectuoso
estado somático funcional, anomalía mental

50 Cfr. González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, p. 402

o cualquiera otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual, o carencia de volición consciente para copular.

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. XII, Pág. 180. A.D. 122/57. Sebastián Torres Martínez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XVII, Pág. 290, A.D. 649/58. Martín Monsiváis Perales. 5 votos.

Vol. XXII, Pág. 191. A.D. 7944/58. Rafael Corona Pérez y Coag. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXIV, Pág. 73. A.D. 7867/59. Aristeo Martínez Trejo. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII, Pág. 96. A.D. 7517/60. José Méndez Morales. Unanimidad de 4 votos.

VIOLACIÓN IMPROPIA: El delito que doctrinariamente se conoce con los nombres de violación impropia, o delito que se equipara a la violación, no requiere, en ciertos casos, más elementos que la cópula y que la ofendida sea impúber.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. X, Pág. 127. A.D. 7177/57. Francisco López Murillo. Unanimidad de 4 votos.

VIOLACIÓN IMPROPIA. IRRELEVANCIA DE LA EXISTENCIA O NO DE LA VIOLENCIA: Para que el delito de violación se acredite, en tratándose de impúberes, no importa que en autos no se haya acreditado dicha violencia, si se comprobó la cópula y que la ofendida es impúber, pues en atención a la inconsciencia de una menor, impúber, de corta edad, la cópula con ella

debe interpretarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, dada la imposibilidad que tiene para resistir, debiendo agregarse que a la edad propia de una impúber no se tiene aún completamente desarrollado el deseo genésico, para que la menor se hubiera entregado voluntariamente.

Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 61, Pág. 52.
A.D. 2952/73. Martín Espinosa Balderas. 5 votos.

El artículo 280 del ordenamiento en mérito, dispone:

"Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".

Como podemos observar, el precepto legal antes Invocado no requiere la existencia de la violencia física o moral para su integración. Sin embargo, existen diversos criterios, tanto en legislaciones como en la doctrina, que sostienen que se trata de una violación presunta, opinión con la cual no estamos de acuerdo, toda vez que la presunción, de acuerdo con lo expuesto por el artículo 381 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, que señala:

"Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana".

"Artículo 382. Hay presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley; hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél".

De acuerdo a lo anterior y como ya lo hemos referido, para que pueda tipificarse un hecho como violación, es preciso que haya violencia, sin embargo el artículo 280 del Código Penal aludido, no hace mención de la misma, por lo tanto no se puede hablar de violación presunta, considerando ésta denominación inadecuada, ya que como afirma Francisco González de la Vega "... no se debe presumir lo que no existe". (51)

ELEMENTOS POSITIVOS

En la definición del maestro Jiménez de Asúa se mencionan como elementos positivos del delito; la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y las condiciones objetivas de penalidad, de los cuales haremos un análisis, incluyendo dentro del concepto conducta a la acción, asimismo en los citados elementos a la punibilidad, adecuando el delito de violación previsto en el artículo 279 del Código Penal para el Estado de México, en cada uno de ellos, así como la especie del delito que nos ocupa, que lo es la violación equiparada.

51 Ibidem

B. CONDUCTA

Entendemos que conducta, como lo asevera el maestro Castellanos Tena "Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (52)

A la conducta como elemento del delito se le ha denominado de diferentes maneras, hay quienes hablan de la acción en sentido estricto, así como de la omisión, otros autores, como Castellanos Tena, aceptan el término conducta, incluyendo dentro de él tanto el aspecto positivo "acción", como el negativo "omisión".

Hay que precisar que ordinariamente por conducta se entiende cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión; por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido por el actuar humano, ya que también son hechos los fenómenos naturales; por lo que se refiere al nexo causal, sólo existe en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad o inactividad, en los de resultado jurídico.

El maestro César Augusto Osorio y Nieto, expresa "la acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana, siendo sus elementos componentes: el acto de voluntad corporal, el resultado y el nexo causal. La omisión es la conducta negativa, la falta de actividad corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de obrar y que produce

un resultado, siendo sus elementos la abstención, resultado y nexo causal. El resultado material es el efecto causado por un delito y que es perceptible por medio de los sentidos. El nexo causal es la realización estrecha, Ineludible, indispensable, entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa a efecto". (53)

Algunos estudiosos en materia penal, utilizan indistintamente la denominación de conducta o hecho, manifestando que ambas palabras son sinónimos, pero el maestro Porte Petit considera; "la conducta es diferente al hecho y nos dice que hablaremos de conducta cuando ésta no da un resultado jurídico y de hecho cuando la conducta pasa a ser elemento de éste, dando un resultado material y esa conducta y resultado material van a estar unidos por un nexo causal". (54) Es decir, "Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia, si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un 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 la hipótesis que se presente". (55) Opinión a la cual nos adherimos.

Podríamos decir que dentro del término conducta quedan comprendidas, la acción; "...expresada mediante un hacer, una

53 Síntesis de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., México, Ed. Trillas, 1990, pp. 56 y 57

54 Citado por Castellanos, op. cit., pp. 148 y 149

55 Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 293

actividad o un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva". (56) Y la omisión, la cual presenta dos clases:

a) Omisión propia o simple.- Que consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando un precepto legal que impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

b) Omisión Impropia o comisión por omisión.- En la cual hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, "existe cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". (57)

Por otra parte, entendemos por hecho a la conducta, (acción y omisión), un resultado material y el nexa causal, siendo:

a) Resultado.- Es el efecto causado en el mundo exterior por un delito, siendo perceptible por los sentidos.

b) Nexa causal.- Singular es, a nuestro juicio, la posición adoptada por Celestino Porte Petit, al afirmar "La relación de causalidad, es el nexa que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado". (58) Por tanto, si no hay conducta y no obstante hay un resultado, no se da la relación causal.

56 Pavón, op. cit., p. 183

57 Citado por Castellanos, op. cit., p. 153

58 Ídem, p. 157

1. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN A LA CONDUCTA

A) De acción.- Movimiento corporal voluntario requerido para su ejecución, violando una norma prohibitiva.

B) De omisión.- Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión propia o simple y la omisión Impropia o comisión por omisión:

a) Omisión propia o simple.- Consiste en abstenerse voluntaria o involuntariamente de realizar lo ordenado por una norma penal.

b) Omisión Impropia o comisión por omisión.- Consiste en la violación tanto de una norma preceptiva, como prohibitiva.

C) Unisubsistente.- Es aquél que se consuma con un solo acto.

D) Plurisubsistente.- En estos delitos se requiere varios actos para su consumación.

E) Habitual.- También llamado delito de conducta plural. Se dice que es habitual porque se encuentra formado de acciones repetidas de la misma especie, las cuales en suma constituyen el delito, sin serlo por sí mismas.

Una vez realizada la clasificación anterior, la adecuaremos al delito de violación propia y al ilícito equiparado a éste, siendo:

A) De acción.- En atención a la conducta del agente la violación es un delito de acción, esto es, que se comete mediante una actividad positiva, un hacer. No podemos siquiera imaginar que pudiera ejecutarse por un no hacer, por omisión. El núcleo del tipo, es decir, el verbo copular es activo.

Vannini, ha estudiado cuidadosamente este problema y pregona "... si no puede hablarse de autores del delito de violación carnal por omisión, muy bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo". (59)

B) Unisubsistente o plurisubsistente.- Como el delito de violación se consume con la realización de un solo acto o varios, evidentemente se trata de un delito unisubsistente o plurisubsistente. Al decir que se realiza por un solo acto, no significa que lleve el transgresor únicamente un movimiento, puede realizar tantos como se requieran para vencer la resistencia de la víctima.

De esta manera, el delito de violación equiparada previsto por el artículo 280 del Código Penal para el Estado de México, es considerado de acción y unisubsistente o plurisubsistente, por los motivos antes expuestos.

59 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 22

2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL RESULTADO

A) Instantáneo.- Es aquél que se consume en el momento mismo en que se han realizado todos los elementos del delito. Es decir, la acción que lo verifica se perfecciona en un solo momento.

B) Instantáneo con efectos permanentes.- "Es aquél cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo". (60)

C) Permanente.- El artículo 20 último párrafo del Código Penal en estudio, establece:

"Es delito permanente aquél en el que la acción, la omisión o la comisión por omisión que lo constituyen, se prolongan de manera ininterrumpida durante un lapso mayor o menor".

D) Continuado.- El Código Sustantivo en la Materia, dice en su artículo 20 párrafo segundo:

"Es delito continuado aquél que se integra con

60 Castellanos, op. cit., p. 138

actos plurales, procedentes de una resolución singular y con violación del mismo precepto legal".

E) Formal o de simple conducta.- Son aquellos que se consuman con la realización de la acción o la omisión, sin que se produzca un resultado material.

F) De resultado material.- Son aquellos que para su integración requieren de un cambio en el mundo exterior.

G) De daño.- Son aquellos que causan un daño directo o afectivo a bienes jurídicos protegidos.

H) De peligro.- Son aquellos que únicamente ponen en riesgo, es decir, no causen daño a bienes jurídicamente protegidos, pero con la posibilidad de producir un peligro.

En cuanto al resultado el delito de violación, constituye un delito formal o de simple conducta; esto es, porque para su configuración no exige la producción de un resultado. El tipo se limita a describir la conducta del acto y los medios por los cuales ha de perfeccionarse, pero no hace referencia a ningún resultado material, es decir, sin modificación en el mundo exterior. De lesión o de daño; toda vez que causa un daño afectivo al bien jurídico tutelado, que en este caso es la libertad sexual de la víctima. De igual manera constituye un delito

instantáneo, porque tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación. Siguiendo el mismo criterio en la clasificación que nos ocupa, para el ilícito equiparado a la violación.

C. TIPICIDAD

Antes de entrar al estudio de la tipicidad, es necesario hablar de lo que es el tipo, ya que frecuentemente se confunde el término tipo con la tipicidad.

"El tipo consiste en la descripción de una conducta hecha por el Estado en las normas penales a la cual se le asignan determinadas consecuencias previstas en la propia Ley. En ocasiones en el tipo se hace referencia a todos los elementos del ilícito y por lo tanto resulta correcto decir que es la descripción de un delito, pero en otras sólo describe la conducta, entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo. Lo invariable, es la descripción del comportamiento antijurídico (a excepción de que, opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa)". (61)

Jiménez Huerta, define el tipo como "... el injusto recogido y descrito en la Ley Penal". (62) En el artículo 279 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, se encuentra descrito el tipo del delito de violación en los siguientes términos:

61 Ídem, pp. 167 y 168

62 Ídem, p. 167

"... al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta ..."

En conclusión, el tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, como sucede en el presente caso, es la descripción del elemento objetivo (comportamiento).

Por otra parte; "el vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *tipus*; en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo representativo de una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia". (63)

La tipicidad es "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador". (64) Al igual que el tipo, es un elemento esencial del delito, sin la cual no llega a existir.

Para Celestino Porte Petit "es la adecuación de la conducta al tipo, resumiéndose en la fórmula *Nulum Crimen Sine Typo*". (65) El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo".

63 Márquez, op. cit., p. 210

64 Castellanos, op. cit., p. 168

65 *Ibidem*

Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica.

Al establecerse el artículo 14 párrafo tercero de nuestra Carta Magna, se le da a la tipicidad el rango Constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídica, pues dicho precepto establece:

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

La tipicidad específicamente en el delito de violación, consiste en el encuadramiento a la hipótesis legislativa consagrada en el artículo 279 del Código Penal para el Estado de México.

1. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO

En toda descripción del tipo penal se señalan los elementos indispensables, algunos contienen más elementos que otros, pero todos los tipos contienen seis elementos generales que son: sujeto activo, sujeto pasivo, conducta, bien jurídico tutelado, objeto material y un resultado.

A) Sujeto activo.- Sólo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal, el ser humano, único posible sujeto activo de un delito.

Pavón Vasconcelos dice; "Una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable o punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)". (66)

En cuanto a la calidad del sujeto activo, los delitos se clasifican en:

a) Generales, comunes o indiferentes.- Cuando el tipo establece que el sujeto activo puede ser cualquier persona.

b) Propios o exclusivos.- Cuando el tipo exige una persona determinada en cuanto al sexo o alguna calidad especial.

El sujeto activo en el delito de violación es, sin lugar a duda tema de discusión. La Ley Penal expresa en el artículo 279 "A) que ...", por lo cual resulta de gran importancia saber si puede ser sujeto activo del delito de violación, el hombre, la mujer o ambos. Hay quienes niegan que la mujer pueda ser sujeto activo, como la doctrina Francesa,

Alemana y Española. Al respecto, Sebastián Soler dice "... el sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre". (67) Para considerar la cuestión, es preciso destacar, desde luego la posibilidad de que una mujer sea instigadora o cómplice primaria, pues el problema se circunscribe a resolver si puede ser autor inmediato. Por otra parte, González Blanco, es partidario de esta idea, manifestando, "tener cópula es una conducta eminentemente activa; como la cópula consistente en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llega a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir, el hombre". (68) En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula, no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto del artículo 279 del Código Penal.

Por el contrario, otra fracción de la doctrina mexicana, sostiene enérgicamente que la mujer puede ser en todo momento sujeto activo de violación y excepcionalmente el hombre. Los autores que sostienen esta idea, es en virtud de la redacción que nos da el artículo 279 del Código Penal, pues dicho ordenamiento no manifiesta objeción alguna para ello.

En razón de los argumentos expresados, Maggiore considera que puede ser sujeto activo del delito tanto el hombre como la mujer, "con

67 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 35

68 Op. cit., pp. 161 y 162

tal que tenga posibilidad física para la acción carnal". (69) El maestro Celestino Porte Petit manifiesta que dicha situación es posible y por ello el tratadista en comento argumenta: "... què puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada". (70)

El maestro Mariano Jiménez Huerta, comparte el mismo parecer de Porte Petit y considera "Gramatical y conceptualmente la palabra cópula, tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla tanto sobre el varón como sobre la mujer pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien accede o penetra. En efecto, si por cópula se entiende, como señala el Diccionario de la Lengua, "unirse o juntarse carnalmente"; y si desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento carnal ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno y requiere un acceso o penetración en la cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe por el solo hecho de que se produzca el acceso o penetración, con toda independencia de quienes fueren sujetos activo y pasivo del indicado hecho contemplado en su significación penalística. No existe dice, desde el punto de vista de la conducta típica, obstáculo alguno para que la mujer pueda decir:

69 Derecho Penal, Parte Especial. Vol. IV, Bogotá, Ed. Temis, 1955, p. 57
70 Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, pp. 38 y 39

"anoche efectué una cópula"; en cambio, sí lo hay para que diga: "anoche efectué una penetración o acceso". El autor en comento acepta que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación no sólo en la hipótesis de violencia moral, sino en algunas de violación presunta, sobre todo si se recuerda que dentro del concepto de cópula se comprende lo que la doctrina denomina *Fellatio In Ore*". (71)

Nosotros consideramos, tomando como base los razonamientos que se han vertido a lo largo de este análisis que el sujeto activo lo puede ser tanto el hombre como la mujer, puesto que si bien es cierto como lo sostienen algunos tratadistas, que sólo el varón es capaz de realizar una actividad sexual imponiendo la cópula a otra persona, también lo es que la mujer aún en casos muy excepcionales, en un momento determinado puede obligar al hombre a realizar la conjunción carnal bajo presiones físicas o morales, logrando vencer su resistencia y con lo cual sin duda alguna se vulneraría irremediablemente su libertad sexual y por lo tanto la mujer se conduce como sujeto activo en la comisión del ilícito en estudio, en consecuencia se trata de un delito general.

B) Sujeto pasivo.- Cuello Calón considera que "es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito". (72)

71 Derecho Penal Mexicano, T. III, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1984, pp. 257 y 258

72 Citado por Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 167

La ley al tutelar bienes no sólo personales sino colectivos, deducimos que pueden ser sujetos pasivos:

a) Las personas físicas.- Desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte.

b) Las personas morales o jurídicas.- Cuando se lesiona bienes jurídicos tales como el patrimonio o el honor de los cuales puede ser titular.

c) El Estado.- Como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal.

d) La sociedad en general.- Como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública. (73)

Debemos distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño; entendiendo, por el primero, la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito; y el segundo que lo es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. Aunque los dos sujetos generalmente coinciden, no son idénticos. (74)

73 Ídem. pp. 167 y 168

74 Cfr. Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 256

Cabe hacer mención que el sujeto pasivo en el delito de violación propia puede ser el hombre o la mujer dada la redacción del precepto "... tenga cópula con una persona ...", pero aclarando en el sentido de que puede ser sujeto pasivo el hombre, independientemente del sexo del sujeto activo, pero si el sujeto activo es mujer, entonces el sujeto pasivo necesariamente tendrá que ser hombre.

VIOLACIÓN, CARÁCTER, CONDICIÓN O SEXO DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE: Es inexacto que carezcan de valor las declaraciones de las ofendidas tratándose del delito de violación, por la circunstancia de que manifiesten dedicarse a la prostitución ya que el bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación lo es la libertad sexual, sin que para ello tenga relevancia la calidad del sujeto pasivo, quien puede serlo cualquiera sin distinción de sexo; si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena o mala fama inclusive.

Amparo directo 4577/79. Emilliano Jaimés Rivera.
20 de febrero de 1980. 5 votos.

Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Séptima Época: Vols. 133-138, Segunda Parte.
Pág. 211.

Por último podemos observar que en la primera parte del artículo 279 del Código Penal Vigente en el Estado de México, no se hace ninguna distinción de persona en cuanto a la edad, desarrollo físico o mental, estado civil o calidad moral de la víctima; aun cuando en la

segunda parte se establece una agravante de la pena cuando el sujeto pasivo es impúber. Empero, donde se debe tomar en consideración tal distinción, es en el ilícito equiparado a la violación, toda vez que como ya hemos visto, el precepto legal que lo regula, si requiere de la misma para su configuración.

C) Conducta.- Puede ser de acción o de omisión..Se considera el elemento principal del tipo, conteniendo éste un verbo llamado "típico" el cual para realizarlo es necesario que se lleve a cabo una actividad o inactividad, de acuerdo al ilícito.

En el delito de violación el verbo es copular, efectuándose mediante una actividad y la conducta es de "acción", como anteriormente ya lo hemos visto.

D) Bien jurídico tutelado.- Al describir el Estado una acción u omisión que considera delictuosa; se fundamenta en un valor que tutela y protege, por consiguiente, quien realiza una conducta ilícita para dañar o poner en peligro el bien jurídico tutelado se estima que es presunto responsable del delito correspondiente, en consecuencia, el bien jurídico tutelado es el valor tutelado por la ley penal.

A lo largo de la historia legislativa de México, se puede observar que han sido distintas las protecciones o tuteladas penales las que se le han asignado a la figura de violación, encontrando así una serie de criterios en torno al tema en estudio:

a) Los que consideran que el bien jurídico tutelado es la libertad individual.- Fontán Balestra está de acuerdo con este criterio y considera "cada quien tiene el derecho de seleccionar el objeto de su actividad sexual". (75) Por otra parte, Pannalín, sostiene "... probablemente, sería mejor clasificar el delito en cuestión, bajo un título, mirando la tutela de la libertad personal de la cual la libertad sexual es una subespecie". (76)

b) Los que consideran que es la honestidad y el pudor.- Frías Caballero manifiesta "el bien jurídico es el pudor individual como sinónimo de honestidad, y subsidiariamente la libertad sexual". Jiménez de Asúa expresa que "es la honestidad, es decir, el pudor individual aceptada como ha sido, la equivalencia de ambas expresiones: honestidad y pudor". (77) Finalmente Arilla Bas, se cuestiona, ¿Qué honestidad daña la violación? ¿Será la de la mujer ofendida?, como podemos darnos cuenta honestidad es sinónimo de decoro, pureza, decencia, recato, pudor, honra, virtud y todos estos atributos forman parte del patrimonio de una persona, que no se puede menoscabar por actos ajenos. Por consiguiente, la mujer violada no sufre merma alguna en su haber personal de pudor y decencia". (78)

c) Los que consideran que es el derecho a la inviolabilidad carnal.- Encabezado por Manzini, quien expresa "el bien jurídico tutelado, no es la libertad sexual en sentido estricto, ya que la violación puede

75 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 31

76 Ibidem

77 Citados por González Blanco, Alberto, op. cit., pp. 140 y 141

78 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 36

cometerse entre individuos de un mismo sexo en cuyo caso la conjunción carnal, no representa una violencia "sexual" en sentido propio, incluyendo ésta la idea de una relación de sexo, o sea, entre hombre y mujer". (79)

d) Los que consideran que es el derecho al pudor y a la continencia.- Magglore propaga "en el delito de violación existe una lesión al derecho, al pudor y a la continencia". (80) Consideramos que no se puede hablar de pudor y continencia cuando el sujeto pasivo en el delito en estudio es un menor, toda vez que el mismo no entiende el sentido de tales términos, siendo natural su abstención sexual.

e) Los que consideran que es la libertad sexual.- Para autores como Stones, Birk Meyer, Liszt, Cuello Calón, Soler, entre otros, el bien jurídico tutelado en el delito de violación, no puede ser otro que la libertad sexual. (81)

El tratadista González de la Vega, manifiesta "el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la

79 Idem, p. 30

80 Op. cit., p. 57

81 Cfr. Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 31

intimidación que producen o por evitar otros daños, le impide resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido ofreciéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en material erótica". (82)

Nosotros estamos de acuerdo en que el bien jurídico protegido por el delito de violación es la libertad sexual, toda vez que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula, son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta; como acertadamente afirma González Blanco.

Hoy en día, a pesar de las múltiples polémicas existentes al respecto, se ha considerado por la doctrina nacional y extranjera que el bien jurídico tutelado por el ilícito en estudio, lo es la libertad sexual, lo que nos parece correcto, en razón de que a la par de los múltiples estudios realizados al respecto existen también las distintas interpretaciones realizadas por los tribunales de nuestro país, jurisprudencia que en su contenido tiende a ratificar lo ya explorado por innumerables tratadistas en relación al tópico en comento y a fin de lograr una mayor unidad de criterios, a continuación transcribiremos algunas de las más destacadas ejecutorias sostenidas por los Tribunales, que a la letra dicen:

82 González Blanco, op. cit., pp. 161 y 162

VIOLACIÓN, BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE: El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la libertad sexual y no por la honestidad o castidad. Amparo directo 2957/73. Otilio Moreno Puga 28 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Época: Vol. 61, Segunda Parte, Pág. 51.

VIOLACIÓN. El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación, está constituido por la libertad sexual, y no por la honestidad y la castidad, que son elementos constitutivos del estupro, pero no de la violación, y estando demostrado que tanto el acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida, a circunstancia de que ésta se hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabilidad jurídico penal en que incurrieron, ya que en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el Agente del Ministerio Público -en su caso-, hubieran hecho el encuadramiento del delito, equiparando a la violación la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada del sentido; pero de todas formas, su conducta antijurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que, como se dijo, se caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIII, Pág. 170.

A.D. 1414/57. Antonio García Almeida. 5 votos.

A.D. 1416/57.

José de la Cruz Jerónimo 5 votos.

Por otro lado, observamos que el Código Sustantivo Penal para el Estado de México, se ha clasificado correctamente obedeciendo al bien jurídico tutelado, incluyendo al delito de violación, en el libro segundo, título tercero denominado "Delitos contra las personas", subtítulo cuatro bajo el rubro "Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexual".

E) Objeto material.- "Es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Los son cualquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas". (83)

Si la conducta realizada por el sujeto activo del ilícito de violación, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según sea el caso.

F) Resultado.- "Debemos entender por resultado la mutación jurídica o jurídica material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)". (84)

83 Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 257

84 Parte Petit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 328

"Es la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito; o lo que es lo mismo, la realización del tipo fijado por la ley". (85)

El delito en estudio, es de simple actividad o de acción, toda vez que para su integración no necesita que se produzca un resultado externo, es un delito de mera conducta. Lo que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 279 del Código Penal en comento, ya que el texto únicamente señala la conducta y los medios por los cuales ésta puede ser realizada.

2. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO

En cuanto a los elementos especiales del tipo, son aquellos que la misma descripción exige para la adecuación típica, siendo: calidad del sujeto activo, calidad del sujeto pasivo, calidad en el objeto material; referencias temporales, referencias espaciales, referencias de ocasión, referencias a los medios comisivos; elemento normativo, elemento subjetivo y elemento objetivo.

A) Calidad del sujeto activo.- "A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinado por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo". (86)

85 Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 202

86 Ídem, p. 270.

El tipo penal de violación para su realización no exige calidad alguna en el sujeto activo, sin embargo, aún cuando en el artículo 282 del Código Penal para el Estado de México dice:

"... cuando el delito de violación fuere cometido, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro ...".

"... cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo ...".

Dichas calidades no son consideradas como elementos del tipo en estudio, sino constituyen una agravante del mismo.

B) Calidad del sujeto pasivo.- Como ya se hizo mención, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, pero hay ocasiones que el tipo requiere calidad en el mismo.

Sin embargo el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, en su precepto 279, no precisa calidad alguna en el sujeto pasivo, al establecer:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión, y de cincuenta a setecientos días-multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, si la persona ofendida fuere impúber"

Reiterando lo antes expuesto, nos encontramos con una agravante, al existir una sanción mayor cuando la persona ofendida sea "Impúber".

Por otra parte, en el delito equiparado a la violación, resulta necesario tomar en consideración la calidad del sujeto pasivo para su integración, tal y como lo señala el artículo 280 del ordenamiento legal antes invocado, al establecer que la víctima no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictiva, o bien, ser menor de catorce años.

C) Calidad en el objeto material.- Que es la persona o cosa en quien recae la acción del sujeto activo, por lo tanto, el ilícito de violación propiamente dicho no requiere calidad alguna en el objeto material y lo puede ser tanto el hombre como la mujer.

Lo cual no sucede en el delito de violación equiparada, toda vez que, como se desprende del precepto que lo previene, éste exige calidad en el objeto material.

D) Referencias temporales, espaciales y de ocasión.- En ocasiones la punibilidad de la conducta queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, igualmente diversos tipos penales señalan dentro de la redacción, circunstancias en las que deberá cometerse el delito. Si alguno de los elementos se encuentra ausente, dicho ilícito no podrá ser imputado al que ejecute esa conducta.

Podemos concluir que el delito de violación propia y equiparado a la violación no exigen ninguna de estas referencias para su configuración.

E) Referencias a los medios comisivos.- Es la exigencia de la ley al empleo de un medio determinado esencial para integrar la conducta o para que opere una agravante en la pena.

En cuanto a los medios que exige el tipo del delito de violación, así como el ilícito equiparado a éste, debemos entenderlos como aquellos de los cuales se vale el sujeto activo para imponer a la víctima una cópula no deseada.

El sujeto activo en el delito de violación emplea como medio para vencer la resistencia de su víctima, la violencia, que de acuerdo a lo señalado en el diccionario de la Lengua Española, significa acción o efecto de violentar, fuerza que expresa el ímpetu de determinadas acciones, pudiendo ser ésta: física o moral. En razón de lo expuesto se

puede deducir que nos encontramos ante un delito de medios comisivos totalmente limitados en forma previa por la ley penal.

a) **Violencia física.**- "Es el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca". (87) En la doctrina se han instruido una serie de requisitos que deben prevalecer a efecto de tener por comprobada la existencia de la violencia física, siendo los siguientes:

1. La **vis absoluta** debe recaer en el sujeto pasivo, por lo tanto deben quedar excluidas las cosas y los terceros, es decir, para que la violencia física tenga relevancia en la violación, se requiere que la fuerza que se ejerza, recaiga directamente sobre la víctima.

2. Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, Garraud sostiene "que sea suficiente para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer". (88)

3. La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria, es decir "no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario, y constante o continuada, o sea, mantenida hasta el último momento, sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce". (89)

87 Jiménez Huerta, op. cit., p. 259

88 Citado por González Blanco, op. cit., pp. 152 y 153

89 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, op.cif., p. 43

Entendiéndose por sería que sea realmente verdadera, que no se halle afectada de engaño y por constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación.

Eusebio Gómez, dice "... la resistencia debe manifestarse con gritos y actos de fuerza que demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor. No basta que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando después que el hombre satisfaga su deseo, sin oponerle resistencia". (90) Nosotros consideramos que de llegar a darse el caso si la mujer accede a las pretensiones lúbricas del hombre, entregándose al mutuo disfrute de la relación, no existe violación alguna. Con esto no queremos decir que la resistencia no sea vencida, toda vez que para poder llegar a la cópula debe lograrse, pero la voluntad del sujeto pasivo debe mantenerse contraria a la del activo.

4. Debe existir relación causal, en otras palabras, es indispensable que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento del pasivo y del logro de la cópula no aceptada. Por ausencia de la liga causal y sin perjuicio de la posible existencia de otros delitos, no se integrará violación en los casos en que la víctima, una vez golpeada y humillada, acepte el ayuntamiento por afán morboso o cuando el maltrato tenga lugar después de realizado el acto. (91)

90 Citado por González Blanco, op. cit., p. 153

91 González de la Vega. Derecho Penal Mexicano, p. 394

b) Violencia moral.- Expresan Saltelli y Romano Di Falco "la violencia moral consiste en una manifestación de voluntad del agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en caso de que no realice el ayuntamiento carnal". (92)

La violencia moral se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas circunstancias el acceso carnal, pero a condición, según Carrara "... que sean serios y constantes". (93)

Esta forma de violencia, aún cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa a diferencia de lo que sucede en la violencia física, no impide la resistencia.

Contleri expresa "la violencia moral es la manifestación o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño o determinar una situación de peligro, si el amenazado no consiente en la conjunción carnal". (94)

"Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de efecto, de

92 Citado por Porte Pefit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 45

93 Ídem, p. 46

94 Citado por Jiménez Huerta, op. cit., p. 264

un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula".
(95)

La *vis compulsiva* debe ser seria, grave y de la cual derive un mal inminente o futuro. La gravedad variará de acuerdo a la valoración que se le dé, tomando en consideración el aspecto psicológico del pasivo, incluso las simples amenazas verbales desplegadas sobre una joven, sobre todo en las violaciones que efectúan los padres o tutores sobre sus hijas o pupilas, en las que se da junto a la intimidación o amenaza el llamado temor reverencial.

Para Carrara es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, presente e irreparable, es decir, que el mal afecte a personas o cosas que existen o lleguen a existir; puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal (vida, integridad corporal, honor o libertad) o patrimonial, logrando con esto intimidar al sujeto pasivo. (96)

F) Cantidad en el sujeto activo.- En ocasiones el tipo requiere de dos o más sujetos activos que realicen la acción u omisión para que se tipifique el delito, y si faltare el número de sujetos activos que el tipo señala no existirá el delito.

Tanto en el delito de violación propia, como en el equiparado a éste, la realización de la conducta o hecho lo es por una sola persona,

95 Parte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, op. cit., p. 45

96 Op. cit., p. 258

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

de tal suerte que si interviene un tercero, tendrá el carácter de cómplice, coautor, según sea el caso.

G) Cantidad en el sujeto pasivo.- De igual manera que en el sujeto activo, hay ocasiones que el tipo exige un número determinado de sujetos sobre los cuales recae la acción del activo; generalmente los tipos penales para su consumación requieren solamente de un sujeto pasivo.

Los tipos penales de violación propia y equiparada en el Estado de México, para su consumación en cuanto a la cantidad del sujeto pasivo, solamente requieren de una sola persona.

H) Cantidad en el objeto material.- Puede suceder que con una sola conducta se dañe uno o varios objetos materiales, y asimismo debe señalarse el tipo penal de que se trate.

Desprendiéndose de las conductas típicas citadas que únicamente requieren de un objeto material para su configuración, que lo es la persona ofendida.

I) Elementos normativos.- Estos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el juzgador. Tal valoración puede ser jurídica, que encontramos atravesando en todas direcciones los tipos penales, y valoración cultural, donde el proceso valorativo ha de realizarse con

arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho. (97)

Doctrinariamente se ha considerado que los elementos normativos constituyen aquellas frases utilizadas por el legislador en la descripción que se hace para cada uno de los delitos y que tienen un significado tal, que requieren ser valorados cultural o jurídicamente, por lo que en el delito de violación propiamente dicho el elemento normativo se presenta cuando el juzgador debe valorar "la violencia física o moral", valoración que se hace necesaria para la integración del ilícito en cuestión.

En este orden de ideas, podemos decir que el delito equiparado a la violación, requiere de una valoración para determinar que la víctima no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho o cuando por cualquier causa no pudiera resistirlo, y lo que obviamente entraña que el Órgano Jurisdiccional debe valorar cultural o jurídicamente tales circunstancias al igual que debe hacerlo tratándose de víctimas menores de catorce años, puesto que debe apreciar a través de la documental pública respectiva consistente en el acta de nacimiento, la minoría de edad, o bien, a través de otros medios ya que en materia penal la minoría de edad no solamente se acredita a través de las actas del Registro Civil, pues incluso se puede valer del dictamen médico rendido por los peritos correspondientes, como lo analizaremos oportunamente.

J) Elemento Subjetivo.- Frecuentemente los tipos legales contienen elementos subjetivos refiriéndose al motivo y fin de la conducta descrita. Para Jiménez de Asúa tales elementos exceden del marco de referencia típica, pues sin lugar a duda existen, estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste las requiere. A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto. (98)

"La combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos psicológicos -dice certeramente Ricardo C. Nuñez- resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal. Hechos que objetivamente no resultan importantes al Derecho Penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor" (99)

Es decir, cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer de la vida ofrece, pues como hemos

98 Cfr. Ídem, p. 273

99 Citado por Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A., 1984, p. 90

visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas dependen de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, en otras, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. (100)

Por todo lo anterior, podemos concluir que los tipos de violación propia y equiparada, previstos por los artículos 279 y 280 respectivamente, del Código Sustantivo Penal, no contienen elementos subjetivos, ya que éstos pueden radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas, o bien, en un deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta. Sin embargo, es evidente que en estos delitos la acción del agente es dirigida hacia el sujeto pasivo para realizar la cópula a través de los medios comisivos descritos, o bien, aprovechándose de la incapacidad física o mental de la víctima.

K) Elemento objetivo.- "Por tales debemos entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal". (101)

La Ley, al definir los delitos, esto es, al establecerse los tipos legales se limita frecuentemente a dar una mera descripción objetiva, esta descripción tiene como núcleo la determinación del tipo, el empleo

100 *Ibidem*

101 Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 270

de un verbo principal, pero el "tipo sin dejar de ser descriptivo presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que puede ser en cuanto al sujeto activo, al pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión o al medio". (102) La objetividad en el tipo penal significa que este comportamiento, sólo comprende los elementos para cuya comprobación no se requiere al tomar en cuenta el aspecto anímico del autor. (103)

En este sentido, el elemento objetivo en el delito de violación viene a ser el acceso carnal con persona de cualquier sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito, y que sea contra la voluntad de la misma, es decir, con violencia, que es lo que imprime carácter delictuoso al hecho.

De igual forma el elemento objetivo en el ilícito de violación equiparada, lo es la cópula, realizada con persona colocada en cualquiera de los supuestos señalados por el tipo que lo describe.

CONCEPTO DE COPULA

La cópula, desde el punto de vista literal, significa atadura, ligamento, lazo de unión de una cosa con otra, juntar, unirse carnalmente el macho con la hembra. Desde el punto de vista jurídico se entiende por cópula cualquier forma de ayuntamiento o conjunción

102 Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. México. Ed. Hermes, 1986, p. 253
103 Cfr. Claus Roxin, Teoría del Tipo Penal. Buenos Aires, Ed. De Palma, 1979, p. 57

sexual, con eyaculación o sin ella, donde el acto puede ser normal (introducción del pene en la vagina) o anormal (introducción del pene en vasos no idóneos para el coito). (104)

José Ignacio Garona, define a la cópula como "la penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o un acto que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial; que se produzca o no la desfloración, que se llegue o no a la "seminatio" (eyaculación) y, en consecuencia, que haya o no goce genésico; entendiéndose por cavidad natural toda aquella que no fuere producida artificialmente". (105) Por último podemos decir, que la cópula es la penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, ya que lo importante es que accede, como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción erótica del sujeto activo, sin que le importe cómo va a reaccionar sexualmente el sujeto que lo soporta.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO

En cuanto a los delitos en orden al tipo, éstos se clasifican en:

A) En torno a su ordenamiento metodológico:

104 González de la Vega. Código Penal Comentado, p. 377

105 Citado por Martínez Roaro, op. cit., p. 239

"a) Fundamental o básico.- Son aquellos que no derivan de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo.

b) Especial.- Son los formados por el tipo fundamental o básico y otras características, creando un tipo autónomo que excluye la aplicación del básico, éstos a su vez pueden ser:

1) Privilegiado o atenuado.- Cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena.

2) Agravado o cualificado.- Cuando se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito que implica aumento o agravación de la pena.

c) Complementado.- Son aquellos que se integran con el tipo fundamental o básico, añadiéndole una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo.

Estos también pueden ser: privilegiados como el homicidio en riña y cualificados como el homicidio calificado, por la alevosía, premeditación, etc." (106)

B) En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

a) De daño.- Cuando el tipo penal tutela al bien de su destrucción o disminución.

b) De peligro.- Cuando la tutela penal protege el bien frente a la posibilidad de ser dañado, el cual se divide en:

1) De peligro efectivo.- En éstos la realidad del peligro debe presentarse y demostrarse en cada caso enjuiciado y no suponerse simplemente, pues el desvalor que implica la figura típica tanto recae sobre la conducta -peligro creado- como sobre el resultado -peligro corrido-. (107)

2) De peligro presunto.- En este tipo de delitos la situación de peligro al bien jurídico se da por acreditada por el simple hecho del incumplimiento.

"El peligro se considera abstractamente supuesto en la conducta descrita en el tipo, sin que se admita en ningún caso prueba en contrario sobre su existencia, habida cuenta de que el desvalor ínsito en la figura típica recae sobre la conducta que se presume peligrosa, conforme a la voluntad de la Ley, manifestada en la propia existencia de estas figuras típicas". (108)

Asimismo, pueden clasificarse en:

107 Cfr. Jiménez Huerta. op. cit., Tomo I, pp. 263 y 264

108 Ibidem

1) De peligro individual.- Cuando se amenaza únicamente a la persona contra la que se dirige la conducta o una pluralidad de personas determinadas en la descripción.

2) De peligro común.- Cuando las personas amenazadas no están determinadas individualmente, pues la conducta típica es susceptible de afectar a una generalidad indeterminada de personas.
(109)

C) En torno a su composición, pueden ser:

"a) Normales.- Son aquellos que se limitan a hacer una descripción meramente objetiva.

b) Anormales.- Son aquellos que además de contener elementos objetivos, también requieren de elementos subjetivos o normativos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo aplicado por el juzgador". (110)

D) En función de su autonomía o independencia, éstos pueden ser:

a) Autónomos o independientes.- Son aquellos que tienen vida propia y no necesitan de ningún otro tipo para poder existir.

109 Cfr. *Ibidem*

110 Castellanos, *op. cit.*, pp. 170 y 171

b) Subordinados.- Son aquellos que dependen de otro tipo fundamental o básico y que por su carácter circunstancial no sólo lo complementan, sino que se subordinan.

E) En función de su formulación, pueden ser:

a) De formulación casuística.- Son aquellos en los cuales el legislador no describe una forma de comisión sino varias para ejecutar el ilícito, los cuales a su vez se dividen en:

1) Alternativamente formados.- Son aquellos en los que se prevén dos o más hipótesis y el tipo se colma con cualquiera de ellas.

2) Acumulativamente formados.- En éstos se requiere necesariamente del concurso de todas las hipótesis de comisión.

b) De formulación libre.- Son aquellos en los que se describe una sola hipótesis, en la cual caben todos los modos de ejecución idóneos.

(111)

Con base en las clasificaciones antes mencionadas, a continuación haremos un análisis del delito de violación atendiendo al tipo.

111 Cfr. Castellanos, op. cit., p. 170

El ilícito de violación es fundamental o básico, en cuanto a la primera parte del artículo 279 del Código Penal para el Estado de México, al establecerse:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a setecientos días-multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta".

Como podemos observar aquí no se incluye ninguna circunstancia agravante o atenuante de la pena. Por lo que se refiere a la segunda parte, se trata de un delito cualificado o agravado de violación al declarar:

"Se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días-multa, si la persona ofendida fuere impúber".

Es autónomo o independiente, porque el tipo de violación no depende de ningún otro para tener existencia o vida propia.

Empero, el delito equiparado a la violación, opinamos que es subordinado, toda vez que su existencia está supeditada a la de violación.

De formulación casuística o con medios legalmente limitados porque en el tipo de violación se engloban las formas posibles de

realización del delito, esto es, mediante la violencia física o moral. Lo mismo sucede en la violación equiparada, donde se establecen las diversas formas de ejecución del ilícito.

Se trata de un delito alternativamente formado, esto es, en cuanto a los medios y a la persona, ya que se establecen diversas modalidades de realización, varios actos se prevén alternativamente de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el ilícito se conforma. Lo anterior hace suponer que existen dos hipótesis comisivas del delito, toda vez que se comete el ilícito de violación cuando por medio de la violencia física o moral se tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta. El maestro Jiménez de Asúa expresa "basta que se dé una sola de esas dos conductas o uno de los medios de acción en la vida real para que esa modalidad típica sea cumplida en el proceso de subsunción". (112) Y en cuanto a la persona, se entiende sobre un hombre o una mujer.

El delito de violación es considerado por algunos autores, como Porte Petit, Jiménez Huerta, entre otros, como un delito normal porque al definirlo se limita a dar una descripción objetiva, sin contener elementos normativos, ni subjetivos y el hecho de que presente referencias en cuanto a los medios de comisión (violencia física o moral) no elimina su carácter puramente descriptivo. (113)

112 La Ley y el Delito. 10a. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1978, p. 259

113 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 29

Sin embargo, consideramos que tanto el delito de violación, como el ilícito equiparado a éste son anormales, ya que contienen elementos normativos y objetivos.

Finalmente, nos encontramos ante un delito de peligro, en virtud del alcance y sentido de la tutela penal, siendo presunto puesto que, preserva la libertad sexual de las personas ante la posible afectación.

D. ANTIJURIDICIDAD

Es un concepto negativo, un anti, antijurídico lo contrario al Derecho "la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico". (114)

El Diccionario Mexicano expone que la antijuridicidad es la calidad de ciertas conductas que no cumplen lo previsto por la norma jurídica que la regula, también se puede hablar del injusto como sinónimo de antijuridicidad que tradicionalmente se considera como lo contrario a derecho surgiendo por la necesidad de determinar cuándo una acción puede ser clasificada como lícita, que es cuando se cumple con la norma jurídica que la regula o como ilícita cuando se viola dicha norma.

114 Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal, Parte General. 3a. ed., México, Ed. Trillas, 1990, pp. 56 y 57

En cuanto a la antijuridicidad Fernando Castellanos Tena señala "... comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho", para Javier Alba Muñoz "... actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder". (115) Por lo tanto una conducta será antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Por otra parte, Cuello Calón considera que se trata de un juicio, una estimación acerca de la oposición que existe entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal, el cual recae sobre la acción ejecutada, siendo de carácter objetivo. (116)

Debemos de tomar en cuenta que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en un proceso psicológico causal; pues éste comprende a la culpabilidad. La antijuridicidad es subjetiva, atiende al acto, como ya se dijo, a la conducta externa.

Se puede deducir claramente que los autores citados, por regla general aceptan como antijurídico, los hechos o actos que están en contradicción con el derecho. Así también coinciden en señalar que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

115 Castellanos Tena, op. cit., p. 177

116 Cfr. *Ibidem*

Carlos Brindling "descubrió que el delito no es lo contrario a la ley penal. En efecto, se trata más bien del acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal, agregando finalmente que la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, es decir, la norma valoriza, la ley describe". (117) Zaffaroni afirma "en la violación al estar comprobada la tipicidad lo está también la antijuridicidad, por no admitir causas de justificación". (118) Es inapelable que la conducta en el delito de violación será antijurídica cuando, siendo típica, no exista una causa de licitud, en caso de que proceda. (119)

Franz Von Liszt afirma que existen dos tipos de antijuridicidad, al decir "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". (120) Manifestándose en este sentido Cuello Calón y Villalobos.

Por ello podemos decir que la antijuridicidad en el delito de violación, se presenta al adecuarse la conducta realizada a lo establecido en el artículo 279 del Código Penal en comento, ya que se infringe la norma que garantiza la libertad sexual (antijuridicidad formal). En tanto, existe antijuridicidad material cuando el infractor desarrolla su conducta en forma contraria a los intereses sociales.

117 Ídem, pp. 178 y 179

118 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 53

119 Cfr. *Ibidem*

120 Citado por Castellanos Tena, op. cit., p. 180

E. IMPUTABILIDAD

"Es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal". (121)

Esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que se realizan y, otro volitivo que consiste en el deseo de un resultado.

El maestro Sergio Vela Treviño sostiene conceptualmente "la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente de comprender la antijuridicidad de su conducta". (122)

Algunos especialistas consideran que para ser culpable una persona, es necesario que sea imputable, por el contrario, no existiría delito. Porte Petit, afirma "... la imputabilidad constituye un presupuesto general del delito y no un elemento esencial", (123) sin embargo, para nosotros es un presupuesto o soporte de la culpabilidad, ya que al estudiarse el aspecto subjetivo del delito, se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces investigar si poseía las facultades de juicio y decisión.

121 Ídem, p. 183

122 Culpabilidad e Inculpabilidad. México, Ed. Trillas, 1977, p. 18

123 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 61

Para Fernando Castellanos Tena, "la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". (124)

La imputabilidad del sujeto activo en el delito de violación consistirá en que el sujeto debe tener plena capacidad física que le permita realizar su actividad hacia el sujeto pasivo, y estar en condiciones mentales óptimas, es decir, entender y querer su conducta, así como su resultado. Por lo tanto el sujeto activo debe tener una capacidad volitiva para desear el resultado, siendo el llevar a cabo la cópula con una persona sin la voluntad de ésta, o bien, con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años, tal y como lo establece el tipo equiparado a la violación.

F. CULPABILIDAD

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal, siendo otro elemento constitutivo del delito, sin el cual es inconcebible su existencia, verdad que ha quedado plasmada en el principio "nulla poena, sine culpa". Jiménez de Asúa define la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la

124 Op. cit., p. 218

conducta antijurídica". (125) Para Castellanos Tena la culpabilidad "es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (126)

1. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD

Existen dos teorías al respecto, la psicológica y la normativa, de las cuales en seguida se hará un análisis:

A) Teoría Psicológica.- La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo que significa que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y otro intelectual. Para esta corriente la culpabilidad tiene su fundamento en la determinada situación de hecho, predominantemente psicológica. En consecuencia se trata de la relación subjetiva entre el hecho y el autor. La culpabilidad, para los partidarios de esta teoría, debe buscarse en la actitud guardada por el individuo frente al hecho delictivo.

B) Teoría Normativa.- El maestro español Jiménez de Asúa, considera "se trata de una valoración jurídico penal y no meramente ética". (127) Para que alguien pueda ser castigado no basta que haya procedido de forma antijurídica y típica, sino que además es necesario que su acción pueda ser personalmente reprochable.

125 Ídem. p. 233

126 Íbidem

127 Principios de Derecho Penal, p. 355

Para esta teoría, la culpabilidad no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo es un punto de partida concreto, debe determinarse las causas de la misma para encuadrar la conducta del individuo en la esfera del dolo o de la culpa y así debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría exigírsele una conducta conforme con el derecho, es decir, el deber ser jurídico.

La culpabilidad, al ser considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. Villalobos señala "ese reproche el cual remotamente se conecta con una valoración objetiva del acto, inmediatamente implica una estimación de la actividad del sujeto que, conscientemente y por propia voluntad, se constituye en causa del acto reprobado". (128)

2. FORMAS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad presenta tres formas que a saber son: dolo o intención, culpa o imprudencia y preterintención. La legislación penal del Estado de México, en su artículo 7 establece:

"Los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

II. Culposos; y

III. Preterintencionales.

El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión.

El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

El delito es preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado".

A) Dolo.- Es la forma principal y más grave de la culpabilidad, y por ello acarrea penas más severas. Una idea amplia y provisoria de la acción dolosa la da Graf Zu Dohna con estas sencillas y claras palabras "... actúa dolosamente quien sabe lo que hace". (129) En resumen el dolo consiste en la voluntad consciente de actuar dirigida a la realización de un hecho típico y antijurídico.

Ahora bien, los elementos del dolo son:

a) Elemento ético.- Constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

b) Elemento volitivo o psicológico.- Consiste en la voluntad del sujeto activo para realizar el acto.

Doctrinariamente podemos considerar que existen cuatro especies principales del dolo que son:

a) Dolo directo.- Surge cuando existe voluntad en la conducta y en el resultado del sujeto. Corroborando lo anterior, Cuello Calón asevera "el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente". (130)

b) Dolo indirecto.- Llamado también dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. Pensemos que el dolo directo nace cuando el sujeto consciente de que al realizar el acto que se propone, legal o ilícito, no le permite la realización de su conducta.

c) Dolo determinado.- Es la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial, es decir, cuando el autor

del ilícito no se propone causar un daño determinado, sino causa alguno para fines posteriores.

d) Dolo eventual.- Se da cuando el activo se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores, es decir, otros no queridos directamente y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Jiménez de Asúa afirma "hay dolo eventual cuando en el sujeto se presenta la posibilidad de un resultado no deseado, pero cuya producción ratifica en última instancia". (131)

B) Culpa.- "Cuando una persona obra de manera que, por su negligencia, imprudencia, falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo, estamos ante la presencia de la culpa". (132)

En la culpa, el sujeto no proyecta voluntariamente su conducta hacia la producción de un daño, sino que éste se origina casualmente por la falta de las debidas precauciones y cuidados ante un hecho previsible y evitable.

De todo esto se desprenden los siguientes elementos:

131 Principios de Derecho Penal, p. 367

132 Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 4a. ed., México. Ed. Porrúa, S.A., 1983, p. 307

a) Un actuar voluntario, considerado como la base substancial del delito y puede ser positivo o negativo.

b) Que dicha actuación se realice en forma imprudente, es decir, que exista ausencia de cuidados y precauciones exigidas por el Estado.

c) La realización de un tipo penal, previsible, evitable y no deseado.

d) Una relación de causalidad entre la conducta inicial y el resultado no querido.

De acuerdo a la doctrina son dos las principales clases de culpa:

a) Culpa Consciente.- También llamada con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no se llegue a producir. Como podemos darnos cuenta, hay intención en la conducta, no en el resultado.

b) Culpa Inconsciente.- Conocida también como culpa sin previsión o sin representación. Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto, a pesar de ser previsible y evitable. "Existe

voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible". (133)

En cuanto a esta clase de culpa, algunos autores la clasifican, según la mayor o menor facilidad de prever, en lata, leve y levisima.

C) Preterintencionalidad.- Cuando el delito cometido por el inculcado sea preterintencional, consistente en que el resultado del daño causado vaya más allá de la intención del agente activo, si por ejemplo de la confesión de aquél se desprende que quiso castigar y en consecuencia causar daño a la víctima y que el castigo fue excesivo, no carece de sanción, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia notoria del hecho en que consistió el delito.

"La preterintención es la suma del dolo y culpa, es decir, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial". (134)

Las conductas típicas en estudio por su naturaleza exigen una forma dolosa de la culpabilidad. Para que exista la violación propiamente dicha, debe realizarse la cópula por medio de la violencia física o moral como medios para la obtención del acceso carnal, por lo cual es innegable que debe concurrir el dolo directo, así como en el

133 Castellanos, op. cit., p. 247

134 Osorio y Nieto, op. cit., p. 66

lícito equiparado a la violación, al realizarse el ayuntamiento sexual con persona privada de razón o de sentido, a sabiendas del estado en que se encuentra el sujeto pasivo.

G. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las condiciones objetivas de punibilidad Castellano Tena las define como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación". (135)

Para Guillermo Colín Sánchez "... quienes hablan de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal". (136)

La condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento esencial del delito, pues sólo en contados casos se presentan tales condiciones, como sucede en los delitos fiscales, en los que se requiere una declaración de la Hacienda Pública respecto a la existencia de un perjuicio fiscal, o bien, en el delito de desacato a un mandato judicial, en donde se requiere previamente que al sujeto se le hayan aplicado las medidas de apremio.

135 *Idem*, p. 278

136 *Ibidem*

Los delitos en estudio no requiere ningún tipo de condición objetiva de punibilidad, siendo de este parecer el tratadista Alberto González Blanco.

H. PUNIBILIDAD

La punibilidad se le ha definido como "el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta". (137)

La punibilidad, como elemento del delito, ha sido sumamente discutida. Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros que manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo.

Por su parte, Carrancá y Trujillo invoca la existencia de delitos no punibles, conforme a la Ley, cuando ésta otorga una excusa absolutoria, caso en el que la pena se extingue, pero el delito subsiste con todos sus elementos característicos. (138)

La penalidad en el delito de violación, como ya hemos visto, la establece el numeral 279 del Código Sustantivo que dice:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a setecientos días-multa, al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Se impondrán de seis a quince años de prisión y

137 Ídem, p. 275

138 Cfr. Op. cit., p. 140

de cien a mil días-multa, si la persona ofendida fuere impúber”.

Debiéndose aplicar la misma pena cuando se realice la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años, tal y como lo establece el artículo 280 del ordenamiento legal antes invocado.

Asimismo, las penas aumentarán cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas, en cuyo caso se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días-multa. Cuando el delito de violación fuere cometido, por el tutor en contra de su 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 de heredar al ofendido, en tales circunstancias se impondrá de uno a tres años de prisión, además de las sanciones a que se ha hecho acreedor el sujeto activo por haber realizado dicho ilícito.

Adviértase, como lo establece el numeral 282 del Código Sustantivo en la materia, que además de sancionar con pena privativa de libertad y pecuniaria el delito en estudio y el equiparado a éste, cuando sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, se establece la destitución definitiva del cargo o empleo o suspendido hasta por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO III
ESTUDIO DOGMÁTICO EN LOS ELEMENTOS
NEGATIVOS DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN
PROPIA Y EQUIPARADA EN EL
ESTADO DE MÉXICO

- A. AUSENCIA DE CONDUCTA**
- B. ATIPICIDAD**
- C. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**
- D. INIMPUTABILIDAD**
- E. INCULPABILIDAD**
 - 1. CAUSA GENÉRICAS DE LA INCULPABILIDAD**
- F. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**
- G. EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

ESTUDIO DOGMÁTICO EN LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

ELEMENTOS NEGATIVOS

Una vez analizados cada uno de los elementos positivos del delito y continuando con la trayectoria del presente estudio, examinaremos los elementos negativos, adecuándolos al delito de violación, siendo éstos:

Ausencia de conducta

Atipicidad

Causas de justificación

Inimputabilidad

Inculpabilidad

Ausencia de condiciones objetivas

de punibilidad

Excusas absolutorias.

A. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta, constituye el aspecto negativo del elemento conducta, la cual existe "cuando el movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos la voluntad". (139)

139 Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 248

Para algunos penalistas son aspectos negativos de la conducta; la fuerza física exterior irresistible o vis absoluta, la fuerza mayor o vis maior, movimientos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnotismo.

A) Fuerza física exterior irresistible o vis absoluta.- Consiste en un hacer o un no hacer involuntario provocado por la fuerza física irresistible proveniente de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.

Castellanos considera "la aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de la voluntad". (140) Por lo tanto, no se da la unión de la voluntad como elemento psicológico con el evento típico y antijurídico, para conformar la infracción legal, en consecuencia, esta actividad no puede constituir delito, estimando que el hombre actúa como instrumento de las circunstancias.

De este modo, el Código Penal para el Estado de México, en su artículo 16 fracción I, se refiere a la vis absoluta.

"Son excluyentes de responsabilidad:

I. Obrar el inculcado por una fuerza física exterior irresistible ..."

B) Fuerza mayor o vis maior.- Debemos entenderla como aquella fuerza no proveniente del hombre (de la naturaleza o de los animales) que origina, en un momento dado, que un sujeto realice una conducta sin su voluntad siendo irresistible y no pudiendo controlar su movimiento corporal. En tal fuerza se encuentra anulada la voluntad, es decir, no existe por parte del sujeto intención o querer en el resultado.

El Código Penal en comento, no hace referencia alguna a esta hipótesis.

C) Movimientos reflejos.- Son aquellos movimientos que realiza el sujeto sin su voluntad, constituyendo un reflejo; el estornudo y el parpadeo son un ejemplo de ello.

D) El sueño.- Para Maury "el sueño ha sido considerado como un estado puramente cerebral, análogo a las alucinaciones y a las crisis de delirio". (141)

E) Sonambulismo.- Freud manifiesta "el sujeto se mueve y ejecuta actos sin dirección de una verdadera conciencia, sino regido por imágenes de la subconciencia que se provocan por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, los cuales sufren una incorrecta asociación y dan al sujeto una impresión, una especie de conciencia que no corresponde a la realidad". (142)

141 Citado por Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 310

142 Citado por Villalobos, op. cit., p. 420

F) El hipnotismo.- "Estado de sueño o de algo semejante, susceptible de ser provocado por varios medios, en el que se exalta el grado de sugestibilidad o la aptitud de ser influido por una idea, sugestión o mandato, influencia que puede subsistir aún después del trance". (143)

En conclusión, pueden originarse movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, debido a un estado fisiológico y mental de descanso del cuerpo, por una serie de reacciones del sistema nervioso producidas por causas artificiales, o bien, cuando el organismo humano tiene como cauce un estímulo fisiológico corporal que excita el sistema nervioso, produciendo el movimiento inconsciente. (144)

Luego, no es posible que se presente la ausencia de conducta tanto en el delito de violación, como en el equiparado a éste, ya que se requiere del elemento volitivo, caracterizado por una deliberada decisión de llevar a cabo la transgresión legal.

B. ATIPICIDAD

Surge cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. "Es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo". (145)

143 Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, México, Ediciones Mayo, 1981, p. 669

144 Cfr. Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 253 a 257

145 Castellanos, op. cit., p. 174

Es conveniente precisar la diferencia entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador por alguna causa ha omitido la descripción legal del hecho; mientras, en la segunda existe descripción, pero la conducta no se adecua al tipo penal.

La atipicidad puede originarse por las siguientes causas:

A) La ausencia de calidad del sujeto activo o pasivo requerida por el tipo.

B) La falta de calidad en el objeto material.

C) Falta de referencias temporales, espaciales o de ocasión requeridas.

D) La ausencia de los medios de comisión señalados por la descripción legal.

E) La falta de elementos objetivos, subjetivos o normativos que marca el tipo.

F) La ausencia de cualquier otra modalidad indispensable para la integración del tipo penal. (146)

Las causas de atipicidad en el delito de violación surgen al momento de faltar los medios exigidos por el tipo, ya sea violencia física o moral, en el instante en que surge el consentimiento de la víctima. Jiménez Huerta nos dice "... en el delito de violación realizado sobre persona púber se tutela la libertad sexual como derecho subjetivo, por lo tanto, el consentimiento otorgado por su titular imposibilita la valoración antijurídica de la conducta". (147)

La atipicidad puede surgir, no obstante la violencia, si se trata de una persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años; calidad exigida al sujeto pasivo en el ilícito equiparado a la violación.

C. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Una conducta es considerada típica cuando se adecua con lo descrito por la ley penal, pero no necesariamente es antijurídica, porque esa conducta puede estar amparada por una causa de justificación, constituyéndose el elemento negativo de la antijuridicidad.

Las causas de justificación o causas de licitud "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (148) En tales condiciones la acción realizada, resulta

147 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 50

148 Castellanos, op. cit., p. 183

conforme a derecho. Esto no quiere decir que una conducta sea considerada ilícita y con posterioridad lícita, sino que tiene como finalidad que sea justa, aun cuando esté claramente tipificada. Podemos concluir que para que una conducta sea considerada como antijurídica es necesario una doble concurrencia, primero; la violación a una norma penal y segundo; la ausencia de una causa de justificación.

Conforme a nuestro Derecho son causas de justificación las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Ejercicio de un derecho
- Cumplimiento de un deber
- Obediencia jerárquica
- Impedimento legítimo

1. LEGÍTIMA DEFENSA

"Existe legítima defensa cuando se rechaza una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor, sin excederse del mínimo necesario para su protección". (149)

Se dice que la agresión debe ser actual, es decir, en el momento, no puede ser ni pasada ni futura; que sea violenta, por lo que debemos

149 Cuello Calón, op. cit., p. 317

entender enérgica, brutal, con fuerza física o moral; injusta, que significa contraria a la ley; ilícita, lo anterior encierra la idea de que una defensa contra actos de la autoridad, no es legítima. Que entrañe un peligro inminente, inevitable por otros medios para la persona, honor o bienes propios o ajenos y finalmente la defensa ha de ser necesaria y vinculada con la protección de estos objetos de la tutela penal.

La fracción II del artículo 16 del Código Penal para el Estado de México, regula la legítima defensa en los siguientes términos:

"Obrar el inculpado en defensa de su persona, de sus bienes, o de la persona o bienes de otro repeliendo una agresión ilegítima imprevista, inevitable, violenta, actual e inminente, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para repelerla y no haya provocación por parte del que se defiende o de aquél a quien se defendiere o que en el caso de haber habido provocación por parte del tercero la ignore el defensor ...".

Vannini piensa acertadamente; "no es posible imaginar una violación carnal justificada por legítima defensa. Con un esfuerzo de la fantasía, se podrá pensar en un concurso en el delito de violación carnal justificado por el estado de necesidad, como, por ejemplo, en el caso de aquél que, teniendo la obligación jurídica de intervenir en defensa de la

persona agredida con el fin de conjunción carnal, no pudiere intervenir por la necesidad de defenderse de una agresión actual e injusta". (150)

Es indudable que en el delito de violación no puede darse la legítima defensa, pues no se concibe que se tenga que realizar una cópula violenta para rechazar una agresión injusta, o llevar a cabo el ayuntamiento sexual con persona menor de catorce años, como sucede en el ilícito de violación equiparada.

2. ESTADO DE NECESIDAD

Para Cuello Calón "es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (151) El maestro Augusto Osorio y Nieto establece "los elementos del estado de necesidad son:

A) La existencia de una situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.

B) Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno y que sea injusto para la persona que lo padece.

150 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 52

151 Citado por Castellanos, op. cit., p. 203

C) Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.

D) Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro". (152)

El artículo 16 fracción III del Código Sustantivo en la materia, reglamenta el estado de necesidad diciendo:

"El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, grave, actual e inminente, sacrificando otro bien jurídico igual o menor siempre que dicho peligro no hubiere sido causado por el necesitado. Esta causa no beneficia a quien tenga el deber jurídico de sufrir el peligro".

Podemos concluir que el estado de necesidad no es una causa de justificación para los delitos de violación propia y equiparada, ya que no podemos siquiera imaginar que una persona tenga que violar a otra para salvar un bien jurídico propio o ajeno.

3. EJERCICIO DE UN DERECHO O CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

La persona que actúa conforme a un derecho, que la propia ley le confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 fracción IV del Código Penal en comento, que reza:

"Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado por la Ley. Esta causa no beneficia a quien ejerza el derecho con el solo propósito de perjudicar a otro".

Hay quienes consideran que el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho no pueden operar como causas de justificación en el ilícito de violación, surgiendo el problema de poder determinar si existe violación entre cónyuges y entre concubinos.

A) Violación entre cónyuges.- Existen diversos criterios al respecto:

a) Que no existe delito de violación entre cónyuges, sino el ejercicio de un derecho, pero sí existirá si se realiza contra la naturaleza o tomando en consideración la salud de la víctima.- Abarca presenta al igual que otros tratadistas, la cuestión de la legítima defensa de la mujer que resiste el coito que el marido intenta con ella, y vienen a la conclusión de que, siendo el ayuntamiento sexual acto propio del

matrimonio, el marido tiene derecho a ejecutarlo con su esposa y, por lo tanto, no cabe la legítima defensa de ésta, salvo el caso de que el marido lo intentare "contra naturam" o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan. (153) En el Derecho mexicano esta cuestión carece de sentido porque la legítima defensa tiene por objeto la defensa de los bienes jurídicamente protegidos, y de ninguna manera puede haber dentro de estos bienes la continencia de la mujer casada respecto del marido. Si el acto sexual que intentaba el marido ataca otro bien jurídico como lo es la salud, o el honor, cabrá la legítima defensa en las condiciones apropiadas para rechazar el acto que se intenta. De este parecer es Carrancá y Trujillo al considerar que "no es constitutivo del delito, el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aun empleando la violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en la legítima defensa pues no hay agresión ilegítima". (154) Finalmente Soler, afirma "no existe violación cuando medie débito conyugal, pero cuando se produce algún contagio aun cuando se trató de evitar oponiendo resistencia, entonces se configura el delito de violación". (155)

b) Cuando la cópula se realiza acompañada de violencia será configurativa de violación.- Sobre este tema presentado en la doctrina, con mayor frecuencia que en la realidad, consideramos que sí es posible

153 Cfr. Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 54

154 *Idem*, p. 55

155 *Ibidem*

que la violación exista entre cónyuges, en razón de que si un cónyuge impone al otro la cópula por medio de violencia, ya sea física o moral, esgrimiendo la obligación del pasivo de sostener relaciones sexuales (débito carnal), no sería atendible el argumento, toda vez que no debe dañarse la libertad del sujeto por el solo incumplimiento de un deber personalísimo, que en todo caso y en virtud de ese carácter, no puede hacerse efectiva por medio de la coacción. (156) Gómez refiere "los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma que al marido pertenece, y es innegable tal derecho, que tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada, pues lo que sus defensores han debido mostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer, y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación". (157) Groizard opina "el derecho derivado del matrimonio permite al marido exigir de la esposa la realización del acto sexual, pero a condición de que ese derecho se haga valer en condiciones normales, sin recurrir a actos

156 Cfr. Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte especial. 2a. ed., México. Cárdenas, Editor y Dist., 1976, p. 174

157 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 55 y 56

violentos, pues de lo contrario se configura la violación" (158), opinión con la cual está de acuerdo Alberto González Blanco.

c) Quienes consideran que en caso de que se dé el delito de violación entre cónyuges, si se llegara a dar la justificación, únicamente operaría como atenuante, opinión que sustenta Quintano Ripollés. (159)

Podemos concluir que el marido tiene derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la consideren ilícita, pues es uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, tal y como lo refiere el artículo 131 del Código Civil para el Estado de México, que reza:

"El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente".

Pero en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, exigiéndose en forma violenta, existirá el delito de violación, así también siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, con el sentimiento de las partes, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia, toda vez que no podríamos considerarla como el ejercicio de un derecho, sino que se

158 Op. cit., p. 169 y 170

159 Cfr. Quintano Ripollés, Antonio. Compendio de Derecho Penal, México, Ed. Porrúa, S.A., 1974, p. 232

estaría lesionando el bien jurídico tutelado por el ilícito en estudio que lo es la libertad sexual.

B) Violación entre concubinos.- Hay quienes consideran que no existe el delito de violación entre concubinos, como Manfredini, el cual considera "no es antisocial, ni antijurídica la violación sobre la concubina de un hombre que viva en concubinato, siendo obvio que las relaciones sexuales en estas hipótesis deben tener en el hecho aquella demostración de constancia, de unión sexual consentida, que está ínsito en el matrimonio". (160)

Consideramos que sí existe el delito de violación entre concubinos, ya que como manifiesta Vannini, con el cual estamos de acuerdo "la concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante; el hecho de que la ley no prohíba convivencia more uxorio, no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien vive, sino que únicamente debe centrarse en el consentimiento". (161)

4. OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Al respecto Carrancá y Trujillo, dice, "se requiere dependencia jerárquica entre el que manda y el que ejecuta la orden; además, que el mandato se refiera a las relaciones habituales existentes entre el que

160 Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 59

161 Cfr. Ídem, p. 59 y 60

manda y el que obedece y a su respectiva competencia; por último, que la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley. Excepcionalmente, o sea en el orden militar, procede mayor benignidad para el subalterno, por razón de la más rigurosa exigencia disciplinaria ...". (162)

El Código Penal para el Estado de México establece en su numeral 16 fracción VII que:

"Obedecer a su superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni conocida, ni previsible racionalmente".

Como podemos darnos cuenta esta causa de justificación no es aplicable en los delitos de violación propia y equiparada.

5. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

Opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, en consecuencia no podemos concebir al impedimento legítimo como justificación en la violación, ya que ésta es una conducta de acción y no de omisión, como lo refiere el Código Sustantivo en la materia, en su artículo 16 fracción VIII que dice:

"Omitir un hecho debido por un impedimento legítimo o insuperable".

D. INIMPUTABILIDAD

Si la imputabilidad, de acuerdo con el criterio más generalizado es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, consecuentemente, la inimputabilidad supone, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien, para determinar en forma espontánea conforme a esa comprensión.

El artículo 17 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, textualmente dice:

"Son causas de inimputabilidad:

- I. La alienación u otro trastorno permanente de la persona;
- II. El trastorno transitorio de la personalidad producido accidental o involuntariamente; y
- III. La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción.

En los casos de las fracciones I y II de este artículo, solamente habrá inimputabilidad cuando la alienación o el trastorno hayan privado al sujeto del dominio necesario sobre su conducta para mantenerla dentro de las normas legales que castiguen la acción u omisión realizada".

1. TRASTORNO PERMANENTE

Lo prescribe el Código Penal para el Estado de México en su artículo 17 fracción I. Esto cuando el trastorno haya privado del dominio necesario al sujeto para conducir su conducta dentro de las normas legales.

"Las personas que padecen trastornos mentales permanentes no tienen la capacidad necesaria para ser influenciados por la conminación penal; que no tiene discernimiento suficiente para justipreciar su conducta y aun llegan a vivir en un mundo autístico (o dereístico) e irreal, lo que hace que falte identidad entre el supuesto yo, que actúa en sus delirios, y aquél que podría ser destinatario de la prohibición o del mandato jurídico". (163)

2. TRASTORNO TRANSITORIO

Previsto por el Código Sustantivo en la Materia, en su artículo 17 fracción II.

"... toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morboso de la mente debe quedar el sujeto incapacitado para decidir voluntariamente la acción criminal, de suerte que ésta puede ser considerada como ajena y no propia de él". (164)

Se desprende de esta definición todos aquellos estados de inconsciencia provocados por la ingestión involuntaria de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, así como por toxicoinfecciones o trastornos de carácter patológico. Sin embargo, no estamos de acuerdo al decir "cualquiera que sea su origen", toda vez que si el sujeto se coloca en tal situación de manera voluntaria, se estaría frente a un sujeto imputable.

3. LA SORDOMUDEZ

Con respecto a la sordomudez, como ya hemos visto, se prescribe en el artículo 17 fracción III del Código Penal para el Estado de México. Entendiendo como tal "... la falta del oído y de la palabra por ser falta de comunicación con los demás hombres deja al sujeto aislado en la

sociedad y le priva del adelanto, la comprensión del medio y aun la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas. Especialmente se hallan los sordomudos en la imposibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y del mal, de la moral, del derecho, de la solidaridad, del deber, y por tanto carecen de una conciencia jurídica que les haga responsables de sus actos. (165)

Por ende, la sordomudez para que sea causa de imputabilidad, debe ser congénita y producir ésta un estado de incompreensión, falta de entendimiento en el sujeto. El sordomudo que padece esta anomalía adquirida y que sabe leer, escribir y ha tenido un desarrollo intelectual adecuado no es inimputable.

Otros casos de inimputabilidad son:

4. EL MIEDO GRAVE

Es un fenómeno psicológico de carácter subjetivo, capaz de producir inconsciencia o reacciones imprevistas, que causen un descontrol de la conducta, engendrándose así un estado de inimputabilidad fundado en la alteración de las funciones psicológicas.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 16 fracción III del Código Penal para el Estado de México, el temor fundado se estima como excluyente de responsabilidad.

165 Villalobos, op. cit., p. 418

Por otra parte, siguiendo el criterio del maestro Fernando Castellanos Tena, consideramos al temor fundado como una causa de Inculpabilidad, el cual ya analizamos oportunamente.

5. LA MINORÍA DE EDAD

Así lo prescribe el artículo 4o. del Código Penal para el Estado de México, el cual establece:

"No se aplicará este Código a los menores de 18 años. Si éstos, siendo mayores de 7 años, ejecutan algún hecho descrito como delito, serán puestos a disposición del Consejo Tutelar para Menores Infractores".

En resumen en el delito de violación, como en el ilícito equiparado a éste, sí pueden mediar causas de Inimputabilidad, ya que como hemos visto, para que un sujeto sea imputable, no depende únicamente que tenga un mínimo de salud mental, sino también de acuerdo a la ley penal, de un mínimo de edad, que lo es de dieciocho años, en caso contrario, se le sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo conductas delictivas como la violación, encargado de determinar las medidas tutelares a que deban someterse éstos.

E. LA INculpABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad. Según expresión de Jiménez de Asúa "la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche". (166)

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

1. CAUSAS GENÉRICAS DE LA INculpABILIDAD

Las causas genéricas de la inculpabilidad son: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

A) El error

Consiste en un falso conocimiento de la verdad, debido a la falta de identidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido; a diferencia de la ignorancia, en la cual, hay ausencia total de conocimiento. (167)

166 Citado por Castellanos, op. cit., p. 257

167 Cfr. Ídem, p. 259

El error se divide en error de hecho y error de derecho:

a) Error de hecho.- Se denomina así, por la naturaleza intrínseca del comportamiento humano, de acuerdo con las condiciones que intervienen en el desenvolvimiento del mismo. Este a su vez se subdivide en: error esencial y error accidental.

1. Error esencial.- Lo prescribe el Código Penal para el Estado de México, dentro de las excluyentes de responsabilidad en su precepto 16 fracción VI, que dice:

"Obrar por error substancial de hecho que no derive de culpa".

El error esencial de hecho constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo, conociéndoseles como eximentes putativas, respecto de las cuales Fernando Castellanos Tena manifiesta: "... se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo". (168) Teniendo así que las eximentes putativas son:

a) La legítima defensa putativa.- "Radica en la creencia, por parte del sujeto, de que su actitud es legítima. Fundada, pero

erróneamente, supone obrar con derecho, hallarse frente a una defensa legítima mediante la cual repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión". (169)

b) La legítima defensa putativa recíproca.- Consiste en que dos personas obran respectivamente, en legítima defensa, sin que exista realmente la agresión simultánea y esto debido a un error de ambas partes.

c) La legítima defensa real contra la putativa.- Se presenta cuando un sujeto se cree (imaginariamente) agredido y obra en legítima defensa (putativa) pero el supuesto agresor, reacciona ante la supuesta defensa, que es una agresión real.

d) El estado necesario putativo.- Se presenta cuando el sujeto cree estar en un estado de necesidad, en un peligro grave inminente, actual en contra de su persona o sus bienes o de la persona o bienes de un tercero; y de esta manera lesiona bienes tutelados de otra persona.

e) El deber y los derechos legales putativos.- Se presenta cuando el sujeto activo, por error, pero fundadamente, cree estar ante el ejercicio de un derecho que no existe o en el cumplimiento de un deber que no concurre.

2.-Error accidental.- No es una causa de inculpatibilidad, en virtud de que la voluntad del agente es dirigida a la producción del delito, obrando dolosa y antijurídicamente.

Los casos de error accidental son:

Aberratio ictus.- Existe desviación en el golpe.

Aberratio in persona.- El error no se origina en el acto, sino recae sobre la persona debido a la errónea representación.

Aberratio in objeto.- El origen del error en el objeto radica, al igual que el error en la persona, en una deformación intelectual del agente, alejada de la naturaleza real del objeto y de ahí que se le comprenda dentro del segundo. (170)

Con relación al error antes referido el Código Penal para el Estado de México, en su artículo 8o. establece:

"En el caso de que, queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el resultado, se aplicará la pena correspondiente al delito cometido, valorándose además, las circunstancias subjetivas de deliberación y ejecución".

b) Error de derecho.- Consiste en el equivocado concepto sobre la significación de la ley. Nuestra legislación penal no regula el error de derecho, porque no justifica ni autoriza la violación de la ley y la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

No debemos confundir el error de derecho con las eximentes putativas, ya que el sujeto activo en estas últimas estima que su conducta o hecho son jurídicos, no por desconocimiento (ignorancia) o inexacto conocimiento de la norma penal, sino que el sujeto cree estar ante una causa de justificación.

B) La no exigibilidad de otra conducta

Se refiere a la realización de una conducta que se adecua a un tipo legal, pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducirse.

Ignacio Villalobos refiere "... la no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierda la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos". (171)

La no exigibilidad de otra conducta representa para algunos autores, una causa de inculpabilidad, y para otros la motivación de una excusa, la cual, dejando subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena, a continuación estudiaremos algunas formas de esa no exigibilidad.

a) El temor fundado.- En atención a lo dispuesto por el artículo 16 fracción III del Código Penal para el Estado de México, así como al criterio de Fernando Castellanos Tena, consideramos que existe una fuerza sobre la voluntad del sujeto activo donde su comportamiento está bajo una auténtica coacción mental, impidiendo conducirse con plenitud de juicio o determinación.

b) Estado de necesidad.- Consideramos a éste como una causa de justificación, el cual ya hemos analizado en su momento, sin embargo podemos además considerarlo como una causa de inculpabilidad, cuando los intereses en conflicto son de igual valor, en atención a que no es razonablemente exigible el sacrificio de un bien nuestro para salvar un bien ajeno de igual jerarquía.

Celestino Porte Petit manifiesta "... en el delito de violación puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad, para quienes consideren que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud,

realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva. Es decir, cuando se llevara a cabo la cópula, por cualquiera de los medios mencionados, con una mujer creyéndola su cónyuge, pues estaríamos frente a una eximente putativa, al creer el cónyuge que existía a favor suyo una causa de licitud". (172) Opinión con la que no estamos de acuerdo, ya que como lo hemos manifestado, no consideramos el ejercicio de un derecho como una causa de justificación en el delito en estudio, y más aún es imposible que pueda darse un error en la persona al considerar el cónyuge que se trata de su mujer, confundiéndola con otra, obteniendo la cópula con ésta por medio de la violencia física o moral.

F. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Como ya lo indicamos, las condiciones objetivas de punibilidad no son elemento esencial del delito, pues sólo en algunos casos se presenta, sin embargo, tanto en el delito de violación propia como equiparada no se requiere de ningún tipo de dichas condiciones, siendo de este parecer el tratadista Alberto González Blanco, (173) por tanto no podemos hablar de un aspecto negativo.

172 Ensayo Dogmático sobre el Delito de violación, p. 67

173 Cfr. Ídem, p. 68

G. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

"Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena".
(174)

De lo que se desprende, que en estos casos hay delito y delincuente, pero no hay pena, por lo que se afirma que "... la excusa absoluta es, en realidad un perdón legal". (175)

El Código que nos ocupa, concede en determinados delitos, tales excusas en razón de la conservación del núcleo familiar de la mínima temibilidad, de la maternidad consciente en los casos de aborto no punible y otras que específicamente prescribe.

Para el delito de violación propia y el equiparado a éste, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, no registra ninguna excusa absoluta.

174 Castellanos, op. cit., p. 278

175 Cuello Calón, op. cit., p. 618

CAPÍTULO IV
LA VIDA DEL DELITO Y SUS MODALIDADES EN LA
VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA

- A. ITER CRIMINIS**
- B. ASPECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO**
 - 1. TENTATIVA**
 - 2. CONSUMACIÓN**
- C. PARTICIPACIÓN**
- D. CONCURSO DE DELITOS**

LA VIDA DEL DELITO Y SUS MODALIDADES EN LA VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA

Una vez realizado un estudio tanto de los elementos positivos como negativos del ilícito que nos ocupa, analizaremos la vida del delito, sus diferentes formas de aparición: tentativa y consumación, así como la participación y concurso de delincuentes en la violación propia y equiparada.

A. ITER CRIMINIS

Por iter criminis (camino del delito) "podemos entender el camino que recorre el delito, desde su ideación hasta su culminación, es decir, desde que en la mente del activo surge la idea criminosa hasta que agota su conducta delictiva". (176) Los delitos culposos o imprudenciales no pasan por estas etapas, ya que este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos.

Dentro del iter criminis se distinguen dos fases:

1. FASE INTERNA

Consiste en los procesos mentales y subjetivos del sujeto activo del delito, la cual está constituida por tres momentos:

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

A) Se inicia con la idea criminosa, es decir, cuando el activo tiene la concepción mental de la comisión del delito.

B) Continúa con la deliberación, que se refiere a la valoración entre la realización o abstención del hecho delictivo.

C) Finalmente tenemos la resolución, que consiste en el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta delictiva.

La fase interna no es punible, ya que si bien es cierto, el sujeto ha decidido cometer el delito, su voluntad no ha salido al exterior, por lo tanto las ideas no son sancionadas, lo que se corrobora con la frase de Ulpiano que dice: "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos). (177)

2. FASE EXTERNA

Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. Esta fase se integra también de tres momentos que son: manifestación, preparación y ejecución.

A) Manifestación.- Sucede cuando el activo externa su pensamiento delictivo, es decir, lo proyecta al exterior, pero únicamente como idea o pensamiento, sin que sea sancionable. Sin embargo, algunas legislaciones le dan el carácter de delictuosa, tal es el caso de

las amenazas en las que el simple anuncio o manifestación de causar un mal a la persona, honor o derechos propios o ajenos integran la figura típica, situación discutible, por ser éste un delito de impresión, en el cual, la manifestación de la voluntad y el resultado se conjugan al mismo tiempo. (178) Pero el Código Penal para el Estado de México no reglamenta dicho ilícito.

B) Preparación.- Se trata de un momento intermedio entre la manifestación y ejecución, la cual consiste en la realización de actos en sí mismos lícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales, la dirección intencional sólo es conocida por el autor, de tal manera, que la realización de los mismos no vulnera objetivamente algún interés jurídico, razón por la que tampoco es punible.

C) Ejecución.- Es el momento en el cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que supone necesarios para realizar la conducta delictiva, ideada, deliberada, resuelta, manifestada y preparada. (179)

B. ASPECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO

Se ofrecen dos diversos aspectos en la ejecución: la tentativa y consumación.

178 Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. VII, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, pp. 299 a 301

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

1. TENTATIVA.

"Entendemos por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". (180)

Para determinar su existencia, primero es necesario precisar la intención del agente de efectuar un delito específico, además de un principio de ejecución, es decir, que los actos dirigidos directamente a la perpetración del ilícito hayan empezado a ejecutarse, y por último, un resultado no verificado por causas independientes al querer del sujeto. (181)

Existen dos formas de tentativa:

A) Tentativa acabada o delito frustrado.- Este se da cuando el activo lleva a cabo todos los actos idóneos para realizar el delito, pero el resultado no se presente por causas ajenas a su voluntad, es decir, hay ejecución completa de actos, sin llegar a realizarse el resultado.

B) Tentativa inacabada o delito intentado.- En ésta se llevan a cabo los actos tendientes a producir la consumación, pero por causas

180 Castellanos, op. cit., p. 287

181 Cfr. Cuello Calón, op. cit., pp. 622 a 624

no propias, el autor omite alguno o varios actos, y por eso no surge el delito, hay ejecución incompleta. (182)

El artículo 9o. del Código Penal para el Estado de México, dispone:

"Es punible, además del delito consumado, la tentativa que consiste en la resolución de cometerlo, exteriorizada en la realización de todos o parte de los actos que debieron producir como resultado el delito, si éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del inculpado.

En el caso de que no llegara a determinarse el delito que se proponía cometer el inculpado, se estimará que los actos por él realizados se dirigían a cometer el de menor gravedad de entre aquéllos a que racionalmente pueda presumirse que se encaminaban".

En términos del artículo antes mencionado, no se descarta la posibilidad de la tentativa del delito de violación, en razón a sus características, "... y ésta existirá cuando el sujeto activo dé principio a la ejecución directa de los actos que configuran el delito sin llegar al resultado que debía producirse, por causas ajenas a su voluntad ...". (183)

182 Cfr. Castellanos, op. cit., p. 289

183 González Blanco, op. cit., p. 172

En la doctrina se han formado al respecto dos corrientes de las cuales mientras una de ellas acepta plenamente que puede darse la tentativa en el delito en análisis, la otra parte niega la existencia y validez de tal figura.

Nosotros nos inclinamos a favor de la primer corriente y encontramos acertada la opinión del tratadista Frías Caballero, al estimar "la tentativa existe cuando el proceso ejecutivo, sobrepasando el mero principio de ejecución, no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo, o sea, la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar o anal, sin ningún ulterior resultado". (184)

Sin embargo, no debemos confundir los actos libidinosos y la tentativa de violación, ya que por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen uno al otro, puesto que en el primero de ellos, se ejecuta un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, tal y como lo define el artículo 275 del Código Penal para el Estado de México, y en el segundo, se efectúan los actos preparatorios para efectuar la cópula, pero no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Por lo tanto, tratándose de los mismos actos el autor no puede tener al mismo tiempo dos propósitos contradictorios.

Una vez realizada la valoración de las circunstancias del caso, la temibilidad del autor y el grado de tentativa desarrollada, el juez

aplicará hasta las dos terceras partes de la pena que debiera imponérseles si el delito se hubiere consumado y caución de no ofender, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 61 del Código Sustantivo en la Materia.

Por otra parte, tenemos que la tentativa es impune cuando el resultado no se produce por desistimiento del autor (inacabada), o por arrepentimiento eficaz de éste (acabada). (185)

En el ilícito en estudio, el profesor Celestino Porte Petit argumenta "... si se llega a la conclusión de que en el delito de violación se puede presentar un comienzo de ejecución o una ejecución acabada, es indudable que pueda darse el desistimiento más no el arrepentimiento, por tratarse de un delito formal o de mera conducta". (186) La observación anterior es totalmente cierta, criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, al expresar lo siguiente:

"TENTATIVA DE VIOLACIÓN, DESISTIMIENTO EFICAZ EN EL DELITO DE: Si el inculpaado trató de copular con la sujeto pasivo pero no logró hacerlo, mas no por causas ajenas a la voluntad del mismo, sino en atención a su propio desistimiento, pues voluntariamente dejó de insistir en su intento de efectuar el acto sexual, motivado porque la ofendida bruscamente se separó de él y porque pensó "que podría meterse en problemas", acudiendo a la tradicional expresión tudesca, se

185 Cfr. Pavón Vasconcelos, op. cit., pp. 457 y 458

186 Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, pp. 79 y 80

está en presencia de un "yo no quiero, a pesar de que puedo", característico de un desistimiento eficaz en la tentativa a diferencia del "yo quiero, pero no puedo", que matiza a la tentativa. Además, conviene destacar que el desistimiento del sujeto activo, que en la especie impide que se adecue la conducta al tipo, es eficaz independientemente de que se haga formidie poenae o virtutis amore, es decir, por temor a la pena o por amor a la virtud. Séptima Época, Segunda Parte: Vols. 193-198. A.D. 7672/84. Rosendo Arellano Gómez. 5 Votos".

2. CONSUMACIÓN.

"Es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal". (187)

De gran importancia resulta delimitar el momento en que termina la tentativa y se consuma el delito de violación, en este sentido existen diversos criterios:

A) Cuando existe "el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima". (188)

187 Castellanos, op. cit., p. 287

188 Maggiore citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 21

B) Desde el momento en que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar.

C) Cuando existe introducción del miembro viril en la vagina de la mujer. (189)

Para Celestino Porte Petit "el delito de violación se consuma cuando se realiza la cópula por los medios descritos en el tipo". (190)

Por todo lo antes mencionado podemos concluir que el delito de violación, para su consumación requiere de la realización de la cópula por los medios que prescribe el tipo penal que la regula, la cual queda debidamente integrada en el momento de la introducción del miembro viril, en el cuerpo de la víctima, por la cavidad vaginal (normal), anal u oral (anormal), sin importar que dicha introducción sea incompleta, basta que la haya aunque sea mínima. Tampoco es preciso que exista eyaculación o emisión seminal por parte del sujeto activo, ya que estaríamos frente a una consumación fisiológica del acto sexual, lo cual resulta innecesario para tenerse por consumado el ilícito en estudio.

Nuestro máximo Tribunal ha emitido la siguiente ejecutoria que se reproduce en forma textual a efecto de corroborar lo previamente señalado:

189 Ídem, pp. 22

190 Ídem, p. 69

VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE: La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XVI, Pág. 263, A.D. 4512/57. Melquiades Chaires Tovar. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XL, Pág. 92, A.D. 6939/60. Rubén Legaría Zaragoza. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLII, Pág. 36, A.D. 6854/60. Miguel Sarmiento Gómez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXXII, Pág. 40, A.D. 8740/62. Anselmo Cardona Chávez. 5 votos.

Vol. LXXVII, Pág. 39 A.D. 4956/55. 3. Guadalupe Pérez Murillo y Guillermo González Chávez. Unanimidad de 4 votos.

Así también al respecto establece:

VIOLACIÓN, NATURALEZA Y MEDIOS DE CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE: No puede decirse que en el caso concreto el delito de violación imputado al acusado, se haya perpetrado únicamente en grado de tentativa, si de las constancias de autos se demuestra que se ejecutaron actos constitutivos de cópula, (FELATIO IN ORE), esto es ayuntamiento o penetración carnal por vía oral, y anal, en los casos de tres de las ofendidas; es decir violación por vaso no idóneo, incluso con culminación del acto sexual por parte del activo mediante la

inmisio seminis, o sea, conclusión coital; en otros términos, dada la naturaleza del elemento central del delito de violación, es decir, la cópula, el ilícito no sólo se comete por vía vaginal, sino que al suponer contacto sexual, para su consumación no importa el carácter heterosexual u homosexual con el que se efectúa, ni tampoco incide en su perpetración como delito "acabado" el hecho de que exista o no desfloración ni plenitud de penetración (como lo ha sostenido esta Suprema Corte en varias tesis jurisprudenciales), pues el tipo básico en comento, no tutela la castidad (que supone la integración himenal o virginidad) sino la libertad sexual de la víctima que virgen o no, con desfloración o sin ella, no se conduce durante la cópula con libre voluntad permisible al acceso carnal, que se le impone mediante la fuerza física o moral.

Amparo directo 7068/85.- Francisco Reyes Flores.- 30 de septiembre de 1986.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez.

SALA AUXILIAR Séptima Época, Volumen 205-216, Séptima Parte, Pág. 446.

SALA AUXILIAR Informe 1986 SEGUNDA PARTE, Tesis 17, Pág. 16.

C. LA PARTICIPACIÓN

Generalmente el delito es el resultado de la actividad o inactividad de un sujeto, sin embargo, en la práctica cuando varios hombres conjuntamente realizan un mismo delito, se habla entonces de

la participación o concurso eventual, que consiste en la cooperación voluntaria de dos o más individuos para la realización de un ilícito, sin que el tipo requiera de esa pluralidad.

No toda persona que contribuye al resultado lesivo es delincuente, ni todos los que intervienen tienen la misma responsabilidad, lo cual se determina a través del estudio minucioso de los elementos que integran la infracción y principalmente del subjetivo. "Requírese, pues, el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológico, de cada sujeto". (191)

Por lo cual, existen diferentes grados de participación:

A) Autor.- Es el sujeto que realiza personal y directamente la conducta descrita en el tipo penal.

B) Autor intelectual.- Es aquel sujeto que induce o compele a otro aportando elementos anímicos, psíquicos, morales para que tenga verificativo el delito.

C) Autor Material.- Es el individuo que lleva a cabo alguna actividad física para la realización del delito, se efectúa en la fase ejecutiva del ilícito.

191 Castellanos, op. cit., pp. 295 y 296

D) Autor mediato.- Es el sujeto que se vale de otro para la ejecución del ilícito.

E) Coautor.- Son aquellos sujetos que conjuntamente ejecutan el ilícito penal.

F) Cómplice.- Es aquel sujeto que auxilia a otro para la realización de una actividad indirecta, pero útil para la realización del hecho típico. (192)

El artículo 11 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, regula lo referente a la participación y expresa:

"Son responsables de los delitos:

I. Lo que, con el propósito de que se cometa un delito, instigan a otro a cometerlo, determinando su voluntad;

II. Los que ejecuten materialmente el delito;

III. Los que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual no se hubiere ejecutado;

IV. Los que fuerzan o coaccionan a otro, o lo inducen a error para que lo cometa;

V. Los que cooperan a la ejecución del delito con actos anteriores o simultáneos;

VI. Los que sabiendo que se está cometiendo un delito, o se va a cometer y teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no la impiden pudiendo hacerlo; y

VII. Los que, por acuerdo anterior a la ejecución del delito, auxilian a los inculpados de éste después de cometido".

Al examinar el artículo transcrito, podemos observar que regula las diferentes formas de participación. Sin embargo, resulta de gran importancia analizar si en el delito de violación propia y en el ilícito equiparado a éste, pueden darse estas formas.

A) Autoría material.- También llamada autoría inmediata, existe cuando el sujeto activo integra el tipo de violación propia o equiparada. (artículo 11 fracción II del Código Penal para el Estado de México).

B) Autoría intelectual.- Puede darse la autoría intelectual en los delitos en estudio debido a que nada impide que un sujeto, por ejemplo, para vengarse idea la violación instigando a otro a realizarla. (artículo 11 fracción I del Código en comento).

C) Coautoría.- De acuerdo con el concepto que hemos vertido respecto a la coautoría, si es posible que ésta se presente en el delito de

violación propia y equiparada, ya que si varios sujetos realizan cópula violenta en persona de cualquier sexo, todos son autores materiales del mismo ilícito, más aún que puede ser realizado por diferentes vías como lo es oral, anal o vaginal, por ende, dichos sujetos son coautores. (numeral 11 fracción V del Código Sustantivo en la Materia).

D) Autoría mediata.- En ese sentido pensamos que es posible que se presente la autoría mediata ya que una persona puede emplear a un inimputable para que lleve a cabo la cópula en la forma establecida por la Ley, siendo de la misma opinión Porte Petit. (193) (artículo 11 fracción IV del Código Penal para el Estado de México).

E) Complicidad.- En lo referente a la complicidad que establece el artículo 11 fracción VII del Código Penal en comento, es indudable que ésta puede existir, en virtud de que a un individuo se le puede auxiliar de cualquier manera, ya sea material o moralmente para la realización de la conducta integrativa del delito de violación propia o equiparada a éste.

D. CONCURSO DE DELITOS

El concurso de delitos se presenta "cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos". (194)

193 Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 90

194 Osorio y Nieto, op. cit., p. 89

El concurso puede ser ideal o formal y real o material, según se trate de conducta singular y pluralidad de resultados o pluralidad de conductas y de resultados.

A) Concurso ideal o formal.- Hay concurso de delitos cuando con una sola conducta se infringen varias normas penales, con una sola acción u omisión se llenan dos o más tipos penales, produciéndose varias lesiones a bienes jurídicamente protegidos. Nótese que existe unidad de conducta y pluralidad de resultados.

B) Concurso material o real.- Estamos ante el concurso material o real cuando un sujeto comete varios delitos mediante varias conductas si sobre ninguno de ellos ha recaído sentencia ejecutoria y la acción penal no ha prescrito. Como podemos observar existe pluralidad de conductas independientes entre sí y pluralidad de resultados.

El Código Penal para el Estado de México, no hace una clasificación clara del concurso de delitos, sin embargo, en su artículo 19 regula ambos concursos, mismo que a la letra dice:

"Existe concurso de delitos siempre que alguien es juzgado en un mismo proceso por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia ejecutoria y la acción penal no ha prescrito, o cuando con una sola acción, omisión o comisión por omisión, ya

sea dolosa, culposa o preterintencional, se violen varias disposiciones penales, compatibles entre sí'.

Los tratadistas señalan tres sistemas de represión para los casos de concurso real o material, y a saber son:

A) Acumulación material.- Esta consiste en la suma de las penas que corresponden a cada delito cometido. Este sistema ha sido criticado por excesivo.

B) Sistema de absorción de las penas.- Este procedimiento pretende aplicar la pena del delito más grave, puesto que absorbe a los demás, con lo cual parece que los delitos menores quedan impunes, considerándolos simples circunstancias agravantes (poena maior absorvet minorem).

C) Acumulación jurídica.- Este toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del sujeto activo.

(195)

El Código Sustantivo en la Materia no adopta, estrictamente, alguno de los sistemas mencionados, toda vez que respecto a la

penalidad en el concurso de delitos, el artículo 69 del citado ordenamiento establece:

"En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que podrá aumentar hasta la suma de las penas de los demás delitos, sin que el total exceda de cuarenta años".

Como podemos observar el numeral en cita acoge a los tres sistemas, al permitir la aplicación de la sanción correspondiente al delito más grave (absorción), pero faculta al juzgador para incrementarla en relación a los ilícitos de menor importancia (acumulación jurídica), y establece la posibilidad de adicionar las penas de los demás delitos (acumulación material) sin que pueda exceder de cuarenta años. (196)

Es indiscutible que el delito de violación puede concurrir materialmente con un número indeterminado de delitos, por lo tanto, no estudiaremos detalladamente el concurso en este sentido. Sin embargo, mencionaremos algunos casos en donde la figura en comento puede concurrir idealmente con otras, es decir, que mediante una sola conducta cometa el delito de violación y algún otro delito.

a) Violación y lesiones.- Como ya hemos mencionado la violencia física es uno de los medios de que puede valerse el sujeto activo para realizar el delito de violación, sin embargo, resulta de gran

196 Cfr. *Ibidem*.

importancia el deslindar el momento en que ésta es elemento del delito en estudio, de aquél en que es configurativa del delito de lesiones. Sobre este particular, haremos mención de algunas opiniones:

Soler estima "la violación deja siempre rastros indudables en el cuerpo, alguno de ellos característicos de este delito, como la rotura del himen; pequeñas equimosis y aun lesiones inguinales. No son éstos los daños a que esta figura agravada se refiere. Ni siquiera es correcto pensar en que los rastros de esa clase puedan ser consideradas como infracciones autónomas; son proplamente las violencias que la ley presupone necesarias para que pueda hablarse de violación ...". (197)

Cuello Calón sostiene "la violación puede concurrir con otros delitos, con el de homicidio y especialmente con el de lesiones graves o menos graves causadas a la víctima en sus partes sexuales o en otras de su cuerpo a causa de la violencia empleada, o provenientes del contagio de enfermedades sexuales". (198)

Al tratar el tema referente a los medios de ejecución en el delito en comento y de manera especial el de la violencia física, la cual debe ser suficiente para lograr el propósito del agente, es decir, la necesaria para vencer la resistencia de la víctima; se hizo mención que dicha violencia implica acciones materiales ejecutadas en el cuerpo del sujeto pasivo tendientes a vencer o anular su resistencia, las cuales pueden consistir en ataduras, amordazamientos o ataques corporales

197 Citado por Porte Petit, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, p. 94

198 Ídem, p. 95

productores de lesiones, las cuales se subsumen en el delito de violación. Ahora bien, cuando estos medios empleados por el sujeto activo, a juicio del juzgador, sobrepasan la violencia requerida para el resultado delictivo, se configura el delito de lesiones concurriendo materialmente ambas figuras delictivas. Con relación a ello nuestro más alto Tribunal en jurisprudencias definidas ha sustentado el criterio siguiente:

"VIOLACIÓN, LESIONES QUE SE SUBSUMEN EN EL DELITO DE: Si las escoriaciones apreciadas por los médicos legistas en la base de los labios mayores de la vulva de la ofendida, constituyen un medio en la conducta desplegada por el inculpaado con relación al delito de violación, no pueden ser consideradas como configurativas de un hecho delictivo autónomo, y si el fallo reclamado no lo estima así, sino por el contrario, considera que las escoriaciones de referencia constituyen el delito de lesiones, es evidente que se está recalificando la conducta del activo, con notoria violación de sus garantías individuales.

Amparo directo 8799/83.- Arcello Pérez Flores.- 6 de julio de 1984. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

1a. SALA, Séptima Época, Volumen 187-192, Segunda Parte Pág. 77.

1a. SALA, Informe 1984, SEGUNDA PARTE, tesis 22, Pág. 20. Con el título "DELITOS DE LESIONES, INEXISTENCIA DEL".

"VIOLACIÓN Y LESIONES, NO ES AUTÓNOMO EL DELITO DE LESIONES, CUANDO SON LAS NORMALES DEL ACTO SEXUAL.- Cuando el certificado médico describe las lesiones de la

ofendida del delito de violación, como labios mayores inflamados con equimosis en vías de reabsorción cubriendo a los menores y estos adosados entre sí recíprocamente y el himen anular equimótico con desgarros no recientes, debe concluirse que si bien es cierto que existen alteraciones en la salud de la pasivo, que por su levedad fueron clasificadas, como aquéllas que no ponían en peligro la vida y tardaban menos de quince días en sanar; también es cierto que por su ubicación en los órganos genitales y rotura de himen anular, no puede considerarse como independientes del acto sexual, es decir, las lesiones aludidas pueden considerarse normales de la imposición de la cópula y no producidas por agresión física externa; por lo que en tal virtud, el delito de lesiones queda subsumido en el dolo de delito de violación y no puede constituirse como autónomo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 829/89. Jorge Ahedo Rodríguez.
25 de octubre de 1989. Unanimidad de votos.
Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario:
Martín Gonzálo Muñoz Robledo.
Informe, 1989. Tercera Parte. Tribunales
Colegiados. Pág. 24."

b) Violación e Incesto.- Es indudable que el delito de violación e incesto puedan concurrir materialmente. Sin embargo, la cuestión adquiere complejidad al analizar si pueden concurrir formalmente.

Maggiore estima "si el ascendiente hace uso carnal de su descendiente, con escándalo público, debe responder también de incesto, pero el concurso entre ambos delitos es inadmisibile, pues el descendiente violentado debe considerarse como sujeto pasivo del delito y no como concurrente. En efecto, el incesto es delito bilateral, pero la violencia carnal es unilateral. En otro lugar nos dice que el incesto no puede concurrir materialmente con la violencia carnal, porque ésta supone un sujeto activo y otro pasivo (de la violencia), mientras en el incesto, delito bilateral, ambos sujetos son agentes, pues si uno de los incestuosos ha cometido violencia carnal sobre el otro, responderá de ella personalmente". (199)

Porte Petit afirma "el delito de violación no puede concurrir con el incesto, a virtud de que éste último es bilateral, o sea, que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades no pudiéndose hablar, en consecuencia, de sujeto activo y pasivo, sino de sujetos activos. Lo que quiere decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí.

Por otra parte, lo mismo debe decirse respecto de la violación impropia puesto que se estima en estos casos que no hay consentimiento

válido, y, por tanto, es incompatible la violación impropia con el delito de incesto, porque igualmente se excluyen entre sí". (200)

Opiniones con las cuales no estamos de acuerdo, ya que la ley se limita a señalar las penas para los ascendientes y descendientes que tengan cópula entre sí, o cuando ésta se realiza entre hermanos, sin precisar el acuerdo de voluntades. El artículo 227 del Código Penal para el Estado de México, no especifica claramente si esa relación ha de basarse en el acuerdo mutuo, por lo que las manifestaciones realizadas por los autores tal vez encuentren su fundamento en el hecho de que existe una penalidad para ambos sujetos.

"Se impondrán de tres a seis años de prisión y de veinte a doscientos días-multa, a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes.

La pena aplicable a éstos últimos será de uno a tres años de prisión.

Se impondrá esta última sanción en caso de incesto entre hermanos".

Efectivamente, el citado precepto parece sancionar a ambos sujetos de una relación sexual, sea cual fuere la causa que dio origen, es decir, basta que exista la relación para imponer a los responsables que en ella intervinieron, la pena prevista. Sin embargo, no necesariamente los dos deben ser culpables. De igual manera sucede cuando por medio de la violencia física o moral el ascendiente tiene cópula con su

descendiente, en este supuesto, quien la sufre no puede ser responsable del delito de incesto, ya que se realizó el acto en contra de su voluntad, sin embargo, el sujeto activo al realizar el acto con pleno conocimiento del parentesco que lo unía con la víctima, no sólo es culpable del delito de violación, sino también del ilícito de incesto. De tal manera que concurren idealmente los ilícitos de violación e incesto.

Asimismo los Tribunales sostienen:

"VIOLACIÓN E INCESTO: El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un solo hecho verificado en un solo acto.

Quinta Época: Tomo CXXVII, Pág. 402. A.D. 7246/49. 5 votos.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XXVI, Pág. 96. A.D. 2491/59. José Veda Huerta Gámiz. 5 votos.

Vol. LXXIV, Pág. 27. A.D. 4234/62. Melesio Martínez. Mayoría de 4 votos.

Vol. XC, Pág. 22 A.D. 3062/62. Ángel Guardián López. Mayoría de 4 votos.

Vol. XC, Pág. 30. A.D. 6269/60. Miguel Castañeda de Jesús. 5 votos".

"INCESTO Y VIOLACIÓN, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE: Es correcta la postura que considera posible la coexistencia de los delitos de violación e incesto, porque no es un elemento indispensable del incesto el consentimiento pleno de la persona con quien se tiene

relaciones sexuales, ni ésta tiene que ser necesariamente copartícipe, puesto que un solo pariente puede ser culpable y el otro no, al tener aquél relaciones sexuales con éste contra su voluntad, con voluntad viciada por engaños o situaciones en que no puede prestar el consentimiento. Por consiguiente, una cosa es que nadie puede tener relaciones sexuales solo, ya que decir relación es referirse siempre a otro, y otra, que para que el incesto exista, tengan forzosamente que cometer el delito los dos parientes objeto de la relación sexual, pues ya se vio que puede haber tales relaciones entre parientes y uno solo ser culpable del delito de incesto.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. LXXIV, Pág. 26.
A.D. 4234/62. Melesio Martínez. Mayoría de 4 votos'.

c) Violación y rapto.- El problema que se presente es el de saber si la violación absorbe al delito de rapto o éste a aquél, o bien, existe concurso de rapto y violación. Existiendo diversos criterios al respecto:

1) Quienes consideran que el delito de violación y rapto son independientes.- Entre otros autores Vannini considera que si después de la realización del rapto con fines lúbricos se ejecuta la violación, no puede decirse que el primero queda subsumido en el segundo, por razones de progresión criminosa, ya que ésta supone necesariamente que el bien jurídico tutelado por la segunda infracción, que es la más grave, contiene al de la primera, revestida siempre de menor gravedad

y como en la especie el rapto es un delito contra la familia y la violación contra la libertad sexual, no es posible hablar de progresión criminosa.

2) Quienes sostienen que el delito de violación queda subsumido en el de rapto.- Cuando un sujeto con miras deshonestas sustrae de su hogar a una mujer y luego cohabita violentamente con ella, lo único que hace es poner en práctica los propósitos latentes en su mente al momento del apoderamiento, y ese acto es consecuencia del primero, la realización del fin querido, es decir, la violencia carnal es consecuencia del rapto, quedando subsumido en éste.

3) Quienes afirman que el delito de rapto queda subsumido en el de violación.- Esta idea se basa en que cuando el rapto es seguido de violación, queda aquél comprendido dentro de éste, ya que constituye por sí mismo la primera manifestación de la violencia que caracteriza al delito en estudio.

Una vez analizadas las anteriores opiniones, consideramos que el delito de violación y de rapto no pueden concurrir formalmente, ya que se ejecutan en momentos distintos sin que necesariamente deba existir progresión criminosa. Por lo tanto se trata de delitos autónomos y si bien es cierto, uno puede ser la causa del otro, no por esa causa queda en él subsumido, coexistiendo independientemente y dando lugar a un concurso material. Lo que se corrobora con lo expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien señala:

"RAPTO Y VIOLACIÓN, COEXISTENCIA DE: El rapto y la violación no se excluyen ni se subsumen uno al otro, ya que sus características irreductibles permiten su coexistencia y configuración autónoma; efectivamente: además de que el primero requiere segregación de la ofendida de su medio o ambiente familiar, el segundo implica sólo posesión o apoderamiento momentáneo para realizar la conjunción carnal; el rapto protege el orden familiar y la libertad personal a diferencia de la violación que tutela la libertad y la seguridad sexuales.

Quinta Época: Tomo CXXIX, Pág. 114. A.D. 1652/56. Aristeo Santos Cibrián. 5 votos.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XVII; Pág. 293. A.D. 4713/58. Eladio Martínez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXIV, Pág. 292. A.D. 7290/56. Molsés Santiago Marroquín. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXXXVI, Pág. 22. A.D. 4839/63. Herminio Orozco. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XC, Pág. 26. A.D. 5503/57. José Escalera Martínez. Unanimidad de 4 votos".

d) Violación y estupro.- Tanto en el delito de violación como en el de estupro, el elemento material está constituido por la cópula, sin embargo, en éste se llega a la conjunción carnal con el consentimiento de la víctima tal y como lo establece el artículo 276 del Código Penal para el Estado de México, que a la letra dice:

"... al que tenga cópula con una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho, casta y

honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño".

Lo que no sucede con el delito de violación propiamente dicho, ya que lo es mediante el empleo de la violencia física o moral, por lo tanto, implica ausencia de consentimiento, excluyéndose ambos delitos, no coexistiendo en el mismo acto delictivo. Tal y como lo establece la siguiente Jurisprudencia que dice:

"ESTUPRO Y VIOLACIÓN, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE.- Si la cópula es elemento constitutivo tanto del estupro como de la violación, la diferenciación de éstos en cuanto que en el primero tiene que realizarse con el consentimiento de la ofendida y en el segundo efectuarse sin la voluntad de la víctima, hace que ambos delitos se excluyan entre sí y no puedan coexistir dentro del mismo hecho delictuoso.

Quinta Época: Tomo CXXII, Pág. 1278. A.D. 3906/53.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. VII, Pág. 94. A.D. 5749/57. Saúl Acosta Carrillo y Coags.

Vol. XXIV, Pág. 60. A.D. 389/58. Jaime Quiñones Barrón. 5 votos.

Vol. XXIV, Pág. 231. A.D. 4112/58. Fernando Apodaca Escalante. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII, Pág. 41. A.D. 8247/60. José Luis Reyes Bermúdez. Unanimidad de 4 votos.

Pero el problema se presenta cuando se equipara a la violación, la cópula con persona menor de catorce años. En efecto al hablar del

delito de estupro, la ley establece un mínimo y máximo de edad como límite para brindar su protección a las víctimas y tal parece que las personas menores de dieciocho años y mayor de catorce se adecuan dentro de éste. Sin embargo, el artículo 280 del Código Penal en comentario establece:

"Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".

Desprendiéndose de este artículo en su última parte, que se equipara a la violación, la cópula realizada con persona menor de catorce años, aún con su consentimiento. Por lo cual podemos afirmar que no pueden concurrir formalmente el delito de violación y estupro, así tampoco éste y el de violación equiparada, ya que aquél no existe si la víctima es menor de catorce años, por lo que no puede éste coexistir con algo inexistente y viceversa. Así también, en la primera parte del artículo antes referido equipara a la violación, la cópula realizada con persona que por cualquiera de las causas mencionadas no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictiva, y puede suceder que un sujeto tenga cópula con una mujer casta y honesta menor de dieciocho años en dichas condiciones, por lo que tampoco se configura el ilícito de estupro debido a la ausencia de consentimiento, subsistiendo el de naturaleza grave que lo es, el delito equiparado a la violación.

CAPÍTULO V
REFLEXIONES A LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA
Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

- A. REFLEXIONES A LOS ARTÍCULOS 279 Y 280 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO**
- B. PROPUESTA DE ADICIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN EQUIPARADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO**

REFLEXIONES A LOS DELITOS DE VIOLACIÓN PROPIA Y EQUIPARADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

A. REFLEXIONES A LOS ARTÍCULOS 279 Y 280 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Consideramos oportuno precisar que antes de abordar el tema total del delito equiparado a la violación, objeto de este trabajo, es necesario analizar a través de todos sus elementos el ilícito de violación propia, que previene y sanciona el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, ya que este último concepto es su antecedente inmediato de acuerdo a la sistemática legislativa; puesto que por lógica jurídica debemos de partir de lo genérico a lo derivado, ya que no se puede separar el contenido del continente.

Por ello, como ya hemos visto, el ordenamiento legal antes invocado define el delito de violación en su artículo 279, capítulo III, subtítulo cuarto referente a los Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexual; el cual establece:

"... al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta ..."

Podemos observar que para calificar como ilícita una cópula o conjunción de tipo carnal, es estrictamente necesario el uso de la violencia física o moral.

Ahora bien, la violencia física en el delito de violación, se refleja plenamente en la fuerza material que realiza el victimario sobre el cuerpo del sujeto pasivo del delito, en relación a la presión ejercida, ésta debe ser suficiente para poder doblegar o anular la resistencia de la víctima y con lo que se le obliga bajo dichas circunstancias a realizar el acto sexual aun contra su voluntad.

Es oportuno establecer que la resistencia del sujeto pasivo debe ser total y manifestarse en todo momento, puesto que si dejare de oponer resistencia se estaría consintiendo la cópula.

Para demostrar que el sujeto activo mediante la violencia física impuso la cópula al pasivo, es intrascendente que el ofendido no presente traumatismos externos que dejen huellas sobre su cuerpo, pues lo que en realidad importa, dado que el bien jurídico que tutela el tipo de que se trata es la libertad sexual, es que la actitud violenta del activo doblegue la voluntad de la pasivo, aunque no le cause alguna lesión para nulificar su resistencia. Tal y como lo sostiene la siguiente jurisprudencia:

"VIOLACIÓN, DELITO DE. EL ELEMENTO VIOLENCIA
NO IMPLICA QUE SE OCASIONEN ALTERACIONES

FÍSICAS A LA VÍCTIMA.- En el delito de violación, el elemento violencia física no forzosamente implica que se ocasionen alteraciones a la pasiva, sino también otro tipo de acciones que revelen un dominio material contra la agredida, que la obliguen a copular sin su voluntad.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo directo 267/89, Hipólito García. 17 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Kima Tovilla Lara.

Precedente: Octava Época, Tomo III. Segunda Parte 2. Pág. 871.

SEMANARIO JUDICIAL. Octava Época. Tomo V. Enero-Junio, 1990. Segunda Parte. Tribunales Colegiados. Pág. 528."

Se ha determinado que entre la violencia ejercida por el sujeto activo del ilícito y la cópula debe existir un estrecho nexo y por ello no aceptamos la existencia del delito en una relación sádico-masoquista, en la cual el paciente del ilícito después de haber sido golpeado y humillado en forma voluntaria y gustosa acepta la práctica del acto sexual o en su defecto cuando las acciones de violencia tengan verificativo una vez concluido el ayuntamiento carnal y que para ello exista la plena voluntad o anuencia de los copulantes.

El segundo medio comisivo que cita el Código Sustantivo Penal, lo constituye sin duda alguna la violencia moral, la cual se exterioriza a través de las diversas amenazas o magos de que se vale el sujeto activo precisamente para lograr la conjunción carnal que desea por parte del

victimario. La coacción psicológica que representa la violencia moral se materializa en amenazas de tipo conminatorio o condicionado, es decir, el aviso de la relación de agresión o mal grave actual e inminente a que se ve sujeta la víctima y que la intimide de tal forma que la imposibilite resistir la cópula, entendiendo como peligro actual e inminente el estado presente que amenaza con un riesgo cercano de manera tan grave, que se sienta descargarse irremediablemente sobre la víctima, más no puede ser el peligro que se presente, el conjeturar que puede o no acaecer, sino el cierto indubitable que llena de temor y desquicia psíquicamente, mismo que se realizará en el momento que la víctima del delito en estudio no cumpla con las exigencias del violador. El mal que se menciona puede recaer en la persona con la cual se desea realizar el ilícito, o bien, en contra de quienes se encuentran ligados estrechamente con ella, obligando a la víctima a realizar o aceptar la cópula a fin de evitar otros males que la misma considera mayores.

Al respecto nuestro más alto Tribunal en jurisprudencias definidas ha sustentado el criterio siguiente:

"VIOLACIÓN. VIOLENCIA MORAL.- El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante la violencia moral, la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto.

Quinta Época:

Tomo CXXVI, Pág. 305. A.D. 4500/55. 5 votos.

Tomo CXXX, Pág. 222 A.D. 5357/55. Martín

Martínez Díaz. 5 votos.

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. XIX, Pág. 226 A.D. 3907/53. Dimas Montaña.

Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXVII, Pág. 186. A.D. 3297/60. Víctor Manuel López. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII, Pág. 95. A.D. 5973/60. Baldemar Méndez de los Santos. Unanimidad de 4 votos."

"VIOLACIÓN, VIOLENCIA MORAL Y EXISTENCIA DEL DELITO DE.- La actitud violenta del activo, o de los activos para obtener la prestación sexual en el delito de violación, no significa que en todos los casos se produzca traumatismos externos que se presenten en huellas sobre el cuerpo de la víctima, sino que basta el amago y la violencia psicológica para nulificar la resistencia de ésta, no siendo tampoco exigible por irrelevante que haya una plenitud de realización fisiológica en el acto sexual mismo.

Séptima Época. Segunda Parte:

Vol. 48, Pág. 27. A.D. 3109/72

Juan González Cruz. Unanimidad de 4 votos."

Tradicionalmente, como ya hemos visto, al elemento cópula se le ha dado una gran diversidad de interpretaciones desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, en el delito de violación, previsto por la Ley Sustantiva Penal, es concebida en sus más amplia acepción, o sea, cualquier unión, ayuntamiento o conjunción carnal, de ahí que por cópula debemos entender la introducción del órgano viril de una

persona en el cuerpo de otra, ya sea por vía vaginal (normal), oral o anal (anormal).

Por ello, sin lugar a dudas la realidad actual de la sociedad mexicana por ser una área conurbada con el Distrito Federal, entraña la necesidad de actualizar mediante reformas objetivas el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México.

Luego entonces, se propone que al artículo 279 del referido ordenamiento, se adicione con un segundo párrafo, en donde el legislador defina en su más amplia concepción jurídica el vocablo cópula, a efecto de que en su oportunidad se llegue a la conclusión que se pretende y el cual quedara en los siguientes términos:

"... 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".

En consecuencia, si se demuestra que el sujeto activo introdujo el pene en la boca de su víctima, ello es suficiente para tener por satisfecho ese extremo.

Por otra parte al analizar el artículo 280 del ordenamiento punitivo en estudio, el cual establece:

"Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años."

En el caso de este artículo se equipara a la violación el hecho de que el sujeto tenga cópula con una persona que no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Como se desprende de la primera parte del precepto legal que nos ocupa, aun cuando exista el consentimiento de la víctima, no se le puede dar a la conducta el carácter de lícita, ya que aquél ha sido otorgado por una persona que no está en aptitudes para darlo, debido al estado en que se encuentra.

"Desde el punto de vista de la integración del delito, no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el concubito, porque, aun en el caso de consentimiento, éste se estima como no apto jurídicamente y, también, porque además de la seguridad de los incapacitados, la desgrata perseguida por el legislador es eugenésica: impedir por interés social la posible descendencia degenerativa de los anormales.

Los estados enajenativos de la mente pueden ser absolutos y permanentes, simplemente transitorios o de los que presentan dentro del

curso de la enfermedad lucidos intervalos. La doctrina no acepta la existencia del delito equiparado a la violación cuando la cópula se efectúa en el enfermo durante el estado lucido pues no puede decirse que en ese momento esté privado el enfermo de razón." (201)

Francisco González de la Vega, continua diciendo "también queda comprendida en esta modalidad del delito la cópula con persona privada de sentido, entendiéndose por tal: el estado transitorio de inconsciencia en que el sujeto pierde más o menos momentáneamente su aptitud cognoscitiva, la volición y la ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas. El responsable del delito, en presencia del estado de plena indefensión psíquica y corporal de la víctima, lo aprovecha para el fornicio en ausencia no solo del consentimiento de ésta sino de su conocimiento". (202)

Algunos casos que se pueden mencionar como privación del sentido son: desmayos producidos traumáticamente por causas patológicas o por extrema debilidad, los síncope, el letargo o sueño por narcóticos y el hipnótico; la ebriedad completa o absoluta; el estado de agonía sin lucidez, etc.

Nosotros consideramos que la víctima está privada de sentido cuando por algún motivo ha perdido transitoriamente la conciencia, ya sea porque el sujeto activo del ilícito la provocó, o bien, porque

201 González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Los delitos. 18a. ed. México. Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 405

202 *Ibidem*

aprovecha el estado en que la víctima se encuentra para la realización de la cópula. Y dicho estado de conciencia podrá determinarse a través del dictamen pericial emitido por el médico forense correspondiente.

Aquellas enfermedades en que caben los estado patológicos extremadamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y actos defensivos, los cuales tampoco permiten al sujeto pasivo oponerse al ayuntamiento, pueden ser: una mutilación, parálisis generalizada más o menos completa, etc., y motivo por el cual, la víctima no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado, siendo innecesario el empleo de la violencia física o moral.

"El delito equiparado a la violación supone como el elemento psicológico que el agente haya obrado con conocimiento de las circunstancias personales de indefensión del sujeto pasivo, al menos, con culpable ignorancia de las mismas." (203)

VIOLACIÓN, DELITO EQUIPARADO A LA.-
Independientemente de la edad de la
ofendida, el delito que la doctrina y la Ley
equiparan a la violación lo configura la sola
cópula carnal con persona cuyo defectuoso
estado somático funcional, anomalía mental
o cualquiera otra causa de carácter patológico,
congénito o de cualquier otro origen, le impiden
resistir los atentados con su libertad sexual, pues
esas circunstancias implican: ausencia de fuerza
y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no

tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual, o carencia de volición consciente para copular.

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. XII. Pág. 180. A.D. 122/57. Sebastián Torres Martínez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XVII. Pág. 290. A.D. 649/58. Martín Monsiváis Perales. 5 votos.

Vol. XXII. Pág. 191. A.D. 7944/58. Rafael Corona Pérez y Coag. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXIV. Pág. 73. A.D. 7867/59. Aristeo Martínez Trejo. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII. Pág. 96. A.D. 7517/60. José Méndez Morales. Unanimidad de 4 votos.

Apéndice de Jurisprudencia, 1917-1985. Segunda Parte. Penal. Pág. 654.

En cuanto a lo referido en la última parte del artículo 280 del Código Penal para el Estado de México, donde se equipara a la violación la cópula realizada con una persona menor de catorce años, encontramos presente la cópula, la cual puede ser normal o anormal, consentida o no, toda vez que no tiene relevancia alguna el consentimiento de la víctima para tenerse por realizado el ilícito en estudio. Tal y como lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar:

VIOLACIÓN, DELITO EQUIPARABLE A LA. SU CONFIGURACIÓN CUANDO LA VÍCTIMA ES UNA MENOR DE 14 AÑOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- Tomando en consideración que el

artículo 280 del Código Penal del Estado de México, establece que el ilícito de violación por equiparación, se configura al tener cópula con una persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad u otra causa, no pudiere resistir o bien, la víctima fuera menor de 14 años de edad, aun cuando se argumente por el quejoso que la sujeto pasivo hubiere tenido relaciones con él voluntariamente, ello no lo excluye de responsabilidad; dado que la violencia física o moral del activo para lograr el ayuntamiento carnal, se equipara por el hecho de que una menor de 14 años de edad no tiene conciencia o voluntad indispensable para resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexual.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 16/90. Juan Hidalgo Ferrer. 14 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretaria: Lidia López Villa.

SEMINARIO JUDICIAL.- Octava Época. Tomo VI. Julio-Diciembre, 1990. Segunda Parte. Tribunales Colegiados. Pág. 693."

Este ayuntamiento en que la víctima a su corta edad, otorga su consentimiento para la realización del mismo, es constitutivo del delito equiparado a la violación, toda vez que el menor, en atención a su falta de desarrollo físico y mental, se encuentra impedido para conducirse con libre albedrío respecto a su conducta sexual.

En efecto, aquella temprana edad en que el sujeto aun no se

encuentra apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, impidiendo al menor resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y posibles consecuencias ignora racionalmente. (204)

Por lo tanto consideramos que es correcto el señalar la edad en el artículo de referencia, al utilizar la expresión "... cuando la víctima fuere menor de catorce años", tal y como acertadamente lo manifiesta Mariano Jiménez Huerta, "los límites de la edad eran fluctuables, variables e inciertos y por lo tanto se dejaba un margen peligrosísimo a la interpretación de los jueces." (205)

El Órgano Jurisdiccional para determinar que la víctima es menor de catorce años, debe allegarse de elementos necesarios para tal efecto, como puede ser la documental pública, consistente en el acta de nacimiento, o bien, a través del dictamen médico rendido por los peritos correspondientes. En este orden de ideas nuestro más alto Tribunal en jurisprudencias definidas ha expresado lo siguiente:

"MINORÍA DE EDAD, FORMA DE ACREDITAR LA.
(LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).- Como el Artículo 20 de la Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Estado de Puebla establece que la edad se acreditará de conformidad con lo previsto por el Código Civil o en su defecto, por medio de dictamen médico

204 Ídem. p. 404

205 Derecho Penal Mexicano, T. III, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1984, p. 264

rendido por lo peritos de los centros de observación y readaptación social para menores, ello conduce a establecer que dicha acta no es el único medio de prueba apto para justificar la minoría de edad, sino que tal hecho puede probarse con la invocada pericial y, aún más, de acuerdo con el mencionado precepto legal, en caso de duda, debe presumirse la mencionada minoría.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 384/88. Isaías Alfonso Pérez Flores. 19 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: Gustavo Nuñez Rivera.

SEMANARIO JUDICIAL. Octava Época. Tomo VI. Julio-Diciembre, 1990. Segunda Parte. Tribunales Colegiados. Pág. 577".

Por otra parte, en la vida práctica se presenta una serie de actos tendientes para realizar la cópula, es decir, actos que lleva a cabo el sujeto activo y que tienen como propósito penetrar a una persona por vía anal o vaginal utilizando para ello algún instrumento o elemento determinado, distinto al miembro viril, como puede ser un tubo, un palo, entre otros, e inclusive valerse de maniobras a través de los dedos, con la finalidad de lograr su propósito, los cuales deberían ser equiparados al delito de violación, ya que a través de ese medio produce un resultado análogo al de la violación que se propuso. Empero, al no contarse con una tipificación adecuada, aquellos actos son sancionados con penas que no son lo suficientemente retributivas, en proporción con el bien

jurídico que se lesiona, puesto que al compeler la libertad sexual de la víctima, se le ocasionan daños irreparables, de carácter físicos, morales, psicosexuales, afectivos, etc.

Tales daños que por lo menos, son tan graves que si los mismos se realizaran a través de la introducción del órgano sexual masculino por vía anal o vaginal, provocan una gran conmoción irreversible en el sujeto pasivo, al resultarle más traumático ser penetrado con algún objeto que con el propio miembro viril y difícilmente podrá volver a tener una interrelación con los demás. Así también, se puede llegar a lesionar la vagina de la víctima cuando ésta es mujer, al grado extremo de impedir la maternidad.

Surgiendo así una laguna dentro del Código Sustantivo en la materia, dando origen a que el Juzgador adecue tal conducta atípica a un tipo penal distinto al delito de violación, como puede ser al de actos libidinosos, lesiones, etc., por no configurarse todos los elementos del ilícito en estudio.

Por lo tanto consideramos necesario proponer una adición al artículo 280 del Código Penal para el Estado de México, y cuya redacción es la siguiente:

... 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.

B. PROPUESTA DE ADICIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN EQUIPARADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

La reforma que se propone respecto al delito equiparado a la violación, tipificado en el Estado de México, tiene una similitud con el Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, varía en cuanto a la penalidad, ya que en este Código, en su artículo 265 último párrafo establece:

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

Estimando que el legislador Estatal en la reforma que se propone deberá de seguir el mismo criterio que actualmente rige para sancionar al delito de violación, esto es que deberá de aplicarse la pena que establece el artículo 279 primera parte del Código Penal para el Estado de México, cuando la víctima del delito de violación sea púber y deberá sancionarse con la penalidad agravada que establece el párrafo in fine del dispositivo legal en consulta, cuando el delito de violación se cometa en agravio de una persona impúber.

De la misma forma el legislador deberá prever la aplicación de la pena que corresponde al delito de violación, cuando en la conducta

delictiva cuya incorporación se propone al Código Penal para el Estado de México, cuando en su comisión intervengan en su comisión dos o más personas, y la aplicación de la agravante relativa al delito en estudio cuando la autoría sea imputable al tutor, al padrastro o amasío de la madre del ofendido, así como también la inhabilitación los servidores públicos que concreticen la figura delictiva o para los profesionales en alguna de las ciencias, valiéndose del desempeño de sus actividades.

Así también, los medios comisivos empleados, se encontrarán sujetos a lo dispuesto por el Código Sustantivo Penal, es decir, serán elementos indispensables para la integración del ilícito, cuando la conducta desplegada sea análoga al delito de violación, más no así cuando dicha conducta sea similar al delito equiparado a la violación, previsto en el artículo que nos ocupa.

Por los motivos expuestos, podemos afirmar que la adición que se propone con un segundo párrafo al artículo 280 que tipifica el delito de violación equiparada en la Legislación Penal del Estado de México, es la idónea para su integración, quedando en los siguientes términos:

"280. Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años, o;

Al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

Si bien es cierto, que la sanción señalada al delito equiparado a la violación no previene a éste en su totalidad, o bien, resuelve el problema, también lo es que se pretende cumplir con los propósitos y fines de la pena de acuerdo a la doctrina, y que son; la prevención general y la prevención especial, un castigo al sujeto activo del delito y una prevención para que los demás se abstengan de realizar conductas que dañen la libertad sexual de las personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para la consumación del delito de violación se requiere la realización de la cópula por los medios que describe el precepto legal que lo regula, la cual queda debidamente integrada en el momento mismo de la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, por cavidad vaginal (normal), anal u oral (anormal), sin importar que dicha introducción sea incompleta, basta que la haya aunque sea mínima, tampoco es preciso que exista eyaculación o emisión seminal por parte del sujeto activo, ya que estaríamos frente a una consumación fisiológica del acto sexual, lo cual resulta innecesario para tener por consumado el ilícito en estudio.

SEGUNDA.- La violencia física en el ilícito de violación, debe ser suficiente para doblegar o anular la resistencia de la víctima, obligándose al sujeto pasivo bajo dichas circunstancias a realizar el acto sexual contra su voluntad.

TERCERA.- En consecuencia, tal resistencia debe ser total y manifiesta en todo momento, ya que si dejare de oponerse se estaría consintiendo la cópula, resultando intrascendente que el ofendido no presente traumatismos externos que dejen huellas sobre su cuerpo, dado que el bien jurídico que tutela el tipo de que se trata es la libertad sexual.

CUARTA.- La violencia moral se exterioriza a través de las diversas amenazas o amagos de que se vale el sujeto activo para lograr la cópula que desea por parte del victimario, cuya coacción psicológica que representa esta violencia se materializa en amenazas de tipo conminatorio o condicionado, es decir, el aviso de la relación de agresión o mal grave actual e inminente a que se ve sujeta la víctima y que la imposibilita resistir la cópula, entendiéndose como peligro actual e inminente el estado presente que amenaza de manera grave llenando de temor y desquicia psíquicamente a la víctima.

QUINTA.- La realidad actual de la sociedad mexiquense, entraña la necesidad de actualizar mediante reformas objetivas el tipo de violación, proponiendo que al artículo 279 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, se adicione con un segundo párrafo, en donde el legislador defina en su más amplia concepción jurídica el vocablo cópula como: "la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".

SEXTA.- Por ende, si se demuestra que el sujeto activo introdujo el pene en la boca de su víctima, ello es suficiente para tener por satisfecho ese extremo.

SÉPTIMA.- Tomando en consideración que el delito que la ley y la doctrina equiparan a la violación, se configura al tener cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir, o bien, la víctima fuera menor de

catorce años de edad, no excluye al sujeto activo de responsabilidad, aún cuando éste argumente que el ofendido tuvo relaciones con él voluntariamente.

OCTAVO.- En la vida práctica se realizan constantemente agresiones de tipo sexual, presentándose una serie de actos tendientes para llevar a cabo la cópula, por vía anal o vaginal, utilizando para ello, algún instrumento o elemento distinto al órgano sexual masculino, como puede ser un tubo, palo, entre otros, e inclusive valerse de maniobras a través de los dedos para lograr su propósito, lo cual, en razón de las interpretaciones dadas al término cópula, no constituyen el delito de violación, aún cuando el daño causado en la víctima es por lo menos tan grave que si el mismo se realizara a través de la introducción del miembro viril por las vías referidas.

NOVENA.- Empero, al no contar con una tipificación adecuada, aquellos actos son sancionados con penas que no son lo suficientemente retributivas, en proporción con el bien jurídico que lesiona, ya que producen un resultado análogo al de la violación que se propuso el sujeto activo.

DECIMA.- Por tal motivo, podemos afirmar que la adición que se propone con un segundo párrafo al artículo 280 que tipifica el ilícito equiparado a la violación en el Código Penal para el Estado de México, cuya redacción es la siguiente; "Al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio

de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido", es la idónea para su integración.

DECIMA PRIMERA.- El legislador deberá prever la aplicación de la pena que corresponda al delito de violación, cuando en la conducta delictiva cuya incorporación se propone al Código Penal en estudio, intervengan dos o más personas; la aplicación de la agravante cuando el ilícito en estudio sea imputable al tutor, padrastro o amasío de la madre del ofendido; así como la inhabilitación de los servidores públicos o para los profesionales en alguna ciencia valiéndose del desempeño de sus actividades.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Caballero, Gloria y Rabasa Gamboa, Emilio O. Mexicano: ésta es tu Constitución, 9a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1994.

Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal, Parte Especial, 2a. ed., México, Cárdenas, Editor y Distribuidor. 1976.

Carnelutti, Francesco. Teoría General del Delito, Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado, 1967.

Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México, 3a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1986.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General, 14a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1982.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 23a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1986.

Claux Roxin. Teoría del Tipo Penal, Buenos Aires. Ed. de Palma, 1979.

Código Penal Comentado. González de la Vega, Francisco. La Reforma de las Leyes Penales en México, 3a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1985.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, 14a. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1975.

Cossío Villegas, Daniel. Historia Mínima de México, 6a. ed., México, Ed. Colegio de México, 1981.

González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 4a. ed., México. Ed. Porrúa S.A., 1979.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos, 18a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1982.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. 10a. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1978.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. México, Ed. Hermes, 1986.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Lasada, 1964.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I y Tomo III, 5a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1984.

Horgan, John J.. Investigación Penal. U.N.A.M., México, Ed. CECSA, 1982.

Kvitko, Luis Alberto. La Violación. 2a. ed. , México, Ed. Trillas, 1991.

Leyes Penales Mexicanas, Tomo I, Institución Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial, Vol. IV, Bogotá, Ed. Temis , 1955.

Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. 2a. ed., México, Ed. Trillas, 1993.

Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales, 3a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1985.

Moreno de P., Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, México, Ed. Porrúa, S.A., 1968.

Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General, 3a. ed., México, Ed. Trillas, 1990.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, 6a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1984.

Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, Ed. Jurídica Mexicana, 1969.

Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, 4a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1985.

Quintano Ripollés, Antonio. Compendio de Derecho Penal, México, Ed. Porrúa S.A. 1974

Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Sociología, 3a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1974.

Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. México, Ed. Trillas, 1977.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 4a. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1983.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil del Estado de México.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Mexicana 1991, Cárdenas Velasco, Rolando. Tomo II, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1993.

Legislación Penal y Jurisprudencia 1917 - 1991 Cárdenas V., Filiberto, Tomo II y III, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992.

DICCIONARIO

Diccionario para Juristas. Palomar de Miguel, Juan. México, Ediciones Mayo, 1981.

Diccionario Larousse Ilustrado, México, Ediciones Larousse S.A., 1991.

Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Volumen II,
3a. ed., Madrid, Ed. Librería de la Sra. Vda. e Hijos, 1847.