

82

rej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**Facultad de Derecho  
División de Universidad Abierta**

**ESTUDIO COMPARADO DEL TIPO DEL DELITO DE  
VIOLACION EN ALGUNOS ESTADOS DE LA UNION  
AMERICANA Y EL DISTRITO FEDERAL**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:**  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**PRESENTA:**  
**ANA IMELDA CAMPUZANO REYES**

**ASESOR DE TESIS: LIC. FORTINO LOPEZ VALLE**

**MÉXICO, D.F.**

**1996**



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 esta 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.

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION.....	4
CAPITULO I.- ESTRUCTURA ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.....	6
1. LOS TRIBUNALES.....	6
2. LOS JUECES.....	12
3. EL TRABAJO DE LOS TRIBUNALES: PROCEDIMIENTO Y SUBSTANCIA.....	15
3.1. Transacciones Extrajudiciales.....	16
3.2. El trabajo sustantivo de los tribunales.....	17
3.3. Los tribunales de apelación.....	18
3.4. Cómo proceden y fallan los tribunales.....	19
CAPITULO II.- EL DERECHO PENAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	25
1. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL EN LA ACTUALIDAD.....	25
1.1. La Codificación.....	25
1.2. El Código Penal Modelo.....	26
2. LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS.....	28
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	29
3.1. La Interpretación de la Ley Penal.....	31
3.2. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal.....	35
4. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL .....	37
5. LA TEORIA DEL DELITO.....	37
5.1. Las Defensas o Exenciones.....	38
5.2. La Tipicidad Objetiva.....	41
5.3. La Tipicidad Subjetiva.....	44
5.4. La Inimputabilidad por Enfermedad Mental.....	45
5.5. Inconsciencia y Ebriedad.....	47
5.6. La Inimputabilidad por Minoría de Edad.....	49
6. EL ERROR Y LA INEXIGIBILIDAD.....	50
7. LA TENTATIVA.....	52
8. PARTICIPACION.....	52
8.1. Autores y Cómplices.....	52
9. LAS PENAS.....	54

9.1. La Pena de Muerte.....	54
9.2. Penas Privativas de Libertad.....	56
9.3. Las Sentencias Indeterminadas.....	57
9.4. La Condena Condicional.....	59
9.5. Otras Clases de Penas.....	60

CAPITULO III.- COMPARACION ENTRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE VIOLACION EN EL DISTRITO FEDERAL Y EN ALGUNOS DE LOS ESTADOS DE LA UNION AMERICANA .....

61	
1. CONCEPTO EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION MEXICANAS.....	62
2. CONCEPTO EN LA LEGISLACION NORTEAMERICANA.....	64
3. ELEMENTOS DE LA VIOLACION.....	67
4. ELEMENTO MATERIAL: COPULA.....	70
5. ELEMENTOS DEL TIPO.....	72
5.1. Sujeto Activo.....	72
5.2. Sujeto Pasivo.....	76
5.3. Objeto Material.....	77
5.4. Bien Juridico Tutelado.....	78
5.5. Medios Exigidos por el Tipo.....	80
6. ATIPICIDAD.....	83
7. ¿EXISTE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES?.....	86
8. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	99
9. CULPABILIDAD.....	103
10. INCULPABILIDAD.....	104
11. PUNIBILIDAD.....	109
12. AUTORIA Y PARTICIPACION.....	114
13. LA VIOLACION Y LA REPARACION DEL DAÑO.....	119

CAPITULO IV.- PROPUESTAS PARA MODIFICAR EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL .....

121	
1. REPARACION DEL DAÑO.....	121
2. PENA DE PRISION.....	125
3. MULTA.....	128

CONCLUSIONES.....	132
COMENTARIO FINAL.....	136
BIBLIOGRAFIA.....	140

## **INTRODUCCION**

El objeto de este trabajo es proponer algunas modificaciones a las sanciones establecidas para el delito de violación en el Código Penal vigente en el Distrito Federal. Dichas propuestas de modificación se harán respecto a la reparación del daño, la pena de prisión y la multa y estarán basadas en un estudio comparativo de los elementos del tipo del delito de violación, como se encuentra tipificado y penalizado en nuestro Código Sustantivo, con los elementos del mismo delito y los mismos factores, como se encuentran establecidos en los Códigos Penales de algunos Estados de la Unión Americana.

La intención de proponer las modificaciones antes mencionadas, tiene varias razones: una es compensar de alguna manera, el daño físico y moral, en ocasiones permanente, que las víctimas de este delito sufren en sus personas y en sus psiques; otra, que el Estado sea restituido en alguna proporción en los medios económicos que eroga, primero durante el proceso del indiciado y posteriormente, en su etapa de reclusión concomitante con su readaptación. Como última razón pero no por eso menos importante, es imperativo que el delincuente realmente obtenga una sanción adecuada a la magnitud del delito que cometió, pues no únicamente ofende a su víctima con su conducta sino que agrede con ella a toda la sociedad.

Se estimó que tomar como base a todos los Estados de la Unión Americana sería un trabajo muy largo y repetitivo, por tanto, sólo se usarán como parámetros algunos de ellos. El criterio que se siguió para escoger uno u otro Estado fue la mayor o menor variación que presentan respecto a los factores antes mencionados; por ejemplo: se escogió al estado de Alabama porque es el que otorga la penalidad mayor a este delito con un mínimo de 10 años y máximo de 99 años o cadena perpetua y en algunos casos, inclusive, se castiga con la pena de muerte, por el contrario se escogió al estado de California porque es el que tiene la penalidad más benévola, con un mínimo de 3 y un máximo de 8 años.

Para lograr una mejor comprensión de las variantes que existen en el tratamiento que los diferentes Estados conceden al delito de violación, se juzgó pertinente hacer un breve estudio de algunos temas (los relacionados con el delito en cuestión) del Derecho Penal Estadounidense. Con la misma intención, se realizó una pequeña descripción de la estructura judicial norteamericana.

## CAPITULO I

# ESTRUCTURA ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

### 1. LOS TRIBUNALES.

La organización judicial estadounidense es bastante compleja debido a que cada estado tiene sus propios estatutos y no hay dos exactamente iguales, además, el sistema federal lo complica todavía más pues existe en el país una doble organización de tribunales: la estadual y la federal.

En este trabajo estudiaremos a los tribunales estaduais debido a que en ellos se ventilan los juicios cuya materia es el delito de violación.

Podemos representarnos a la organización jurisdiccional como una pirámide, en cuya base están los tribunales inferiores, esparcidos a lo largo del estado y distribuidos por las distintas áreas municipales. Estos tribunales conocen de los delitos menos graves y de las demandas de menor importancia. Reciben varios nombres: *justice courts* (tribunales de justicia); *small-claims courts*

(tribunales de pequeñas reclamaciones); *traffic courts* (tribunales de infracciones de tráfico); *police courts* (tribunales de policía); *municipal courts* (juzgados municipales); *mayors' courts* (tribunales consistoriales). Muchos de ellos son de alguna manera, tribunales especializados; los de infracciones de tráfico conocen de accidentes de circulación de vehículos; los tribunales de policía sólo conocen de faltas leves (uno no puede demandar a su arrendador o pedir el divorcio en un tribunal de policía). Estos tribunales son más bien informales, como lo menciona Lawrence M. Friedman en su obra *American Law*:

*"Some of them refuse to let lawyers take part. Some permit a jury if one of the parties insists. Others do not allow a jury; and if the litigant insists on his right to a jury, the case is transferred to a higher court."*<sup>1</sup>

(Algunos no permiten que un abogado asista al acusado. Otros permiten el jurado únicamente si una de las partes lo solicita y otros, si una de las partes insiste en tener un jurado, envían la causa a un tribunal superior).

Los tribunales de pequeñas reclamaciones (*Small-claims Courts*) se establecieron como una variante del juzgado municipal. La idea era que sirvieran "*as the poor man's court: cheap, easy to use, with no lawyers and no legal tricks*"<sup>2</sup> (como tribunales para los pobres, baratos, fáciles de utilizar, sin abogados ni artimañas legalistas) y en muchos aspectos estos tribunales han tenido un

---

<sup>1</sup> Lawrence M Friedman. *American Law*. W.W. Norton & Company. New York, 1984. p. 58.

<sup>2</sup> Idem.

éxito espectacular ya que resuelven una gran cantidad de demandas cada año.

Muchos Estados han conservado a *flock of specialized courts, hangovers from the past* (multitud de tribunales especiales que son verdaderas reliquias del pasado). Georgia, por ejemplo, tiene unos tribunales sucesorios independientes que se ocupan de los asuntos relativos al testamento y propiedades del causante. Delaware ha conservado una tradición muy antigua: los tribunales de equidad, que deciden casos según la equidad. Massachusetts tiene un tribunal inmobiliario para conocer casos de ejecuciones hipotecarias, deshaucios, títulos de propiedad y otras materias urbanas y de derecho inmobiliario. San Louis Missouri separa los casos civiles de los penales, etc.

El siguiente grado de la pirámide lo forman *the courts of general jurisdiction* (tribunales de primera instancia). Estos conocen de casos civiles más importantes, podríamos decir, que los que se ven en los tribunales inferiores, es decir, cuando hay más dinero en juego. Estos tribunales también juzgan delitos graves como robos, homicidios o violaciones. Estos tribunales no son tan numerosos pero son más profesionales que los tribunales inferiores. Los jueces son abogados, cosa que no siempre sucede en los tribunales inferiores.

Los tribunales de primera instancia suelen tener jurisdicción sobre más personas y territorio que los tribunales de policía o los

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 63.

municipales, en general hay un tribunal de primera instancia en cada condado, sin embargo, no existe un nombre uniforme para estos tribunales, en algunos estados se les llama *circuit courts* (tribunales de circuito), en otros *district courts* (tribunales de distrito).

A pesar de que en los Estados Unidos existen un gran número de tribunales, sólo un pequeño porcentaje de casos registrados en ellos pasan por todas las fases del juicio; la gran mayoría se soluciona al margen del tribunal, se desisten, realizan una transacción o se ven sumariamente.

El perdedor en un juicio puede apelar, o sea llevar su caso a un tribunal superior o *to an appeal court* (tribunal de apelación), colocado más arriba en la pirámide judicial. Ordinariamente, el tribunal de apelación no vuelve a recorrer todas las etapas del juicio (no enjuicia el caso *ex novo*, otra vez de nuevo). Sin embargo, el juicio *ex novo* no es completamente desconocido. El perdedor en un juzgado de paz, por ejemplo, puede replantear su caso ante el tribunal de apelación y en tal supuesto, el juicio se vuelve a ver de nuevo.

*"But beyond these petty courts, the party who appeals will get only a limited review. The higher court looks at certain features of the case, certain parts of the record, checking for errors."*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 60.

(Pero, excepto en estos asuntos de pequeños juzgados, el apelante no consigue más que una revisión limitada del juicio anterior. El tribunal superior sólo examina algunos aspectos del caso, ciertas partes del juicio en busca de errores).

Por ejemplo, en un caso de asesinato, el Jurado emite un veredicto de culpabilidad, con toda seguridad el defensor apelará pero tendrá que buscar algún error que denunciar, algo que se haya hecho mal en el juicio, quizá alegue que el juez permitió al jurado examinar pruebas impertinentes o irrelevantes; o que el juez dió instrucciones erróneas al jurado; o que el juez prejuzgó el fallo, etc., porque el tribunal de apelación no volverá a convocar al jurado, no practicará nuevas pruebas, ni siquiera volverá a examinar las ya practicadas.<sup>5</sup>

Respecto a los tribunales de apelación existen Estados que tienen lo que podría llamarse *two-tier system* (sistema de doble nivel) y otros que tienen *three-tier system* (sistema de triple nivel). El que un Estado pertenezca a uno u otro sistema depende fundamentalmente de la densidad de su población.

En estados de poca población, el que pierde el juicio puede apelar directamente al máximo tribunal del Estado, llamado normalmente *the Supreme Court* (Corte Suprema); por lo tanto si contamos al tribunal de primera instancia como el primer nivel, estos Estados tienen un sistema de doble nivel. En estos pequeños Estados, el tribunal supremo oye a todo el que quiere apelar, no

---

<sup>5</sup> *Idem.*

selecciona los casos ni escoge a los mejores o más importantes, los acepta a todos. En estos Estados apelar es un derecho.

No sucede lo mismo con los Estados densamente poblados. Si a todo aquel que pierde un juicio, digamos en el Estado de California, que tiene una gran población, le dejaran apelar al Tribunal Supremo por derecho, éste quedaría completamente colapsado; por lo tanto en estos Estados se ha establecido el sistema de los tres niveles. Entre los tribunales de primera instancia y el Tribunal Supremo hay una capa de tribunales intermedios. La mayoría de las apelaciones van al nivel intermedio y allí terminan.

Lawrence M. Friedman<sup>6</sup> afirma que: *in three-tier systems, the top court has tremendous discretion; it can usually decide which cases to hear and which to reject* (en el sistema de tres niveles, la Corte Suprema tiene un gran poder discrecional, generalmente decide qué casos va a oír y cuáles va a rechazar), únicamente atiende a los casos que considera muy importantes, por ejemplo: un hombre o una mujer sentenciados a pena de muerte, puede automáticamente, ver revisado su juicio por el Tribunal Supremo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos se encuentra en la cima de la pirámide de los tribunales estatales superiores cuando se trata de cuestiones federales importantes. Este tribunal tiene únicamente nueve *justices* (ministros), y por lo tanto una gran cantidad de trabajo. Sin embargo, la Corte Suprema no es un

---

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 61.

tribunal de apelación automáticamente puro, pues ve algunos casos en primera instancia, ya que así lo dispone la Constitución en su artículo III, Sección 2. Los casos que "afecten a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y aquellos en los que sea parte un Estado, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria".<sup>7</sup>

## 2. LOS JUECES.

Los jueces en los Estados Unidos son, en su inmensa mayoría abogados, con la excepción de algunos cuantos jueces menores o de paz que todavía ejercen en algunos Estados. Se trata normalmente de abogados que son o han sido políticos y son miembros fieles de algún partido. La naturaleza política de la judicatura resalta en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, los jueces son elegidos por votación. Se presentan formando parte de una candidatura ordinaria y en muchos casos, tienen que figurar inscritos en algún partido, es decir, presentarse como Demócratas o como Republicanos.

La elección de los jueces se basa, fundamentalmente, en la misma teoría que justifica el que se elija a los gobernadores o a los miembros del Congreso: en hacer a los jueces responsables ante los ciudadanos. Sin embargo, la excepción principal se da en el ámbito federal. Según la Constitución "El Presidente...propondrá, y con el

---

<sup>7</sup> La Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo III, Sección 2.

acuerdo y consentimiento del Senado nombrará...a los jueces de la Corte Suprema y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos cuyas designaciones no estén aquí determinadas de otra manera, y que sean establecidas por ley".<sup>8</sup> Por lo tanto haciendo uso de esta facultad el Presidente también nombra a todos los demás jueces federales, con el consentimiento del Senado.

Friedman<sup>9</sup> afirma que:

*"This has been the system since 1789. In practice, the senators play an influential role. The custom of "senatorial courtesy" gives senators a loud voice in choosing those federal judges who will sit in their states."*

(Este ha sido el sistema desde 1789. Los senadores juegan un papel muy importante en la elección. La costumbre de la "cortesía senatorial" concede a los senadores un peso considerable para poder escoger a los que van a ser jueces federales en sus respectivos estados). Una vez nombrados y confirmados, los jueces federales no tienen un mandato limitado "conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta".<sup>10</sup>

En la práctica, ello significa que los jueces federales tienen asegurado el cargo de por vida o, al menos, hasta que cesen voluntariamente. Según la Constitución, la única manera de cesar a un juez federal es por "juicio político que lo condene por traición, cohecho u otros delitos y faltas graves"<sup>11</sup>. Con esto se

---

<sup>8</sup> La Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo II, Sección 2.

<sup>9</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 65.

<sup>10</sup> La Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo III, Sección 1.

<sup>11</sup> La Constitución de los Estados Unidos, Artículo II, Sección 4.

pretende garantizar que los jueces sean independientes, imparciales y libres de presiones políticas.

Sin embargo, respecto a los jueces estatales, hay cada vez un número mayor de Estados que empiezan a abandonar el principio electivo puro. El llamado plan Missouri tiene cada vez más adeptos. Según este sistema el Gobernador designa a los jueces, pero su elección es restringida. Una comisión formada por abogados y ciudadanos hace una lista de nombres que se entrega al Gobernador, él tiene que escoger a uno de esta lista. El juez elegido ejerce hasta las nuevas elecciones, entonces debe presentarse a la reelección de su cargo. Esto es, *"he does not run against anybody; the public is simply asked to vote yes or no. Since you cannot fight somebody with nobody, the sitting judges almost never lose"*<sup>12</sup> (no se enfrenta a nadie, a los ciudadanos se les pide simplemente que digan si o no. Al no competir con nadie, los jueces en ejercicio no pierden casi nunca la elección).

En este punto desearía hacer una reflexión sobre la conveniencia o no de la inamovilidad de los jueces y para eso recordar lo que opina Alejandro M. Garro:

"La estabilidad política de los Estados Unidos ha permitido que el principio de inamovilidad de los miembros del Poder Judicial de la nación se haya respetado en forma continuada. Esta práctica ha asegurado la estabilidad de la composición de la Corte Suprema, y esta continuidad de los miembros de la Corte se refleja a su vez en un cuerpo de doctrina judicial de cambio relativamente constante pero gradual.... En América Latina,

---

<sup>12</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 66.

por el contrario, los vaivenes de la política han arrastrado en numerosas ocasiones la desintegración y sustitución completa de los miembros de la Corte en turno. Esta circunstancia aumenta el peligro de cambios de criterios de jurisprudencia para casos substancialmente iguales, con lo que se resiente enormemente la seguridad jurídica."<sup>13</sup>

En el caso de nuestro país el reciente cambio que sufrió la Suprema Corte de Justicia, autorizado por un Congreso sometido a la voluntad del Poder Ejecutivo, en lugar de propiciar la "independencia del Poder Judicial", como lo aseguró el Presidente en su propuesta de reforma y lo ratificaron los miembros del Congreso cuando dieron su voto de aprobación, aumentó el peligro de cambios de criterios de jurisprudencia, y creó una Suprema Corte dependiente del Poder Ejecutivo dado que los ministros recién nombrados le "debían el puesto".

### **3. EL TRABAJO DE LOS TRIBUNALES: PROCEDIMIENTO Y SUBSTANCIA.**

No es fácil generalizar respecto al procedimiento de enjuiciamiento. Cada Estado tiene sus propios códigos de procedimiento; sus propias leyes sobre como iniciar los procesos y como proseguirlos y terminarlos. En teoría cada Estado es libre de elaborar sus propios procedimientos especiales, pero en la realidad

---

<sup>13</sup> Alejandro M. Garro. *Derecho Constitucional Comparado México y Estados Unidos. Eficacia y Autoridad del Precedente en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1990. p. 525.

los sistemas procesales estatales tienen mucho en común ya que forman parte de la tradición del *common law*.

Esta tradición pone fuertemente el acento en la "oralidad". Los tribunales del *common law* prefieren la palabra hablada al documento escrito, esto no quiere decir que los tribunales sean enemigos de los papeles, los documentos son indispensables, pero la palabra viva constituye todavía la base fundamental del proceso del *common law*.

El procedimiento estadounidense pertenece al *adversary system* (sistema acusatorio). Las partes controlan el caso, planifican la estrategia, aportan las pruebas y las presentan al tribunal. El juez hace, más o menos, el papel de árbitro. Mira que las dos partes cumplan las reglas del juego. No va más allá. Cuando hay jurado, el juez no decide el punto principal de quien gana o pierde el juicio. Eso es cosa del jurado; el juez cuida el desarrollo del juicio, instruye al jurado, esto es, le dice qué normas legales tienen importancia para la causa, pero la sentencia se deja al jurado y el juez tiene que aceptarla, le guste o no.

### **3.1. Transacciones extrajudiciales.**

Se mencionó con anterioridad que muchas de las demandas que se presentan no llegan nunca a juicio, debido a que en muchísimos casos no existe oposición, por ejemplo: miles de parejas piden el

divorcio y se les concede sin llegar a juicio pues los dos están de acuerdo y ninguno presenta oposición; lo mismo sucede en el caso de las sucesiones donde no existe, en la gran mayoría de los casos, impugnación o controversia. Inclusive, la gran mayoría de las causas criminales, aún las que se siguen por delitos graves, no llegan a juicio; "the defendants "cop a plea" -that is, they plead guilty as part of a plea bargain"<sup>14</sup> (los acusados se allanan a la acusación, esto es, se confiesan culpables como parte de un trato con la fiscalía, la cual les consigue una disminución de la pena que obtendrían si se fueran a juicio). Se hace notar que "In California, as noted, almost nine cases out of ten in superior court ended without any trial, in 1980-81"<sup>15</sup> (En California, como ya se mencionó, en 1980-81, casi nueve de cada diez casos registrados en el tribunal superior terminaron sin llegar a juicio).

### **3.2. El trabajo sustantivo de los tribunales.**

Según se cita en la obra *American Law*<sup>16</sup> "we know surprisingly little in any systematic way about what kinds of cases courts handle. Judicial statistics are a sorry mess, generally speaking" (Sabemos muy poco acerca de la clase de asuntos que atienden los

---

<sup>14</sup> Lawrence M. Friedman, Op. cit. p. 72.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Ibid, p. 73.

tribunales, ya que, éstos no están divididos por materias. Las estadísticas judiciales son, en general, de una confusión decepcionante). Lo poco que sabemos es que un tribunal de jurisdicción ordinaria o de primera instancia atiende materias tan diversas como: lesiones físicas, divorcios, legalizaciones testamentarias, tutelas, fideicomisos, interdictos, demandas laborales, causas penales, etc.

En este punto se encuentra una gran diferencia con la práctica judicial en nuestro país, ya que los jueces de primera instancia si llevan por escrito todo el proceso, el cual puede consultar el interesado en cualquier momento y finalmente se dicta una sentencia, también por escrito, en la cual el Juez siguiendo el mandato constitucional del artículo 16, funda y motiva su fallo.

### **3.3 Los tribunales de apelación.**

El trabajo de estos tribunales es más conocido que el trabajo de los tribunales inferiores, debido a que estos tribunales publican sus sentencias, que son las que sirven como objeto de estudio a los alumnos de Derecho y constituyen la materia prima con la que trabajan muy a menudo los abogados, para estar al corriente del Derecho en cada momento.

### 3.4. Cómo proceden y fallan los tribunales.

En los tribunales inferiores existe la fase de pruebas y la de alegatos. Luego el jurado, si lo hay, se retira, delibera, vota y regresa con el veredicto, éste delibera en secreto y no explica nunca los motivos de su veredicto.

En nuestro país, esta práctica sería violatoria de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 16, ya que este establece que "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". En otras palabras podemos decir que la autoridad sólo puede ejecutar lo permitido por una disposición legal y lo que no se apoye en un principio de tal naturaleza carece de sustentación y se convierte en arbitrario, por lo tanto, en nuestro país no sería posible emitir una sentencia oral y que no estuviera fundada y motivada en una ley .

Los tribunales de apelación no celebran juicios, pero oyen los *arguments* (argumentos), reciben los *briefs* (aleatos), deliberan, resuelven y *write opinions* (dictan sentencia). Sus sentencias salen publicadas todos los años. Cada estado publica las sentencias de su más alto tribunal y muchos (Nueva York y California entre otros) publican también las de los tribunales de segundo nivel.

La *typical written opinion* (típica sentencia escrita) sigue un modelo bastante uniforme:

"The opinion sets out the facts, states what the issues are, looks at past cases (if any) on the same subject, looks at statutes (if any) which have a bearing, and discusses the relevance of these authorities."<sup>17</sup>

(La sentencia expone los hechos, enuncia las cuestiones que se plantean, contempla los precedentes (si los hay) sobre el mismo tema; observa lo que dice la ley aplicable al caso (si la hay) y valora la importancia de estas fuentes). El tribunal expone luego algunos principios de Derecho que habrá deducido (o lo habrán hecho ya antes otros tribunales en casos análogos) de los precedentes y disposiciones legales. Compara estos principios con los hechos del caso y va dando respuesta a todas las cuestiones o problemas planteados. Al terminar la sentencia, si está de acuerdo con lo resuelto por el tribunal inferior, la sentencia de éste es *affirmed* (confirmada), o si está en desacuerdo, la sentencia es *reversed* (revocada).

Normalmente la sentencia es unánime; esto es, todos los jueces están de acuerdo. Puede que algunas veces, uno o más magistrados tengan un punto de vista distinto sobre la cuestión y se produzca una *dissent* (disidencia), sin embargo, como los tribunales tienen siempre un número impar de magistrados, la mayoría gana. Si no se consigue la mayoría, la sentencia del tribunal inferior se confirma. De vez en cuando puede haber un magistrado que, estando de acuerdo con la mayoría en lo que respecta al resultado disienta,

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 79.

sin embargo, de las razones determinantes; en ese caso este magistrado puede dictar una sentencia especial llamada *conurrence* (concordante).

Aparte de tomar en cuenta los precedentes y las leyes para dictar una sentencia, se considera que los jueces también están influidos por otro factor: las fuerzas sociales externas. Es indudable hoy en día, que "*all judges change their tune in the course of time, under the pressure of social change*"<sup>18</sup> (los jueces cambian su manera de pensar con el transcurso del tiempo, bajo la presión del cambio social).

Por ejemplo, actualmente, todos (o casi todos) los jueces tienen una actitud frente a las relaciones interraciales, los poderes de la Administración Pública, las libertades cívicas, etc., que está muy distante de la actitud de casi todos los jueces del siglo pasado; y este cambio ha sido determinado por las fuerzas sociales y la problemática nacional actual. Probablemente no había, en el siglo diecinueve, ni un solo juez que pensara que la pena de muerte fuera anticonstitucional, nadie imaginaba que pudiera violar la Octava Enmienda a la Constitución o cualquier otra en esta materia. Hoy en día algunos jueces así lo creen. De igual modo muchos jueces del siglo pasado no hallaban, desde el punto de vista legal, objeción alguna a la segregación racial (inclusive la misma Constitución la propiciaba al considerar a los esclavos como una mercancía: "...el Congreso no prohibirá la inmigración ni la

---

<sup>18</sup> *Ibid*, p. 83.

importación de las personas que cualesquiera de los Estados ahora existentes consideren oportuno admitir, pero podrá gravar tal importación con un impuesto o arancel que no exceda de diez dólares por persona<sup>19</sup>). Hoy en día no hay un solo juez federal que la considere aceptable o que quiera admitir tener tal opinión. El mundo ha cambiado radicalmente desde el siglo pasado y la mentalidad de los jueces y el Derecho han cambiado con él. Los jueces viven en sociedad y su forma de pensar, inconscientemente, varía según la forma en que las cosas suceden en el mundo exterior, sin embargo, la mayoría de ellos niegan que al emitir sus fallos tomen en cuenta consideraciones político-sociales.

Otro factor que influye en las decisiones de los jueces son sus creencias y su escala de valores, aunque traten de reprimirlas.

*"Many scholars suspect that judges, consciously or not, are prejudiced against blacks or poor people; or that white-collar criminals are treated better(or worse) than street criminals; or that courts are more lenient (or harsher) toward women defendants."*<sup>20</sup>

(Muchos estudiosos sospechan que los jueces, consciente o inconscientemente, tienen prejuicios contra los negros o la gente pobre; o que los delincuentes de cuello blanco reciben mejor (o a veces peor) trato que los delincuentes callejeros; o que los tribunales son más condescendientes (o más duros) para con las mujeres criminales).

---

<sup>19</sup> La Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo I, Sección 9.

<sup>20</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 82.

Aquí cabría recordar dos casos similares que sucedieron recientemente. El boxeador de raza negra Mike Tyson fue acusado y sometido a juicio como culpable del delito de violación. Unos meses después, el estudiante de medicina William Kennedy Smith, sobrino del ex-presidente John F. Kennedy, fue acusado de cometer el mismo delito y también fue sometido a juicio. A pesar de que los dos casos presentaban características muy similares, los tribunales fallaron de manera totalmente opuesta.

En ambos casos los indiciados, antes del hecho, estuvieron compartiendo socialmente con las agraviadas en un lugar público, al cabo de un rato las invitaron a retirarse con ellos. Una fue invitada a visitar la habitación del hotel donde se encontraba hospedado Myke Tyson y la otra a visitar la casa que los Kennedy tienen en Miami. Ambas aceptaron las invitaciones voluntariamente, sin embargo, ya en las averiguaciones, declararon que solamente habían aceptado ir para "platicar" con los acusados y que una vez que se encontraron a solas con ellos, éstos las obligaron a tener relaciones sexuales. William Kennedy Smith fue declarado *not guilty* (inocente) por un tribunal de Florida pero un tribunal del estado de Indiana declaró culpable a Mike Tyson y lo condenó a purgar seis años de prisión, a pagar una multa de \$30,000.00 dólares y 5 millones de dólares de indemnización a la víctima.<sup>21</sup>

Basados en los anteriores hechos consideramos que los jueces en el sistema estadounidense hacen el Derecho y crean nuevas líneas de

---

<sup>21</sup> Revista *TIME INTERNATIONAL*, Vol. 139 No. 14, April 6, 1992, p. 37.

conducta pues sus actitudes, su escala de valores y las fuerzas sociales si tienen una fuerte influencia en la resolución de los casos, sin embargo, los jueces dicen que se limitan a "follow the law"<sup>22</sup> (seguir la ley).

Nuevamente la posición anterior se encuentra en franca oposición a nuestra práctica judicial y a nuestra doctrina. Cabría aquí recordar al maestro Jiménez Huerta, quien opina que es peligroso dejar demasiada libertad de interpretación a los jueces. El siguiente extracto se refiere a la modificación que sufrió el artículo 266 del Código Penal en 1966:

"Esta reforma ha innovado también acertadamente el contenido del precepto, al establecer expresamente y con carácter general que "Se equipara a la violación...la cópula con persona menor de doce años..." Pues aunque es exacto que la tierna edad estaba comprendida en la frase "...o cuando por...cualquier otra causa no pudiera resistir" con que finalizaba la redacción del artículo 266 antes de su reforma, eran fluctuantes, variables e inciertos los límites de la edad infantil que impedían la resistencia y, por tanto, se abría un peligroso margen a las interpretaciones personales de los jueces. Por otra parte, las fronteras típicas entre los delitos de estupro y violación eran también oscilantes y, en puridad, se determinaban en la praxis mediante interpretaciones subjetivas."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 85.

<sup>23</sup> Mariano Jiménez Huerta. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III. 2a. ed., Ed. Porrúa. México. 1974. p. 264.

## CAPITULO II

### EL DERECHO PENAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

#### 1. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL EN LA ACTUALIDAD

##### 1.1. La Codificación.

El sistema del derecho común o *common law* en los Estados Unidos se ha caracterizado por la fuerza vinculante de los precedentes jurisprudenciales y el predominio de normas de ese origen. Se lo presenta así como contrapuesto a los sistemas que rigen en el continente europeo y en los países, como México, que han recibido su influencia y en los que las fuentes substanciales del derecho provienen de leyes escritas y sistematizadas en forma de códigos especialmente dictados para cada rama de la legislación. Actualmente, sin embargo, esta contraposición es muy relativa debido al avance del *statutory law* o derecho legislado, al punto que prácticamente las reglas del *common law* se encuentran reducidas a un conjunto remanente, de aplicación limitada a aquellas materias que aun no han sido legisladas. Esto es particularmente cierto en el campo del Derecho Penal. En cada uno de los Estados y lo mismo

en el orden federal, existen leyes que definen los distintos delitos, las que se encuentran perfectamente sistematizadas y distinguidas de otras clases de leyes, así como organizadas en forma de códigos completos de la materia.

Consideramos como un avance en el Derecho Penal Estadounidense, el *Statutory Law*, pues al sistematizarse y definirse los delitos de una manera más o menos uniforme se pueden evitar muchas injusticias que en el pasado se daban, pues los jueces y los jurados que no se veían obligados a seguir una ley uniforme, tenían un mayor poder discrecional al momento de dictar la sentencia, y factores tan importantes como la raza, el lugar de origen, el sexo o la religión, en un país con las características de los Estados Unidos, conformado por grupos étnicos llegados de todas partes del mundo y en el cual cada uno de estos grupos quería lograr la supremacía sobre los demás, influían para beneficiar o perjudicar al indiciado.

## **1.2. El Código Penal Modelo.**

El *American Law Institute*, entidad creada en 1923 que reunió a numerosos juristas, abogados, jueces y profesores de derecho, presentó en 1962 el Código Penal Modelo (*Model Penal Code*). Aunque no supone ni era su objetivo la unificación de la legislación penal, su influencia ha sido innegable y ha dado lugar a la revisión de los códigos penales de la gran mayoría de los Estados.

Está organizado en cuatro partes: 1) Disposiciones generales; 2) Definición de delitos específicos; 3) Tratamiento y corrección y 4) Organización de la Corrección. Cada parte se encuentra dividida en artículos que a su vez se componen de distintas secciones. Los dieciséis artículos que componen la parte central, es decir, las definiciones de delitos específicos, están agrupados en cinco rubros temáticos: 1) delitos que implican peligro para las personas comprendiendo los homicidios, agresiones, privación de libertad y ofensas de carácter sexual; 2) delitos contra la propiedad, abarcando además de hurtos, robos y defraudaciones, daños e incendios, así como falsificaciones de documentos; 3) delitos contra la familia; 4) delitos contra la administración pública; y 5) delitos contra el orden público y la decencia. Se incluye una advertencia inicial acerca de la omisión de delitos contra la existencia y estabilidad del estado tales como traición, sedición o espionaje invocando dos razones para su exclusión: la índole federal de esa clase de delitos que los hace impropios en una legislación propuesta para regir en los estados locales y las implicaciones políticas que supone su misma definición. Otra advertencia incluida al final de la segunda parte se refiere a la posibilidad de incorporar por cada legislatura artículos adicionales sobre aspectos particulares, tales como los narcóticos, bebidas alcohólicas, juego, impuestos y tráfico comercial, debida a la proliferación de reglamentaciones existentes que atañen a esas materias y dificultan su sistematización.

## 2. LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

La principal y más conocida de las clasificaciones de delitos en los Estados Unidos es la de felonias (*felonies*) y delitos menores (*misdemeanors*) sin implicar, de ese modo, ninguna de las categorías conocidas en otras legislaciones y de uso más frecuente en nuestro medio como crímenes, delitos o contravenciones. Simplemente se trata de distinguos por la mayor o menor gravedad de las infracciones. El criterio distintivo de los delitos de más y menos gravedad (*felonies* y *misdemeanors*) es hoy en día, predominantemente, el de considerar en la categoría más grave todo delito punible con pena de muerte o prisión por más de un año.

La importancia de la distinción se debe, sobre todo, a razones de índole procesal. Por ejemplo, es frecuente que las leyes de procedimiento fijen distintas reglas para uno y otro caso. Se da así la situación de que la acusación por un delito mayor tiene que ser autorizada por un jurado especial de acusación, el llamado "gran jurado", mientras que para un delito menor basta con la requisitoria del fiscal o abogado del estado.

En esta clasificación de los delitos podríamos encontrar una similitud con la división en delitos graves y no graves que hace el Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal en su artículo 268, con el propósito también procesal, de no conceder la libertad provisional bajo caución a los probables responsables

de un delito grave, según lo establece el artículo 556 del Código Adjetivo de la materia.

### 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Ya hemos mencionado con anterioridad que, hoy en día, en los Estados Unidos, predominan los *statutory crimes*, es decir delitos creados y definidos en leyes específicamente sancionadas por las correspondientes legislaturas. La cuestión de si persiste la antigua máxima: *judge made law*, es decir, si los jueces conservan o no la potestad de crear o redefinir delitos, debe entenderse superada y respondida negativamente en el ordenamiento jurídico estadounidense.

A partir del siglo XIX, con la tendencia a la codificación del Derecho Penal, el principio de legalidad comenzó a tener un alcance más parecido al que se le asigna en el entorno continental europeo y en los países del llamado sistema del "Derecho Civil". Al mismo tiempo, fueron desapareciendo muchos delitos del derecho común consuetudinario. En algunos casos éstos se encuentran totalmente abolidos, por ejemplo, en el orden federal, en el que hace mucho está establecido que no hay delitos de esa fuente.

Sin embargo podemos inferir que si bien el principio de legalidad en los Estados Unidos, en materia de Derecho Penal tiene una amplia aplicación, no lo es igual en otras materias, como lo mencionan algunos autores:

"According to another famous maxim, statutes in "derogation of the common law" must also be strictly construed. This does not have a very precise meaning, but it expresses an interesting bias. The bias is this: courts should look suspiciously at changes in law that come from legislature instead of from the courts themselves. Historically, many courts have indeed taken a narrow, illiberal view of statute. They have looked on them as (in a sense) alien intruders, disturbing the beauty and symmetry of common law."<sup>24</sup>

(Según otra máxima famosa, las leyes que "deroguen el common law" también deben ser interpretadas estrictamente. Su significado no es muy preciso, pero refleja una tendencia interesante: la de que los tribunales contemplen cautelosamente los cambios que establezcan las leyes y no los que establezcan los mismos tribunales. Muchos tribunales en el pasado, tuvieron una visión más bien estrecha y poco generosa de las leyes. Las contemplaban (en cierto sentido) como a intrusas que descomponían la belleza y la simetría del *common law*).

Por el contrario en México, el principio de legalidad es según opinión del maestro Burgoa:

"La garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional es, sin duda alguna, la de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema....La eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México,

<sup>24</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 101.

desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso."<sup>25</sup>

Por lo tanto siguiendo al mencionado tratadista consideramos que el Derecho Mexicano otorga una mayor protección en este sentido al ciudadano común, que el Derecho Estadounidense.

### 3.1. La interpretación de la ley penal.

Existe un principio en el Derecho Penal Estadounidense de que la ley que define un delito:

"Should be "strictly construed". This means that when a law makes behavior criminal, courts should interpret the law quite narrowly. They should stick as close as they can to the literal meaning of the words. They should avoid any interpretation that would apply the law to conduct which is not clearly, unmistakably covered by the text of the law."<sup>26</sup>

(debe ser "interpretada restrictivamente". Lo que significa que cuando la ley convierte determinada conducta en ilícita, los jueces deben interpretarla restrictivamente. Deben ceñirse lo más posible al sentido literal de las palabras. Deben evitar cualquier interpretación que pueda conducir a aplicar la ley a conductas que no están previstas, de forma clara y sin error posible, en el texto de la ley). Este principio proviene del *common law*, y tiene su

<sup>25</sup> Ignacio Burgoa. *Las Garantías Individuales*. 24. ed., Ed. Porrúa, México, 1992. p. 601.

<sup>26</sup> Lawrence M. Friedman. Op. cit. p. 100.

respaldo constitucional en la Enmienda VI, la cual establece el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación y en la Enmienda V que establece el debido proceso legal (*due process*), cuando se trata de una ley federal, y en la Enmienda XIV, que hace extensivo el mismo resguardo a los Estados, cuando se trata de una ley estadual. Se denomina este principio *the void for vagueness doctrine*, expresión que podría traducirse como doctrina de la nulidad por la falta de precisión. Se la aplica no sólo a los delitos creados por ley, sino también a los que provienen del derecho consuetudinario, así como a los llamados delitos administrativos.<sup>27</sup>

Tres ideas subyacentes han sido destacadas como base de distintos aspectos por medio de los que se manifiesta esta doctrina:<sup>28</sup>

1) La necesidad de que la ley efectúe una clara advertencia previa (*fair warning*), lo que supone que su texto debe tener suficiente claridad para ser entendido por el ciudadano común (*average man*). Esta noción del "ciudadano común" se encuentra desde luego, matizada con algunos distingos. Se entiende por ejemplo, que basta con que de la misma ley surja la necesidad de asesoramiento legal para que sean válidos algunos conceptos complejos si, mediante ese asesoramiento puede determinarse razonablemente su sentido. Además, si se trata de una ley dirigida a una profesión o

---

<sup>27</sup> Edmundo Hendler. *El Derecho Penal en los Estados Unidos*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1992. p. 30.

<sup>28</sup> *Idem*,

actividad especial, basta que sea entendible por quienes se dedican a la profesion o actividad.

2) El propósito de impedir la aplicación arbitraria o discriminatoria. Se trata de los casos de exceso de discrecionalidad que pueden cuestionarse por la cláusula de igualdad de derechos (Enmienda XIV) o, más bien, porque la vaguedad permite disimular la eventual arbitrariedad. Se la entiende en dos sentidos: si confiere poderes excesivamente discrecionales a los funcionarios o a la policia, o si no puede ser apropiadamente explicada a un jurado.

3) La protección especifica de ciertos derechos considerados fundamentales. La interpretación sobre los limites de vaguedad admisibles es particularmente estricta si se trata de derechos resguardados en la primera enmienda de la Constitución estadounidense, o sea, la libertad de cultos, de palabra, de prensa, de reunión o de petición a las autoridades. La idea es que las libertades de que se trata requieren de cierta amplitud para su ejercicio y por eso los gobiernos sólo pueden legislar en esa área con estricta especificidad, pues se entiende que la incertidumbre, por si misma, crea entorpecimiento al ejercicio de esos derechos.

En nuestro país algunos tratadistas sostienen que a pesar de existir diferentes clases de interpretación, la más importante de ellas es la interpretación judicial, por ser la que en verdad, vivifica el Derecho.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Mariano Jiménez Huerta. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. 3a. ed. Ed. Porrúa. México, 1980.

Sostienen que el juzgador al momento de individualizar una norma está realizando una interpretación, por lo tanto debe tomar en cuenta los elementos instrumentales de la interpretación sin conceder primacia a uno u otro de ellos: a) el sintáctico -las palabras que expresan los conceptos-; b) el lógico -los conceptos que brotan del encadenamiento y relación de las palabras-; c) el histórico -los motivos a la sazón determinantes de la creación de la ley y que posteriormente fundamentan también la razón de la misma-; y d) el sistemático -la concatenación del texto de ley que se interpreta con los demás preceptos que integran la plenitud del ordenamiento vigente.

Debe tomar en cuenta también los elementos descriptivos de las figuras típicas y entenderlos en el sentido sintáctico y lógico que tienen en la vida de relación, sin alterar su alcance natural pues con esto podría caerse en la interpretación analógica, expresamente prohibida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional. Asimismo los elementos típicos subjetivos pueden ser sujetos de error si se amplían, a través de interpretaciones extensivas, las intenciones, tendencias o finalidades que el tipo delictivo contiene a otras semejantes o análogas.

Otra importante tarea que el juzgador tiene al momento de aplicar el derecho es individualizar y desentrañar la propia esencia y contenido del bien jurídico tutelado por la norma en cuestión y finalmente considerar que:

"La interpretación ha sido y es aquí fecunda y creadora. Pero jamás puede serlo la que amplía una figura típica o su agravación, ni tampoco aquella que trata de desconocer lo preceptuado en una disposición de ley clara e inequívoca, pues esto tanto supondría como su derogación efectiva por la vía de la interpretación."<sup>30</sup>

### 3.2. El principio de irretroactividad de la ley penal.

Existe en esta materia una clara prohibición constitucional. El artículo 1, secciones 9 y 10, prohíbe al estado federal y a los estados individuales dictar leyes *ex post facto*. La interpretación es amplia y comprende: 1) el castigo de hechos ocurridos antes de la sanción de la ley; 2) la agravación de un delito imponiéndole una pena mayor que la que éste tenía al tiempo de ser cometido; 3) la agravación de la pena del delito. También comprende aspectos procesales, por ejemplo, la ley que modifica las reglas de prueba admitiendo menores requisitos para tener por demostrado el delito.

Lo que no existe es el principio de retroactividad de la ley más benigna. Si se admite que una ley más benigna tenga efectos retroactivos, pero no como principio, sino como simple posibilidad discrecional del legislador. La derogación posterior de una ley inhíbe la persecución y el castigo de hechos que estén pendientes

---

<sup>30</sup> *Idem.*

de sentencia final, pero no afecta a aquellos que ya hayan alcanzado esa instancia.

En este aspecto consideramos que se da una clara superioridad del Derecho Mexicano sobre el Derecho Estadounidense, pues si ambos derechos son coincidentes en la clara prohibición a la retroactividad de la ley penal en perjuicio de persona alguna, en el Derecho Mexicano si se permite la aplicación de la retroactividad de la ley penal más benigna, lo cual demuestra un mayor interés y respeto por los derechos humanos, no únicamente de los procesados sino también de los sentenciados ejecutoriados y establece además, la obligatoriedad de su aplicación y no permite la discrecionalidad en ella. Pavón Vasconcelos explica claramente esta excepción:

"Ello se infiere de la interpretación a contrario sensu del precitado artículo 14, párrafo primero que declara: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", excepción reconocida en forma unánime por la doctrina y el Derecho Positivo. El Código Penal vigente la recoge en su artículo 56 al declarar que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad, entrase en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado, esto es, se podrá aplicar retroactivamente la nueva ley, lo mismo se trate de procesados que de sentenciados, adquiriendo carácter obligatorio su retroactividad, cuando resulte ser más benigna."<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Francisco Pavón Vasconcelos. *Derecho Penal Mexicano*. 10 ed. Ed. Porrúa. México, 1991. p.130-131.

#### 4. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

Prácticamente todos los Estados tienen legislación estableciendo limitaciones temporales a la potestad punitiva conocida como *statute of limitations*. Su duración depende, generalmente, de la gravedad del delito, según distinción de *Felonies* y *Misdemeanors*, y suele oscilar entre tres y seis años para los primeros y entre uno y tres años para los segundos. Pero también es frecuente que ciertos delitos de máxima gravedad queden al margen de toda limitación. Normalmente ocurre con los más graves homicidios y los hechos calificados de traición. No obstante lo anterior Hendler indica que en el orden federal, está establecida la imprescriptibilidad de la acción por delitos castigados con pena capital.<sup>32</sup>

#### 5. LA TEORIA DEL DELITO.

Tomando como base la obra *El Derecho Penal en los Estados Unidos de América* de Edmundo S. Hendler<sup>33</sup>, podemos afirmar que la ausencia de una elaboración teórica de la parte general del Derecho Penal es una característica invariablemente señalada por los autores que han puesto en comparación al sistema jurídico de los Estados Unidos, con el europeo continental. Sin embargo, el mismo

---

<sup>32</sup> Edmundo S. Hendler. Op. cit. p. 35.

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 39.

autor señala que sería erróneo entender que los textos legales o los principios extraídos de la serie de precedentes del *common law*, así como los textos empleados en la enseñanza de la materia, ignoran los problemas que corresponden a una parte general. Lo que está fuera de discusión, continúa el autor "es que la formulación de una "teoría del delito" con el alcance que se le da entre nosotros es o por lo menos lo fue hasta hace relativamente poco tiempo, ajena a las preocupaciones de los juristas anglosajones" <sup>34</sup>

### **5.1. Las defensas o exenciones.**

El término *defenses* puede traducirse al castellano como defensas, sin embargo tiene un significado más amplio que el puramente procesal, pues en rigor se refiere a toda clase de exenciones o a cualquier causa que obste a una condena criminal, sea por razones procesales o de fondo.

Hendler en su obra ya citada afirma que existen defensas que suponen la no concurrencia de algún elemento constitutivo del delito mismo y las que suponen alguna circunstancia que se añade y que impide la incriminación, no obstante hallarse reunidos todos los elementos definitorios del delito. Esta distinción tiene su mayor importancia en el terreno procesal y tiene que ver con la carga de la prueba, para ilustrar esta afirmación nos referiremos al Código Penal Modelo (Sección 1.12), el cual establece en primer

---

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 40.

lugar que incumbe a la acusación la prueba de cada elemento del delito; en segundo lugar, se hace la excepción de que no se necesita probar la no concurrencia de alguna "affirmative defense" (defensa afirmativa) o sea, que le incumbe probar a quien afirma, en tanto no haya alguna prueba que respalde dicha defensa; por último, se consigna que una defensa se considera afirmativa si implica una cuestión de excusa o justificación que se encuentre particularmente dentro del conocimiento del acusado a quien corresponde, imparcialmente (*fairly*), requerir el aporte de pruebas que la sustenten.

Hendler cita en su obra a la clasificación de las *defenses*, es decir, de las distintas categorías de causales de exclusión de la punibilidad, propuesta por Paul H. Robinson, en su libro *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*<sup>35</sup>. La clasificación está dividida en cinco grupos: 1) *Failure of Proof*; 2) *Offense Modification*; 3) *Justifications*; 4) *Excuses*; 5) *Nonexculpatory Public Policy Defenses*.

Las dos primeras categorías que pueden traducirse como carencia de demostración (*failure of proof*) y modificación del carácter lesivo del hecho (*offense modification*), tienen gran similitud con lo que llamaríamos casos de atipicidad, en el primer caso, y de ausencia de antijuridicidad por el otro. En el primer caso hay una expresa advertencia del autor: no es el sentido procesal de la

---

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 43.

falta de prueba lo que interesa, sino la ausencia de alguno de los elementos del tipo.

En la segunda categoría, las modificaciones del carácter lesivo del hecho (*offense modification*), el criterio de inclusión está explicitado como el de aquellas situaciones en que no obstante haberse reunido en la conducta del autor todos los elementos que definen el delito, no se ha ocasionado el daño que la ley quiso impedir. Un ejemplo que propone es el de quien sorpresivamente palmea en la espalda a alguien a quien quiere saludar provocándole un ahogo suficiente para constituir el delito de agresión (*assault*).

La tercera y cuarta categorías corresponden a las justificaciones y las excusas, las cuales tienen una gran similitud con nuestras causas de justificación y de inculpabilidad, aunque no corresponden exactamente. Los casos de estado de necesidad, legítima defensa y ejercicio de autoridad son ejemplos de las primeras. Los de errores de prohibición inevitables, insuficiencia de facultades, obediencia jerárquica, inconsciencia y coacción, de las segundas. En el Código Penal Modelo están contemplados bajo tres distintos rubros temáticos. El error en general, el estado de inconsciencia por intoxicación (*intoxication*), la coacción, la obediencia jerárquica militar, el consentimiento y la inducción por la autoridad (*entrapment*), corresponden al artículo 2 de la parte general referido a los principios generales de responsabilidad (*General Principles of Liability*). El estado de necesidad (*choice*

of evils), el cumplimiento de un deber y la legítima defensa, forman parte del artículo 3 de la parte general dedicado a los principios generales de justificación. La enfermedad mental y la minoría de edad constituyen el artículo 4 que lleva por título responsabilidad (*Responsability*).

Finalmente la categoría restante es la que se designa como lo que podría traducirse por "política pública de exenciones no exculpatorias" (*nonexculpatory public policy defenses*) que aún en su misma designación, está indicando que es la categoría homóloga de nuestras excusas absolutorias.

## 5.2. La Tipicidad Objetiva.

Edmundo Hendler<sup>36</sup> comenta que en los Estados Unidos se emplea el término latino *actus reus* para indicar lo que los autores llaman los elementos externos del delito, pues en la terminología penal estadounidense no existe el concepto de tipo o tipicidad. Lo que si es común encontrar en los tratados de Derecho Penal Estadounidense es la referencia a la existencia de una acción como elemento fundamental del delito lo mismo que a los casos en que ésta debe entenderse excluida. Ambos puntos están contemplados en el Código Penal Modelo en el que se define la expresión acto o acción como movimiento corporal, voluntario o involuntario (Sección 1.13), limitándose luego la responsabilidad a la existencia de un

---

<sup>36</sup> Ibid. p. 53

acto voluntario y excluyendo de esta categoría a los siguientes: a) convulsiones o reflejos; b) movimientos en estado de inconsciencia o sueño; c) el comportamiento en estado de hipnosis o proveniente de sugestión hipnótica; d) el movimiento corporal que no es producto de la voluntad o determinación (Sección 2.01). Así siguiendo la estructura de nuestra dogmática podemos observar que se involucra en la responsabilidad lo que realmente es una hipótesis de ausencia de conducta.

El Código Penal Modelo estadounidense define a la conducta como: "acto a acción como movimiento corporal, voluntario o involuntario". (Sección 1.13).

Es nuestro parecer que la palabra "acción" no define a la palabra "conducta", puesto que esta última necesariamente debe tener una finalidad mientras que una acción puede llevarse a cabo sin ninguna finalidad, por ejemplo: cuando un automóvil es dejado sin freno en una pendiente y la fuerza de gravedad actúa sobre él está realizando una "acción", sin embargo, este movimiento no tiene ninguna finalidad y por lo tanto no podría considerarse conducta. En otras palabras consideramos que únicamente los seres humanos, que son los relevantes para el Derecho Penal, son capaces de realizar "conductas", mientras que otros entes que los rodean solamente pueden realizar "acciones".

Otra diferencia que destaca en el Código Penal Modelo es el eventual castigo de hechos que no constituyen verdaderos actos de conducta, como puede ser el hecho de la simple posesión que se

define como: la posesion es un acto si el poseedor procuró o recibió conscientemente la cosa poseida o si fue consciente de su control sobre ella por un periodo de tiempo suficiente para haber podido hacer cesar su posesión. Es importante comparar la posición del Código Penal Modelo estadounidense con el Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual en su artículo 195 establece:

"Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quién, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quién los tiene en su poder".

Observando el artículo anterior podemos concluir que en el Derecho Mexicano, a diferencia del Estadounidense, la posesión en si no es punible, sino que se requiere que la posesión tenga como

finalidad el realizar una conducta típica, para que surja la punibilidad.

### **5.3. La Tipicidad Subjetiva.**

La presunción del dolo. En el Derecho Penal Estadounidense existe la regla en que se considera intencional el resultado que es la consecuencia natural y probable de un acto. La jurisprudencia, sin embargo, ha limitado mucho su alcance y actualmente prevalece la idea de que las consecuencias probables y naturales de un acto constituyen una regla de inferencia válida, una presunción admisible, pero no legal. Sostiene que el dolo es una cuestión de hecho; como tal debe ser objeto de prueba y sometida al jurado, consecuentemente, corresponde a la acusación su demostración.

Clases de Culpabilidad. El Código Penal Modelo en su artículo 1 define cuatro clases distintas de culpabilidad: la primera se designa como *Purposely* (intencionalmente), la segunda es *Knowingly* (voluntariamente); la tercera es *Recklessly* (imprudentemente); la cuarta y última es *Negligently* (negligentemente). En nuestra dogmática la primera y la segunda conformarían al dolo y la tercera y la cuarta a la culpa.

#### 5.4. La inimputabilidad por enfermedad mental.

La teoría que estudia esta causa excluyente de culpabilidad está basada casi exclusivamente en el precedente M'Naghten<sup>37</sup>, del cual daremos una breve relación. En 1843 Daniel Mc Naghten convencido de que el primer ministro de Gran Bretaña, Sir Robert Peel encabezaba una confabulación contra él, le disparó a matar pero por error lo hizo contra su secretario privado Edward Drummond, que resultó muerto. Mc Naghten fue juzgado y absuelto por razón de insania.

Substancialmente la doctrina M'Naghten establece que para dictar un veredicto de inocencia por razón de enfermedad mental, debe quedar demostrado que el autor del hecho al tiempo de cometerlo sufría defectos de raciocinio provenientes de enfermedad mental que no le permitieron conocer la naturaleza y características de su acción, o, si las conoció no consideró que lo que hacía era ilícito.

La regla así expresada continúa siendo la única comprobación de insania utilizada en muchos de los Estados, mientras que en otros se utiliza junto con complementaciones. Inclusive la fórmula de la legislación federal está así concebida:

"Constituye excepción positiva frente a una acusación por cualquier ley federal que, en el momento de la comisión de los hechos configurativos del delito, el acusado, como resultado de una grave enfermedad o defecto mental, estaba incapacitado para

---

<sup>37</sup> Edmundo Hendler. Op. cit. p. 74.

apreciar la naturaleza y cualidad o la ilicitud de sus actos."<sup>35</sup>

También el Código Penal Modelo propone una regla muy parecida a la anterior:

"1) Una persona no es responsable si, en el momento del hecho, como consecuencia de enfermedad o defecto mental, carecía de sustancial capacidad, ya sea para apreciar la criminalidad de su conducta o para conformar su conducta a los requerimientos de ley. 2) Con la expresión "enfermedad o defecto mental" no se incluyen anomalías manifestadas únicamente por la repetición de comportamientos delictivos o antisociales."<sup>36</sup>

Considero que, actualmente, se ha abusado de esta causa de inimputabilidad. En el recientemente famoso caso en el que una esposa cortó el pene de su esposo, el jurado compuesto por cinco hombre y siete mujeres "*acquitted her by reason of temporary insanity for what U.S. law describes as the malicious wounding of her husband*" (la absolvió aduciendo locura temporal de los cargos de lesiones dolosas en agravio de su esposo) el comentario que respecto a esta decisión apareció en la revista TIME fue "*A finding of temporary insanity is often an American jury's way to let off a guilty defendant who has won its sympathy.*"<sup>37</sup> (Declarar locura temporal es con frecuencia, la manera como un jurado americano evita que el indiciado, que se ha ganado su simpatía, sea castigado). Opinamos que esta decisión no es aceptable

---

<sup>38</sup> Ibid. p. 75.

<sup>39</sup> Ibid. p. 77

<sup>40</sup> Revista *TIME INTERNATIONAL*. Vol. 143. No. 5 January 31, 1994. p. 33

juridicamente puesto que las causas para decretar la inocencia del indiciado son emocionales y no legales, esto es una clara muestra de las influencias sociales que inciden sobre el Derecho Estadounidense y que se reflejan en los fallos de los jurados.

### **5.5. Inconsciencia y ebriedad.**

La expresion con que generalmente se alude en la terminologia penal estadounidense a la inconsciencia es, *Automatism*, aunque tambien se utiliza la palabra *unconsciousness*. Esta claro que se trata de situaciones distintas de las de enfermedad mental y no regidas por las reglas que incumben a esta ultima. El Código Penal Modelo consigna que no son actos voluntarios los movimientos corporales durante la inconsciencia o el sueño o la conducta durante la hipnosis o resultante de sugestión hipnótica. Respecto a este punto tambien ha tenido gran influencia en los diferentes Estados, la norma contenida en el Código Penal de California que establece la incapacidad para cometer delitos por parte de quienes hubieran actuado sin estar conscientes de su acción.

Consideramos que esta situación y la anterior (*temporary insanity*) dejan una gran libertad de decisión a los jurados y a los jueces para favorecer a los indiciados, en tanto que es sumamente dificil comprobar si una persona al cometer un delito no estaba consciente de realizarlo.

En la doctrina y en la legislación Penal mexicanas, no se considera la inconsciencia o la embriaguez como causas excluyentes del delito, cuando el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente.

La doctrina denomina a los casos de delitos cometidos en estado de embriaguez "acciones libres en su causa" ya que el agente al comenzar a beber crea libremente, mediante un acto doloso o culposo, su estado de inimputabilidad que, a su vez, representa la causa de su obrar u omitir delictivo. La *actio libera in causa* da por inexistente la imputabilidad del agente durante la ejecución del delito pero la traslada al tiempo en que el sujeto se procura, dolosa o culposamente, el estado de inimputabilidad, en el cual tiene plena capacidad de entender y de querer.<sup>41</sup>

El artículo 15 del Código Penal vigente excluye el delito cuando el inculpado, al cometer la infracción, padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión pero elimina del beneficio de la excluyente a quienes dolosa o culposamente, han provocado su inimputabilidad, al expresar en su parte final: "a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."

---

<sup>41</sup> Francisco Pavón Vasconcelos. Op. cit. p. 385.

## 5.6. La Inimputabilidad por minoría de edad.

La clásica regla del *common law* es que son absolutamente inimputables los menores de siete años, en tanto que los que estén entre los siete y los catorce años se presumen incapaces de criminalidad, pero como presunción *juris tantum*. A partir de esa edad la imputabilidad es plena.

En el Código Penal Modelo se establece la inimputabilidad de los menores de dieciséis años a quienes se somete a la jurisdicción de los tribunales de menores. Para los que tienen dieciséis o diecisiete años, también está establecida la incapacidad, con la salvedad de que el Tribunal de Menores puede declinar su jurisdicción permitiendo que se les juzgue y castigue. En el orden federal, las reformas de 1984 redujeron de dieciséis a quince la edad mínima de inimputabilidad.

En nuestro parecer la facultad que tiene el Tribunal de Menores de los Estados Unidos de América para declinar la jurisdicción en el caso de personas de dieciséis o diecisiete años permitiendo que se les juzgue y castigue, debería de existir en nuestro sistema judicial ya que con esto se castigaría a muchos "menores" que causan tanto daño a la sociedad como cualquier "mayor" y que actualmente debido a su minoría de edad quedan impunes del castigo que merecen.

## 6. EL ERROR Y LA INEXIGIBILIDAD.

En el derecho estadounidense existe la clásica distinción de error de hecho y error de derecho y la explicación con la que suele procurarse la solución de los casos en conflicto es la siguiente: ignorancia y error, más que excepciones a la punibilidad, suponen la no concurrencia del elemento subjetivo (*mental state*) requerido por determinado delito. Sin embargo el Código Penal Modelo en la sección 2.04 indica que ignorancia o error se refiere, indistintamente, a errores de hecho o de derecho.<sup>42</sup>

En el Derecho Mexicano el error de hecho y el error de derecho se encuentran claramente diferenciados, sin embargo se menciona que actualmente se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición<sup>43</sup>. El error de hecho o error de tipo se establece en el inciso A) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, al precisar que el delito se excluye cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal. "Cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal sino sobre la licitud de la realización de tal hecho, como sería el caso del inciso B) del mencionado artículo, se habla de la existencia de un error de prohibición (error de permisión), que

---

<sup>42</sup> Edmundo Hender. Op. cit. p. 83.

<sup>43</sup> Francisco Pavón Vasconcelos. Op. cit. p. 435.

dentro de la clásica distinción entre error de hecho y error de derecho, caería en el ámbito del primero".<sup>44</sup>

El error de derecho se recoge en el artículo 59-bis del Código Penal, sin embargo este error no se considera como una causa excluyente de responsabilidad penal sino como un caso especial en el que, condicionado su funcionamiento al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto, la ley otorga facultad al juzgador para poder imponer una pena atenuada e inclusive tratamiento en libertad.

Los casos de inexigibilidad. Edmundo Hendler<sup>45</sup> afirma que estos casos no cuentan con mayor desarrollo en la literatura ni son muchos los textos legales o los precedentes jurisprudenciales que estudien estas situaciones que nuestra doctrina denomina inexigibilidad de otra conducta, menciona además, que el Código Penal Modelo delimita la indole de la amenaza a la imposición de fuerza sobre la propia persona o sobre un tercero y prescinde del requisito de la mayor gravedad del daño evitado fijando, en cambio, una pauta objetiva de determinación: la amenaza debe ser de tal naturaleza como para que una persona de firmeza razonable no hubiese podido resistirla en la situación dada y comenta que la mayor parte de las recodificaciones recientes han seguido esta línea.

---

<sup>44</sup> Ibid. p. 439.

<sup>45</sup> Edmundo Hendler. Op. cit. p. 85.

## 7. LA TENTATIVA.

Existe una regla en el *common law* que dice que un intento de causar daño no es delito, quizá debido a esto, la tentativa es un tema que ha sido poco estudiado en el derecho estadounidense<sup>46</sup>. Se menciona también que probablemente esta institución no se ha desarrollado, porque existen otros modos de castigar los intentos infructuosos, por ejemplo: el caso del delito de asalto (*assault*) que puede definirse como el acometido agresivo que no requiere lesiones ni daño o el de introducirse en domicilio ajeno (*burglary*), que requiere el propósito de cometer algún delito pero no la consumación.

## 8. PARTICIPACION.

### 8.1. Autores y Cómplices.

Existen tres categorías para determinar el grado de participación: a) participes principales en primer grado (*principals in the first degree*) que sería equivalente a la autoría incluyendo a los autores mediatos y a los coautores, y además es requisito que estén presentes en el hecho; b) participes principales en segundo grado (*principals in the second degree*) que

---

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 97.

correspondería a los cómplices de toda clase que estén presentes en el hecho; y c) cómplices (*accessories before the fact*) que por exclusión, son todos los demás participes que no estén presentes en el hecho. Existe también la categoría de *accessories after the fact* que correspondería a los encubridores. Sin embargo, el Código Penal Modelo se limita a establecer una regla de extensión de responsabilidad para quienes sean cómplices de cualquier clase, es decir, castigan indistintamente a autores y cómplices.

En este punto se muestra claramente el pragmatismo del sistema penal estadounidense donde a pesar de existir en la teoría diferentes clases de autores y cómplices, en la praxis no se complican la existencia y se les castiga indistintamente.

En este punto existe una clara diferencia con la Ley Penal mexicana pues el Código Punitivo en su artículo 13 distingue específicamente los grados de participación de los responsables de los delitos, los cuales el juzgador debe tomar en cuenta al momento de individualizar la pena. Opinamos que este sistema es preferible al estadounidense pues si la participación en la consumación del delito no fue la misma no tiene por qué serlo la pena. A este respecto se ha escrito:

"La ley mexicana construye la responsabilidad, en el concurso de sujetos, partiendo de la idea de que el delito es el producto de la plural actividad, de la asociación de varias personas, en la cual cada una de ellas aporta una determinada contribución para producir el resultado. De ahí se infiere que el hecho realizado (delito), es singular en cuanto

denominador común de las actividades asociadas que lo produjeron y el particular actuar de los participantes en él habrá de tener relevancia respecto a la individualización de la pena."<sup>47</sup>

## 9. LAS PENAS.

### 9.1. La pena de muerte.

A pesar de la prohibición de infligir "penas crueles y desusadas" contenida en la Enmienda Octava de la Constitución Federal, la pena de muerte no ha podido ser abolida en los Estados Unidos. Se ha continuado con esta práctica en algunos Estados de la Unión Americana y los grupos a favor de los derechos humanos no han logrado que esas legislaciones sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo del país. En 1972 la Corte Suprema la declaró inconstitucional apoyándose precisamente en la Enmienda Octava de la Constitución, sin embargo, en julio de 1976, la Corte Suprema volvió a su posición de 1972 permitiendo nuevamente la pena de muerte. El criterio fijado parece apuntar, como factor determinante de la admisibilidad constitucional de dichas leyes, la necesidad de que el tribunal o el jurado puedan hacer mérito de los factores de atenuación que pudieran concurrir en el caso concreto. Incluso se ha llegado a establecer que no satisface ese requisito la ley que limita a los jurados a aquellas circunstancias de atenuación establecidas en la misma ley, vedando

---

<sup>47</sup> Francisco Pavón Vasconcelos. Op. cit. p. 500.

implícitamente la consideración de otros factores genéricos de atenuación como pudieran ser la edad o los trastornos de conducta por influencia del alcohol o drogas o por reacciones emocionales. Incluso la Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado constitucionales a las leyes que imponen esta pena siempre y cuando contemplen dos factores como decisivos en la apreciación del hecho castigado: el grado importante de participación tratándose además de un delito grave (*felony*) y la demostración de una actitud, por parte del delincuente, de completa indiferencia hacia la vida humana.

Consideramos que la pena de muerte, en nuestro país no podría considerarse una pena, pues no cumple con el mandato Constitucional de que el sistema penal debe organizarse sobre "la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente" (art. 18), mandato que sigue la Ley que Establece las Normas Minimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados en su artículo segundo.

Siguiendo la misma idea opinamos que la pena de muerte en los Estados Unidos tampoco puede considerarse una pena pues está en franca oposición a la disposición constitucional establecida en la Enmienda VIII que dispone: "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas desproporcionadas ni se infligirán penas crueles y desusadas".

## 9.2. Penas privativas de libertad.

Es característico del sistema de enjuiciamiento que rige en muchos de los Estados americanos la división del proceso penal en una fase de determinación de la culpabilidad y otra de fijación de la sentencia. El primero concluye con el veredicto del jurado y el segundo se desenvuelve ya sin jurado, sobre la base de un informe preparado, usualmente, por un funcionario de *probation*, es decir, una especie de inspector o supervisor de cumplimiento de condenas condicionales. Según las leyes de los distintos Estados este informe puede ser requerido optativamente por el juez o bien puede resultar legalmente obligatorio. La legislación federal adopta el criterio de ordenar la confección del informe autorizando por excepción a prescindir de él, por decisión del tribunal, sobre la base de la existencia de suficiente información ya acumulada en el expediente respectivo.

Se considera que esta clase de informes son fundamentales para la decisión sobre la extensión de la pena, la condicionalidad de su cumplimiento, el tipo de establecimiento al que puede ser destinado un condenado, el grado de supervisión necesaria del eventual cumplimiento condicional, las condiciones a ser impuestas, etc. Su preparación se efectúa sobre la base de las investigaciones que debe efectuar el funcionario encargado, las que normalmente incluyen: entrevistas con el indiciado, con funcionarios de la

fiscalía y la policía, familiares, vecinos, empleadores, educadores y cuanta institución pueda aportar datos útiles.

El procedimiento de dictado de la sentencia supone también la celebración de una audiencia posterior, obviamente a aquella en que tuvo lugar el juicio y se pronunció el veredicto, en la que el acusado mantiene el derecho de ser asistido por su abogado. También tiene la oportunidad de manifestarse personalmente sobre el tema, lo que se considera un derecho basado en la tradicional interrogación del juez al condenado sobre si desea agregar algo antes de ser sentenciado.

### **9.3. Las sentencias indeterminadas.**

Quizá lo más característico del sistema de imposición de penas privativas de libertad en los Estados Unidos sea el amplio margen de aplicación de la modalidad conocida como sentencia indeterminada en la variante de la indeterminación relativa. Es decir, las sentencias condenatorias se limitan a establecer lapsos mínimos y máximos de duración del encierro dependiendo éstos en definitiva, de la rehabilitación o la corrección del condenado. El otorgamiento de la libertad condicional o *parole* operan como parte del mecanismo.

En los últimos años esta práctica ha sido duramente criticada, pues se aduce que opera de una manera hipócrita al permitir que una condena aparentemente severa, como podría ser la que estableciese

una pena de entre dos y diez años de prisión, resulte en la práctica y de hecho en forma casi invariable, en una pena de veinticuatro meses. Asimismo se le cuestiona la enorme disparidad de los castigos que se aplican a hechos semejantes por la diversidad de criterios de distintos jueces.

Personalmente opinamos que esto no es una práctica hipócrita, puesto que los sentenciados ejecutoriados que se hayan readaptado socialmente tienen derecho a obtener un beneficio que les permita integrarse nuevamente a la sociedad. Ahora bien, el hecho de que exista disparidad en los castigos debido a los criterios de los distintos jueces es un problema que continuamente se presenta en el derecho norteamericano y con lo cual no estamos de acuerdo. Pensamos que esa disparidad podría evitarse si se estableciera un sistema como el existente en el Derecho Mexicano el cual otorga, a los sentenciados ejecutoriados que se hayan readaptado socialmente, beneficios para poder disminuir la pena de prisión a la que originalmente fueron sentenciados, tales como la libertad preparatoria o la remisión parcial de la pena que se asienta en la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, en su artículo 16, el cual precisa: "Por cada dos días de trabajo, se hará remisión de uno de prisión". Además, con el mismo fin existen otros beneficios como la preliberación, que actualmente está otorgando la Secretaría de Gobernación a través de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

#### 9.4. La condena condicional (*Probation*)

Una de las especies más importantes de lo que en Penología se conoce como tratamiento en libertad es junto con la condena condicional, el sistema anglosajón de *probation*, cuyos orígenes tienen que ver con la ya mencionada división del proceso en dos etapas<sup>48</sup>. La fijación de la sentencia en oportunidad posterior al veredicto de culpabilidad fue lo que originariamente permitió la suspensión, por los jueces, de la imposición efectiva del encarcelamiento supeditado a la buena conducta del condenado.

El sistema rige en todos los Estados y en el régimen federal de los Estados Unidos. De acuerdo a su definición de fuente jurisprudencial, es un medio de evitar el confinamiento y dar oportunidad a delincuentes de menor gravedad de rehabilitarse bajo la tutela de un funcionario especial sujeto a la autoridad del tribunal sentenciante y a las condiciones que este último haya impuesto, así como a la posibilidad de nueva sentencia de efectivo encarcelamiento en caso de transgresión.

En general, la aplicación del sistema es muy amplia y casi enteramente discrecional de los jueces. Las limitaciones legales suelen referirse sólo a ciertos delitos de máxima gravedad aunque se señala la tendencia a fijar al menos ciertas pautas como por ejemplo la necesidad del encierro para protección del público, la conveniencia o inconveniencia del tratamiento institucional para

---

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 118.

fines de rehabilitación o, lo que es bastante significativo: la eventual desvirtuación de la gravedad del delito que podría implicar la suspensión del encierro.

#### **9.5. Otras clases de penas.**

Aparte de las multas, casi invariablemente previstas en las leyes como de imposición alternativa o conjunta con la prisión, suelen imponerse otros castigos tales como: el pago de ciertas cantidades como indemnización a las víctimas del delito o la prestación de servicios gratuitos a la comunidad o las detenciones domiciliarias.

Como dato relevante es de mencionarse que en el estado de Louisiana se impone como pena para el delito de violación agravada la cadena perpetua que se compurga realizando trabajos forzados, pena que tiene su fundamento constitucional en la Enmienda XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos de América, la cual establece:

"Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción existirán la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo de un delito por el cual el culpable haya sido debidamente condenado."

### CAPITULO III

## COMPARACION ENTRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE VIOLACION EN EL DISTRITO FEDERAL Y EN ALGUNOS DE LOS ESTADOS DE LA UNION AMERICANA

"Fácil es sentir la libertad pero difícil es definirla... La libertad individual es la facultad del hombre de libremente querer y manifestar su propia voluntad para la satisfacción de sus necesidades. Y esta libertad individual, en cuanto es jurídicamente tutelada, se transforma de libertad de hecho, en libertad jurídica e integra un general derecho de libertad. Una de las especies que conforman este derecho es la libertad sexual y el delito más grave contra la libertad sexual es el de violación."<sup>49</sup>

Para realizar este estudio nos ha servido como apoyo principal el Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación del maestro Celestino Porte Petit Candaudap<sup>50</sup>; primordialmente en cuanto a la sistematización hecha por el autor, pero sin dejar de considerar otras obras dentro de nuestra doctrina.

<sup>49</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 115, 118, 249.

<sup>50</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. *Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación*. 5a. ed. Ed. Porrúa. México. 1993.

## 1.- CONCEPTO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION MEXICANAS.

Porte Petit afirma que "Por violacion propia debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva."<sup>51</sup>

Jiménez Huerta afirma que: "El quid diferenciador más genuino...del delito de violación consiste en que la cópula se alcanza por la violencia o por el aprovechamiento de determinadas situaciones o circunstancias en que se halla el sujeto pasivo."<sup>52</sup>

González de la Vega sostiene que:

"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 intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, *metus*)."<sup>53</sup>

Existe también jurisprudencia al respecto:

VIOLACION, VIOLENCIA MORAL. El delito de violación se configura no sólo imponiendo la copula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral, la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto

<sup>51</sup> Ibid. p. 12.

<sup>52</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 249.

<sup>53</sup> Tomado de Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p.250-251

sexual ante las graves amenazas de que es objeto. Quinta Epoca: Tomo CXXXVI, pág. 305. A.D. 4500/55. Tomo CXXX, pág. 222. A.D. 5357/55. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XIX, pág. 226. A.D. 3907/53. Vol. XXXVII, pág. 186. A.D. 3287/60. Vol. XLIII, pág. 95. A.D. 5973/60.

Por su parte, la definición legal establece:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre

del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

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

## 2.- CONCEPTO EN LA LEGISLACION NORTEAMERICANA.

La terminología que usan los diferentes Códigos estadounidenses es muy variada. La palabra más comúnmente usada para dar la definición legal de este delito es *Rape* (Violación). Así tenemos que el Código Penal del estado de Alabama establece: *A male commits the crime of rape in the first degree if: (1) he engaged in sexual intercourse with a female by forcible compulsion; or (2) he engages in sexual intercourse with a female who is incapable of consent by reason of being physically helpless or mentally incapacitated.*<sup>54</sup> (Un hombre comete el delito de violación en primer grado si: (1) tiene cópula con una mujer por medio de la violencia; o (2) tiene cópula con una mujer sin su consentimiento por estar física o mentalmente incapacitada para darlo).

<sup>54</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. *Jurors and Rape*. Lexington Books, Massachusetts. 1980. p. 209.

Otros Códigos, por ejemplo el de Alaska, usan la expresión *Sexual Assault* (Asalto Sexual), para dar su definición: *A person commits the crime of sexual assault in the first degree if, (1) being of any age, he engages in sexual penetration with another person without consent of that person; (2) being any age, he attempts to engage in sexual penetration with another person without consent of that person and causes serious physical injury to that person.*<sup>55</sup> (Una persona comete el delito de asalto sexual en primer grado si, (1) al tener cualquier edad, se une por medio de la penetración sexual con otra persona sin el consentimiento de esta última; (2) al tener cualquier edad, intenta unirse por medio de la penetración sexual con otra persona sin el consentimiento de esta última y le causa daños físicos severos a esa persona).

En el estado de Florida, para definir este delito, se usa la expresión *Sexual Battery* (Agresión Sexual) y se define como: *A person who commits sexual battery upon a person over 11 without that person's consent and in the process thereof uses or threatens to use a deadly weapon or uses actual physical force likely to cause serious personal injury...*<sup>56</sup> (Una persona que comete agresión sexual en contra de una persona mayor de 11 años de edad sin el consentimiento de esta última y en el proceso usa o amenaza con usar un arma mortal o usa fuerza física capaz de causar un daño físico severo...). Más adelante dan la definición de Agresión

---

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 213.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 248.

Sexual: Sexual battery means oral, anal, or vaginal penetration by or union with the sexual organ of another or the anal or vaginal penetration of another by any other object. (Se entiende por agresión sexual la penetración o unión oral, anal o vaginal de una persona con los órganos genitales de otra o la introducción anal o vaginal de cualquier objeto).

Analizando estos diferentes conceptos encontramos que básicamente corresponden con la definición legal que se establece en nuestro Código Punitivo. Sin embargo, es importante señalar las siguientes diferencias: en el Código del Estado de Alaska, en la hipótesis (2) se equipara a la tentativa con el delito acabado al establecer: "Una persona comete el delito de asalto sexual en primer grado si, (2) al tener cualquier edad, **intenta** unirse por medio de la penetración sexual con otra persona sin el consentimiento de esta última y le causa daños físicos severos a esa persona), en cambio en el Código Penal vigente para el Distrito Federal se asienta: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula....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...". Otra diferencia se presenta en el Código de Florida donde es suficiente la **unión** de los órganos genitales de una persona con otra para que se tipifique este delito. En este sentido Jiménez Huerta ha dicho:

"La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el

acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral.”<sup>57</sup>

### 3.- ELEMENTOS DE LA VIOLACION.

En la doctrina se ha precisado que el delito de violación contiene los elementos de todo delito más los propiamente específicos, que consisten en: uno primero material, la consumación de la cópula, un segundo de la misma naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales y el tercer elemento, que la cópula realizada con violencia, se verifique en ausencia de la voluntad de la víctima.”<sup>58</sup>

Si analizamos los anteriores conceptos del delito en estudio veremos que los elementos del tipo en los dos Derechos son coincidentes, en el estado de Alabama se establece como primer elemento el *sexual intercourse* (cópula); en Alaska se establece la *sexual penetration* y en Florida "*oral, anal, or vaginal penetration by or union with the sexual organ of another or the anal or vaginal penetration of another by any other object*". (penetración o unión oral, anal o vaginal de una persona con los órganos genitales de otra o la introducción anal o vaginal de cualquier objeto).

El segundo elemento, empleo de la violencia física o moral, también es contemplado en los tres Códigos: en el de Alabama se

<sup>57</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 252.

<sup>58</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 14.

denomina *forcible compulsion*, que posteriormente es definida como "physical force that overcomes earnest resistance, or a threat placing person in fear of death or serious injury"<sup>59</sup> (fuerza física suficiente como para vencer una resistencia seria o una amenaza de muerte o un daño severo). En el de Alaska se contempla en la expresión *without consent* la cual se define como "the victim, with or without resisting, is coerced by force used against any person or property or by express or implied threat of anyone's imminent death, physical injury, or imminent kidnaping" (la víctima, presente o no resistencia, es obligada por medio de la violencia usada en contra de cualquier persona o propiedad o por una amenaza expresa o tácita de muerte inminente, daño físico o secuestro inminente en contra de cualquier persona). En el de Florida se establece el empleo de la violencia en la frase "coerces the victim to submit by using or threatening to use force or violence" (obliga a la víctima a someterse mediante el uso o la amenaza de la fuerza o la violencia).

El tercer elemento, falta de consentimiento, también está contemplado en los tres Códigos. En el de Alabama se establece mediante la expresión *a female who is incapable of consent* la cual se define como: "Lack of consent means forcible compulsion, incapacity to consent, or, for the offense of sexual abuse, express or implied nonacquiescence" (Falta de consentimiento significa coacción, incapacidad para consentir o en el delito de abuso

---

<sup>59</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 210.

sexual, falta de aquiescencia expresa o tácita). En el de Alaska se establece la expresión *without consent*, a la cual ya nos referimos en el elemento anterior puesto que engloba a los dos. En el de Florida se requiere que el delito sea *without that person's consent* (sin el consentimiento de esa persona) y posteriormente se define *consent* como "*Consent means intelligent, knowing, and voluntary consent and shall not be construed to include coerced submission.*" (Consentimiento significa [sic] consentimiento inteligente, cognoscitivo y voluntario y no se interpretará que incluye sometimiento coercitivo).

Respecto a esta última definición, quisiera hacer notar que los legisladores estadounidenses usan la palabra definida para dar el significado de la misma.

Es importante comentar que para algunos tratadistas el empleo de la violencia excluye el consentimiento, como lo mencionan en sus obras al hacer una crítica al texto legal derogado:

"Creemos que existía redundancia en la ley al establecer que la cópula se obtuviera por medio de la violencia física y sin la voluntad de la persona ofendida, al suponer la vis absoluta la falta de consentimiento; por tanto, hubiera bastado decir que el acceso carnal se obtuviera por medio de la violencia física. Además con base en una interpretación a contrario sensu, se llegaría a la conclusión de que se podría obtener la cópula por medio de la violencia física y con la voluntad de la persona ofendida, o sea, con el consentimiento de ésta."<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 48.

Concordamos con la opinión mencionada pues aunque haya casos en que se presenta la violencia física concomitantemente con el consentimiento, como sería el caso de una relación sado-masoquista, el delito en examen no se configuraría pues al darse el consentimiento faltaría uno de los elementos del tipo.

#### 4.- ELEMENTO MATERIAL: COPULA.

Porte Petit afirma que si bien el acceso carnal es el elemento material en el delito de violación, éste debe ir relacionado a los medios empleados si se trata de violación propia, o a otras situaciones en cuanto a la violación impropia, de otra manera el elemento cópula no tendría relevancia penal alguna<sup>61</sup>. Esta misma observación la han hecho los tratadistas norteamericanos:

*"The principal purpose of rape reform legislations was to get rid of the sexist traditions which had grown up around the law of rape through the concept of consent. The question was: how to do it? The practical problems were enormous since as a matter of fact, an act which was done by consenting adults was not criminal, while the same act by the same people under different circumstances was criminal."*<sup>62</sup>

(El propósito principal para reformar la legislación sobre el delito de violación fue despojarla de las tradiciones sexistas que

---

<sup>61</sup> Ibid. p. 15

<sup>62</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 160

habian rodeado a esta ley respecto del concepto del consentimiento. La pregunta era ¿Cómo hacerlo? Los problemas prácticos eran enormes dada la circunstancia de que un acto que era realizado voluntariamente entre adultos no se consideraba un delito, mientras que el mismo acto entre las mismas personas bajo circunstancias diferentes sí era considerado un crimen.)

Ahora bien, en torno a ello cabe preguntar si la cópula debe ser normal o anormal. La respuesta se encuentra en nuestro Código Punitivo pues al establecer en el artículo 265: "se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo", no deja lugar a dudas que la cópula típica puede ser normal o anormal.

Siguiendo con nuestro estudio comparativo podemos apreciar que, en este punto existen coincidencias y diferencias. En el Código de Alabama se define *sexual intercourse* (cópula) como "*any penetration, however slight.*" (cualquier penetración, aunque sea mínima)<sup>63</sup>, definición que es coincidente con la existente en nuestro Código ya que los verbos introducir y penetrar son sinónimos. Ahora bien, en el estado de Alabama queda a la interpretación del jurado si la cópula debe ser normal o anormal, pues la definición legal no lo especifica. Respecto al Código de Alaska podemos observar las mismas características, en cambio el Código de Florida sí es coincidente en todos los puntos con el del

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 210.

Distrito Federal ya que contempla la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal u oral e inclusive la introducción de un objeto diferente por vía vaginal o anal. Es importante resaltar que se deben dejar a la interpretación del jurado o de los jueces los menos elementos posibles para evitar discrepancias en los fallos.

## **5.- ELEMENTOS DEL TIPO**

A manera de introducción daremos los conceptos de palabras técnicas que consideramos de gran importancia en este apartado, como son el tipo y la tipicidad.

El tipo es la descripción legal de un delito conformada por el conjunto de las características del mismo.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legislativa.

Ahora bien, habiendo dado estos conceptos nos referiremos en este apartado a los diferentes elementos del tipo: los sujetos, activo y pasivo, el objeto material, el bien jurídico tutelado y los medios.

### **5.1. Sujeto activo.**

El sujeto activo es la persona física que realiza la conducta o hecho típico, o sea es quien comete el delito.

Porte Petit afirma que existen dos corrientes respecto a este punto:

- a) Aquellos que admiten que el hombre o la mujer pueden ser sujetos activos del delito de violación, ya se trate de la vis absoluta o de la vis compulsiva, y
- b) Quienes sostienen que el hombre es sujeto activo de este delito cuando se trata de vis absoluta o compulsiva, y la mujer únicamente respecto de esta última.<sup>64</sup>

Posteriormente manifiesta:

"Por nuestra parte, consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física, puesto que 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."<sup>65</sup>

A este respecto Jiménez Huerta comenta atendiendo al artículo 265 del Código Penal:

"La frase "tenga cópula" gramatical y conceptualmente 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 enseña el Diccionario de la Lengua, "unirse o juntarse carnalmente"; y si desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento carnal ha

---

<sup>64</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 37.

<sup>65</sup> Ibid. p. 38.

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."<sup>66</sup>

Consideramos que atendiendo a la redacción del artículo 265 del Código Penal, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de este delito, pues la violación por vía oral puede perfectamente realizarla, por vía absoluta, una mujer sobre un hombre o sobre otra mujer. A este respecto Jiménez Huerta considera que: "dentro del concepto de cópula queda comprendida la llamada fellatio in ore."<sup>67</sup>

En el supuesto de usar un "instrumento distinto al miembro viril" también cualquier hombre o mujer puede ser sujeto activo de este delito. Marcela Martínez Roaro propone que:

"No encontramos objeción que nos impida aceptar que la violación pueda realizarse por una mujer sobre otra, e incluso sobre un hombre, si se está llevando a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto al activo que la realiza con ánimo de copular, como al pasivo que se ve agredido y ofendido en su libertad sexual, en igual medida que si se realizara la cópula normal. Si aceptamos otras vías distintas a la vaginal para integrar la cópula violenta, no hay razón para no aceptarlas cuando lo que se substituye es el órgano sexual masculino."<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 256.

<sup>67</sup> Ibid. p. 257.

<sup>68</sup> Marcela Martínez Roaro. *Delitos Sexuales*. 4a. ed. Ed. Porrúa. México. 1991. p. 243.

Algunos de los Códigos norteamericanos que son coincidentes en este punto con el Código Penal vigente en el Distrito Federal son los Códigos de Montana, Arkansas, New Mexico y Arizona, donde se establece: *Principals: Person/person; sex neutral* (Sujetos: persona/persona; sexo neutro). Otros estados como Colorado, Connecticut, Nebraska y New Jersey aunque usan una diferente expresión también consideran que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito en cuestión: *Principals: Actor/victim; sex neutral* (Sujetos: Actor/victima; sexo neutro). En el estado de Florida la descripción se refiere a *Principals: Sex-neutral; offender/victim for sexual battery* (Sujetos: Sexo neutro; infractor/victima para agresión sexual). EL Código del estado de Indiana, es el único que especifica que la mujer puede ser sujeto activo: "*Female can be a principal*" (La mujer puede ser sujeto activo).

Sin embargo también existen Códigos donde se sostiene que únicamente el hombre puede ser sujeto activo de este delito, por ejemplo: en los estados de Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Kentucky y muchos otros, se establece: *Principals: Male/female* (Sujetos: hombre/mujer); con lo que se descarta que la mujer pueda ser sujeto activo y el hombre sujeto pasivo.

## 5.2. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es la persona física o moral titular del derecho lesionado, o sea es la persona sobre quien recae el daño causado por la conducta del delincuente.

Porte Petit comenta: "Respecto al sujeto pasivo, es un delito impersonal, porque igualmente puede ser cometido en cualquier persona: hombre o mujer".<sup>69</sup>

También existe Jurisprudencia en la que se afirma que la cópula puede ser heterosexual u homosexual:

### VIOLACION, NATURALEZA Y MEDIOS DE CONSUMACION EN EL DELITO DE.

No puede decirse que en el caso concreto el delito de VIOLACION 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, fellatio in ore, esto es ayuntamiento o penetración carnal por vía oral y anal, en los casos de tres de las ofendidas; es decir VIOLACION por caso 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 o 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 integridad himenal o virginidad sino la libertad sexual de la

<sup>69</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 41.

victima 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. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Sala Auxiliar. Informe 1986. Parte II. pag. 16.

La legislación norteamericana, como vimos en el inciso anterior, no está unificada respecto a este punto, muchos estados consideran al sujeto pasivo, impersonal o de sexo neutro (siguiendo la terminología estadounidense), pero muchos otros consideran que el hombre no puede ser sujeto pasivo del delito de violación (no repetiremos los ejemplos dados en el inciso anterior, por considerarlo innecesario), el único código que utiliza la palabra *male* (hombre) para referirse al sujeto pasivo de este delito es el del estado de Louisiana, el cual establece: *Principals: Rape: male offender with male or female victim* (Sujetos: Violación: infractor masculino con victima masculina o femenina). Sin embargo, este código está descartando la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo de este delito.

### **5.3. Objeto material.**

El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido, por lo tanto la persona, hombre o mujer victima de este delito será el objeto material del mismo, opinión que comparten algunos autores: "Si la

conducta del sujeto activo, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto."<sup>70</sup>

La doctrina norteamericana no trata este punto.

#### 5.4. Bien jurídico tutelado.

El objeto o bien jurídico es el interés jurídicamente tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de una sanción.

En general los tratadistas mexicanos consideran que la libertad sexual de las personas es el bien jurídico tutelado por la ley penal que este delito agrede.

Porte Petit afirma:

"A nuestro parecer, en realidad, el bien jurídico que protege la ley es, como se estima por una corriente doctrinal, la libertad sexual (la que, según SALTELLI Y ROMANO DI FALCO, consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual)."

Jiménez Huerta comenta:

"El bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de

---

<sup>70</sup> Ibid. p. 42.

<sup>71</sup> Ibid. p. 33.

hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.”<sup>72</sup>

Debido a que en el Derecho Penal estadounidense la teoría del delito no se encuentra muy desarrollada, este punto no lo han estudiado detenidamente los tratadistas pero si analizamos las definiciones que existen sobre el delito veremos que en casi todos los Códigos (excepto el de Michigan), se menciona como un requerimiento para tipificar este delito la falta de consentimiento de la ofendida, por lo que podemos concluir que el agente activo está coartando la libertad sexual de la víctima al imponerle la cópula por medio de la violencia y sin su consentimiento. El siguiente comentario, respecto a reformas recientes hechas a la legislación existente sobre el delito de violación, en algunos Estados de la Unión Americana, podría reforzar lo anteriormente dicho:

*"These reforms, though they have not taken place in the majority of states, represent an importante step toward the recognition that rape is a violent, assaultive crime against women which bears no relationship to consensual sexual activity. Until society internalizes that reality, women will continue to be victims of rape on the street and in their homes and offices. Women will continue to be degraded and humiliated by our social and judicial institutions which carry the message to the victim that whatever happened to her, it was her fault."*<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 260.

<sup>73</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 187.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

(Estas reformas, a pesar de que no se han llevado a cabo en la mayoría de los estados, representan un paso importante hacia el reconocimiento de que la violación es un delito violento y agresivo contra las mujeres y el cual no tiene ninguna relación con una relación sexual voluntaria. Hasta que la sociedad interiorice esta realidad, las mujeres seguirán siendo víctimas de violaciones en la calle, en sus hogares y en sus oficinas. Las mujeres continuarán siendo degradadas y humilladas por nuestras instituciones sociales y judiciales, las cuales, transmiten el mensaje a la víctima, de que cualquier cosa que le haya sucedido, es por culpa de ella.)

#### **5.5. Medios exigidos por el tipo: vis absoluta y compulsiva.**

En este delito la ley señala a la violencia como el medio por el cual debe ser ejecutado este delito. Esta puede ser física (absoluta) o moral (compulsiva).

A) Cópula por medio de la vis absoluta.- Acerca de ésta la doctrina ha establecido los siguientes requisitos:

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.
- b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y
- c) 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."<sup>74</sup>

B) Vis compulsiva.- Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de efecto [sic] de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula.<sup>75</sup>

Es importante resaltar que la resistencia seria y constante que según la doctrina la mujer debe demostrar al sujeto activo puede en ocasiones no presentarse, por ejemplo, cuando una mujer de carácter no muy fuerte se enfrenta a la amenaza de una violación, en lugar de manifestar su voluntad contrariada con actos de resistencia inequívoca, puede fácilmente reaccionar con pánico y quedarse totalmente inmovilizada, actitud que podría interpretarse como una aceptación del hecho pues no habría ninguna huella externa de su oposición. Consideramos que este caso presenta un serio problema para el juzgador pues tendría que estudiar con mucho detenimiento las personalidades de la víctima y del agresor para poder emitir un fallo de acuerdo a la ley. Existen otras opiniones similares sobre este medio de consumación del delito:

"En cuanto al elemento de resistencia constante que deberá oponer el sujeto pasivo al activo, nos parece bastante cuestionable, pensamos en el ejemplo de la mujer que en despojado y sin la menor posibilidad de ayuda se ve agredida por varios sujetos: ante la plena seguridad de lo inútil de su resistencia ¿debemos exigirle que se resista para que

---

<sup>74</sup> Ibid. p. 44-45.

<sup>75</sup> Ibid. p. 47.

además de la lesión sexual, ponga en peligro su integridad física y hasta su vida?"<sup>76</sup>

A este respecto la legislación norteamericana es coincidente con la doctrina mexicana pues se contemplan en los diferentes códigos las mismas hipótesis, por ejemplo en el del estado de Louisiana se establece: *Aggravated rape: anal or vaginal intercourse without consent because (1) the victim resists and resistance overcome; (2) the victim is prevented from resisting by acts or threats of great and immediate bodily harm.*<sup>77</sup> (Violación agravada: cópula por vía anal o vaginal sin consentimiento de la víctima porque (1) ésta resistió pero su resistencia fue vencida [vis absoluta]; (2) se evitó la resistencia de la víctima, por medio de actos o amenazas [vis compulsiva] de un gran e inmediato daño corporal). En el código del estado de Maryland se establecen como hipótesis para que se configure este delito: *(1) weapon, or (2) a person inflicts suffocation, strangulation, disfigurement, or serious physical injury upon the person or anyone else, or (3) threatens or places the victim in fear of imminent death, suffocation, strangulation, disfigurement, serious physical injury, or kidnaping.*<sup>78</sup> ((1) que el infractor esté armado, o (2) una persona cause sofocación, estrangulación, desfiguración o daño físico severo a la víctima o un tercero [vis absoluta o vis compulsiva], o (3) [el infractor] amenace a la víctima o que ésta sienta que está en peligro de

<sup>76</sup> Marcela Martínez Roaro. Op. cit. p. 244.

<sup>77</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 289.

<sup>78</sup> Ibid. p. 299.

muerte inminente, sofocación, estrangulación, desfiguración, daño físico severo o secuestro [vis compulsiva]). Las hipótesis que se establecen en el código de Montana son: *(1) the victim is compelled to submit by force or by threat of imminent death, bodily injury, or kidnaping to be inflicted on anyone.*" ((1) la víctima es obligada a someterse mediante el uso de la fuerza [vis absoluta] o por medio de amenazas de muerte, de daño físico o de secuestro hacia la víctima o un tercero [vis compulsiva]).

Concluyendo encontramos que en ambas legislaciones los medios vis absoluta o compulsiva, para llevar a cabo este delito son coincidentes e inclusive, en la legislación norteamericana, también se contempla como vis compulsiva, las amenazas sobre un tercero (Código de Maryland), para obligar a la víctima a someterse a la conducta ilícita.

## 6.- ATIPICIDAD.

Es nuestro parecer que la atipicidad se presenta cuando la conducta del sujeto activo no se adecua al tipo penal, por faltar alguno de los requisitos o elementos que éste exige, por ejemplo en el caso que nos ocupa si en lugar de existir la cópula, únicamente se ejecutara en la víctima un acto sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se produciría la atipicidad

---

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 330.

respecto al delito de violación surgiendo en su lugar el delito de abuso sexual.

En la doctrina existe uniformidad de opinión en cuanto a esta figura: la atipicidad se puede presentar en el "caso en que falten los medios exigidos por el tipo: vis absoluta o compulsiva, es decir, porque concurra el *consentimiento del interesado*".<sup>80</sup> o bien:

"El delito de violación es uno de los delitos en que el verbo activo -copular- no constituye el núcleo del tipo, pues es un acto de la vida perfectamente lícito y que solo adquiere relieve antijurídico y significación típica cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios -la violencia física o moral- o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo -edad menor de doce años- o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir... Lo que, en realidad, constituye la esencia típica del delito en examen es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta."<sup>81</sup>

Mencionamos con anterioridad que en la doctrina estadounidense la Teoría del Delito no se encuentra muy desarrollada y que no consideran que las conductas ilícitas se encuadren en un tipo, por lo tanto, tampoco consideran que pueda presentarse la atipicidad de un delito. Sin embargo, si analizamos las definiciones de los diferentes códigos que hemos dado con anterioridad veremos que si consideran como elemento indispensable para la configuración del

<sup>80</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 50.

<sup>81</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 257.

delito en comento, el que la conducta ilícita se realice sin consentimiento de la víctima, por lo que si consideramos a *contrariu sensu* estas definiciones podemos decir que si el consentimiento se presenta, no existe delito.

La manera como tratan esta figura en el Derecho Estadounidense, es por medio de las llamadas *defenses* (defensas).

Los Códigos de Michigan y Nevada establecen como defensa la falta de uno de los medios para realizar el delito (*vis absoluta*). En el primero se señala: "...*the absence of force or coercion a defense to those offenses where force or coercion is an element of the offense.*"<sup>82</sup> (...la ausencia de fuerza o coerción es una defensa contra los delitos donde la fuerza o la coerción es un elemento constitutivo de ellos). En el de Nevada se determina: "*Consent and the absence of force a defense to sexual assault.*"<sup>83</sup> (El consentimiento y la ausencia de violencia es una defensa contra el delito de asalto sexual).

En los estados de California, Indiana y Kansas se asienta como una defensa, el consentimiento de la víctima. En California se afirma: "*Consent a defense to rape and other offenses except when the offenses defined by age specify that the defense of consent is precluded.*"<sup>84</sup> (El consentimiento es una defensa contra el delito de violación y otros delitos excepto cuando los delitos definidos por la edad especifiquen que la defensa de consentimiento está

---

<sup>82</sup> Hubert. S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 310.

<sup>83</sup> Ibid. p. 340.

<sup>84</sup> Ibid. p. 228.

prohibida). En el de Indiana se manifiesta: "*Consent is a defense*".<sup>85</sup> (El consentimiento es una defensa). Por último el Código de Kansas afirma: "*Common-law defenses of marriage, absence of resistance, consent, and capacity to consent, all available*".<sup>86</sup> (Defensas del *common-law* debido a matrimonio, ausencia de resistencia, consentimiento y capacidad para consentir, todas disponibles).

En North Carolina también se admite esta defensa, pero con algunas restricciones: "*Consent is not a defense if the defendant is in the position of a parent or has custodial authority over the victim*".<sup>87</sup> (El consentimiento de la víctima no es una defensa si el acusado es su ascendiente en línea recta o ejerce sobre ella las funciones de tutor o custodia).

## 7.- ¿EXISTE LA VIOLACION ENTRE CONYUGES?

La doctrina mexicana es uniforme al aceptar que existen tres criterios sobre este punto:

- a) Que existe el delito de violación entre cónyuges.
- b) Que no hay violación, sino el ejercicio de un derecho.
- c) Que no hay violación, sino otro delito.

Algunos tratadistas son partidarios de la primera posición al afirmar:

---

<sup>85</sup> Ibid. p. 271.

<sup>86</sup> Ibid. p. 281.

<sup>87</sup> Ibid. p. 370.

"El problema de la violación entre cónyuges ha de centrarse y resolverse sobre la base del consentimiento, igual que acontece en todas las demás hipótesis típicas que en torno a este delito puedan imaginarse, sin que exista razón alguna para entronizar al respecto reglas o normas de excepción. El error en que incide la opinión dominante mece su cuna en la creencia falsa, de que la mujer al contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva, confundiendo lamentablemente el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma... la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfogues sexuales, sin que se tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica... Resulta, pues, que si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, atenta su libertad e incide en el delito en examen, pues también cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito. Vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado, es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual. De este vital y diariamente renovado interés jurídico el matrimonio no puede despojarla, por el mismo linaje de razones que no la priva de ningún otro perfil de su siempre renovada libertad individual y de su genuina dignidad inherente a su rango de persona humana."<sup>88</sup>

Entre los partidarios de la segunda posición se encuentran:

Carrara quien afirma: "Es indudable que aunque pueda reprochársele brutalidad, el marido nunca podrá ser declarado

<sup>88</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 271-272.

culpable en razón de cualquier acto que autorice la consumación o la tentativa de la cópula carnal".<sup>89</sup>

Carrancá y Trujillo sostiene: "No es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando la violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima".<sup>90</sup>

Cuello Calón opina: "El yacimiento o acceso carnal ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho...".<sup>91</sup>

Garraud sostiene: "Un marido, que toma a su mujer por la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación...".<sup>92</sup>

Porte Petit comparte la tercera posición:

"El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilícita. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuricidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aun cuando lo ha ejercido indebidamente,

<sup>89</sup> Tomado de Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 56.

<sup>90</sup> Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas. *Código Penal Anotado*. 17a. ed., Ed. Porrúa. México, 1993. p. 660.

<sup>91</sup> Eugenio Cuello Calón. *Derecho Penal*, II, 9a. ed., Ed. Barcelona. España. 1955. p. 551.

<sup>92</sup> Tomado de Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 57.

originándose o debiéndose, originar en todo caso un diverso ilícito penal; sería el ejercicio indebido del propio derecho previsto en el artículo 266, del Código Penal."<sup>93</sup>

Nuestra posición personal está de acuerdo con la primera postura pues consideramos que las opiniones de los tratadistas que sostienen que no hay violación entre cónyuges pecan de retrógradas y machistas, amén de falta de sustento legal, ya que consideran que la mujer es un objeto propiedad del marido que en todo momento debe estar disponible para calmar sus apetitos sexuales, inclusive la terminología que usan estos autores muestran el poco respeto que sienten por los derechos y la figura de la mujer, Cuello Calón opina "...pues aquél al disponer sexualmente de ésta...", o sea que él considera que cuando un hombre tiene relaciones sexuales con su cónyuge "dispone" de ella o la utiliza (recordemos lo que significa "disponer" según el Diccionario Enciclopédico Espasa: Valerse de una persona o cosa, tenerla o utilizarla por suya), como si fuera una bolsa de plástico donde deposita sus desperdicios; Garraud sostiene: "Un marido, que toma a su mujer por la fuerza...", una vez más este tratadista considera que a la mujer se le "toma" como si fuera una palanca o una pala, realmente es lamentable que la opinión de este tipo de autores sea considerada digna de mención en relación con un problema tan ultrajante para los derechos de la mujer.

---

<sup>93</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 58.

Carrara sostiene que "el hombre nunca podrá ser declarado culpable...", con esta aseveración demuestra lo reducido de su criterio, propio de la época en que vivió, pues no tiene empacho en sostener que el hombre siempre tiene la razón o sea, es un ser infalible que nunca se equivoca y justifica sus acciones por injustas e ilegales que éstas sean.

Carrancá y Trujillo sostiene que el marido ejerce un derecho al tener relaciones sexuales con su cónyuge y la mujer "no puede resistir este ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima", posición con la cual de un plumazo borra todos los derechos de la mujer y la convierte, al igual que Carrara, en un objeto que el marido puede usar e inclusive agredir, en el momento en que le venga en gana.

Porte Petit sostiene que "...no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula... cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio...", con esta afirmación el maestro sostiene que el hombre tiene todo el derecho legal para agredir a su esposa y al mismo tiempo desconoce la libertad irrenunciable que la Constitución le concede a la mujer.

Debe tenerse en cuenta que existen diferentes artículos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que conceden

derechos y protección a la mujer y los cuales parecen haber quedado en el olvido.

El artículo 4° establece: "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Sobre esto Sánchez Bringas opina:

"El segundo párrafo del artículo 4° constitucional establece la igualdad de derechos del hombre y la mujer. La disposición pretende extinguir las discriminaciones que se producen en la sociedad en perjuicio de las mujeres por el simple hecho de pertenecer a este género. En consecuencia, todas las normas constituidas del orden jurídico nacional deben respetar este principio y evitar el establecimiento de privilegios para los varones."<sup>94</sup>

Por lo tanto, es reprochable que los autores consideren que el marido puede ejercer violencia sobre la mujer y considerar como sostiene Carrancá "que no hay agresión ilegítima".

El artículo 5° en su quinto párrafo establece: "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa." Recordando este artículo resulta sorprendente que el maestro Porte Petit afirme que "...la libertad sexual...no existe por el mismo matrimonio", o sea que para él, el contrato de matrimonio aniquila la libertad sexual, posición a todas luces inconstitucional, además de que, el contrato mediante el cual se

---

<sup>94</sup> Enrique Sánchez Bringas. *Derecho Constitucional*. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 562.

pretende obligar a la esposa a tener relaciones carnales con su cónyuge es de naturaleza civil, y si aceptáramos que por una obligación de este tipo la esposa respondiera con su libertad y con su persona, porque finalmente el objeto material del delito de violación es la mujer misma, sería como regresar a la época Romana donde los ciudadanos respondían con su persona de las obligaciones civiles que contrajeran.

Por último cabría recordar el artículo 17 constitucional en su primer párrafo, el cual precisa: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho." Por lo tanto, la consumación del acto sexual valiéndose de medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente de ejercicio de un derecho.

Sobre este punto existen Tesis Jurisprudenciales que sostienen:

VIOLACION ENTRE CONSORTES. PUEDE EXISTIR PORQUE EL EJERCICIO DEL DERECHO A COPULAR NO PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA VIOLENCIA.

El delito de violación previsto en el artículo 267 del Código de Defensa Social para el estado de Puebla, existe entre consortes, pues basta que la cópula se imponga por medio de la violencia física o moral, para que quien la ejercita se haga acreedor a la sanción correspondiente. De ahí que resulta irrelevante que el sujeto activo sea esposo de la ofendida, pues tal carácter no purga la falta de voluntad de ésta para realizar el acto sexual, ya que precisamente el bien jurídico que tutela dicho ilícito lo es la libertad sexual, la cual si bien se encuentra restringida dentro del matrimonio, la negativa de la mujer para acceder a la relación sexual que debe al esposo, de ninguna manera autoriza a éste a ejercer su derecho por medio de la violencia,

pues sostener lo contrario implicaría, por una parte hacer una distinción donde la ley no lo señala, y por la otra hacerse justicia por sí mismo, ejerciendo violencia, lo cual se encuentra prohibido en el artículo 17 constitucional. Semanario Judicial de la Federación. Época 8A. Tomo IX-Junio. Tesis VI 1º 215 p. pág. 444.

En este punto, se presenta una diferencia importante entre el Derecho Estadounidense y el Derecho Mexicano debido a que en varios estados de la Unión, si puede darse una justificación al acto por el hecho de que el sujeto activo sea cónyuge de la víctima al aceptarse la llamada "*Spousal exception*" (excepción conyugal), por ejemplo, en el código de New Hampshire (y en muchos otros) se precisa: *Spousal exception to sexual assault offenses: a person does not commit a crime under this chapter if the victim is his legal spouse...*<sup>95</sup> (Excepción conyugal para los delitos de asalto sexual: una persona no comete el delito descrito en este capítulo si la víctima es su cónyuge...). En los estados de Louisiana y Vermont además de establecer la *spousal exception* se presenta también como defensa: "*marriage of the female a defense*" (el matrimonio de la mujer se considerará una defensa) en el primero de ellos y en Vermont se especifica: "*Defenses: marriage of the two persons*"<sup>96</sup> (Defensas: matrimonio de las dos personas).

---

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 343.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 429.

Desgraciadamente para las mujeres en los Estados Unidos, la gran mayoría de los estados conservan esta excepción derivada de la antigua *English common law*:

*"The English rule was that a husband could not be found guilty of raping his wife because marriage, with the promise to obey, implied the right to sexual intercourse with the wife upon all occasions. The husband was entitled to sexual relations with his wife at any time or under any circumstances. Her personal consent was irrelevant."*<sup>97</sup>

(La ley inglesa sostenía que un esposo no podía ser considerado culpable de violar a su esposa debido a que en la promesa de obedecer existente en el contrato matrimonial, se incluía el derecho del esposo a copular con su cónyuge en cualquier ocasión. El esposo tenía el derecho a tener relaciones sexuales con su esposa en cualquier tiempo y bajo cualquier circunstancia. El consentimiento de la esposa era irrelevante).

Únicamente tres estados, New Jersey, Nebraska y Oregon han derogado totalmente la ley que contenía la *spousal exception*. En el caso de New Jersey su Código establece: *"No actor shall be presumed to be incapable of committing a crime under this chapter because of...marriage to the victim"*<sup>98</sup> (Ningún actor se presumirá incapaz de cometer el delito descrito en este capítulo por ser cónyuge de la víctima).

---

<sup>97</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 163.

<sup>98</sup> Ibid. p. 349.

Sin embargo, la gran mayoría de los estados sostienen la *spousal exception*. Así, por ejemplo, en el Código de Oklahoma se establece: "*Rape is an act of sexual intercourse accomplished with a female, not the wife of the perpetrator...*"<sup>99</sup> (Violación es la cópula realizada con una mujer, que no sea la esposa del infractor...). En el Código del estado de Maine encontramos: "*A person is guilty of unlawful sexual contact if he intentionally subjects another person, not his spouse, to any sexual contact, and the other person has not expressly or impliedly acquiesced in such sexual contact...*"<sup>100</sup> (Una persona es culpable de contacto sexual ilegal si intencionalmente somete a otra persona, que no sea su cónyuge, a cualquier contacto sexual y la otra persona no ha dado su consentimiento expreso o tácito para tal contacto). En el Código de Kansas se establece: "*Rape is an act committed by a man with a woman not his wife*"<sup>101</sup> (Violación es un acto que comete un hombre con una mujer que no sea su esposa).

Algunos estados conservan esta excepción con algunas modificaciones, lo cual se considera en la doctrina estadounidense como un avance:

*"Before the national movement of reform of the rape laws, some states followed the MPC and defined spouses as persons living together and excluded persons separated by judicial decree. Irrespective of the reasoning, however, it was some small advantage for women to have*

---

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 384.

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 295.

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 279.

*separated persons removed from the shield of the spousal exception.*"<sup>102</sup>

(Antes del movimiento nacional para reformar las leyes sobre violación, algunos estados siguieron el Código Penal Modelo y definieron cónyuges como personas viviendo juntas y excluyeron a las personas viviendo separadas por un mandato judicial. Sin considerar el razonamiento que se haya seguido, fue un pequeño avance para las mujeres, el que se excluyera a las personas viviendo separadas del escudo que representaba la excepción conyugal). Ejemplo de este caso lo representa el Código del estado de Maryland donde se especifica: "*Statutory spousal exception creates a complete defense to all offenses involving legal spouses unless the parties are living apart pursuant to a decree of divorce*".<sup>103</sup> (La excepción conyugal estatutaria crea una defensa total para todos los delitos que se relacionen con personas legalmente casadas, a menos que las partes estén viviendo separadas debido a una sentencia de divorcio). En el Código de Nevada se establece: "*A person may not be convicted of sexual assault upon his spouse unless... (3) at the time of the sexual assault the couple were living apart and one of them had filed an action for separate maintenance or divorce.*" (Una persona no puede ser condenada por asalto sexual a su cónyuge a menos que... (3) en el

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 300.

momento del asalto la pareja estuviera viviendo separada y uno de ellos hubiera interpuesto una demanda de separación o divorcio).

Como podemos ver este avance representa en realidad, un pequeño paso para que las mujeres estadounidenses logren que la justicia las proteja efectivamente, pues aunque en teoría la Constitución de su país las coloca en posición de igualdad ante los hombres, según reza la Enmienda XIV de la misma:

"Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado dictará o aplicará leyes que restrinjan los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal; ni denegará a nadie dentro de su jurisdicción, la protección igualitaria de las leyes."

Vemos que en la práctica es todo lo contrario, pues la mujer estadounidense esta en franca inferioridad en relación con el hombre en este aspecto pues no únicamente las esposas sufren esta discriminación sino que también las mujeres que viven en unión libre con un hombre pueden estar en el mismo caso. En los Códigos de Connecticut, Delaware y Hawaii, entre otros, existe una defensa para el infractor si cohabita con la victima. En el primero de ellos se establece: "*Cohabitation: living together by mutual consent at time of offense is an affirmative defense*"<sup>104</sup> (Cohabitación: es una defensa afirmativa el que las partes vivan

---

<sup>104</sup> Ibid. p. 237.

momento del asalto la pareja estuviera viviendo separada y uno de ellos hubiera interpuesto una demanda de separación o divorcio).

Como podemos ver este avance representa en realidad, un pequeño paso para que las mujeres estadounidenses logren que la justicia las proteja efectivamente, pues aunque en teoría la Constitución de su país las coloca en posición de igualdad ante los hombres, según reza la Enmienda XIV de la misma:

"Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado dictara o aplicará leyes que restrinjan los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal; ni denegará a nadie dentro de su jurisdicción, la protección igualitaria de las leyes."

Vemos que en la práctica es todo lo contrario, pues la mujer estadounidense está en franca inferioridad en relación con el hombre en este aspecto pues no únicamente las esposas sufren esta discriminación sino que también las mujeres que viven en unión libre con un hombre pueden estar en el mismo caso. En los Códigos de Connecticut, Delaware y Hawaii, entre otros, existe una defensa para el infractor si cohabita con la víctima. En el primero de ellos se establece: "*Cohabitation: living together by mutual consent at time of offense is an affirmative defense*"<sup>104</sup> (Cohabitación: es una defensa afirmativa el que las partes vivan

---

<sup>104</sup> Ibid. p. 237.

juntas por mutuo consentimiento al momento de cometerse el delito); en el segundo se afirma: "A defense to first-degree rape that the victim was the defendant's voluntary social companion"<sup>105</sup> (Una defensa contra la violación de primer grado es que la víctima sea la compañera social voluntaria del acusado), por último el Código de Hawaii establece una defensa muy parecida: "Affirmative defense to first-degree rape that person is a voluntary social companion who had within the previous 12 months permitted the defendant sexual intercourse"<sup>106</sup> (Una defensa afirmativa contra el delito de violación de primer grado es que la persona sea la compañera social voluntaria del acusado y durante los 12 meses previos haya permitido la cópula con éste).

Es en este punto fundamentalmente donde consideramos que se da la diferencia más importante entre las dos legislaciones, pues las leyes mexicanas logran proteger mucho más eficazmente a las mujeres pues además de los artículos constitucionales mencionados anteriormente, en el Código Penal vigente en el Distrito Federal no se establece que el esposo pueda forzar a su esposa o a su concubina a tener relaciones sexuales con él cuando le venga en gana y bajo cualquier circunstancia, como si lo hacen muchos de los códigos estadounidenses en donde existe una franca exclusión del delito en tratándose del activo cónyuge.

---

<sup>105</sup> Ibid. p. 241.

<sup>106</sup> Ibid. p. 258.

## 8. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal. Es, afirman algunos autores, "la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción."<sup>107</sup>

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal, en otras palabras, es la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Algunos autores opinan que el delito de violación es un delito eminentemente doloso y, por lo tanto, no puede existir la violación culposa, así encontramos quien afirma:

"No se puede negar que en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de violación, pero naturalmente cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación, pues si su conducta ha sido dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, sin querer realizar la cópula, o bien, se ha colocado culposamente en tal estado, no puede responder del delito de violación, porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente."<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Fernando Castellanos. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 29a. ed. Ed. Porrúa. México. 1991. p. 218.

<sup>108</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 63..

"Siempre a propósito de la incapacidad me podríais preguntar: ¿si una persona en estado de completa embriaguez culposa comete violación carnal, es responsable penalmente del grave hecho cometido? Yo os respondería negativamente"<sup>109</sup>.

Es importante mencionar que si un hombre se encuentra tan alcoholizado como para no darse cuenta de la clase de actos que está cometiendo, tampoco tendría la determinación y la fuerza necesaria para violar a una mujer, pues es de todos sabido que el alcohol disminuye considerablemente la fuerza física y los reflejos que se necesitarían para cometer tal violencia, a menos que fuera un ebrio consuetudinario y por tal motivo sus capacidades mentales estuvieran no disminuidas en ese momento sino de una manera permanente, en cuyo caso ya no sería ebriedad sino daño mental irreversible. Además es sumamente grave que la doctrina conceda de antemano a los delincuentes una justificación para su conducta ilícita, pues al afirmar que no se les puede considerar culpables del delito de violación si no tenían como propósito realizar la cópula al alcoholizarse, tales autores les están dando a los criminales una excelente excusa para justificar su transgresión a la ley.

Afortunadamente el Código Penal contempla esta hipótesis y deja fuera de dudas si los individuos alcoholizados deben responder por su conducta típica o no:

---

<sup>109</sup> Vannini. *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in Diritto Penale. Il delitto di violenza carnale*, III, p. 6. Milano, 1949. Tomado de Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 63.

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:  
VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."

En este inciso trataremos las defensas de minoría de edad y de *temporary insanity*; no mencionaremos la inimputabilidad por embriaguez porque ningún Código la contempla.

Así, por ejemplo, encontramos que en el Código de Idaho se establece: "*offender under 14 presumed incapable*"<sup>110</sup> (Se presumirá incapaz al infractor menor de 14 años de edad). En el Código de Indiana la edad que se establece para ser imputable es 16 años: "*Statutory rape provisions: (3) sexual intercourse or deviate sexual conduct by a person 16 or older with...*"<sup>111</sup> (Disposiciones estatutarias para el delito de violación: (3) cópula o conducta sexual anormal de una persona mayor de 16 años con...). Para ilustrar una vez más las diferencias que se presentan en los diferentes Códigos de los Estados Unidos, citaremos el Código de Maryland, donde no se establece una edad legal sino una diferencia de cuatro años entre la víctima y el infractor: "*Requirement that*

---

<sup>110</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen, Op. cit. p.262..

<sup>111</sup> Ibid. p. 270.

*actor must be 4 years older for all statutory age offenses*" (Se requiere que el actor sea 4 años mayor para todos los delitos estatutarios).

Otra defensa que se establece y gracias a la cual se puede alegar inimputabilidad es la llamada temporary insanity, y a la cual ya nos referimos en el Capitulo I. Para evitar repeticiones inútiles únicamente mencionaremos la definición que de ella da el Código Penal Modelo:

"1) Una persona no es responsable si, en el momento del hecho, como consecuencia de enfermedad o defecto mental, carecía de sustancial capacidad, ya sea para apreciar la criminalidad de su conducta o para conformar su conducta a los requerimientos de ley. 2) Con la expresión "enfermedad o defecto mental" no se incluyen anormalidades manifestadas únicamente por la repetición de comportamientos delictivos o antisociales."

Como podemos apreciar en este punto los dos Derechos son coincidentes, ya que, esta definición es concordante con la que establece el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción VII.

Es nuestro parecer que estas defensas pueden ser usadas erróneamente y favorecer las conductas criminales, pues existen menores de edad que verdaderamente entienden y quieren el resultado típico y cometen los delitos a sabiendas que su minoría de edad los protegerá contra la sanción impuesta por la norma. Por otro lado la hipótesis de trastorno mental también se puede prestar para violar la ley; sobre todo en los Estados Unidos hemos visto que está de

moda alegar el trastorno mental para librar a un delincuente del castigo que merece por haber obrado ilícitamente.

## 9. CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, conforme a la teoría psicológica. La teoría normativa determina que es el juicio de reproche que se hace al autor por el hecho ilícito realizado.

La especie de culpabilidad que se presenta en este delito es el dolo, entendiéndose como tal, "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."<sup>112</sup>

"Es indudable que no puede aceptarse la violación culposa, pues si se necesita, para la existencia de la violación, la concurrencia de la *vis absoluta* o *compulsiva*, no puede concebirse la realización de la copula sino dolosamente y, por tanto, no es posible una violación culposa, que requeriría no querer la cópula; hipótesis antagónica a la esencia de la violación."<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, Ed. Hermes, 2a. ed., Buenos Aires, 1954. p. 392-393.

<sup>113</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 66.

Si recordamos que en el Derecho Penal Estadounidense existe la regla en que se considera intencional el resultado que es la consecuencia natural y probable de un acto, podemos deducir que los legisladores americanos también consideran dolosa a la violación y a pesar de que actualmente, se considera que el dolo es una cuestión de hecho que como tal debe ser objeto de prueba, podemos concluir usando las palabras del maestro Porte Petit y afirmar que no sería difícil para la acusación comprobar el dolo, pues una violación culposa sería una hipótesis antagónica a la esencia de la violación.

#### 10. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, esta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, por lo tanto, el sujeto activo será absuelto en el juicio de reproche.

Se ha estimado que en el delito de violación puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad, en dos casos únicamente:

a) Error de licitud, 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, y

b) No exigibilidad de otra conducta.<sup>114</sup>

En el Derecho Estadounidense las hipótesis más comunes de inculpabilidad son el error respecto a la edad de la víctima y respecto a su capacidad mental.

En los Códigos de Alabama y Arkansas se establecen ambas. En el primero se especifica: *"Mistake; honest mistake as to female's age or mental defect is a statutory defense to second-degree rape"*.<sup>115</sup> (Error: el error honesto respecto a la edad de la mujer o a su capacidad mental es una defensa estatutaria para el delito de violación de segundo grado). En esta última hipótesis se presenta otra diferencia con nuestro derecho; en estas legislaciones estadounidenses se considera que se comete una violación de segundo grado cuando existe una diferencia de dos años entre el sujeto activo y el pasivo, hipótesis que en nuestro Código Punitivo no se establece. En el de Arkansas se establece: *"Mistake as to age is an affirmative defense; an affirmative defense that the actor reasonably believed the victim was not incapable of consent by reason of being mentally defective or mentally incapacitated"*.<sup>116</sup> (El error respecto a la edad es una defensa afirmativa; una defensa afirmativa es que el actor razonablemente haya creído que la víctima no era incapaz de dar su consentimiento por estar mentalmente enferma o incapacitada).

---

<sup>114</sup> Ibid. p. 67.

<sup>115</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p.211.

<sup>116</sup> Ibid. p. 224.

Cabe mencionar dentro de este inciso algunas circunstancias peculiares de este delito que se refieren al tiempo de presentar la denuncia y a la falta de castidad de la victima. En el Código de North Dakota se requiere: "*Prompt complaint requirement: 3 months for adults, within 3 months after parent or guardian learned of offense for minors or incompetents*"<sup>117</sup> (Se requiere una queja rápida: 3 meses para adultos, dentro de los tres meses siguientes a que los padres o guardianes de menores e incapacitados supieron de la infracción). Mientras que en el Código de Connecticut se establece: "*Prompt complaint: statute requires victim's complaint to be made within 1 year of the date of the offense*".<sup>118</sup> (Denuncia rápida: el código requiere que la denuncia de la victima sea hecha dentro del año siguiente a la fecha del ilícito).

Comparando estos Códigos con nuestro Código Punitivo veremos que la legislación mexicana no pone término al tiempo en que se puede presentar la denuncia, lo que afirmamos es un acierto pues existen muchos casos en que por temor o por ignorancia de la victima y sus familiares no se presenta la denuncia tan pronto como sucede el ilícito y seria deplorable que el activo no recibiera su castigo por una tardanza involuntaria de parte de la ofendida.

El Código de Florida establece: "*Lack of chastity of female is a defense if a consenting female is over 12 and under 18*".<sup>119</sup> (La falta de castidad [el Código no establece que debe entenderse por

---

<sup>117</sup> Ibid. p. 375.

<sup>118</sup> Ibid. p. 237.

<sup>119</sup> Ibid. p. 249.

castidad] en una mujer es una defensa, si dio su consentimiento y tiene más de 12 años y menos de 18). Otra defensa de este tipo se presenta en el estado de Texas: "*Affirmative defense to rape of a child: that female was over 14 and had engaged promiscuously in sexual intercourse or that actor less than 2 years older than the victim*".<sup>120</sup> (Una defensa afirmativa contra la violación de una menor es: que la víctima sea mayor de 14 años y sexualmente promiscua [este Código tampoco establece que debe entenderse por sexualmente promiscua], o que el actor sea menos de 2 años mayor que ella). Y por último el Código de Hawaii determina: "*An affirmative defense to second-degree sexual abuse, that the victim had engaged promiscuously in sexual relations with others*".<sup>121</sup> (Una defensa afirmativa contra el abuso sexual de segundo grado es que la víctima haya tenido relaciones sexuales promiscuas con otros).

Estas últimas circunstancias son muy representativas de la idiosincrasia de los norteamericanos ya que tienen una doble influencia: por un lado las creencias puritanas, que han marcado fuertemente la mentalidad de los estadounidenses y por el otro las antiguas leyes del *common law*, que negaban todos los derechos a la mujer y la consideraban primero propiedad del padre y después propiedad del marido, siguen teniendo gran influencia en la manera como se imparte la justicia en ese país. Este tipo de cuestiones tiene como resultado desviar la atención del fondo del asunto, ya

---

<sup>120</sup> Ibid. p. 419.

<sup>121</sup> Ibid. p. 258.

que no tratan de averiguar si el delito se configuró y si el infractor es responsable de su consumación o no, lo que se cuestiona en estos casos es la personalidad y el comportamiento sexual de la víctima antes del ilícito y si desafortunadamente éstos no son considerados "castos" por el jurado, se priva a la mujer de ejercer su derecho a la libertad sexual.

La doctrina de nuestro país es mucho más liberal en este sentido pues no trata de mujeres poco castas o promiscuas sino de prostitutas y aún a ellas, con todo acierto, les concede el derecho a ejercer su libertad sexual:

"La prostituta puede ser también sujeto pasivo del delito de violación, habida cuenta de que, en esencia, la libertad sexual es el interés jurídico tutelado en este delito y que la triste condición social de la prostituta no la convierte en un despojo humano carente de libertad."<sup>122</sup>

Por último mencionaremos que en los estados de Arizona y Minnesota se establece un supuesto de inculpabilidad cuando la conducta ilícita se realice durante el ejercicio de la práctica médica, en el primero se precisa: "*Defenses: (A) that the act was done in furtherance of lawful medical practice... (C) that the act was done in rendering emergency medical care.*"<sup>123</sup> (Defensas: (A) que el acto se haya realizado como apoyo de una práctica médica

---

<sup>122</sup> Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. p. 254.

<sup>123</sup> Ibid. p. 219.

legal... C) que el acto haya sido hecho cuando se prestaba un cuidado médico de emergencia); y en el de Minnesota se establece: "Exclusión for acts done for a bona fide medical purpose"<sup>124</sup> (Exclusión para los actos hechos de buena fe con un propósito médico). Es de resaltar que en nuestro derecho este punto se menciona como agravante del delito según lo establece el artículo 266-bis del Código Penal para el Distrito Federal:

"Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

III El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

## 11. PUNIBILIDAD

El Código Penal para el Distrito Federal señala en su artículo 265 primer párrafo, la pena de ocho a catorce años de prisión al que cometa el delito de violación propia.

Este es nuevamente un punto donde se presenta una gran diferencia entre los Derechos de los dos países pues existe una gran variedad de penas en los Códigos de los Estados Unidos, las cuales pueden ir desde un año mínimo hasta la pena de muerte pero

---

<sup>124</sup> Ibid. p. 316.

en general se podría decir que este delito se encuentra más penado en la Unión Americana que en el Distrito Federal.

Es necesario decir respecto a la pena de muerte que este castigo no ha producido efectos dignos de mención sobre los delincuentes, el delito de violación ha existido a lo largo de toda la historia de los Estados Unidos y tal medida punitiva no ha sido acertada para extinguirlo. Además de que la pena de muerte no es tal, sino únicamente una forma bárbara de pretender devolver un mal causado, sin un fin ulterior, esto es, restando importancia a los fines de la pena como serían lograr la readaptación social del delincuente y evitar con esto que reincidiera en su conducta delictiva.

El estado que impone la pena más parecida al Código del Distrito Federal es New Hampshire con "*Aggravated felonious sexual assault: class A felony, maximum 15 years*"<sup>125</sup> (Delito agravado de asalto sexual: crimen clase A, máximo 15 años).

Entre los estados que tienen las penas de prisión más bajas se encuentra California, que establece "*Rape: 3, 6, or 8 years*"<sup>126</sup> (Violación: 3, 6 u 8 años) y el estado de Arizona que impone "*Sexual assault: class 2 felony, 7 years*"<sup>127</sup> (Asalto sexual: delito clase 2, 7 años). Otros estados especifican penas mínimas y máximas, algunos con un rango pequeño de diferencia y otros con un rango enorme, entre los primeros se encuentran, Alaska con

---

<sup>125</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 345.

<sup>126</sup> Ibid. p. 229.

<sup>127</sup> Ibid. p. 219.

"First-degree sexual assault: class A felony, not more than 20 years, with presumptive terms of 6 years for the first felony conviction, 10 years for the second felony, and 15 years for the third felony".<sup>128</sup> (Asalto sexual de primer grado: crimen clase A, no más de 20 años, con términos presumibles de 6 años para la primera condena, 10 años para la primera reincidencia y 15 años para la segunda reincidencia). En New Jersey se impone "Aggravated sexual assault: first-degree offense, term between 10 and 20 years"<sup>129</sup> (Asalto sexual agravado: término entre 10 y 20 años) y en Texas se establece: "Rape: second-degree felony punishable by a minimum of 2 years or a maximum of 20 years".<sup>130</sup> (Violación: crimen de segundo grado castigado con un mínimo de 2 años y un máximo de 20 años). Entre los estados que imponen penas mínimas y máximas con un enorme rango de diferencia se encuentra Louisiana que precisa "Aggravated rape: life. Life imprisonment is at hard labour without benefit of parole, probation, or suspension of sentence. Forcible rape: minimum 2 years, maximum 40 years"<sup>131</sup> (Violación agravada: cadena perpetua. La cadena perpetua se cumplirá realizando trabajos forzados sin el beneficio de la libertad bajo palabra, libertad condicional o suspensión de sentencia. Violación mediante fuerza física: mínimo 2, máximo 40 años). Nebraska que impone "First-degree sexual assault: class II felony, maximum 55 years,

---

<sup>128</sup> Ibid. p. 215.

<sup>129</sup> Ibid. p. 351.

<sup>130</sup> Ibid. p. 420.

<sup>131</sup> Ibid. p. 291.

*minimum 1 year*".<sup>132</sup> (Asalto sexual de primer grado: crimen clase II, máximo 55 años, mínimo 1 año). Y por último citaremos el Código del estado de Idaho que establece "*Rape: imprisonment for a minimum of 1 year and maximum of life, at the discretion of the sentencing judge*".<sup>133</sup> (Violación: prisión por un mínimo de 1 año y máximo cadena perpetua, a la discreción del juez que sentencie).

Entre los estados que castigan el delito de violación con cadena perpetua, se encuentran: Iowa que impone "*First-degree sexual abuse: class A felony, life and no suspended sentence or deferred sentence or reconsideration of sentence, no parole unless governor commutes to term of years*"<sup>134</sup> (Abuso sexual de primer grado: crimen clase A, cadena perpetua y no se suspenderá la sentencia, ni se diferirá, ni se reconsiderará, ni habrá libertad condicional a menos que el gobernador reduzca el término). North Carolina que impone "*First-degree rape: life*"<sup>135</sup> (Violación de primer grado: cadena perpetua). Y el Distrito de Columbia que establece "*Imprisonment for any term of years or life*".<sup>136</sup> (Prisión por cualquier número de años o cadena perpetua).

Por último mencionaremos los estados que castigan el delito de violación con la pena de muerte, entre ellos se encuentran, Mississippi, que establece "*Death penalty for rape of a female*

---

<sup>132</sup> *Ibid.* p. 336.

<sup>133</sup> *Ibid.* p. 262.

<sup>134</sup> *Ibid.* p. 276.

<sup>135</sup> *Ibid.* p. 370.

<sup>136</sup> *Ibid.* p. 245.

*under 12 by an offender over 18*".<sup>137</sup> (Pena de muerte para el delito de violación en agravio de una mujer menor de 12 años cometido por un infractor mayor a 18). En Alabama se establece: "*Death penalty: mandatory if conviction on an indictment which stated charge was rape and intentional killing of victim with aggravation*"<sup>138</sup> (Pena de muerte: obligatoria si la acusación que afirme que el delito fue violación y homicidio doloso con agravantes, merezca sentencia condenatoria). Y por último mencionaremos al estado de Florida que impone: "*If offender is over 18 and victim under 12, sexual battery is a capital felony punishable by life with 25 years before parole or by death.*"<sup>139</sup> (Si el infractor es mayor de 18 y la víctima menor a 12, la agresión sexual es un delito capital castigado con cadena perpetua, con un mínimo de 25 años para obtener la libertad condicional o con pena de muerte).

Conviene hacer mención que (con excepción del estado de Kentucky donde el jurado también establece la pena que se va a imponer) en los juicios en los Estados Unidos, el gran jurado únicamente decide si el acusado es culpable o inocente y es el juez quien de manera discrecional determina la pena. Opinamos que esto es una gran responsabilidad para los jueces norteamericanos ya que, ha de ser muy difícil tomar la decisión de condenar a un hombre a la pena de muerte o a pasar todo lo que le resta de vida en prisión. Aparte de la responsabilidad que esta decisión conlleva, la facultad

---

<sup>137</sup> Ibid. p. 321.

<sup>138</sup> Ibid. p. 211.

<sup>139</sup> Ibid. p. 260.

discrecional de que gozan los jueces estadounidenses los puede orillar a caer en la exageración y cometer una injusticia con alguna de las partes.

## 12. AUTORIA Y PARTICIPACION.

En la violación se pueden determinar las siguientes formas de participación:

- a) Autoría intelectual. Tal hipótesis se establece en la fracción I del artículo 13 del Código Penal al especificar que son autores o partícipes del delito los que acuerden o preparen su realización.
- b) Autoría material o inmediata. Existe el autor material o inmediato cuando el sujeto directamente realiza el tipo de violación. Son responsables del delito de acuerdo con el artículo 13, fracción II del Código Penal, los que lo realicen por sí.
- c) Coautoría. Son responsables del delito de acuerdo con el artículo 13, fracción III los que lo realicen conjuntamente.
- d) Complicidad. La fracción V del artículo 13 precisa que son cómplices del delito los que determinen a otro a cometerlo. Asimismo, la fracción VI del mismo precepto asienta que son responsables del delito los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión. Finalmente la fracción VIII del mencionado artículo sostiene que son partícipes del delito los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Por su parte la terminología estadounidense distingue tres categorías: a) participes principales en primer grado (*principals in the first degree*) que sería equivalente a la autoría, incluye a los autores mediatos y a los coautores, aunque no se utilizan estas designaciones ni otras equiparables; b) participes principales en segundo grado (*principals in the second degree*) corresponde a los cómplices de toda clase que están presentes en el hecho y c) cómplices (*accessories before the fact*) corresponde a los demás participes que no están presentes en el hecho. Sin embargo, debemos recordar que la tendencia actual de la legislación norteamericana es hacia la supresión y simplificación.

"El Código Penal Modelo (Sec.2.06) y varias codificaciones modernas se limitan a establecer una regla de extensión de responsabilidad para quienes sean cómplices de cualquier clase, es decir, castigan indistintamente a autores y cómplices. Lo mismo ocurre con la legislación federal recientemente modificada en la que lisa y llanamente, se designa como autores (*principals*) al que comete el delito y a quienes lo ayudan, alientan, aconsejan, ordenan, inducen o procuran (18 U.S.C.2)."<sup>140</sup>

Siguiendo lo anterior anotaremos que la gran mayoría de los Códigos norteamericanos únicamente mencionan a la primera categoría señalada, es decir a los *principals in the first degree*.

Sin embargo, algunos otros sí hacen referencia a otro tipo de autoría en relación con la *spousal exception*, por ejemplo: por el tipo de redacción, la forma de participación que se contempla en el Código de North Dakota podría equipararse a la coautoría como la

---

<sup>140</sup> Edmundo S. Hendler. Op. cit. p. 100.

define el Código Penal en su artículo 13, fracción V, ya que establece: "*Where an offense excludes conduct with a spouse, this shall not preclude conviction of a spouse as an accomplice in an offense which he causes another person to perform.*"<sup>141</sup> (Si un delito contiene una excluyente de responsabilidad conyugal, ésta no evitará que el cónyuge sea condenado como cómplice de un delito que él haya determinado a otra persona a cometer). En forma parecida se expresa el Código de Montana: "*Sexual assault: A person who knowingly subjects another not his spouse;...this shall not preclude conviction of a spouse in a sexual act which he or she causes another person, not within the exclusion, to perform.*"<sup>142</sup> (Asalto sexual: Una persona dolosamente, somete a otra que no sea su cónyuge;...esto no impedirá la condena del cónyuge en el delito de asalto sexual que él o ella hayan determinado a otra persona, no incluida en la excluyente a cometer). Opinamos que en el Código de Pennsylvania, se encuentra la definición más completa, "*Where the definition of an offense excludes conduct with a spouse, this shall not preclude conviction of a spouse as accomplice in a sexual act which he or she causes another person, not within the exclusion to perform.*"<sup>143</sup> (Si un delito contiene una excluyente de responsabilidad conyugal, ésta no evitará que el cónyuge sea condenado como cómplice de un delito que él o ella haya determinado a otra persona, no incluida en la excluyente a cometer).

---

<sup>141</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 373.

<sup>142</sup> Ibid. p. 329.

<sup>143</sup> Ibid. p. 394.

En otros Códigos norteamericanos se menciona como forma de participación, una equivalente a la establecida en la fracción VI del artículo 13 del Código Penal. Ejemplo de esto lo encontramos en el Código de Nevada, a propósito de la *spousal exception*: "A person may not be convicted of sexual assault upon his spouse unless... (2) he was an accomplice or accessory to the sexual assault by a third person".<sup>144</sup> (Una persona no puede ser condenada por asalto sexual en agravio de su cónyuge, a menos que... (3) él haya sido cómplice o accesorio del asalto sexual realizado por un tercero). En el Código de Oklahoma son más explícitos, pues desde la definición del delito consideran como una hipótesis del ilícito, el hecho de que la mujer acepte el acto sexual por creer que lo realiza con su esposo: "Second-degree rape:...where female submits under the belief the defendant is her husband... In all cases of collusion between the accused and the husband of the female, to accomplish such act (rape of the female when she submits believing the person is her husband) both the husband and the accused shall be deemed guilty of rape".<sup>145</sup> (Violación de segundo grado:...donde la mujer se someta por creer que el indiciado era su esposo... En todos los casos en que el acusado y el esposo de la víctima se hayan confabulado para llevar a cabo tal ilícito (violación de la mujer cuando se someta por creer que la persona es su esposo),

---

<sup>144</sup> Ibid. p. 338.

<sup>145</sup> Ibid. p. 385.

ambos, el esposo y el indiciado serán considerados culpables de cometer el delito de violación).

Es conveniente analizar la hipótesis anterior ya que se presenta una diferencia importante con la legislación mexicana. En el Código de Oklahoma se considera que el engaño puede ser el medio para cometer el delito de violación, hipótesis que no se establece en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, donde únicamente se contemplan como medios para realizar tal delito la violencia física o moral, por lo tanto, el delito definido en el Código de Oklahoma no podría tipificarse como violación en el Distrito Federal por faltar los medios idóneos para su comisión. La violación fraudulenta se tipificó dentro de la legislación mexicana hasta 1948 en el Código Penal del Estado de Veracruz, cuyo precepto 198, párrafo 2° establece: "Se impondrá la misma sanción establecida por el artículo anterior, al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido o concubinario, y tuviere con ella cópula". En el Proyecto de Código Penal de 1949 para el Distrito y Territorios Federales se incluía la violación fraudulenta en el artículo 257 pero como este proyecto no llegó a concretizarse esta figura delictiva no tomó vida en la legislación del Distrito Federal.

### 13. LA VIOLACION Y LA REPARACION DEL DAÑO.

El artículo 276 bis del Código Penal, determina que "cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio".

Se ha estimado que esta determinación "representa un indiscutible avance".<sup>146</sup> No se puede negar que el maestro Porte Petit está en lo correcto, pero debemos considerar que el daño que se le causa a una mujer victima del delito en estudio, no se limita a "cuando resulten hijos", por lo tanto habría que considerar en una reparación del daño en todos los casos que este delito se cometa.

Algunos estados de la Unión Americana contemplan este punto y otros no. En general establecen la reparación del daño pero dejan abierta la forma de realizarla o el monto de dinero que se le entregará a la victima. El estado que explícitamente determina la reparación del daño en sentido más amplio es Utah, "*Court may order defendant to pay restitution to victim, including "special" damages and medical expenses*".<sup>147</sup> (El juez puede ordenar al indiciado pagar la reparación del daño a la victima, incluyendo daños "especiales" y gastos médicos). En North Dakota, se condiciona la libertad

---

<sup>146</sup> Celestino Porte Petit Candaudap. Op. cit. p. 111.

<sup>147</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 425.

condicional al pago de la reparación del daño: "*Provision for restitution to victims as a condition of probation*".<sup>148</sup> (Condición para obtener la libertad condicional, que se pague a la víctima la reparación del daño). En los otros estados que se considera la reparación del daño no se establece ninguna condición, sino que se deja a la discreción del juez su aplicación. Así, el Código del estado de Florida apunta: "*Court may order defendant to make restitution*".<sup>149</sup> (El juez puede ordenar al indiciado pagar la reparación del daño). El estado de Idaho precisa la misma disposición, únicamente se refiere al indiciado como *offender*: "*Court may order offender to provide restitution*".<sup>150</sup> (El juez puede ordenar al infractor proveer la reparación del daño). Por último los estados de New Jersey y Pennsylvania, únicamente en la parte *Special* (Especial) mencionan la palabra *Restitution*<sup>151</sup> (Reparación del daño).

Opinamos que es una buena medida que el tribunal ordene al sentenciado que restituya a la víctima o a sus familiares los gastos médicos que hayan tenido que cubrir o indemnizar en cierta medida a la víctima por el daño psicológico o moral que ha sufrido debido a la comisión del delito en cuestión.

---

<sup>148</sup> Ibid. p. 376.

<sup>149</sup> Ibid. p. 250.

<sup>150</sup> Ibid. p. 263.

<sup>151</sup> Ibid. p. 352, 396.

## CAPITULO IV

### PROPUESTAS PARA MODIFICAR EL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

Este estudio comparativo tiene como principal objetivo proponer algunas modificaciones al Código Penal vigente para el Distrito Federal respecto a la reparación del daño, la pena de prisión y la multa.

#### 1. REPARACION DEL DAÑO.

El Código del estado de Utah establece: "*Court may order defendant to pay restitution to victim, including "special" damages and medical expenses*".<sup>152</sup> (El juez puede ordenar al indiciado pagar la reparación del daño a la víctima, incluyendo daños "especiales" y gastos médicos). Este es dentro de los Códigos estadounidenses el que en forma más amplia se refiere a este punto. Sin embargo nuestra legislación es todavía más completa.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal establece en su artículo 30 lo que la reparación del daño comprende:

---

<sup>152</sup> Ibid. p. 425.

"I La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y

II La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

El artículo 30-bis especifica quiénes tienen derecho a la reparación del daño:

"Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1°.- el ofendido; 2°.- En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge superstite, o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieren económicamente de él al momento del fallecimiento."

El artículo 31-bis precisa:

"En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo."

Específicamente en relación al delito de violación el artículo 276-bis ordena:

"Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y

"I La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y

II La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

El artículo 30-bis especifica quiénes tienen derecho a la reparación del daño:

"Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1°.- el ofendido; 2°.- En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite, o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieren económicamente de él al momento del fallecimiento."

El artículo 31-bis precisa:

"En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo."

Específicamente en relación al delito de violación el artículo 276-bis ordena:

"Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y

para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio."

Estudiando estos artículos pareciera que las víctimas del delito de violación obtienen una reparación del daño adecuada al perjuicio que les ocasionó la conducta ilícita del delincuente, sin embargo la realidad es muy diferente, pues una y otra vez las sentencias condenatorias del delito de violación en sus considerandos establecen, por ejemplo:

"VIII. Con fundamento en el artículo 30 (a contrario sensu) del Código Penal, se absuelve a [nombre del sentenciado] del pago de la reparación del daño, proveniente del delito de VIOLACION, por ser un delito no susceptible de cuantificarse materialmente."

Viendo lo anterior es necesario preguntarse ¿qué pasa en realidad con la reparación del daño? La teoría dice una cosa y la práctica todo lo contrario, pero lo que sí es una realidad es que las víctimas de estos delitos no obtienen los medios económicos necesarios para hacerle frente a los gastos que les ocasiona la comisión de un delito de este tipo, pues no únicamente tienen que solventar en muchas ocasiones gastos quirúrgicos para aliviar las lesiones físicas producidas en sus cuerpos por el ejercicio de la violencia, sino en todos los casos se hace imperativo una terapia psiquiátrica, que les ayude a superar los traumas causados en su personalidad. Desgraciadamente muy pocas agraviadas tienen esta ayuda a su alcance, pues para obtenerla de parte de la medicina

institucional tienen que franquear innumerables obstáculos y realizar tantos engorrosos trámites que terminan por abandonar su intento, por otra parte, costearlo en forma particular es prácticamente imposible para la mayoría de las víctimas.

Otra realidad innegable es que los C. Agentes del Ministerio Público no cumplen adecuadamente con su función de "Representación Social", pues aunque el artículo 31 bis del Código Penal los "obliga a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño...", casi ninguno de ellos les hace saber a las víctimas que pueden presentar pruebas y datos sobre los gastos médicos en que hayan incurrido debido al delito en comento, teniendo esto como resultado que las ofendidas no presentan ninguna prueba y por lo tanto, el C. Juez no tiene ningún elemento para cuantificar el daño causado viéndose en la necesidad de "absolver de la reparación del daño" al delincuente.

Por las razones anteriormente expuestas proponemos que el Código Penal establezca, específicamente, en su artículo 265 el pago mínimo de N\$10,000 (diez mil nuevos pesos) y máximo de N\$30,000 (treinta mil nuevos pesos) para la reparación del daño, según pruebas que aporte la víctima o los ofendidos (se mencionan tales cantidades tomando en consideración que, por un lado, son lo mínimo que la víctima necesitaría para afrontar los gastos médicos a que se vería sometida y por el otro, opinamos que no son cantidades demasiado altas y que por lo tanto, podrían ser cubiertas por la mayoría de los sentenciados). Con esta medida se pretende que el

agente del Ministerio Público o el C. Juez soliciten a la víctima o a sus familiares datos y pruebas de lo que hayan tenido que erogar para rehabilitar a la agraviada, así el Juzgador podrá cuantificar la reparación del daño según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 34 del Código Penal, el cual ordena:

"La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales."

Consideramos de suma importancia que la víctima o sus familiares conozcan esta disposición, pues es letra muerta mientras no sirva de nada a quienes supuestamente trata de proteger.

## **2. PENA DE PRISION.**

La pena de prisión como la concibe el Código Penal vigente para el Distrito Federal tiene una doble finalidad: la de prevención general, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplariza a los demás para que se abstengan de violar la norma y la preventivo-especial, es decir, no trata de retribuir un hecho pasado sino que tiende a

evitar, por medio de la readaptación social del delincuente, que éste reincida.

Martínez Roaro opina acerca de la pena de prisión:

"También a manera de interrogante, más que como afirmación, dejaríamos asentada nuestra preocupación por el sujeto activo de la violación. ¿El privarlo de la libertad sirve efectivamente para readaptarlo? Ante el creciente número de violaciones, el aumentar la sanción del tipo ¿va a servir para disminuir las violaciones? Por ser todo esto objeto de estudios psico-sociales, más que jurídicos, no nos atrevemos a elucubrar mucho al respecto, pero tampoco podemos mantenernos al margen, por lo que, de manera bastante elemental, nos atrevemos a emitir nuestra opinión en el sentido de que el sujeto violador, más que de reclusión requeriría de tratamientos médicos de distinta naturaleza."<sup>153</sup>

Estamos de acuerdo con esta opinión en el sentido de que el violador necesita tratamiento psiquiátrico, pero podemos ir más lejos, no únicamente los violadores necesitan este tipo de tratamiento, sino que existen una gran cantidad de delincuentes que padecen diversos problemas psicológicos que solamente con ayuda profesional podrían resolver; pero si analizamos las condiciones reales de nuestros reclusorios llegamos a la conclusión de que no es posible otorgar a los internos este tipo de asistencia, ya que es demasiado onerosa y no se cuenta con el personal ni con el presupuesto adecuado para ello.

---

<sup>153</sup> Marcela Martínez Roaro. Op. cit. p. 245.

Debido a esto es nuestro parecer que si se debería aumentar la pena de prisión a los violadores, pues así se evitaria durante más tiempo que lesionaran la libertad sexual de otras personas y concurrentemente estarían sometidos al tratamiento de readaptación social que de acuerdo a la Exposición de Motivos del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal son dos de sus principales objetivos:

"Por honestidad intelectual debemos mencionar que las reformas propuestas están hechas sobre la base del Reglamento vigente, mismo del que debe reconocerse está inspirado sobre sólidos principios jurídicos, humanitarios, técnicos, de respeto a la dignidad de las personas, de la readaptación social sobre la base del trabajo y la educación, de la individualización del tratamiento progresivo, entre otros.

Reglamento que en su articulado considera al individuo privado de su libertad como una persona que la sociedad aísla, no con el afán de ejercer en él una venganza, sino que tiene por finalidad evitar que esa persona continúe lesionando los intereses sociales, y que el tiempo de reclusión le permita corregir su conducta y reintegrarse a la comunidad libre."

En conclusión y tomando como apoyo el estudio comparativo, considero que la pena de prisión para el delito de violación debería aumentarse en su mínima a diez años y en su máxima a veinte años. Pena que no considero excesiva si se la compara con los 20 años mínimos que establecen los estados de Hawaii, Kentucky y Washington o los 99 años máximo que establece el estado de Alabama.

Con esto se pretende que el violador tenga más tiempo para beneficiarse con los programas de rehabilitación que se le brindan en los reclusorios y centros de readaptación social.

### **3. MULTA.**

El artículo 29 del Código Penal vigente en el Distrito Federal establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño y que la multa consistente en el pago de una cantidad de dinero se entregará al Estado.

El Estado lógicamente usa esta cantidad de dinero para solventar parte de las erogaciones que se ve obligado a realizar para el sostenimiento y cuidado de los internos dentro de los Centros de Reclusión.

Si consideramos todos los aspectos que engloban las palabras sostenimiento y cuidado, encontramos que el Estado realiza un gasto enorme en cada uno de los reclusos que se encuentran cumpliendo una pena de prisión, pues no únicamente se les proporciona alimento y habitación sino también, obedeciendo a la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, maestros para realizar estudios primarios y superiores, oficiales técnicos que les enseñen diferentes oficios, médicos que les consulten en caso de algún padecimiento físico y psicólogos y pedagogos que continuamente les hagan estudios de personalidad para valorar su readaptación a la sociedad.

Ahora bien, según la Ley de Normas Mínimas, gran parte de estos gastos deberían correr por cuenta de los sentenciados pues en el segundo párrafo del artículo 10 se establece:

"Los reos pagarán su sostenimiento en el reclusorio con cargo a la percepción que en éste tengan como resultado del trabajo que desempeñen. Dicho pago se establecerá a base de descuentos correspondientes a una proporción adecuada de la remuneración, proporción que deber ser uniforme para todos los internos de un mismo establecimiento."

Pero contradiciendo esta disposición se encuentra el artículo 20 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, expedido por la Asamblea de Representantes, que asienta:

"El Departamento del Distrito Federal está obligado a proporcionar a los Reclusorios y Centros de Readaptación Social, los recursos suficientes para que los internos vivan dignamente y reciban alimentación de buena calidad, ésta deberá programarse por un dietista semanalmente y distribuirse en tres comidas al día, utensilios adecuados para consumirla, además de ropa de cama, zapatos y uniformes apropiados al clima, en forma gratuita.

Los uniformes, ropa de cama y zapatos se entregarán dos veces al año cuando menos.

Para el aseo personal de los internos les proporcionarán gratuitamente: agua caliente, fría y jabón, así como los elementos necesarios para el aseo de dormitorios."

Inútil es decir que la disposición que se cumple, si bien no completamente es esta última, pues los reclusos no aportan dinero

para su manutención aunque perciban un salario. Aquí cabría preguntar, ¿En qué estarían pensando los Asambleístas al expedir este Reglamento que se encuentra en franca oposición a la Ley de Normas Mínimas, que por jerarquía debería nulificar?, y además al establecer disposiciones absurdas, en la práctica casi imposibles de cumplir, pues parecería que los reos están de vacaciones hospedados en un hotel de lujo y no cumpliendo una pena de prisión. ¿Habrán investigado los asambleístas?: ¿A cuántas de las personas que estamos en libertad, que no hemos violado las leyes y que si trabajamos para lograr nuestra manutención y la de nuestras familias, un dietista nos programa semanalmente nuestra dieta? o ¿Cuántos de los obreros que viven en colonias marginadas subsistiendo apenas con su sueldo mínimo comen tres veces al día, tienen agua caliente para bañarse y ropa adecuada al clima?

Medidas como las anteriores abundan en el mencionado reglamento, de las cuales algunas se cumplen y otras no, pero las que sí se cumplen son con cargo al Estado y aquí surge la pregunta ¿Por qué el Estado que en último caso somos los contribuyentes debe de ocupar parte de sus ingresos en la manutención de los reclusos? No existe una respuesta adecuada a esta pregunta por lo tanto, es nuestro parecer, que el reo debe pagar con parte del salario que obtenga por su trabajo su manutención como lo establece la Ley de Normas Mínimas.

Consideramos de elemental justicia que los reclusos paguen, además de su manutención diaria, una multa al Estado al momento de ser sentenciados.

Algunos estados de la Unión Americana imponen multas para los responsables del delito de violación, por ejemplo el estado de South Dakota establece a *possible fine of \$25,000*<sup>154</sup> (posible multa de \$25,000 dólares); pero el estado de Nebraska le quita el *possible* y establece: *fine of \$25,000*<sup>155</sup> (multa de \$25,000 dólares). El estado de Alabama reglamenta: *Fines: class A felony, up to \$20,000*<sup>156</sup> (Multas: delito clase A, hasta \$20,000 dólares). Los estados de Nevada, West Virginia y Texas imponen una multa de \$10,000 dólares<sup>157</sup> y otros estados como New Jersey y New Mexico dejan como una facultad discrecional del juez la imposición de la multa, al establecer: *Fines may be imposed in addition to term of imprisonment*<sup>158</sup> (Se pueden imponer multas además de la pena de prisión).

Tomando los anteriores razonamientos y datos como justificación, proponemos que el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 265 imponga una pena pecuniaria mínima de 200 días multa y máximo de 400 días multa a los responsables del delito de violación.

---

<sup>154</sup> Hubert S. Feild & Leigh B. Bienen. Op. cit. p. 413.

<sup>155</sup> Ibid. p. 336.

<sup>156</sup> Ibid. p. 211.

<sup>157</sup> Ibid. p. 341, 449, 420.

<sup>158</sup> Ibid. p. 352, 359.

## CONCLUSIONES

1.- La práctica que se presenta, en los Estados Unidos, de resolver la mayoría de los casos por medio de transacciones extrajudiciales, no es justa para las víctimas de los delitos. Por otro lado, el Estado ahorra bastante dinero al no celebrar tantos juicios como debiera, entonces cabe formularse la siguiente interrogante ¿Para la aplicación de la justicia en los Estados Unidos es más importante ahorrar dinero al Estado que castigar a los delincuentes con la severidad que merecen? Aparentemente la respuesta es afirmativa. Consideramos que la manera como se imparte la justicia en nuestro país es más adecuada puesto que no concede favores a los delincuentes a cambio de sus confesiones.

2.- Opinamos que los tribunales de primera instancia de los Estados Unidos deberían dar por escrito sus resoluciones y fundamentar sus fallos, ya que, creemos, el indiciado debería tener el derecho de saber con exactitud por qué fue sentenciado y cuáles fueron los considerandos que se tomaron en cuenta para llegar a tal resolución. Sostenemos que es una medida muy acertada el que lo anterior si se lleve a cabo en los tribunales mexicanos.

3.- En el Derecho Estadounidense se ha abusado de la causa de inimputabilidad por enfermedad mental. El hecho de que el jurado esté compuesto por ciudadanos que no son técnicos del derecho se presta para que los abogados defensores apelen a sus emociones para

lograr que hagan a un lado las consideraciones legales y llevados por sentimentalismos, o bien, por presiones sociales, absuelvan a los indiciados que han ganado su simpatía. Consideramos que los tribunales de nuestro país actúan correctamente al no tomar en cuenta razonamientos metajurídicos para emitir sus fallos.

4.- El sistema penal estadounidense comete un error al castigar indistintamente a autores y cómplices del delito, pues si la participación en la consumación del delito no fue la misma no tiene por qué serlo la pena. Opinamos que es un acierto el que nuestra legislación sea más cuidadosa en ese punto y le aplique a cada sujeto lo que merece según su grado de participación y culpabilidad.

5.-Pensamos que la pena de muerte que se aplica en los Estados Unidos es totalmente inconstitucional, pues está en franca oposición a la disposición constitucional establecida en la Enmienda VIII. Además de esta consideración está el hecho de que esta pena no ha servido como medida intimidatoria, ni ha evitado que los criminales continúen realizando sus prácticas delictivas. Es loable que en nuestro país no se aplique esta forma bárbara e inútil de castigar a los delincuentes.

6.- Señalamos como un desacierto el que la Constitución de los Estados Unidos permita, que en el estado de Louisiana se imponga como pena para el delito de violación agravada, la cadena perpetua que se compurga realizando trabajos forzados, ya que viola flagrantemente los derechos humanos de los sentenciados, además de

ser ineficaz para lograr la readaptación de los delincuentes a la sociedad. Consideramos como un adelanto el que la Constitución mexicana prohíba penas de infamia, inusitadas y trascendentales.

7.- La transformación que el Derecho Penal en los Estados Unidos está presentando, de consuetudinario a estatutario, es un importante avance para lograr una mejor impartición de la justicia, tanto para los indiciados como para las víctimas de los delitos. Pensamos que es una ventaja para los ciudadanos mexicanos el que nuestro derecho siempre haya pertenecido a la rama del derecho escrito.

8.- Una lamentable reminiscencia del *Common Law* la representa la *spousal exception*, donde se establece una franca exclusión del delito de violación en tratándose del activo cónyuge, dando como resultado una tremenda discriminación sexual en contra de las mujeres estadounidenses. Afirmamos que es un gran avance social el que las leyes mexicanas no propicien la discriminación sexual en contra de las mujeres.

9.- Constituye un gran acierto el que la legislación norteamericana indemnice, eficazmente, el daño físico y moral que la comisión de este delito causa a las víctimas. Desafortunadamente en nuestro país no se brinda una protección adecuada a las víctimas de este delito.

10.- Es jurídicamente inaceptable que los abogados defensores estadounidenses, en muchos casos, intenten lograr la absolución de su defenso mediante el descrédito social de la víctima, aduciendo

que si fue violada fue porque era una mujer poco casta o promiscua. Reiteramos que los tribunales mexicanos demuestran ser más técnicos del derecho que los norteamericanos, al no permitir que estos aspectos metajurídicos influyan en sus resoluciones.

11.- Es un acierto que la legislación norteamericana aplique penas de prisión más severas para los activos de este delito, que las establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal ya que, pensamos, es necesario que este tipo de delincuentes pasen más tiempo reclusos en un centro especializado, para que logren readaptarse a la sociedad y puedan vivir en su seno sin agredir a sus semejantes.

12.- Constituye una medida muy adecuada que en algunos Códigos norteamericanos, a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal, se impongan multas para los responsables del delito de violación, ya que consideramos, es indispensable que los sentenciados retribuyan al Estado, mediante una multa, parte de los gastos que efectúa durante el juicio y el tiempo de reclusión.

## COMENTARIO FINAL

La intención con que nos acercamos a otro modelo de Derecho Penal para realizar este trabajo fue analizarlo, compararlo con el nuestro, obtener lo positivo que se encontrara y desechar lo negativo para con estos nuevos conocimientos hacer unas propuestas que de volverse realidad, pudieran ayudar en cierta medida a las víctimas del delito de violación.

Recurrir a un Derecho Consuetudinario para que sirviera de base a este estudio tuvo una doble intención, primero lograr el conocimiento de un tema desconocido y segundo aprender cómo partiendo de otro antecedente cultural, con otras costumbres, otro idioma y otra idiosincrasia podía tratarse un problema similar.

Para esto consideramos necesario conocer la organización del Poder Judicial de los Estados Unidos de América, las diferentes clases de tribunales que existen en los estados, las diferentes clases de jueces que ejercen en la Unión Americana, la manera como emiten sus fallos tomando como parámetro principal las sentencias emitidas con anterioridad por los mismos tribunales y no leyes escritas por legisladores, las diferentes clases de resoluciones judiciales que existen, la función del Gran Jurado, institución desconocida en nuestro país y la manera diferente para nosotros como solucionan la gran mayoría de los litigios mediante transacciones extrajudiciales.

Tambien consideramos necesario estudiar el Derecho Penal de los Estados Unidos y comparar su doctrina con la nuestra; con esto pudimos encontrar grandes similitudes pero también grandes diferencias. Se estudiaron los diversos enfoques que los diferentes estados dan a un mismo delito y se comprobó la autonomía real que guardan éstos entre sí, ya que cada uno de ellos da un tratamiento diferente al delito que nos ocupa pues no únicamente le denominan de manera diferente sino que las condiciones de realización, los sujetos y las penalidades son diferentes. Se mencionaron las diferentes clases de penas que se aplican, aspecto ilustrativo para mí en lo personal puesto que algunas de ellas son desconocidas en nuestro país, por ejemplo: los trabajos forzados o la pena de muerte que aunque nuestra Constitución Política la contempla en la práctica ningún juez la administra.

Asimismo surgieron datos interesantes al compararse los elementos del tipo entre uno y otro país. Con sorpresa nos enteramos de la llamada *spousal exception*, aspecto que consideramos tremendamente injusto para las mujeres norteamericanas pero al mismo tiempo comprobamos con gran satisfacción, que las mujeres mexicanas estamos mejor protegidas por nuestras leyes. Punto este último en el que me gustaria insistir pues considero que nuestras leyes por lo menos en este punto, si abarcan todos los aspectos necesarios para brindar una protección eficaz a los ciudadanos mexicanos; el problema entonces no son las leyes, sino las personas

que las aplican sobre todo los agentes de la llamada Representación Social.

Muchas de las víctimas de este delito se niegan desde un principio a dar a conocer el agravio que han sufrido, pues saben que se van a enfrentar a nuevas humillaciones y ofensas de parte de las personas encargadas de administrar la justicia y por lo tanto de protegerlos, por esto, en muchísimas ocasiones no acuden a presentar sus denuncias y cuando lo hacen y logran llevar a juicio a la persona que los agredió el único consuelo que obtienen es que el delincuente pase varios años de su vida en la cárcel; pero para las víctimas no existe un apoyo real y cuantificable que les auxilie a obtener la ayuda necesaria para superar el trauma que la comisión del delito les ocasionó, pues aunque la ley establece que se debe indemnizar el daño material y moral causado a las víctimas, en la práctica los representantes sociales no cumplen con lo que les señala la ley y como resultado ésta se convierte en letra muerta.

Consideramos que las mujeres y también los hombres víctimas de este delito sufren este estigma por el resto de su vida y desafortunadamente no obtienen de nuestro sistema judicial una reparación adecuada al daño que la comisión del ilícito les causa.

En conclusión se propuso modificar la penalidad marcada en el artículo 265 del Código Penal, aumentándola en su mínimo a diez años de prisión y en su máximo a veinte años. También se propuso imponer dentro del mismo artículo, una pena de 200 días mínimo y

400 días máximo de multa y por último establecer, siempre dentro del mismo artículo, cantidades específicas para la reparación del daño con un mínimo de \$10,000 (diez mil nuevos pesos) y un máximo de \$30,000 (treinta mil nuevos pesos) según pruebas que presente la víctima o los ofendidos.

Este trabajo y las propuestas con las que culmina se hicieron tomando en cuenta siempre, los intereses de las víctimas, pues aunque los criminales también tienen derechos considero que ellos agredieron y violaron en primer término los derechos de las agraviadas por lo tanto, sale fuera de la intención de este trabajo analizar la problemática de los delincuentes.

## BIBLIOGRAFIA

- BARBER, Sotirios A. *On What the Constitution Means*. The Johns Hopkins University Press, Baltimore, USA. 1984. 245 pp.
- BODE, Janet. *Rape: preventing it, coping with the legal medicine and emotional*. Franklin Watts, New York. 1979. 103 pp.
- BURGER, Warren E. *Delivery of Justice*. The College of William and Mary Press Marshall-Wythe School of Law and West Publishing Co., Minnesota. 1990. 361 pp.
- BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 24a. ed., Ed. Porrúa, México. 1992. 788 pp.
- CARP, Robert A. & STIDHAM, Ronald. *The Federal Courts*. Congressional Quarterly Inc. Washington, D.C. 1985. 257 pp.
- CARRANCA, y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 16a. ed., Ed. Porrúa, México. 1988. 986 pp.
- CARRANCA, y Trujillo Raúl y CARRANCA y Rivas Raúl. *Código Penal Anotado*. 17a. ed., Ed. Porrúa, México. 1993. 1029 pp.
- CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 29a. ed., Ed. Porrúa, México. 1991. 359 pp.
- COLIN, Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 13a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1992. 724 pp.
- CURRIE, David P. *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*. Zavallía, España. 1993. 198 pp.
- FARSWORTH, Allan E. *An Introduction to the legal system of the United States*. 2a.ed., Popular Prakashan, Bombay. 1988. 172 pp.
- FEILD, Hubert S. & BIENEN, Leigh B. *Jurors and Rape*. Lexington Books, Lexington, Massachusetts, Toronto. 1980. 473 pp.
- FRIEDMAN, Lawrence Meir. *American Law*. W.W. Norton & Company, New York, 1984. 362 pp.
- GARCIA, Ramirez Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. 2a. ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1993. 410 pp.
- GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los*

- Estados Unidos. 2a. ed. Dimelisa. México, D.F. 1976.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal Comentado*. 10a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1992. 547 pp.
- GROTH, Nicholas. *Men who rape: The psychology of the offender*. Plenum Press, New York, 1981. 227 pp.
- HENDLER, Edmundo S. *El Derecho Penal en los Estados Unidos*. Instituto Nacional de Ciencia Penales, México. 1992. 155 pp.
- HURSCH, Carolyn. *The Trouble with Rape*. Nelson- Hall, Chicago. 1977. 194 pp.
- JACOBSTEIN, J. Myron & MERSKY, Roy M. *Legal research: an abridgement of fundamentals of legal research*. The Foundation Press, Inc., New York. 1981. 386 pp.
- JIMENEZ, Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III. 5a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1984. 408 pp.
- KLEIN, Mitchell. *Law, Courts and Policy*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, USA. 1984. 327 pp.
- MARTINEZ, Roaro Marcela. *Delitos Sexuales*. 4a. ed., Ed. Porrúa. México. 1991, 355 pp.
- PAVON, Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 10. ed., Ed. Porrúa. México. 1991. 558 pp.
- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. *Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación*. 5a. ed., Ed. Porrúa. México. 1993. 237 pp.
- PRITCHETT, Charles Herman. *The American Constitution*. 2a. ed., Mc Graw-Hill Book Company. USA. 1968. 840 pp.
- SANCHEZ, Bringas Enrique. *Derecho Constitucional*. Ed. Porrúa. México. 1995. 718 pp.
- SATTER, Robert. *Doing Justice: A Trial Judge at work*. Simon and Schuster, New York. 1990. 245 pp.
- SMITH, James Frank (Coordinador). *Derecho Constitucional Comparado México - Estados Unidos*. Tomo 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. 1990. 551 pp.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Segunda reimpresión. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1994. 857 pp.