



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"CAMPUS ARAGON"

*"CREACIÓN DE UN TIPO PENAL DE LA
VIOLACIÓN IMPROPIA DIVERSO AL
CONTEMPLADO EN EL PÁRRAFO
TERCERO DEL ARTÍCULO 265 DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL"*

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

CISNEROS HERRERA JOVITA

ASESOR DE TESIS:
LIC. MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ

MÉXICO

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

En el presente trabajo quiero expresar mi agradecimiento:

A mis padres:

Por darme la vida, por educarme y formarme para seguir adelante y por todo el amor y la ternura incondicional que me brindan siempre.

A mi esposo:

Con mi más grande amor, ya que con su estímulo apoyo y comprensión hizo posible la feliz realización de una de mis metas. " No son suficientes las palabras para agradecerte todo lo que me has brindado. Gracias por tanto amor y por todo lo que significas para mí ".

A mis hijos:

A los tesoros más grandes que la vida me ha regalado y a quienes con el presente trabajo pretendo servirles de ejemplo para que en el futuro tiendan siempre a superarse y ser los mejores en todo.

A mis hermanos:

Por todo el cariño que me tienen y por todo el apoyo que me han dado en todo momento.

A mi asesora:

Con cariño y respeto, Licenciada Graciela León López, por su ayuda incondicional y su importante colaboración en la realización de este trabajo. "Gracias".

Al Licenciado Alfredo David Rosales Castrillo:

Con sincero y eterno agradecimiento, ya que sin su valiosa ayuda no hubiera sido posible realizar el presente trabajo.

A todos mis maestros y amigos que me ayudaron de una u otra manera.

**CREACIÓN DE UN TIPO PENAL DE LA VIOLACIÓN IMPROPIA
DIVERSO AL CONTEMPLADO EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL
ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL**

ÍNDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1.- ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN EN MÉXICO A PARTIR DE 1871.	
1.1.- Concepto de delito	8
1.2.- Concepto de violación	10
1.3.- Código Penal de 1871	11
1.4.- Código Penal de 1929	14
1.5.- Código Penal de 1931	17
CAPÍTULO 2.- CLASIFICACIÓN DE LA VIOLACIÓN.	
2.1.- Violación Simple o Propia	22
2.2.- Violación Equiparada	25
2.3.- Violación Tumultuaria	28
2.4.- Violación hecha por Sujeto Activo Propio	29
2.5.- Violación Impropia (con instrumento o elemento distinto al miembro viril)	32
CAPÍTULO 3.- ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA (CON INSTRUMENTO O ELEMENTO DISTINTO AL MIEMBRO VIRIL).	
3.1.- Elementos del delito	35

	Pags.
3.1.1.- Conducta	35
3.1.1.1.- Clasificación del delito en orden a la conducta	37
3.1.1.2.- Clasificación del delito en orden al resultado	39
3.1.2.- Tipicidad	42
3.1.2.1.- Elementos generales del tipo	43
3.1.2.2.- Elementos especiales del tipo	47
3.1.2.3.- Clasificación del delito en orden al tipo	48
3.1.3.- Antijuridicidad	51
3.1.4.- Imputabilidad	55
3.1.5.- Culpabilidad	59
3.1.6.- Punibilidad	64
3.2.- Formas de aparición del delito	66
3.2.1.- Tentativa	68
3.2.2.- Consumación	70
3.3.- Medios comisivos del delito	71
3.3.1.- Violencia física	71
3.3.2.- Violencia moral	73

	Págs.
CAPÍTULO 4.- ANÁLISIS DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	
4.1.- Estado de indefensión en que se encuentran los menores de edad y las personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no puedan resistirlo	76
4.2.- Tipo penal propuesto	80
4.2.1.- Elementos generales del tipo	83
4.2.1.1.- Conducta	83
4.2.1.2.- Sujeto activo	83
4.2.1.3.- Sujeto pasivo	84
4.2.1.4.- Bien jurídico	84
4.2.1.5.- Objeto material	84
4.2.1.6.- Resultado	85
4.2.2.- Elementos especiales del tipo	85
4.2.3.- Clasificación del delito en orden al tipo	86
4.2.4.- Punibilidad	86
CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	91

INTRODUCCION

Sin lugar a dudas, el delito de violación propia es una conducta sexual muy grave; pero no lo es en menos dimensiones el delito de violación impropia (con instrumento o elemento distinto al miembro viril); si aunado a lo anterior señalamos que en la actualidad en la ciudad de México se incrementa cada día más el número de víctimas que son violadas con instrumento o elemento distinto del órgano masculino; lo anterior mencionado nos servirá de base para darnos cabal cuenta del exagerado aumento de la criminalidad sexual en nuestra ciudad capital.

La violación impropia es un delito que cotidianamente afecta a la sociedad, porque constituye predominantemente un ataque contra la libertad sexual, además de que sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vida de las víctimas. Este delito en cuestión no nada más es sufrido por personas adultas que se encuentran en estado psicofísico normal , es decir que se pueden defender del ataque sexual y en quienes sí es necesario el uso de la violencia física o moral, violencia que es requisito indispensable para la integración del ilícito y para poder ser doblegados, sino que también es llevado a cabo contra personas que se encuentran en una situación o circunstancia que no pueden resistir la conducta sexual delictuosa y por lo mismo el sujeto activo a veces no comete dicho delito con los medios comisivos delimitados para su integración, quedando con esto fuera del alcance de la ley, ya que su acción no tipifica ningún delito.

Lo anterior expuesto fue la razón que nos llevó a elaborar este trabajo donde nuestro único interés es demostrar que es necesaria la creación en el

código sustantivo de la materia de un tipo penal que proteja la libertad y el normal desarrollo psicosexual de los menores de doce años de edad y de aquellas personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho, que por cualquier causa no puedan resistirlo, cuando sean violados por vía vaginal o anal con un elemento o instrumento distinto del órgano masculino sin violencia.

El presente trabajo está conformado de cuatro apartados para una mejor comprensión del mismo. En el primer capítulo denominado Antecedentes de la Violación en México a partir de 1871, estudiaremos lo que es el delito, la violación y los diferentes códigos penales que han regido el delito de violación hasta llegar al actual.

En el segundo apartado, titulado Clasificación de la Violación, hablaremos de las diversas formas en que son atacadas sexualmente las personas, esto es con el fin de ubicar a la violación impropia y de que haya un entendimiento más claro sobre la misma.

En el penúltimo capítulo, que se denomina Estudio Dogmático del Delito de Violación Impropia (con instrumento o elemento distinto al miembro viril), haremos un análisis de todos y cada uno de los elementos positivos que integran este delito para que sea mejor comprendido el tipo penal que pretendo proponer.

En el cuarto y último capítulo, titulado Análisis del Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, expondremos nuestra crítica, sugerencias e inquietudes para la creación de un tipo penal diverso al ya contemplado para la violación impropia, así como el estudio de sus propios elementos. Cerrando esta investigación con el apartado de Conclusiones.

CAPÍTULO 1.-

ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN EN MEXICO A PARTIR DE 1871.

Antes de entrar al estudio de los antecedentes de la violación, consideramos necesario dar la definición de lo que es el delito y de lo que es la violación, para la mejor comprensión de este capítulo.

1.1.- Concepto de delito.

La palabra delito proviene del verbo latino delinquere, que significa dejar o abandonar el buen camino, apartarse o alejarse del sendero.

El delito tiene bastantes definiciones, pues son muchos los autores que lo han estudiado desde diferentes puntos de vista. En este trabajo sólo se mencionarán algunas de ellas, las que a nuestro criterio consideramos que son las más importantes y trascendentales.

Concepto dogmático del delito.- El autor Ignacio Villalobos expresa que delito es "Todo atentado grave al orden jurídico, y si los fines del Derecho son la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es tal porque lesiona, pone en peligro alguno de estos tres valores, o atenta contra él".¹

Villalobos da esta definición de delito porque considera que el Derecho legislado trata de interpretar las necesidades del bien común, de la seguridad pública, y los alcances de la justicia, en distintas épocas y en distintos lugares pueden ofrecerse diversas interpretaciones, acerca de actos que algunas veces se aplaudan y otras veces se reprueben erigiéndose en delitos. Pero esto no

¹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano. 4a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. Pág.206.

cambiaría en nada la esencia de la delictuosidad, lo que se modificaría sería su aplicación en la práctica.

Por su parte Castellanos Tena, refiere que : "El acto o la omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y la conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, más no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles".²

El autor citado se une al criterio tetratómico, ya que considera que los elementos del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y que no existe prioridad temporal entre ellos, pero si una prelación lógica.

Para el maestro Pavón Vasconcelos, el delito es "la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible"³, por lo que se afilia a un criterio pentatómico, porque considera que son cinco los elementos del delito: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Para el autor Jiménez de Asúa, el delito es "el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"⁴, por lo que considera que las características del delito son: actividad; adecuación típica; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad

² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 23a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. Pág. 130.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 6a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 165.

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. 3a. edición. Editorial Sudamericana Abeledo-Perrot, S.A. Argentina 1990. Pág. 207.

Luis C. Cabral manifiesta que se debe definir al delito en general como: "La acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y sancionada con una pena."⁵

Concepto legal del delito.- Este concepto indudablemente que lo encontramos en la ley de la materia. Ciertamente, el Artículo 7° de nuestro Código Penal define al delito en los siguientes términos: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Ahora bien, al relacionar este precepto con el propio ordenamiento jurídico encontramos, una conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, elementos integrantes del delito que más adelante estudiaremos.

1.2- Concepto de violación.

La palabra violación deriva del verbo violar que significa infringir, romper, quebrantar una cosa.

La violación en términos generales, es la penetración en un lugar en contra de la religión, la ley o la moral.

El concepto de violación en materia penal significa penetración sexual; se produce cuando el órgano genital o cualquier otro instrumento o elemento entra en el cuerpo de la persona, ya sea por vía normal o anormal, no importando que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación.

⁵ C. Cabral, Luis. Compendio de Derecho Penal y Otros Ensayos. 2a. edición. Editorial Abeledo-Perrot, S.A.E.I. Argentina, 1991. Pág. 37.

Para Fontán Balestra, la violación en su acepción más amplia, es "El acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima".³

1.3.- Código Penal de 1871.

En 1867, vencida la intervención francesa, el Benemérito Benito Juárez, siendo presidente de la república encomendó la Secretaría de Instrucción Pública al Licenciado Antonio Martínez de Castro, quien reorganizó la Comisión Redactora de lo que ulteriormente sería el primer Código Penal Federal Mexicano. Esta Comisión fungió desde el 6 de octubre de 1862, pero sus trabajos se vieron interrumpidos por la intervención francesa. El 28 de septiembre de 1868, ya normalizado el país, la Comisión quedó integrada bajo la presidencia del Licenciado Martínez de Castro, interviniendo como vocales José María Lafragua, Manuel Ortíz de Montellano y Manuel M. de Zamacona. Esta Comisión, que trabajó con verdadero entusiasmo y constante dedicación logró presentar su proyecto a las Cámaras que lo aprobaron y promulgaron el 7 de diciembre de 1871 y entró en vigor el 1º de abril de 1872 en el Distrito Federal y Territorio de Baja California, por delitos del fuero común y en toda la república por delitos del fuero federal.

A este Código se le conoce como "Código del 71" o "Código de Martínez de Castro"; contenía una excelente redacción y los tipos delictivos en ocasiones tenían una irreprochable justeza, constaba de 1152 Artículos de los cuales algunos trataban sobre los delitos de carácter sexual. Efectivamente desde el primer Código Penal que es el de 1871 la violación se legisló por ser un delito grave que afecta a las personas, tanto física como moralmente, y se tipificó de la siguiente forma:

³ Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, 12a. edición. Editorial Abeledo Perrot, S.A. Buenos Aires.1989. Pág. 245.

Título Sexto

Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres.

Capítulo III

Atentados contra el pudor. Estupro. Violación

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

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

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

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

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

"Artículo 799. A las penas señaladas en los Artículos 794, 796, 797 y 798 se aumentarán:

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

"Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

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

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

"Artículo 801. Cuando los delitos de que se habla en los Artículos 795, 796 y 797, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

"Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste".

"Artículo 802. Siempre que del estupro o de la violación resulte alguna enfermedad a la persona ofendida; se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro o la violación y por la lesión, considerando al delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el Artículo 557".

Hemos creído conveniente citar todos los Artículos que se refieren a la violación con la intención de que podamos darnos cuenta de los diversos supuestos que presentaba; además de que es la primera ley penal que nos gobernó.

Queda establecido perfectamente, el concepto de violación propia en el Artículo 795 y el concepto de violación equiparada en el Artículo 796, ambos numerales mencionados anteriormente.

1.4.- Código Penal de 1929.

Este fue el segundo Código Penal que entró en vigor en el Distrito Federal en materia del fuero común, y en toda la república en materia del fuero federal, mismo que abrogó al Código Penal de 1871.

A finales de 1925, siendo presidente de la república el Profesor y General Plutarco Elías Calles, por conducto de la Secretaría de Gobernación, designó una comisión para que redactara un nuevo Código Penal, recayendo los nombramientos en Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaráz. Esta Comisión consiguió dar fin a su tarea en 1929, terminando el proyecto que el entonces presidente de la república, Emilio Portes Gil, promulgó el 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el Código Penal el 15 de diciembre del mismo año.

Dicho cuerpo de leyes, también llamado "Código Almaráz" o "Código del 29", ha sido duramente criticado por sus notorias contradicciones, graves

omisionas y deficiente redacción que lo hacían inaplicable. Este Código constaba de 1233 Artículos de los cuales cinco eran transitorios y regía a la violación de la siguiente manera:

Título Decimotercero

De los delitos contra la libertad sexual.

Capítulo I

De los atentados al pudor, del estupro y de la violación.

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

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

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

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

"Artículo 864. Las sanciones señaladas en los Artículos 852, 853, 856 y 862, se aumentarán :

"I. De dos a cuatro años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula sea contra el orden natural ;

"II. De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público"

"Artículo 865. Los reos de que habla la fracción II del Artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y, además podrá el juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público , médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones".

"Artículo 866. Cuando los delitos de que hablan los Artículos 851, 857 y 860, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes e inhabilitado para ser tutor o curador.

"Si el reo fuere hermano , tío, o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido.

"Lo prevenido en este Artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 3293 y 3294 del Código Civil".

"Artículo 867. Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagió al ofendido alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el

estupro o la violación; y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte”.

De los Artículos anteriormente mencionados del Código de 1929, podemos ver que la violación únicamente sufrió cambios en cuanto a sus sanciones en relación con el Código Penal de 1871, pues la redacción de sus preceptos quedó igual que en el “Código de Martínez de Castro”:

1.5.- Código Penal de 1931.

El fracaso del ordenamiento penal de 1929 motivó la inmediata designación por el presidente Emilio Portes Gil de una comisión para la elaboración de un nuevo Código Penal. La Comisión integrada por Alfonso Teja Zabre (Presidente), Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles, concluyó sus trabajos con la redacción del Código Penal vigente que el entonces presidente de la república Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, promulgó el 13 de agosto de 1931, entrando en vigor el 17 de septiembre del mismo año para el Distrito Federal y Territorios Federales.

Tal ordenamiento legal constaba de 403 Artículos, de los cuales tres son transitorios, y a la violación la legisló como sigue:

Título Decimoquinto

Delitos sexuales.

Capítulo I

Atentados al pudor , estupro y violación.

"Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuera impúber, la pena será de dos a ocho años".

"Artículo 266. Se equipara a la violencia, la cópula con persona privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir".

Como se puede ver en estos Artículos, la violación en su redacción original del Código del 31 no tuvo una penalidad muy severa, con lo que se provocó una constante demanda por el aumento de la penalidad, el cual no se hizo esperar, surgiendo una serie de reformas a los Artículos mencionados, estableciéndose por ende penalidades muy rigurosas. Una de las reformas fue en el año de 1966, siendo presidente de la república el Licenciado Gustavo Díaz Ordaz; por decreto del 12 de diciembre de 1966, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1967, la violación quedó tipificada de la siguiente manera:

"Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa de cuatro a ocho mil pesos".

Haciendo una comparación de la redacción inicial del Artículo 265, del Código Penal de 1931 con la redacción de esta reforma podemos ver que efectivamente hubo un aumento en su sanción y se suprimió la expresión: "sin la voluntad de ésta...", tal vez porque pensaron los legisladores que la utilización de la violencia física o moral suponía necesariamente la ausencia de voluntad del

ofendido; pero esto no siempre es cierto, pues puede existir la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, como en los casos de masoquismo y sadismo, y si esto sucede, es decir, si la víctima da su consentimiento para que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad y fuerza no habrá delito que perseguir.

"Artículo 266. Se equipara la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

De este Artículo podemos alabar aparte de su aumento en la penalidad, el cambio de la frase "se equipara a la violencia" por "se equipara a la violación" que esta última es la frase correcta, toda vez que la equiparación de este precepto es por las circunstancias o situaciones en que se encuentran determinadas personas para resistir la cópula realizada en ellos, por lo que lo correcto es equipararla a la violación y no a la violencia, pues el hecho de que alguna persona se encuentre en estado de indefensión, por menor edad, por enfermedad, etc. no autoriza a equiparar este estado de indefensión a la violencia.

Otro cambio importante de mencionar de este Artículo es que ya se expresa claramente la edad del menor, sujeto pasivo de este delito, al mencionar: "se equipara a la violación...la cópula con persona menor de doce años...". Antes de su reforma eran variables e inciertos los límites de la edad infantil que impedían la resistencia de la conducta, y por lo tanto se habría un peligroso margen a las interpretaciones personales de los jueces.

Con la reforma se introdujo al Código Penal un nuevo Artículo en donde se establecen agravaciones de la penalidad del delito de violación y que a continuación transcribimos:

"Artículo 266 bis. cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el Artículo 13 de este Código.

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

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

Nuestro Código Penal durante el tiempo de su vigencia (65 años) ha sufrido reformas, adiciones y derogaciones, pero éstas han sido necesarias, toda vez que las necesidades sociales se han venido transformando, motivando que el Estado por conducto del poder legislativo adecue la ley a la realidad social porque sólo así podrá haber una poca de tranquilidad en la comunidad.

Como pudimos ver en este capítulo, hasta la reforma de 1966 todavía no se hablaba de la violación impropia en el Código Penal, se tuvo que esperar más

tiempo para que este tipo de violación se rigiera y las personas que eran atacadas con estas agresiones quedaran protegidas por la ley.

Sin embargo se puede desprender de hojas anteriores que con las reformas hechas al Código Penal en 1966 se introdujeron otros tipos de violaciones, como la violación tumultuaria, y la violación hecha por sujeto activo propio, aumentándose de este modo la clasificación de la violación que es nuestro siguiente Capítulo de estudio.

CAPÍTULO 2.- CLASIFICACIÓN DE LA VIOLACIÓN.

Ya que hemos visto el concepto de la violación y sus antecedentes, ahora toca estudiar en este capítulo los diferentes tipos de violaciones que contempla el Código Penal vigente para el Distrito Federal, pues no a todas las personas que han sido víctimas de violación, las han atacado de la misma forma, así tenemos la violación propia, equiparada, tumultuaria, la hecha por sujeto activo propio y la impropia. Que esta última es nuestro tema de estudio.

Dependiendo de los elementos que se presenten en el hecho delictivo se va a saber qué tipo de violación es y cómo se va a sancionar.

2.1.- Violación simple o propia.

Por violación propia, nos dice Porte Petit, debemos entender, "La cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva".¹ Para González de la Vega, "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación".²

Nuestro Código Penal tipifica este tipo de violación en el Primer Párrafo del Artículo 265 correspondiente al Título Decimoquinto, titulado delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, Capítulo I: Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación; y que a la letra dice: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le

¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 4a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 12.

² González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 19a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983. Pág. 279.

impondrá prisión de ocho a catorce años". De este precepto se desprenden los siguientes elementos: a) Realización de una cópula; b) Que esta cópula sea realizada en persona de cualquier sexo; y c) Que la cópula se obtenga mediante la violencia física o moral.

El concepto de cópula nos lo da el mismo Artículo 265, citado anteriormente en el Párrafo Segundo y que dice: "Para los efectos de este Artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".

Mariano Jiménez Huerta, nos dice que copular significa: "Unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Esta 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."³

Estas definiciones dicen que, para que exista el delito de violación simple, se requiere el hecho de penetración sexual con persona de uno o de otro sexo, siendo indiferente si el acceso carnal es total o parcial; si hubo o no eyaculación, pues no se exige la plena consumación del acto; que se produzca o no desfloración, pues el ilícito puede ser cometido en mujer casada o persona del sexo masculino.

En el delito de violación simple o propia el objeto material coincide con el sujeto pasivo. Este último es impersonal, puede serlo cualquier persona, pues el citado precepto manifiesta "...con persona de cualquier sexo...", es decir la víctima puede ser hombre o mujer y es indiferente su estado civil, su conducta, su edad,

³ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo III. 4a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Pág. 253.

esta última siempre y cuando no encuadre en otro tipo penal (violación equiparada).

Otro elemento muy importante de la violación simple lo constituye el uso de la violencia física o moral, pues el tipo descrito exige medios comisivos muy limitados. El estudio de violencia física y de violencia moral lo haremos más adelante por ser tema central de este trabajo.

En relación al bien jurídico que se tutela en el delito de violación simple, la mayoría de los autores coinciden en señalar que es la libertad sexual, ya que toda persona tiene el derecho de elegir libremente con quien copular y de abstenerse de hacerlo con quien no fuera de su gusto o agrado. Así como tampoco se debe tomar en cuenta la virginidad u honestidad de la persona. En este sentido Enrique Cardona Arizmendi nos dice que: "El bien jurídico es la libertad sexual, toda vez que la puesta en juego de la violencia física o moral entraña siempre una agresión a la libertad ya sea física o psicológica, según la naturaleza de la violencia que se ponga en juego".⁴ Y también González Blanco, opina que: "El objeto jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula, impiden a la víctima determinarse libremente".⁵ González de la Vega manifiesta que: "El objeto que la ley penal tutela en el delito de violación es la libertad sexual. 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 o bien por el empleo de amagos o amenazas que le impiden resistir."⁶

⁴ Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntes de Derecho Penal, Parte Especial, 2a. edición. Cárdenas editor y distribuidor. México 15, D.F. 1976. Pág. 167.

⁵ González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 3a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974. Pág. 135.

⁶ González de la Vega, Francisco. Op. Cit. Pág. 379.

Anteriormente había una diversidad de opiniones respecto de que si la mujer podía ser sujeto activo o no en el delito de violación propia ; pero con la introducción del concepto de cópula en el Código Penal, este problema se ha terminado en la legislación mexicana, pues la ley penal es muy clara en su definición. "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula..." y si cópula es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, se deduce entonces que únicamente el hombre puede ser sujeto activo, puesto que es el único que tiene miembro viril.

2.2.- Violación equiparada.

A esta figura jurídica se le ha llamado indistintamente: Violación presunta, violación ficta, violación impropia, violación equiparada, etc. Creemos que su nombre adecuado es delito que se equipara a la violación o violación equiparada, porque no es una violación propiamente dicha y no podemos presumir o imaginar lo que no es. Es un delito equiparado a la violación porque es un acto carnal sin violencia y ésta es la que da su nombre al verdadero delito de violación, pero en virtud de que fue creado para proteger a aquellas personas que por cualquier causa no están en posibilidad de resistir la cópula efectuada en ellas, por lo tanto no es necesario que se exteriorice su resistencia y por ende, ya no es menester su vencimiento por medio de la violencia física o moral, puesto que su resistencia está vencida por los distintos estados de indefensión en que se encuentran. Como bien dice Mariano Jiménez Huerta, que: "La equiparación a la violación que hace el Artículo 266 tiene por objeto y fin tutelar penalísticamente ciertos estados o situaciones en que puede hallarse un ser humano y evitar que de dichos estados o situaciones se aproveche un tercero en daño u ofensa de la libertad

sexual de aquí.⁷ Y por ser la libertad sexual lo que detiene el Estado, la ley ha querido equipararla y sancionarla con idéntica pena que la violación propia.

Por violación equiparada debemos entender la acción de tener cópula con personas incapacitadas psíquica o corporalmente para resistir el acto, debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o a condiciones análogas de indefensión. El Código Penal para el Distrito Federal la tipifica en el Artículo 266 que a la letra dice: "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".

Del precepto anterior se desprenden los siguientes elementos: 1) Acción de cópula; y 2) Que el acceso carnal recaiga: a) en persona menor de doce años de edad; b) en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, y c) en persona que por cualquier causa no pueda resistir el hecho.

La cópula es el elemento material común a todas las hipótesis y debe entenderse en los términos que señala el Párrafo Segundo del Artículo 265, es decir, como la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. Pág. 267.

De lo anterior se desprende que el sujeto pasivo de la violación equiparada puede ser de cualquier sexo, mientras que el sujeto activo únicamente puede serlo el hombre.

El acceso carnal en persona menor de doce años aún con su consentimiento constituye delito de violación equiparada, porque la ley presume la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto en los menores de doce años. Francisco González de la Vega, nos dice a este respecto que: "Siendo la impubertad aquella temprana edad en que el sujeto aún no es apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, este estado impide al menor resistir psíquica y corporalmente, además de ignorar el significado, el alcance y posibles consecuencias del acto".⁸ Por consiguiente si un menor de doce años presta su consentimiento para la realización del acto, este consentimiento carecerá de validez jurídica, habida cuenta de que quien lo otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y en consecuencia la cópula con él tenida será un ataque contra su libertad sexual.

La segunda hipótesis se refiere a que la cópula debe ser realizada en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho. Debe entenderse en este caso que se trata de aquellas personas que no pueden darse cuenta o conocer el acto mismo que se realiza en su cuerpo porque carecen de voluntad y comprensión de los fenómenos que se suscitan en ese momento, por la falta de razón o de conciencia que tienen para copular, por lo cual su voluntad está viciada, como sucede en los casos de enajenación mental, idiotez, imbecilidad, y en todas aquellas circunstancias que motivan estados de inconciencia.

⁸ González de la Vega, Francisco. Op. Cit. Pág. 404.

La tercera hipótesis nos habla de aquellas personas que por cualquier causa no pueden resistir el hecho. En este caso se trata de personas que no tienen afectada su facultad de comprensión pero no están posibilitadas físicamente para obrar de acuerdo a su voluntad, ello puede obedecer a alguna enfermedad como parálisis, debilidad extrema, o a cualquier otra causa que tenga como síntoma imposibilidad de movimiento de oposición hacia el agresor como privación del sentido por desmayos, sueño por narcótico e hipnotismo, ingestión sin conocimiento del sujeto pasivo de estimulantes o excitantes de carácter sexual, etc.

El bien jurídico tutelado por el Estado en el delito de violación equiparada lo es la libertad sexual, pues toda persona tiene derecho de copular cuando quiera y con la persona que libremente elija.

Es importante mencionar que las tres hipótesis que constituyen el delito de violación equiparada, no requieren para su integración del uso de la violencia física o moral, ya que como se observó, cada una de ellas están supeditadas a otros elementos típicos contrariamente a la violación propia ; y si por el contrario, si se ejerce la violencia física o moral en la víctima el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

2.3.- Violación tumultuaria.

La violación tumultuaria se encuentra tipificada en el Primer Párrafo del Artículo 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece: "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."

Esta figura jurídica tiene penalidad sumamente agravada debido a la pluralidad de autores, la agravación se establece por la mayor indefensión en que queda la víctima ante el ataque plural.

El Tribunal Superior de Justicia ha manifestado que se requiere la intervención de dos o más activos en la comisión directa de los hechos, para que se configure el delito de violación tumultuaria, entendiéndose por intervención a aquellos actos inmediatos que se realizan para llegar a la cópula.

Los elementos del delito de violación tumultuaria son los mismos elementos de la violación propia, solo se le agrega la circunstancia de que esta figura es plurisubjetiva, es decir, los sujetos activos tienen que ser dos o más personas, por lo que la violación tumultuaria es un tipo complementado, circunstanciado o subordinado cualificado.

2.4.- Violación hecha por sujeto activo propio.

Esta figura jurídica la encontramos prevista en el Segundo, Tercero y Cuarto Párrafo del Artículo 266 bis del Código Penal para el Distrito Federal y que a la letra dice: "Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

- II.- El delito fuera 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 fuera 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 fuera cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada”.

Los elementos de la violación hecha por sujetos activo propio son los mismos que los del delito de violación propia solo se le suma la calidad de los sujetos que es lo que hace que el tipo se agrave.

Así tenemos que el Segundo Párrafo se caracteriza por el parentesco que tienen entre sí los sujetos del delito, pues existen parentescos consanguíneos, por afinidad y civil.

El concepto de los diferentes parentescos nos lo da el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 293, 294 y 295 respectivamente. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que desciendan de un mismo progenitor. El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón. El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

No existe limitación alguna de grado en relación a la agravante del delito cometido por un ascendiente en contra de su descendiente y para los efectos de la culpabilidad es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento del vínculo que lo liga con la víctima.

Tratándose del ilícito donde el tutor es el sujeto activo, resulta evidente que la violación cometida en contra del pupilo sea más grave, pues el tutor es la persona encargada de la representación y defensa de la persona e intereses del menor o incapacitado.

La ley nos dice que en el caso de presentarse la agravante contemplada en el Segundo Párrafo del Artículo 266 bis del Código Sustantivo de la materia, la sanción será, además del aumento de la pena de prisión, la pérdida de la patria potestad o la tutela, en caso de que el activo la ejerciera sobre la víctima.

En relación a lo contemplado en el Tercer Párrafo del Artículo a estudio, la agravante es en razón a que el sujeto activo tiene una especial condición con el pasivo y no obstante ello el agente activo se aprovecha de esta condición, que puede ser por razón de una relación de confianza y de respeto por ser empleado o cliente en su caso. La sanción para este supuesto es, además de la pena de prisión, la destitución del cargo o empleo del responsable o su suspensión por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión .

Finalmente el cuarto Párrafo trata del delito que fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada. La agravación en este Párrafo se funda, en el quebrantamiento de la confianza que a la víctima merece el victimario y en la violación de los deberes de protección que a éste le corresponde ejercer. Esta modalidad no debe limitarse a la relación jurídica de quienes tienen por la ley civil

específicamente esta función, por ejemplo el curador, sino que debe interpretarse en un sentido más amplio, comprendiendo a toda persona que esté de hecho encargada de la guarda o de la educación de la víctima.

Esta hipótesis hace innecesario el supuesto de cuando el delito fuere cometido por el tutor en contra de su pupilo, contemplado en el Segundo Párrafo del Artículo tratante, toda vez que esta agravante se encuentra contenida en este último Párrafo, pues una de las funciones del tutor es tener bajo su seguridad y cuidado a su pupilo.

2.5.- Violación impropia (con instrumento o elemento distinto al miembro viril).

Como se puede observar en los Códigos mencionados anteriormente, ninguno de ellos describe el tipo penal de la violación hecha con instrumento o elemento distinto al miembro viril, ya que fue hasta la iniciativa de reformas al Código Penal propuesta por el Ejecutivo Federal, el 15 de diciembre de 1988, donde se contempló por primera vez el delito a estudio.

Esta reforma legal publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 3 de enero de 1989 y que entró en vigor el 1° de febrero del mismo año, constituye un acierto legal importante, pues establece un precepto legal adecuado a la realidad social de nuestro país, y tipifica mejor las conductas que hoy en día son cotidianamente practicadas por un gran número de sujetos a efecto de alcanzar con esto un tipo de placer determinado.

Consideramos que el nombre adecuado de la violación hecha con instrumento o elemento distinto al miembro viril es el de violación impropia, toda vez que sí es una violación si tomamos en cuenta el concepto general de

violación visto en el capítulo anterior, además de que el bien quebrantado es la libertad sexual y reúne el carácter esencial que es el de la violencia física o moral, la cual es el elemento principal de toda violación propiamente dicha; sólo que esta violación no es realizada con el miembro viril que sería la forma propia, si consideramos el concepto de cópula: "Es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima...", sino que este ilícito es realizado con instrumento o elemento distinto del órgano masculino que es lo que la hace impropia, y por lo cual consideramos que su nombre correcto es violación impropia.

La violación impropia se encuentra contemplada en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual establece: "Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido".

La conducta descrita en este Párrafo Tercero, no requiere para su integración del acceso carnal o cópula y sí exige en cambio la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

Con lo anterior, el legislador se propuso perseguir este tipo de acto de verdadera perversión sexual que en todo momento vulnera la libertad sexual de la víctima del delito y que inclusive pueden resultar más traumatizantes que cuando se les ataca sexualmente con el miembro viril u órgano masculino, dependiendo del o de los objetos que se utilizan para llevar a cabo la violación impropia.

De esta clasificación se desprende que la violación impropia, hasta el momento, ha sido el último tipo de violación que reconoce como delito el Código Penal, este reconocimiento tuvo que esperarse hasta la reforma de 1989, en donde se reconoció como ilícito el hecho de introducirle a persona de cualquier

sexo un elemento o instrumento distinto al órgano masculino (piedra, palo, botella, etc.) por vía vaginal o anal; pero siempre y cuando esta introducción se hiciera mediante el uso de la violencia física o moral.

No dejamos de aplaudir el que se hayan tipificado estas conductas tan aberrantes; pero creemos que todavía hay muchas personas que son agredidas sexualmente con determinados objetos y su malhechor no es castigado por la ley porque la conducta no la lleva a cabo utilizando los medios comisivos (violencia física o moral) exigidos por el tipo, no integrándose por lo tanto el delito porque no se cumplen con los elementos del mismo. Elementos que a continuación estudiaremos para la mejor comprensión de la violación impropia.

CAPÍTULO 3.- ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA (Con instrumento o elemento distinto al miembro viril).

Una vez ubicado en la clasificación de la violación el delito de violación impropia, procederemos a su estudio para su mejor comprensión.

3.1.- Elementos del delito.

La palabra elemento significa componente de un cuerpo. Parte integrante de un todo. El Profesor Celestino Porte Petit nos dice que: "Elemento del delito es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o especial."¹

3.1.1.- Conducta.

La conducta, en general, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, a un fin, a través de un hacer o de un no hacer.

La conducta delictuosa, es un comportamiento voluntario, positivo o negativo, que infringe una norma penal. Es también un acto humano voluntario o involuntario, que infringe una norma prohibitiva o dispositiva.

¹ Porte Petit, Candaudap, Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. 14a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. Pág. 217.

El primer elemento positivo del delito se denomina conducta o hecho. La conducta se ha considerado un elemento esencial que estructura al delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo. La diferencia entre la conducta y el hecho lo es el resultado, el cual puede ser de dos clases cuando se comete un delito:

1.- Resultado típico, formal o jurídico.- Debe entenderse como una mutación o cambio en el mundo jurídico cuando se infringe una norma penal. En efecto, cuando se realiza una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido, dicha conducta, produce necesariamente un resultado, que es de tipo jurídico porque viola la norma. Este resultado es llamado típico, porque afecta al tipo; formal, porque es resultado de forma y jurídico porque pertenece al campo jurídico.

2.- Resultado material.- Existe, cuando la conducta, además de infringir la norma, produce una mutación o cambio en el mundo exterior al jurídico o sea trasciende al mundo de la naturaleza.

Luego entonces, será conducta, la acción u omisión que solamente produce un resultado típico, formal o jurídico, y será hecho la acción u omisión que además de infringir la norma produce un cambio en el mundo de la naturaleza.

En el delito de violación impropia, contemplado en el tercer Párrafo del Artículo 265 del Código Sustantivo de la materia, el primer elemento es la conducta, ya que la realización de dicho ilícito produce un resultado típico, formal o jurídico, es decir se viola la norma penal y afecta al mundo jurídico pero no trasciende al mundo de la naturaleza.

3.1.1.1.- Clasificación del delito en orden a la conducta.

Para la clasificación de los delitos en orden a la conducta se debe tomar en cuenta la actividad o inactividad, independientemente del resultado material, así tenemos que los delitos, en orden a la conducta con los siguientes: 1) delitos de acción, 2) delitos de omisión, 3) delitos unisubsistentes, y 4) delitos plurisubsistentes.

La conducta admite dos formas: la acción o la omisión, pues el comportamiento humano puede ser positivo (acción) o negativo (omisión).

La acción delictuosa es una forma de conducta del hombre, es un hacer, un movimiento corporal voluntarios que infringen una norma penal de carácter prohibitivo. De esta definición se desprende que la acción contiene tres elementos, los cuales son necesarios e inseparables, ya que si falta uno de ellos no habrá acción delictuosa y si no hay acción delictuosa, no hay conducta delictuosa. Dichos elementos son los siguientes:

- 1.- Voluntad o querer.
- 2.- Actividad o movimiento corporal.
- 3.- Violación de una norma de carácter prohibitivo.

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción y consiste en el deseo, en el pensamiento de realizar un acto, en el querer interno de realizar la actividad.

La simple voluntad no puede constituir ninguna acción y mucho menos delictuosa, porque sería un simple deseo, una intención y los pensamientos no

son castigables, para que se formule la acción tienen que realizarse también la actividad.

La actividad es el elemento objetivo o externo de la acción y consiste en un hacer, en un movimiento corporal.

La actividad o movimiento corporal en sí tampoco constituye la acción, pues le falta el elemento voluntad, ya que se necesita que dicha actividad sea querida, deseada por la persona y que infrinja una norma de carácter prohibitivo, es decir, se necesita que exista el elemento psíquico y el elemento material para la configuración de la acción delictuosa.

El tercer elemento de la acción es que se viole una norma de carácter prohibitivo, pues no todo movimiento corporal voluntario configura una acción delictuosa, sino que se debe infringir una norma que describa un comportamiento, en el cual el sujeto debe abstenerse de actuar y si lo realiza, viola la norma.

La omisión es la otra forma de manifestación de la conducta delictuosa, aparece cuando una persona voluntaria o involuntariamente no hace lo que le ordena una norma penal, por lo que viola la misma con su inactividad. Son tres los elementos de la omisión delictuosa:

- 1.- Voluntad o involuntariedad.
- 2.- Inactividad.
- 3.- Violación de una norma penal de carácter dispositivo.

La voluntad en la omisión es el elemento psicológico, es el deseo, el pensamiento, la intención de la inactividad, el querer no realizar la acción esperada y exigida. Hay veces que la actividad no se realiza porque así lo desea

el sujeto, caso en que estaremos ante un delito doloso; pero hay veces que no se actúa por negligencia, olvido, es decir se actúa involuntariamente, situación que produce delito culposo.

La inactividad es el elemento objetivo de la omisión delictuosa, consiste en una abstención, en un no hacer, pero la inactividad por sí sola no constituye la omisión delictuosa, como tampoco la conforma la voluntad o involuntariedad. Efectivamente para que se constituya la omisión delictuosa se requiere que exista voluntad o involuntariedad de una inactividad y que dicha inactividad viole una norma de carácter dispositivo, una norma que ordena realizar un determinado comportamiento.

Los delitos unisubsistentes son aquellos que se consuman con un solo acto y los delitos plurisubsistentes son aquellos que se realizan con dos o más actos.

En lo que se refiere al delito de violación impropia (con instrumento o elementos distinto al miembro viril), se trata de un delito de acción porque únicamente puede cometerse por un hacer, y porque la norma que la rige es de carácter prohibitivo. Se le prohíbe a la persona la realización de la conducta delictuosa que es la introducción por vía vaginal o anal de un instrumento o elemento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral y no importando el sexo del ofendido. También es un delito unisubsistente ya que se consume con la realización de un solo acto.

3.1.1.2.- Clasificación del delito en orden al resultado.

La clasificación de los delitos en orden al resultado es la siguiente:

1.- Delitos instantáneos.

- 2.- Delitos continuos o permanentes.
- 3.- Delitos continuados.
- 4.- Delitos de resultado formal.
- 5.- Delitos de resultado material.
- 6.- Delitos de daño.
- 7.- Delitos de peligro.

Los delitos instantáneos, son aquellos que al realizarse la conducta, ya sea de acción o de omisión, la consumación se agota en el mismo momento en que se satisfacen todos los elementos descritos en el precepto legal. El Código Penal en la fracción I del Artículo 7º nos dice que "El delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos". Esto significa que el delito será instantáneo, cuando la consumación se agote en el mismo momento en que se realiza la conducta.

Los delitos continuos o permanentes nos dice Maggiore, "Son aquellos de consumación indefinida, que duran, cuyo tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que la hace cesar".² Por su parte el ordenamiento penal en la fracción II del Artículo 7º manifiesta que "El delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo". Luego entonces, es delito continuo o permanente cuando una vez que se realiza la conducta se presenta la consumación, pero esta consumación no se agota o termina, sino que se prolonga o continúa.

El delito es continuado, nos dice el Código Penal en su fracción III del Artículo 7º, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal, es decir, el delito es continuado cuando un sujeto,

² Maggiore. Derecho Penal I, 5a. edición. Editorial Temis. Bogotá, 1954. Pág. 373.

con unidad de propósito delictivo realiza dos o más conductas infringiendo con ellas la misma norma penal.

El delito de resultado formal, y el delito de resultado material, como ya los habíamos visto antes, el primero es aquel que al realizarse la acción u omisión únicamente infringe la norma, no trascendiendo al mundo de la naturaleza, y el segundo además de infringir la norma penal, produce un cambio en la naturaleza. Jiménez de Asúa expresa que los llamados delitos formales "Son delitos de simple actividad o meros delitos de acción y los delitos materiales son los delitos de resultado externo".³

Los delitos de daño, son aquellos que destruyen o lesionan el bien jurídico protegido o tutelado por el Estado, es decir, causan un daño efectivo y directo en los intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma vulnerada.

Los delitos de peligro son aquellos que como su nombre lo indica ponen en peligro los bienes jurídicos que protege el Estado; es decir, no causan un daño al valor protegido por la ley, sino que lo pone en peligro, propician una situación de amenaza evidente de daño para ellos.

De la anterior clasificación de los delitos, se concluye que el delito de violación impropia, es un delito instantáneo porque la consumación se agota en el mismo momento en que se realizan todos sus elementos constitutivos; es un delito de resultado formal porque al realizarse la acción se agota con la conducta criminal, con la infracción de la norma penal, sin una modificación del mundo exterior al jurídico, y; es un delito de daño porque al realizarse la introducción

³ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 215.

violenta de un elemento o instrumento distinto del miembro viril, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

3.1.2.- Tipicidad.

La tipicidad es un elemento positivo del delito y es el amoldamiento, el encuadramiento de la conducta a lo descrito en el tipo. Laureano Landaburu, manifiesta que: "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal".⁴ Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Así, tratándose del delito de violación impropia, habrá tipicidad cuando el agente introduzca cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril a persona de cualquier sexo por medio de la violencia física o moral y por vía vaginal o anal.

El tipo es la figura abstracta, es una conducta o hecho descritos por la norma penal; es el presupuesto, el injusto descrito por la ley penal a cuya realización va ligada la sanción penal. Para Luis C. Cabral "Los tipos penales son modelos o esquemas de comportamiento humano constituidos por notas que el legislador reputa esenciales para describir las acciones punibles".⁵

El Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni nos da una explicación para no confundir tipo con tipicidad, manifiesta que: "Tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el

⁴ Landaburu, Laureano. El Delito como Estructura. Revista Penal I. N° 1. Pág. 471.

⁵ C. Cabral, Luis. Op. Cit. Pág. 78.

legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio".⁶ Por su parte la Profesora, Marcela Roaro, nos dice que por "Tipo debe entenderse la descripción de una conducta o del resultado de la misma, previstas en un ordenamiento jurídico en forma general y abstracta y que convencionalmente llamamos delito, y por tipicidad, la exacta coincidencia de una determinada y concreta conducta humana con lo descrito por el tipo, es decir, la adecuación de la conducta al tipo".⁷

El tipo penal es una garantía de legalidad para todos los ciudadanos, al establecerse en el Artículo 14 constitucional "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Esto quiere decir que a ninguna persona se le puede aplicar sanción alguna si su conducta no se encuentra tipificada penalmente, es decir, si una conducta no reúne los elementos exigidos por el tipo penal, dicha conducta será atípica y por consiguiente no configurará ningún delito y como consecuencia no se le podrá aplicar pena alguna. Es aquí donde tienen su aplicación los dogmas penales: "Nullum crimen sine lege" No hay delito sin ley y "Nullum poena sine lege" No hay pena sin ley. Al lado de los tipos penales y fuera de ellos no existe ninguna conducta punible.

3.1.2.1.- Elementos generales del tipo.

Todos los tipos previstos en el Código Penal y en las leyes especiales están compuestos de varios elementos generales que estudiaremos a continuación:

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Editorial Cárdenas editor y distribuidor. México, 1988. Pág. 172.

⁷ Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales, 2a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Pág. 172.

1.- *Corriducia*.- La conducta en el tipo lo es el realizar el verbo o verbos que describe la disposición penal. Por lo tanto, los verbos descritos en los tipos penales son las conductas que prohíbe u ordena la ley penal. En el delito a estudio la conducta consistirá en introducir cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal o anal en el cuerpo de la víctima.

2.- *Sujeto activo*.- El sujeto activo del tipo penal es la persona que realiza la acción descrita en él. Es aquel que interviene, que participa en la realización del delito de alguna u otra manera. Es ilógico afirmar que los animales o cosas, carentes de voluntad y razón, pueden ser considerados como sujetos de conducta. Es, pues, la persona física, individual, único sujeto activo de la conducta. La doctrina nos habla de dos clasificaciones de los sujetos activos, una en cuanto a la calidad y otra en cuanto al número.

En la clasificación en relación a la calidad, existen dos clases de sujetos activos: 1) Común o indiferente, y 2) Propio o exclusivo.

Quando el delito no señale calidad específica en cuanto a quién debe realizar el verbo, y por lo mismo, el delito puede ser cometido por cualquier persona, ya sea hombre o mujer, estaremos ante un tipo que es de sujeto activo común o indiferente.

Si el tipo penal señala una calidad específica en el sujeto que realiza el verbo, dicho tipo es de sujeto propio o exclusivo. La calidad específica del sujeto, puede ser de sexo, parentesco, puesto, estado civil o un determinado cargo. Solo quienes tengan la calidad específica, que describe el precepto, son quienes pueden cometer el delito. Esto quiere decir que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida.

En la clasificación de los sujetos activos en cuanto al número, la doctrina divide a los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y en delitos colectivos, plurisubjetivos o pluripersonales.

El delito monosubjetivo es aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos; y el delito plurisubjetivo requiere la intervención de dos o más sujetos para la realización del tipo.

La figura jurídica que estamos estudiando es un delito común o indiferente, porque lo puede cometer cualquier persona, ya sea hombre o mujer. En lo referente al número de sujetos es un delito monosubjetivo o de sujeto único porque el tipo puede ser realizado por una sola persona, es decir, no requiere de dos o más sujetos para su consumación.

3.- Sujeto pasivo.- Es el titular del bien jurídico violado y protegido por la ley. Existen dos clases de sujetos pasivos: común o indiferente y propio o exclusivo.

Si el tipo no señala calidad específica alguna del sujeto pasivo, éste es común o indiferente; o sea cualquier persona puede serlo. Por el contrario, si el tipo exige alguna calidad especial del sujeto pasivo, éste es propio o exclusivo.

En el delito de violación impropia, el sujeto pasivo es común o indiferente porque el tipo no le señala calidad específica alguna, es decir, es un delito impersonal porque puede ser cometido en cualquier persona, hombre o mujer, como se desprende de la redacción del texto del Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código de la materia: "... sea cual fuere el sexo del ofendido".

En cuanto a la edad, sexo, religión o condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo : casada, virgen, viuda, soltera, honesta, deshonesto, casta, etc.. solo es menester que se acredite el hecho material constitutivo del delito.

4.- Objeto material.- Es la persona, animal o cosa en la que recae la actuación voluntaria del actor, en la que recae el delito.

No hay que confundir el objeto material del delito con el instrumento material del delito, este último es la cosa con la que se realiza la conducta (pistola, cuchillo, palo, piedra, vehículo, veneno, etc.) en cambio, el objeto material es la persona o la cosa en la que se comete el ilícito

En muchos casos coinciden el objeto material con el sujeto pasivo, debido a que recae la conducta correspondiente en la persona titular del bien jurídico protegido, como es el caso de la figura que estamos analizando en donde el objeto material es el sujeto pasivo porque la violación impropia recae sobre la persona, hombre o mujer titular del bien jurídico protegido y dicho bien jurídico es la libertad sexual .

5.- Bien jurídico.- Es el valor que tutela o protege el Estado, con el propósito de que haya paz social.

Todos los tipos contienen un bien jurídico, de ahí su creación, porque el precepto penal al ser creado, fue con el fin de amparar o proteger un valor individual o familiar, o social de ahí que se le llame bien.

En la figura delictiva que estamos estudiando el bien jurídico protegido o tutelado por el Estado es la libertad sexual, pues todo individuo tiene derecho a la libertad de disposición carnal.

6.- Resultado.- Es la consecuencia de la conducta, el cual puede ser típico o jurídico, o bien, además de lo anterior, material. Por tanto en el delito de violación impropia el resultado es formal, típico o jurídico, porque no exige la producción de un resultado externo.

3.1.2.2.- Elementos especiales del tipo.

Como ya mencionamos anteriormente, todos los tipos contienen elementos generales, ahora bien, algunos tipos además de los elementos generales, contienen uno o más de los elementos especiales, mismos que sirven para cambiar la denominación del delito, o en su caso, para agravar o atenuar la sanción. Dichos elementos son los siguientes:

- 1.- Referencias temporales.
- 2.- Referencias espaciales.
- 3.- Referencias de ocasión.
- 4.- Elementos normativos o de valoración.

Referencia temporal.- Consiste en el señalamiento del tiempo en que se tiene que realizar la conducta, o sea, el tipo señala un determinado tiempo en que debe cometerse el delito; esa referencia temporal deberá satisfacerse para que la conducta sea típica. En el tipo de violación impropia no se exige ninguna referencia temporal, por lo que la conducta típica de introducir cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril puede ser desplegada en cualquier momento.

Referencia espacial.- Se refiere al lugar o al espacio en el que debe necesariamente realizarse el delito, ya que si no es en el lugar indicado, la conducta será atípica. Tampoco esta referencia es exigida por el tipo de violación impropia, es decir, este delito puede ser cometido en cualquier espacio.

Referencia de ocasión.- Se refiere a las circunstancias que deben darse para que se cometa un delito; o al momento en que debe cometerse el ilícito. La violación impropia no exige referencia de ocasión, toda vez que puede ser cometido en cualquier circunstancia.

Elementos normativos.- Son términos o palabras que deben ser valorados por quien interpreta la norma para poder establecer si la conducta encuadra o no en el tipo correspondiente. Los elementos normativos son de dos clases:

- a) Elementos con valoración jurídica.
- b) Elementos con valoración cultural.

El tipo de violación impropia contiene elementos normativos, tales como elemento, instrumento, violencia física o moral, para cuya comprensión tendremos que recurrir a una valoración.

3.1.2.3.- Clasificación del delito en orden al tipo.

Los tipos penales han sido clasificados por varios autores tales como Mezger, Jiménez de Asúa, Porte Petit, etc. Nosotros creemos que la clasificación más completa de los tipos es de la siguiente manera:

1.- Tipos fundamentales o básicos.- Son todos aquellos que como su nombre lo indica, sirven de base para la creación de otros tipos . "Es aquel en que cualquier, lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito".⁵

2.- Tipos especiales.- Estos son los formados por los elementos que contiene el tipo básico o fundamental y uno o más requisitos. Satisfaciéndose los requisitos que se exigen en el tipo especial se aplica éste y se excluye al básico. Los tipos especiales pueden ser : a) privilegiados o b) cualificados.

a) Tipos especiales privilegiados.- Se forman autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito, el cual tiene el efecto de atenuar, o sea disminuir la sanción

b) Tipos especiales cualificados.- Se forman autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito, el cual agrava, o sea aumenta la sanción.

3.- Tipos independientes o autónomos.- Son aquellos que tienen vida por sí mismos, no dependen de ningún otro tipo para su formación.

4.- Tipos complementados, circunstanciados o subordinados.- Son aquellos que están compuestos por los elementos del tipo básico y una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo.

La circunstancia que describe el tipo y la cual hace al tipo básico complementado tiene el efecto de agravar o atenuar la sanción.

⁵ Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad, Editorial Porrúa, S.A. México, 1955. Pág. 97.

Los tipos complementados se diferencian de los especiales, en que los complementados presuponen el tipo básico, en cambio en los especiales se excluye el tipo básico.

Al igual que los tipos especiales, los tipos complementados, se dividen en: a) privilegiados y, b) cualificados.

a) Tipos complementados, circunstanciados o subordinados cualificados.- Son aquellos que contienen los elementos generales del tipo básico, y una circunstancia agravante, pues hace que sea mayor la punibilidad.

b) Tipos complementados, circunstanciados o subordinados privilegiados.- Son aquellos que contienen los elementos generales del tipo básico y una circunstancia atenuante, pues hace que sea menor la sanción.

5.- Tipos de formulación libre o amplia.- Son aquellos en los cuales no se describe una forma específica de realizar el verbo típico, es decir, pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado, por tanto lo libre o amplio es el modo o la forma de cometer el delito, esto es, el medio comisivo puede ser de cualquier manera.

6.- Tipos de formulación casuística.- Son aquellos en los cuales se describe específicamente el medio o medios comisivos por los que debe desplegarse la conducta. El maestro Porte Petit señala que por "Tipo casuístico, debe entenderse aquel en que se señala el medio productor del resultado típico".⁹

⁹ Porte Petit Candaudap. Celestino. Op. Cit. Pág. 358.

7.- Tipos de daño.- Son aquellos que tutelan un bien o valor jurídico en contra de su daño o destrucción, es decir, protegen un bien jurídico porque la conducta delictiva destruye al mismo.

8.- Tipos de peligro.- Son aquellos que tutelan un bien jurídico en contra de su posible destrucción, es decir, protegen un bien contra la posibilidad de ser dañado.

9.- Tipos normales.- Son aquellos que no contienen elementos normativos o sea elementos de valoración.

10.- Tipos anormales.- Son aquellos que contienen elementos de valoración de tipo cultural o jurídico.

El delito de violación impropia contemplado en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal es un tipo fundamental o básico puesto que sirve de base para otro tipo, el cual creemos que es necesaria su creación; es autónomo porque no depende de ningún otro delito para su formación; es de formulación casuística porque en el tipo se especifican los medios que deben utilizarse para llevar a cabo la conducta delictuosa, los cuales son la violencia física o la violencia moral; es de peligro porque tutela un bien jurídico en contra de su posible destrucción, en contra del peligro que pudiera tener, y es anormal porque contiene elementos normativos tales como: instrumento, elemento, violencia física o moral.

3.1.3.- Antijuridicidad.

La antijuridicidad es otro elemento positivo del delito y significa lo contrario al derecho, esta sería una definición muy general, porque el hecho no basta que

encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. En este mismo sentido el Profesor Baumann, manifiesta que: "Antijurídico significa que el hecho es contrario al orden jurídico".¹⁰

Por su parte Porte Petit nos dice que: "Una conducta es antijurídica cuando, siendo típica no esté protegida por alguna causa de justificación y que por lo tanto para la existencia de la antijuridicidad se exigen dos requisitos :

- 1.- Adecuación o conformidad a un tipo penal y,
- 2.- Que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud".¹¹

Para Jiménez de Asúa, "El que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho es un concepto provisional que solo sirve de punto de partida ya que con dicha definición se sigue sin saber lo que es contrario a Derecho; refiere también que esta definición insuficiente se completa por negaciones. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma no se dice lo que es antijurídico, sino lo que es jurídico como la legítima defensa, estado de necesidad, etc".¹²

El autor Luis C. Cabral refiere que: "La adecuación de una acción humana a un tipo penal autoriza a sospechar su antijuridicidad, pero la efectiva afirmación de ésta sólo puede ser el resultado de la comparación de una acción típica con el ordenamiento jurídico, de la cual resulte una relación de contradicción entre ese modo de obrar y el que prescriben las normas del Derecho. En definitiva, la

¹⁰ Baumann, Jürgen. Derecho Penal. 4a. edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981. Pág. 168.

¹¹ Porte Petit Candauop, Celestino. Op. Cit. Pp.376 y 377.

¹² Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pp. 267 y 268.

antijuridicidad es el resultado de un juicio en cuya virtud se afirma la injusticia de una acción concreta".¹³

El Profesor Vela Treviño, señala que la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado. Manifiesta que de este concepto se desprenden los siguientes elementos:

- 1.- Una conducta típica.
- 2.- Una norma jurídica, incluyendo en ella a la norma de cultura que la precede.
- 3.- Un juicio valorativo, objetivo, y
- 4.- Un resultado declarativo de contradicción.

Conducta típica.- La conducta para Vela Treviño, es el sustantivo que recibirá los calificativos que corresponden a lo típico, antijurídico, etc. En consecuencia para poder llegar a la calificación relativa a la antijuridicidad, se requiere ineludiblemente, la existencia de una conducta típica.

Norma jurídica, incluyendo en ella a la norma de cultura que la precede.- A este respecto el autor citado expone que la organización sistematizada del Estado se cumple por medio de sus ordenamientos jurídicos que tienen como finalidad esencial la preservación de los valores superiores que el Estado requiere para su vida y desarrollo; se protege a través de las normas jurídicas al Estado como conjunto y también a los individuos como parte integrante del propio Estado, continúa diciendo el mismo autor, que la protección que jurídicamente se realiza de esos valores superiores, requiere de una valoración previa, a cargo del

¹³ C. Cabral, Luis. Op. Cit. Pág. 93.

legislador, tendiente a determinar cuáles son los valores culturales que necesitan de una preservación acentuada. Cuando se concluye el proceso selectivo y valorativo, se instituyen los bienes jurídicos por medio de la tutela de las normas jurídicas, siempre precedidas éstas por las normas de cultura.

Juicio valorativo objetivo.- Vela Treviño manifiesta que es un juicio valorativo el que tienen que realizarse puesto que, partiendo de un valor determinado, que es el que se refiere al contenido de la norma, habrá de resolverse si el acontecimiento que se juzga afecta la tutela que el Derecho ha conferido a ese valor, es decir, al bien jurídico.

La objetividad del juicio valorativo resulta para el autor tratado de la necesidad de partir de una conducta típica (hecho o acontecimiento relevante) para la determinación de la posible contradicción con la norma.

Resultado declarativo de contradicción.- En este sentido argumenta este autor, que si el resultado es que sí existe contradicción entre el hecho y la norma habrá antijuridicidad; pero que no siempre el juicio que se realiza tratándose de la antijuridicidad tendrá como resultado una contradicción, sino que hay ocasiones en que se concluye el juicio pronunciándose que se actuó conforme a Derecho, a pesar de que exista tipicidad.

Concluye diciendo Vela Treviño que, la antijuridicidad no es un juicio sino el resultado de un juicio que determina la contradicción entre la conducta típica y la norma jurídica; antijurídico es el calificativo que se le da al hecho y a la conducta que han provocado la contradicción con la norma.¹⁴

¹⁴ CFR. Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Editorial Porrúa, S.A. México, 1976. PP. 153-160.

Se ha dicho que antijurídico es lo contrario a Derecho; pero cabe advertir, que algunas conductas, al parecer antijurídicas son lícitas porque así lo establece la misma ley.

La antijuridicidad es puramente objetiva, material, externa, atiende solo al acto, a la conducta material, no le interesan aspectos finalísticos de la conducta o si ésta proviene de un incapaz; basta constatar emitiendo un juicio, que la acción es contraria al orden jurídico, como bien lo dice Baumann, "El juicio de antijuridicidad no se refiere al autor, sino al hecho".¹⁵

Para establecer que una conducta es antijurídica, necesariamente se requiere un juicio de valor, es decir, la comparación de esa conducta con lo establecido en la ley, o sea una valoración del acto con lo que dispone la ley. Por tanto, si esa conducta no está protegida por ninguna causa legal que la justifique, una causa legal que la considere lícita, dicha conducta será antijurídica. Por el contrario si esa conducta está amparada por una causa de justificación, o sea una causa legal que la considere lícita, dicha conducta es conforme a Derecho, esto es, la conducta aun siendo típica es lícita.

En el delito de violación impropia, una vez afirmada la tipicidad queda también comprobada la antijuridicidad porque el mencionado delito no admite ninguna causa de licitud.

3.1.4.- Imputabilidad.

La imputabilidad es también un elemento positivo del delito. Imputar es atribuirle a otro una culpa, delito o acción censurable.

¹⁵ Baumann, Jürgen. Op. Cit. Pág. 168.

Para Jiménez de Asúa, "Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. Continúa diciendo que la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias directas e inmediatas de la imputabilidad. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él".¹⁶

El Maestro Carrancá y Trujillo nos dice que: "Será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".¹⁷

Como ya sabemos, sólo el hombre, el ser humano puede cometer delitos, porque sólo él es el que realiza conductas, por lo tanto sólo el hombre es imputable, lo cual lleva necesariamente a considerar que la imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal.

Castellanos Tena, manifiesta que: "La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce.

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 325.

¹⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 12a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977. Pág. 389.

Continúa diciendo el autor citado que la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad".¹⁸ Pues la imputabilidad resulta ser fundamento para el juicio de reproche relativo a la culpabilidad y por ello es un presupuesto de ésta.

La imputabilidad refiere Castellanos Tena, "Es 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 Punitivo que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".¹⁹

La imputabilidad es la capacidad de querer y de entender en el campo del Derecho Penal.

De la anterior definición se deduce que la imputabilidad se configura de dos capacidades que debe tener el sujeto al momento de realizar la conducta :

- 1.- Capacidad intelectual (de entender)
- 2.- Capacidad volitiva (de querer).

En consecuencia, la imputabilidad, como presupuesto de la culpabilidad, está fundamentada en el conocimiento (entender) y la voluntad (querer). Faltando alguno de dichos elementos el sujeto será inimputable, y el Estado no podrá reprocharle su conducta, es decir, la imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer

¹⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 10a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1976. Pág. 218.

¹⁹ Idem.

su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad.

En lo referente al delito a estudio que es el de violación impropia, para que a un sujeto se le pueda reprochar la conducta delictuosa se requiere que se demuestre que al momento de realizar la figura delictiva de la violación impropia, haya tenido la capacidad de comprender el carácter ilícito de la misma, pero además que haya querido o deseado ejecutar dicha conducta típica.

Es importante hablar, en este tema, de las acciones libres en su causa, ya que puede darse en las mismas el delito de violación impropia. A este respecto Franz Von Liszt, expresa que las acciones libres en su causa se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien, esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad. Para el autor citado es decisivo en la imputabilidad el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado.²⁰

De lo anterior se deduce que el agente crea libremente, mediante un acto intencional o imprudencial, su estado de inimputabilidad, que a su vez, representa la causa de su obrar u omitir delictivo; pero las acciones libres en su causa da por inexistente la inimputabilidad del agente durante la ejecución del delito y 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.

²⁰ CFR Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal II. Citado por Jiménez de Asúa en su libro "La Ley y el Delito". Pág. 336.

En las acciones libres en su causa puede darse el delito de violación impropia, pero sólo cuando el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la violación impropia porque esta infracción sólo puede cometerse dolosamente.

3.1.5.- Culpabilidad.

No toda conducta típica y antijurídica es delictuosa, se requiere que también sea culpable, confirmándose así lo que han señalado la mayoría de los autores, que la culpabilidad es un elemento jurídico substancial del delito, sin la culpabilidad no hay delito.

La culpabilidad al igual que los demás elementos del delito, ha sido estudiada por muchos autores. Mencionaremos el concepto de algunos de ellos, que han dado sobre la culpabilidad.

Para Jiménez de Asúa, la culpabilidad en sentido amplio, "Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".²¹ Ignacio Villalobos, define a la culpabilidad como "El desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo. Refiere el citado autor, que muchos autores han señalado que si la antijuridicidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es la oposición del sujeto al mismo ; y que aquélla, la antijuridicidad es violación objetiva de la norma de valoración, en tanto que ésta, la culpabilidad, es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación".²² De estas conclusiones el tratadista da su definición de culpabilidad antes mencionada.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 352.

²² Villalobos, Ignacio. Op Cit. Pág. 382.

Cuello Calón, define a la culpabilidad como "El juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley".²³ Para Porte Petit, la culpabilidad "Es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto".²⁴

La culpabilidad consiste en el nexo o relación causal entre la conducta y el resultado. Por tanto, si se demuestra o se prueba una relación entre la conducta y el resultado prohibido por la ley, en ese caso habrá culpabilidad.

Respecto a la estructuración del concepto de la culpabilidad la doctrina penalista se debate en dos teorías: la psicológica y la normativa.

Para la Teoría Psicológica, la culpabilidad consiste en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior. Para Fontán Balestra consiste "En la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él".²⁵

Al destacar esta teoría la relación subjetiva entre el autor y el hecho, lógicamente se establece un psicologismo esencial a la culpabilidad.

Para la Teoría Normativa, la relación psicológica es sólo un punto de partida. Teniéndose presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la de la culpa; una vez determinados los motivos, debe concluirse si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de acreditarse, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría exigirsele una conducta conforme con

²³ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 1975. PP. 413.

²⁴ Porte Petit Candauadap, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1954. Pág. 49.

²⁵ Fontán Balestra, Carlos. El Elemento Subjetivo del Delito. Editorial Depalma. Buenos Aires 1957. Pág. 4.

el Derecho. De todo esto se deduce que la culpabilidad radica en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica.

Consideramos que las teorías psicologista y normativista no pueden, en forma separadas estructurar el concepto de la culpabilidad, pues cada una de ellas mencionan un elemento que por sí solo no formaría en forma completa el concepto de la culpabilidad, por lo que ambas teorías se complementan, toda vez que una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además, serie reprochada, de esto se desprende que en la culpabilidad, además de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, hay, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la ley.

Castellanos Tena, manifiesta que: "Se puede delinquir mediante determinada intención delictuosa (dolo) o por un olvido de las precauciones indispensables, exigidas por el Estado para la vida corriente (culpa). Para la existencia del primero se necesita que la voluntad consciente se dirija al hecho típico, la existencia del segundo se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta negligente, torpe o imprudente del autor".²⁶ Ciertamente, el Artículo 8º del Código Penal para el Distrito Federal dice que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

De lo anterior se desprende que existen dos clases de culpabilidades, siendo las siguientes :

1.- Culpabilidad dolosa y,

²⁶ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. PP. 236-238.

2.- Culpabilidad culposa.

El Párrafo Primero del Artículo 9º del Código Sustantivo de la materia nos da la definición de quien obra dolosamente y el cual a la letra dice: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley", es decir, si un sujeto conociendo las circunstancias de que su conducta es delictuosa quiere o acepta el resultado de la misma, dándose con esto en su totalidad los elementos de conciencia y voluntad, su culpabilidad será dolosa.

El autor Cortez Ibarra nos dice que no debemos confundir intención y dolo, ya que la noción de dolo es más amplia que la de intención, refiere nuestro autor, que se actúa intencionalmente cuando se requiere el resultado (dolo directo) y actúa dolosamente no sólo quien quiere el resultado o daño, sino, quien sin quererlo, lo acepta, por habérselo representado mentalmente y ser consecuencia normal de la conducta realizada (dolo indeterminado, indirecto y eventual).²⁷

Actualmente se distinguen las siguientes clases de dolo: directo, indirecto, indeterminado y eventual.

Dolo directo.- Se da cuando el sujeto activo dirige su propósito directamente a la obtención del resultado. Cuando existe coincidencia entre lo propuesto por la voluntad y el o los resultados causados.

Dolo indirecto.- Surge cuando el sujeto activo sabe y comprende que la realización de su propósito criminal está ligado a la producción necesaria de otros resultados punibles y aún así lo acepta.

²⁷ CFR. Cortez Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal. 4a. edición. Cárdenas editor y distribuidor. México, 1992. Pág. 297.

Dolo indeterminado.- Se presenta cuando el agente con fines ulteriores, no se propone causar determinado daño, sino sólo producir los que resulten sin concretizarse en la mente.

Dolo eventual.- Existe cuando el agente se le representa la posibilidad de un resultado que no pretende ni desea, sin embargo lo acepta. puesto que no desiste en realizar su conducta, produciéndose así el evento no deseado pero en definitiva aceptado. La eventualidad o incertidumbre del resultado final, caracteriza a este tipo de dolo.

El Párrafo Segundo del Artículo 9º mencionado anteriormente, se refiere a las acciones u omisiones culposas y reza lo siguiente: "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

En consecuencia, actúa culposamente quien realiza una conducta mediando irreflexión, impericia, imprevisión, negligencia o falta de cuidado, produciendo un daño típico penal.

Se distinguen dos clases de culpa: la consciente y la inconsciente.

La culpa consciente surge cuando el sujeto activo se representa o prevé el resultado como posible, y sin aceptarlo, confía y mantiene la esperanza de que no ocurrirá.

La culpa inconsciente se presenta cuando el sujeto activo no prevé el resultado siendo previsible y ocasiona una conducta antijurídica, no querida ni sentida.

La violación inpropia es un delito eminentemente doloso o intencional, ya que para que exista la violación se requiere de la violencia física o moral, siendo así, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, es decir, el sujeto al cometer este ilícito quiere realizar la conducta de introducir un elemento o un instrumento distinto al miembro viril en la vagina o ano de la víctima sin el consentimiento de ella, y a sabiendas de que este hecho es contrario a la ley. Por consiguiente en esta conducta habrá intención y voluntad para obtener el resultado de la misma y por lo mismo tendrá una culpabilidad dolosa.

3.1.6.- Punibilidad.

La conducta delictiva, además de típica, antijurídica, imputable y culpable, ha de ser punible. La punibilidad no debe confundirse con la pena, ya que son cosas totalmente diferentes.

La punibilidad es la sanción en abstracto, la establecida en la ley por el Estado para determinado delito.

En cambio, la pena es la sanción en concreto, la que impone el juzgador a quien resulta responsable de un delito

Pavón Vasconcelos conceptúa a la punibilidad como "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."²⁸ Para este autor, la punibilidad es un carácter fundamental o elemento integral del delito.

²⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 421.

Se ha discutido mucho en la doctrina sobre si la punibilidad es un elemento o una consecuencia del delito.

Castellanos Tena sostiene que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues la pena se merece en virtud del comportamiento, manifiesta el citado autor que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo, continúa diciendo, que una acción o una omisión humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter (el de delito) porque se les sancione penalmente.²⁹

Ignacio Villalobos está de acuerdo con Castellanos Tena y expresa que el delito es oposición al orden jurídico, mientras la pena es la reacción de la sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria. Afirma Villalobos que un acto es punible porque es delito, pero no es delito porque es punible.³⁰

Para el profesor Cuello Calón, el delito es acción punible y la punibilidad es uno de sus caracteres más destacados, menciona que, para que una acción constituya delito, además de ser antijurídica, típica y culpable debe ser punible.³¹ En igual sentido se encuentra Jiménez de Asúa, quien afirma que la característica del delito es ser punible, por tanto, la punibilidad es el carácter específico del delito, en suma señala el citado autor que sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.³²

²⁹CFR. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 315.

³⁰CFR. Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 203.

³¹CFR. Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 516.

³²CFR. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 426.

Estamos de acuerdo con Jiménez de Asúa, ya que como dijimos al inicio de este capítulo, elemento es la parte integrante de algo; lo necesario para que ese algo tenga existencia, luego entonces la punibilidad es un elemento muy importante del delito, ya que sin la misma no tendría sentido la existencia del precepto, pues nadie obedecería lo mandado o prohibido por la ley, porque como se puede ver, en todo el mundo se cometen muchos ilícitos, aún con la existencia de la pena.

La punibilidad es un elemento del delito, pues sin ésta no habría delito, esto se desprende del concepto del delito que se encuentra insertado en el Artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal y el cual a la letra dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". De esto se deduce que si un acto u omisión no están sancionados por las leyes penales no serán delito.

La figura a estudio, prevista en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal con la reforma del 21 de enero de 1991, se sanciona con pena de prisión de tres a ocho años. Anteriormente se sancionaba con una pena de prisión de uno a cinco años, por lo que se admitía que el agente activo tuviera su libertad provisional bajo caución. Ahora con la reforma, además de aumentar su penalidad, constituye uno de los casos de excepción para el otorgamiento de dicho beneficio en términos del Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.2.- Formas de aparición del delito.

El delito desde su inicio hasta su plena ejecución, recorre un camino que se origina en una fase interna y termina en otra fase externa. El iter criminis o

carnino uei delito, comprende el estudio de estas dos fases recorridas por el delito.

Fase interna.- Esta fase se presenta cuando el delito aún no se exterioriza, es decir, no ha salido de la mente del sujeto activo. Dentro de esta fase encontramos a la ideación, la deliberación y a la resolución del delito.

La ideación se produce cuando surge en la mente del sujeto la idea de cometer un delito; una vez concebido surge la deliberación. Por ésta se entiende, la lucha interna entre la idea criminal y los factores morales y sociales que la rechazan. Una vez terminado el conflicto psíquico de la deliberación, el sujeto toma la decisión de delinquir; ésta es la resolución.

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues ninguna de sus etapas lesiona o pone en peligro a un interés jurídicamente protegido; mientras la idea delictuosa permanezca en el interior de la conciencia no violará al orden jurídico, pues es imposible objetivizar un daño efectivo sin la manifestación de actos externos.

Fase externa.- El primer momento de esta fase es la manifestación de la idea criminal, la cual surge de su ámbito interno por medio de la palabra; tendiente a realizarse objetivamente en el mundo exterior. En este episodio tampoco existe infracción jurídica, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún bien jurídico, aunque tiene sus excepciones, como sería el caso del delito de amenazas, conspiración, provocación de un delito, etc.

La preparación, que es el segundo momento de la fase externa, consiste en la manifestación externa del propósito criminal, es decir, en este fenómeno se

realizan todos aquellos actos materiales previos a la ejecución, pero la conducta no entra todavía en la etapa de ejecución del delito, por ello queda impune.

En la ejecución, la conducta penetra al tipo delictivo. La acción violatoria de la norma puede presentar dos distintas formas: la tentativa y la consumación.

3.2.1.- Tentativa.

Es el principio de ejecución de un delito que no se lleva a cabo, es decir, es la ejecución incompleta de un delito.

Existe tentativa cuando se realizan actos encaminados a la ejecución de un delito y ésta es subjetiva y objetivamente incompleta.

El concepto legal de tentativa nos lo señala el Párrafo Primero del Artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual a la letra dice: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Del concepto legal se desprende que la tentativa se puede presentar de dos formas: Acabada e inacabada.

La tentativa acabada, llamada por la doctrina delito frustrado, se presenta cuando el sujeto realiza todos los actos encaminados a cometer el delito y la tentativa inacabada (delito tentado) es aquella en la que el sujeto realiza parte de los actos dirigidos a cometer el delito. Pero en ninguna de ellas se consuma el ilícito, por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

El desistimiento, es una forma que también impide el resultado típico. El sujeto realiza actos tendientes a cometer el delito, no realizándose éste por causas propias del agente.

El Código Penal para el Distrito Federal establece en su Artículo 12 último Párrafo, que: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que correspondía a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos". Reconoce aquí la figura del desistimiento, cuando por su propia voluntad, el autor impide la consumación del delito.

Tanto en la tentativa, como en el desistimiento, el sujeto realiza actos tendientes a cometer el delito, la diferencia entre ambas es que en la tentativa, sí existe sanción, en tanto que en el desistimiento no se le aplica sanción al sujeto. En las dos no se consuma el delito; en la tentativa por una causa ajena del agente activo; en el desistimiento por una causa propia.

La tentativa es punible, porque el sujeto exterioriza la resolución criminal, realizando actos unívocos, todos ellos dirigidos a cometer un delito, no consumándose éste por una causa ajena a su voluntad, o sea actúa con intención dañina.

Es indudable que la sanción en la tentativa de un delito debe ser menor a la sanción de un delito consumado, puesto que en éste se destruyó o dañó el bien jurídico protegido, en tanto que en la tentativa sólo puso en peligro el bien jurídico que protege la norma.

La aplicación de las sanciones en caso de tentativa nos la menciona el Artículo 53 del Código Penal, el cual reza lo siguiente: "Al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los Artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior."

En los delitos culposos no se da la tentativa, pues ésta solamente opera en delitos intencionales. Por lo tanto puede darse la tentativa en el delito de violación impropia, ya que éste, como ya dijimos en páginas anteriores, es un delito doloso. Efectivamente, si un sujeto conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley, exteriorizando la resolución criminosa, realiza actos unívocos, todos ellos directos, encaminados o tendientes a introducir por vía vaginal o anal un elemento distinto al miembro viril, pero no se consume el delito por causas ajenas a su voluntad, en ese caso hay tentativa de violación impropia.

3.2.2.- Consumación.

La consumación de un delito se concreta, cuando el sujeto, exteriorizando la resolución criminosa, realiza actos, tendientes a cometer un delito, consumándose éste en el mismo momento en que se han satisfecho todos los elementos descritos en el tipo correspondiente, o sea, cuando se han agotado todos los elementos materiales que describe el precepto legal.

El delito de violación impropia previsto en el último Párrafo del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, se consuma cuando se introduce por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por los medios descritos en el tipo.

3.3.- Medios comisivos del delito

El delito de violación impropia (con instrumento o elemento distinto al miembro viril), de acuerdo con la Ley Penal, sólo puede llevarse a cabo a través de medios específicos, medios que son alternativos y limitativos, ya que únicamente pueden ser la violencia física o la violencia moral.

Violencia significa fuerza extremada; fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere; hecho de actuar sin el consentimiento de una persona.

3.3.1.- Violencia física.

Por violencia física en general, se entiende la fuerza material en virtud de la cual se priva a una persona del libre ejercicio de su voluntad.

La violencia física en el delito de violación impropia, consistirá en el uso de la fuerza material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, que anula, supera o vence su resistencia y la obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo por vía vaginal o anal la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril por medios que no puede evadir.

La doctrina señala los siguientes requisitos para la existencia de la violencia física:

1. La violencia física debe recaer en el sujeto pasivo.
2. La fuerza debe ser suficiente para vencer la resistencia, y
3. La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria, constante o continua.

La fuerza material o violencia debe ser ejercida sobre la persona misma de quien se quiere violar y no sobre las personas o cosas que la circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre éstas pueda tener trascendencia de violencia moral. El constreñimiento ejercido sobre la propia persona del sujeto pasivo debe ser suficiente para vencer la voluntad opuesta de la víctima, la resistencia debe ser seria y constante. Seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que refleje una auténtica voluntad contraria; constante, o sea sostenida desde el principio hasta el último momento del ataque; si la resistencia se abandona en algún momento en que el sujeto activo desplegó la fuerza material, aceptando el mutuo goce la figura delictiva se destruye.

El que la voluntad contraria deba ser seria y constante, no presupone que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; la ley no exige tanto; basta que la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de la víctima, ante el convencimiento de ésta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia ya debilitado. En fin para que la violencia esté justificada, no es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos, sino que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar a una persona.

La violencia física se caracteriza porque constriñe físicamente al ofendido para realizar en él la violación, siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo de la víctima para superar o impedir su resistencia muscular; estas imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas

como amordazamiento, sujeción y atadura del sujeto pasivo, o en la comisión de ataques corporales, integradores además de la violación, de otras infracciones, como golpes, disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos y homicidio.

3.3.2.- Violencia Moral.

Por violencia moral se entiende la manifestación de voluntad del sujeto activo dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro y en virtud de la cual destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad.

La violencia moral en el delito de violación impropia, consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el sujeto pasivo o por evitar males mayores le impiden resistir la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal que en realidad no ha querido.

El Título Décimoquinto, relativo a los delitos sexuales, del Código sustantivo de la materia, es omiso en determinar la sustancia que nutre al concepto de violencia moral, sin embargo, en su Título Vigésimo Segundo, conducente a los Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio, Capítulo I, específicamente en el Párrafo Tercero del numeral 373 textualmente establece : "La violencia a las personas se distingue en física o moral....Hay violencia moral : cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarlo" ; reviste gran utilidad el concepto que de violencia moral se contiene en el precepto anteriormente apuntado ; en la inteligencia de que su intrínseco contenido resulta aplicable para la comprensión que del concepto de violencia moral se contiene en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal, en virtud de que el citado cuerpo legislativo debe entenderse como un todo congruente y armónico.

Asimismo, la violencia moral debe ser seria grave y de la cual derive un mal inminente, o futuro. El mal con que se amenaza puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal : vida, integridad corporal, honor o libertad, o patrimonial, siempre que en ésta última hipótesis se trate de bienes de gran valor. Aunque no es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños recaiga directamente en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, pues ésta puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males se ejercerán sobre las personas a ella ligadas por vínculos tan fuertes que engendren un estado de identidad afectiva.

Así como la violencia física domina el cuerpo del hombre y lo priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, también la violencia moral o intimidación aniquila la libertad ; su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar a ella una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en la imaginación. La primera, o sea, la violencia física es energía física ya consumada ; la segunda, es decir, la violencia moral es energía física simplemente anunciada, pero produce análogos efectos que la violencia física.

Cabe mencionar que las vías de hecho o maniobras materiales impositivas, características de la violencia física, generalmente son productoras en la víctima de intimidación psicológica (violencia moral) en virtud de que la coacción corporal con frecuencia se traduce en el que la sufre en temor o miedo.

La gravedad de los amagos y amenazas y su carácter intimidatorio no pueden ser establecidos a priori porque varían de caso a caso, según la naturaleza de los medios empleados y la especial psicología de la víctima, además de que no cualquier amenaza de un mal basta para constituir la violencia psíquica. La gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor son valores

variabíes que deben ser justipreciados por el juez en cada caso concreto teniendo en cuenta qué tan intimidante es la amenaza y qué tan débil es el carácter del amenazado.

Con el estudio de este capítulo podemos ver que todos los elementos que forman el delito son muy importantes e indispensables, ya que si falta uno de ellos no habría delito que perseguir, es decir si no hay una conducta delictuosa, o existiendo, está justificada, o está hecha por un inimputable o no se adecua al tipo, etc. no existe delito.

En igual grado de importancia se encuentran los elementos generales del tipo. Así pues, si falta un elemento integrador del tipo penal tampoco habrá delito, como en el caso de la violación impropia, que si ésta no se lleva a cabo mediante el uso de la violencia física o moral no se integra el ilícito, y la conducta queda impune, porque no se puede castigar a una persona si su conducta no encuadra exactamente en el delito de que se trata. De ahí la importancia de crear un tipo penal que proteja a aquellas personas que son agredidas sexualmente con objetos distintos del miembro viril sin violencia, tipo penal que a continuación estudiaremos.

CAPÍTULO 4.- ANÁLISIS DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.- Estado de indefensión en que se encuentran los menores de edad y las personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no puedan resistirlo.

Como pudimos ver en el capítulo anterior, el delito de violación impropia contemplado en el último Párrafo del Artículo 265 del Código sustantivo de la materia tiene medios comisivos delimitados, es decir sólo se puede llevar a cabo mediante el uso de la violencia física o de la violencia moral, de lo contrario, si no se usa la violencia física o moral en las víctimas no se integrará el delito, pues los elementos constitutivos de la violación impropia, de acuerdo al Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a saber son: 1.- Que se introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril; y 2.- Que dicha introducción se haga por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido; dejando con este tipo penal en estado de indefensión tanto a los menores (de doce años) de edad, como a aquellas personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier otra causa no pueden resistirlo.

En el caso de los menores de doce años de edad, quedan en estado de indefensión porque resulta innecesario el uso de la violencia, ya sea esta física o moral, pues debido a su corta edad se puede efectuar en ellos cualquier maniobra sin que ellos se resistan pues no se dan cuenta si el acto es bueno o es malo. Por ejemplo un niño de tres años hace todo lo que un adulto le dice sin saber si está bien o está mal, por lo cual el uso de la violencia física para obligarlo a hacer o dejarse hacer algo resulta inútil, toda vez que no hay ninguna resistencia que

venecer o superar puesto que el menor no se opone a nada. Sin embargo no se descarta la posibilidad de ser usada la fuerza física por el agente activo como un acto aún más salvaje del que ya se es con la violación impropia hec:ta a los menores.

En relación a la violencia moral, tampoco puede ser practicada en los menores do acce años, ya que por ésta debemos comprender el amago o amenaza de un mal grave, presente o inmediato en cualquier interés jurídico de naturaleza personal o patrimonial que proyecta el sujeto activo respecto de la persona o bienes del pasivo, o de la persona o bienes de un tercero ligado a éste por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad afectiva, para que acceda o no ponga resistencia a que le sea introducido por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril. Los menores de doce años no tienen suficiente razón como para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia de la conducta delictuosa del sujeto activo, ya que carecen de volición consciente para permitir o no que le introduzcan cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril.

En lo que respecta a aquellas personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho debido a la ausencia de capacidad psíquica, también están en estado de indefensión con el actual tipo penal que rige la violación impropia (con elemento o instrumento distinto al miembro viril), porque como ya sabemos la violencia física o moral es uno de los elementos constitutivos del delito de violación impropia, es decir si no existe dicho requisito no hay tal delito ,o sea que si el delito de violación cometido en contra de estas personas no se lleva a cabo mediante el uso de la violencia física o moral no se integrará el mismo y no se castigará al culpable, pero en la vida real este delito es cometido en contra de estas personas sin violencia, ya que no es necesaria la utilización de la fuerza física en ellas, pues por no encontrarse en su cabal juicio no pueden

entender y reflexionar sobre el mencionado acto, no pueden discernir lo que es bueno o lo que es malo, por lo tanto no se oponen al ilícito y no hay ninguna resistencia que vencer o superar por parte del sujeto activo. Tampoco la violencia moral puede existir en dichas personas pues no tienen la capacidad de comprender el significado del acto y la conveniencia o inconveniencia del mismo si tomamos en cuenta el concepto de violencia moral anteriormente mencionado. Entran en estos estados de las personas: la enajenación mental en sus diversas formas de manifestación causativas de la anulación de la conciencia o de la voluntad, como pueden ser disgregaciones de las funciones psíquicas que afectan el pensamiento, conducta, afectividad, sentimiento y relaciones con el mundo exterior; u oligofrenias, esto es, defectos congénitos o adquiridos en los primeros años de la vida cuando el cerebro se encuentra en plena inmadurez.

Otras personas que se encuentran en igual situación que las anteriores, en estado de indefensión, son aquellas que por cualquier causa no pueden resistir el acto de que les sea introducido un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía anal o vaginal, estas causas pueden ser de naturaleza más o menos transitorias en las que el sujeto pasivo se halla en un estado de inconsciencia que le priva de la facultad de conocer y comprender y por lo tanto de resistir la violación impropia. Estas situaciones pueden ser por diversas causas: accidentales unas y otras originadas por el propio actuar doloso del agente. Las accidentales pueden a su vez, dividirse en fisiológicas y patológicas. En las primeras se destaca el sueño y el sonambulismo; en las segundas los desvanecimientos o síncope. En todas las hipótesis hasta ahora enunciadas, el sujeto activo aprovecha la situación de inconsciencia en que se halla su víctima, para en tal coyuntura introducirle un elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía anal o vaginal. Mayor gravedad revisten los casos en que la imposibilidad de resistir es originada por el propio actuar doloso del agente como los estados de inconsciencia provocados por hipnosis, narcóticos, anestésicos o

bebidas alcohólicas. En estos estados de las víctimas resultaría por demás el uso de la violencia, pues por su falta de conciencia no se dan cuenta de lo que hacen en su cuerpo y por consiguiente no oponen resistencia a nada. Otras causas, a parte de las mentales que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente y que hacen que no pueda resistir la conducta delictuosa, son aquellos estados patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y reacciones defensivas, como los casos de parálisis general, extrema debilidad, estado febril; otras muchas causas pueden impedir la resistencia del sujeto pasivo, por lo cual consideramos que en estas hipótesis es innecesario el uso de la violencia, ya sea ésta física o moral, pues no hay oposición que vencer. Entran aquí también los estados de decrepitud física creados por la avanzada edad, los estados físicos anormales en que la víctima se halla a consecuencia de antiguas enfermedades o lesiones tales como las parálisis, mutilaciones o incapacidades que aquellas dejan como reliquia, así como también la circunstancia casual de hallar el sujeto activo a su víctima tirada en el suelo con las manos atadas.

La situación especial del sujeto pasivo (edad menor de 12 años) y las circunstancias que le impiden comprender el significado del hecho (ausencia de capacidad psíquica) o de resistir la conducta, mismas de las que el sujeto activo se aprovecha o las condiciona para llevar a cabo la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía anal o vaginal en la persona de la víctima, sin violencia, no significan, estos estados especiales de las víctimas que deben quedar desprotegidas por parte del Derecho, pues la violación impropia se puede realizar sin el uso de la violencia, ya que ésta se lleva a cabo para vencer o superar la resistencia de las víctimas y en estas situaciones especiales no hay ninguna resistencia que derrotar, pues por los estados en que se encuentran estas personas es imposible que se opongan físicamente a que les sea introducido un elemento o instrumento distinto al miembro viril; sin embargo la ley penal señala la violencia física o moral como elemento integrante del delito de

violación impropia, por lo que los sujetos activos que llevan a cabo ésta en las personas antes mencionadas sin usar la violencia física o moral quedan sin castigo porque su conducta no se adecua al tipo contemplado en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, y por lo mismo creemos que es necesaria la creación de un tipo penal diverso al que ya contempla la violación impropia, un tipo penal que proteja a estas posibles víctimas, quienes por el hecho de que se encuentren en estos estados especiales no van a ser ultrajadas y lastimadas y su agresor va a quedar tan tranquilo sin recibir ningún castigo, simplemente porque no utilizó la violencia en ellas, pues aunque no sean agredidas con fuerza física o con amenazas, de cualquier forma con la simple introducción de objetos distintos del miembro viril por vía vaginal o anal sufren y son dañadas en su integridad física y en su normal desarrollo psicosexual, pues son seres humanos y por lo mismo tienen el derecho de ser respetados y cuidados por la ley.

4.2.- Tipo Penal Propuesto.

El último Párrafo del Artículo 265 del Código sustantivo de la materia; rige a la violación impropia, pero siempre y cuando se lleve a cabo ésta mediante el uso de la violencia física o moral; pero como mencionamos anteriormente, existen situaciones especiales de las personas debido a las cuales no se hace necesario el uso de la violencia en ellas. Efectivamente, en la práctica el sujeto activo se aprovecha del estado especial en que se encuentra el sujeto pasivo y realiza el ilícito de la violación impropia sin violencia, y queda sin castigo porque su conducta no encuadra en el precepto penal ya existente, por lo que pensamos que el tipo penal que actualmente señala la violación impropia está incompleto, debido a ello proponemos la creación de uno diverso al mismo, que proteja a las personas que se encuentren en las situaciones especiales anteriormente señaladas.

El tipo penal propuesto es el siguiente: "Se equipara a la violación impropia y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia introduzca por vía vaginal o anal un elemento o instrumento distinto al miembro viril, a persona menor de doce años; y

II. Al que sin violencia introduzca por vía vaginal o anal un elemento o instrumento distinto al miembro viril, a persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

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

Por no contener el requisito de violencia que es el elemento esencial de toda violación, hemos creído necesario equipararla, debido a las situaciones y circunstancias en que se encuentran los sujetos pasivos y esta equiparación la hacemos a la violación impropia, toda vez que el tipo propuesto exige la introducción de un elemento o instrumento distinto del órgano masculino, elementos exclusivos de la violación impropia.

Creemos que la introducción de este tipo penal propuesto debe hacerse en el mismo artículo 265 del Código sustantivo de la materia, es decir, crearse un Cuarto Párrafo que contenga a la violación impropia equiparada.

Con la creación de este tipo penal, quedarían protegidas todas aquellas personas que actualmente están a merced de sujetos sin escrúpulos que se aprovechan de la incapacidad corporal y/o mental en que se encuentran sus víctimas, para realizar en ellas la violación impropia sin violencia, quedando

actualmente su conducta delictuosa impune; pero que si se legisla este tipo de violación, tal vez estas conductas aberrantes, que cada día se practican más, disminuyan notablemente.

Los elementos constitutivos del precepto propuesto son los siguientes:

1. Que se introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

2. Que dicha introducción se le haga :

a) A persona menor de doce años de edad.

b) A persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho.

c) A persona que por cualquier causa no pueda resistir el hecho.

En relación al primer elemento, se advierte que la penetración sólo debe ser por la vía vaginal o anal, es decir, no admite la penetración por vía oral y puede ser con cualquier instrumento o elemento siempre y cuando sea distinto al miembro viril.

Es pertinente hacer saber para los efectos de una correcta interpretación que por elemento debe de entenderse lo que forma parte de una cosa ; y por instrumento los objetos materiales que suelen utilizarse para la consumación de estos actos. Significados que son estrictamente de orden penal.

En el segundo elemento es importante resaltar que las tres hipótesis que contempla el tipo penal propuesto no requieren para su integración del uso de la violencia, ya que como se observó cada una de ellas están supeditadas a otros

elementos típicos. Sin embargo con el último párrafo de dicho precepto quedan aún más protegidas estas personas, pues no se descarta la posibilidad de llevarse a cabo la violencia en ellas, situación que sería aún más brutal pero no irreal debido a los momentos tan depravados que se están viviendo en la actual sociedad.

4.2.1.- Elementos generales del tipo.

Para una mejor comprensión de la figura jurídica propuesta, realizaremos un análisis de todos y cada uno de los elementos generales de dicho tipo, lo cual haremos en forma sencilla a continuación.

4.2.1.1.- Conducta.

El tipo penal propuesto, dada la naturaleza de su núcleo que es introducir un elemento o instrumento distinto al órgano masculino por vía anal o vaginal, en orden a la conducta se trata de un delito de acción, toda vez que únicamente puede cometerse por un hacer, pues nadie puede introducir algo no haciendo.

Es un delito unisubsistente, ya que se consume con la realización de un sólo acto.

4.2.1.2.- Sujeto activo.

El sujeto activo es el que realiza el verbo del ilícito y es impersonal, ya que puede ser cometido tanto por una mujer como por un hombre, en cuanto al número de sujetos activos, es un delito monosubjetivo, pues la conducta puede ser realizada por una sola persona, es decir, no es necesaria la presencia de dos o más.

4.2.1.3.- Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el tipo penal propuesto, es con calidad especial, es decir, sólo puede serlo el menor de doce años de edad y aquella persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, siendo indistinto el sexo, ya que la víctima puede ser un hombre o una mujer.

En el menor de edad, dada su inmadurez psicofísica, que conlleva falta de capacidad y discernimiento, hace que desconozcan el valor real del acto sexual, por ello aunque otorguen su consentimiento, éste carece de valor, es jurídicamente nulo.

4.2.1.4.- Bien jurídico.

El bien jurídico protegido en el tipo penal propuesto es la libertad sexual, pues todas las personas tienen el libre albedrío para decidir sobre sus actos sexuales, incluso las mencionadas en el tipo propuesto.

4.2.1.5.- Objeto material.

Ya habíamos mencionado anteriormente que en algunos delitos el objeto material coincide con el sujeto pasivo. En el tipo penal propuesto el objeto material es el sujeto pasivo debido a que es en él en quien recae la conducta delictuosa del agente activo.

4.2.1.8.- Resultado

En el tipo penal propuesto la consecuencia de la conducta delictuosa es de resultado formal o jurídico, es decir, afecta al mundo jurídico porque viola una norma ; pero no es de resultado material porque no produce ningún cambio en el mundo exterior.

4.2.2.- Elementos especiales del tipo.

Los elementos especiales son los siguientes : referencias temporales, referencias espaciales, referencias de ocasión y elementos normativos o de valoración.

El tipo penal a estudio contiene referencias temporales, puesto que señala que la conducta delictuosa debe desplegarse dentro de los doce años de edad del sujeto pasivo para que la actuación sea típica de dicha figura, de lo contrario, si la acción se realiza a persona de diferente edad, la conducta delictuosa daría origen a otra figura jurídica, por lo que la edad es una referencia temporal muy importante en este delito.

Las referencias de ocasión es otro elemento especial que contiene la figura en análisis en su segunda hipótesis, pues la víctima en el momento de llevarse a cabo la conducta tiene que estar en un estado en el cual no se de cuenta del acto o que no pueda rechazarlo, por ejemplo, una persona que estando narcotizada es víctima de una violación impropia con violencia; esta conducta encuadraría en el tipo penal propuesto y además su pena estaría agravada, pero si la violación impropia se lleva a cabo antes o después de estar narcotizada, entonces esta acción ya no sería típica de la figura estudiada.

Referente a los elementos normativos, el tipo penal propuesto tiene términos que necesitan de una valoración por parte del juez, para saber si se tipifica o no el delito.

En relación a las referencias espaciales, el tipo en cuestión no necesita de un espacio o lugar determinado para llevarse a cabo, pues este puede realizarse en cualquier lugar, por lo que el tipo penal propuesto no tiene referencias espaciales.

4.2.3.- Clasificación del delito en orden al tipo.

El delito tratado es un tipo especial cualificado porque agrega al tipo fundamental (violación impropia hecha con instrumento o elemento distinto al miembro viril) otro requisito que es la situación o circunstancia en que debe encontrarse el sujeto pasivo. Lo anterior, aunado con la existencia de la violencia física o moral agrava la sanción. Es un tipo independiente o autónomo porque no depende de ningún otro tipo para formarse. Es de formulación libre porque no se señalan los medios mediante los cuales se debe llevar a cabo la conducta. Es un tipo de peligro porque protege el bien jurídico en contra de su posible destrucción y por último el tipo penal propuesto es anormal, porque contiene elementos normativos que necesitan ser valorados.

4.2.4.- Punibilidad.

Aunque en el tipo penal propuesto no hayamos hecho mención a un aumento en la punibilidad, esto no significa que estemos de acuerdo con la actual sanción que tiene la violación impropia, esta omisión se debe a que primero se tendría que aumentar la penalidad en el delito de violación impropia, para en consecuencia aumentarse la sanción en la violación impropia equiparada

(propuesta anteriormente), pues este delito cuenta con una punibilidad mucho menor a la establecida para el ilícito de violación propia, establecida en el Párrafo Primero del Artículo 265 del Código sustantivo de la materia, cuando a nuestro parecer debería ser penalizado de la misma forma que la violación carnal tradicional o más si fuera posible, ya que la punibilidad que actualmente la rige no está acorde al daño que se produce al momento de que alguien penetra a una persona utilizando para ello palos, tubos, botellas, etc., pues además de afectar su libertad sexual, le produce una serie de lesiones de mayor envergadura que las producidas por un contacto sexual en el que se utiliza el órgano masculino ; todo el daño es acorde al elemento o instrumento utilizado en el instante de la agresión sexual manipulada por el victimario.

Con el tipo penal propuesto se haría una distinción , para efectos de la pena, entre violación impropia equiparada cometida sin violencia y la cometida con violencia, pues en la primera la sanción sería similar a la prevista para el delito de violación impropia contemplado en el último Párrafo del Código que rige la materia que es de tres a ocho años y en la segunda, es decir, cuando el ilícito se lleve a cabo con violencia ya sea ésta física o moral habrá un aumento de la sanción, que será de una mitad en el mínimo y el máximo de la pena.

Con el estudio de este capítulo nos damos cuenta que es importante y urgente legislar aquellas conductas sexuales negativas realizadas por sujetos depravados a quienes es injusto que la ley con el actual tipo penal que rige a la violación impropia los deje sin castigo solamente porque su acción la llevan a cabo en personas incapacitadas física o mentalmente, en quienes a veces no se utiliza la violencia para realizarles la actuación delictuosa. Y por quienes esperamos que nuestra propuesta tenga algún efecto benéfico. Para concluir el presente trabajo presentamos a continuación nuestras conclusiones.

CONCLUSIONES

Primera.- Hasta hace pocos años la penetración sexual por vía vaginal o anal hecha con elemento o instrumento diferente del miembro viril, no alcanzaba el grado de delito de violación, puesto que los diversos estudios tradicionales así lo establecían, y ante tales situaciones no existía argumento válido alguno para castigar al violador.

Segunda.- La reforma legal hecha en el año de 1989, al Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal y mediante la cual hoy se contempla como violación el hecho de penetrar a una persona por vía vaginal o anal con el auxilio de todo tipo de objetos ; constituye un acierto legal importante porque está acorde con la realidad social de nuestro país y tipifica mejor las conductas que hoy en día llegan a su más depravada forma de expresión.

Tercera.- En la actualidad el responsable de violación ya no sólo agrede a su víctima en la forma tradicional o clásica, sino que ha superado tal situación e incluso llega a penetrar al sujeto pasivo del delito con el auxilio de objetos diversos y con lo cual además de agraviar la libertad sexual de su víctima, le produce a veces lesiones, mayores a las ocasionadas en un contacto sexual en el que se utiliza el órgano masculino ; pero lo que es aún más dramatizante es que esta introducción de objetos se le realiza a personas que están incapacitadas psíquica o corporalmente y en quienes el sujeto activo, lleva a cabo su conducta delictuosa sin violencia física ni moral, por lo que no se integra de esta forma ningún delito.

Cuarta.- Ciertamente, en la vida práctica se presentan una serie de agresiones hacia los menores de doce años de edad y hacia aquellas personas

que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no puedan resistirlo ; las conductas aberrantes que se llevan a cabo se perfilan por demás degeneradoras y que van desde introducción de botellas, palos, tubos piedras, maniobras con los dedos y un sinnúmero de instrumentos más ; pero en virtud de no contarse con una tipificación adecuada, este tipo de violación impropia queda sin castigo, sin poder hacerse nada al respecto.

Quinta.- Urge adicionar al Código Penal para el Distrito Federal en su Título Decimoquinto, Capítulo Primero, Artículo 265, específicamente en el delito de violación impropia (hecha con elemento o instrumento distinto del órgano masculino) una norma penal que tipifique la conducta de introducir por vía vaginal o anal a persona incapacitada psíquica o corporalmente cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril sin violencia y asimismo que la equipare al delito de violación impropia debido a las circunstancias en que se halla el sujeto pasivo.

Sexta.- La violación impropia (prevista en el Párrafo Tercero del Artículo 265 del Código sustantivo de la materia) así como la violación impropia equiparada (tipo penal propuesto) por ser expresiones un tanto más depravadas deben ser sancionadas al igual que la violación propia o más, dependiendo del objeto que se use y del daño que se cause, esto con el fin de garantizar la integridad física y moral no tan sólo de la mujer y la del hombre que se encuentren con plena capacidad, sino también la de todas aquellas personas que se encuentren con alguna incapacidad psíquica o corporal, respecto de los ilícitos que conculcan la libertad sexual, lesionando seriamente el normal desarrollo psicosexual del ser humano.

Séptima.- Con la presente propuesta se beneficiarían todas aquellas personas que padezcan enfermedades de la mente o del cuerpo, tengan corta edad o condiciones análogas de indefensión pues su agresor se castigaría y por consiguiente disminuirían los ataques sexuales sufridos por ellos. De esta forma la ley les protegería su libertad y su normal desarrollo psicosexual.

BIBLIOGRAFÍA

Bauman, Jürgen.

Derecho Penal.

4a. edición. Ediciones De Palma.

Buenos Aires. Argentina 1981.

276 pp.

C. Cabral, Luis.

Compendio de Derecho Penal y Otros Ensayos.

2a. edición. Editorial Abeledo-Perrot.

Argentina, 1991.

319 pp.

Cardona Arizmendi, Enrique.

Apuntamientos de Derecho Penal.

2a. edición. Cárdenas, Editor y Distribuidor.

México, 1976.

227 pp.

Carrancá y Trujillo, Raúl.

Derecho Penal Mexicano.

11a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México 1, D.F. 1976.

766 pp.

Castellanos Tena, Fernando.
Lineamientos elementales de Derecho Penal.
23a. edición, Editorial Porrúa, S.A.
México, 1986.
359 pp.

Cortez Ibarra, Miguel Angel.
Derecho Penal.
4a. edición. Cárdenas editor y distribuidor.
México, 1992.
491 pp.

Cuello Calón, Eugenio.
Derecho Penal I.
Editorial Bosch. S.A.
Barcelona, 1975.

Fontán Balestra, Carlos.
Derecho Penal.
12a. edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma.
Editorial Abeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, 1989.
756 pp.

González Blanco, Alberto.
Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano.
3a. edición. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1974.
234 pp.

González de la Vega, Francisco.
Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.
19a. edición. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1983.
466 pp.

González de la Vega, René
Comentarios al Código Penal
Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor.
México, 1975.
630 pp.

Jiménez de Asúa, Luis.
Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito.
3a. edición. Editorial Sudamericana Abeledo-Perrot.
Argentina, 1990.
578 pp.

Jiménez de Asúa, Luis.
Tratado de Derecho Penal Vol. 1.
3a. edición. Editorial Lozada.
México, 1975.
350 pp.

Jiménez Huerta, Mariano.
Derecho Penal Mexicano. Tomo III.
4a. edición. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1982.
314 pp.

Maggiore.

Derecho Penal I.

5a. edición Editorial Temis.

Bogotá, 1954.

Martínez Roaro, Marcela.

Delitos sexuales.

2a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1982.

340 pp.

Mendoza Durán, José O.

El delito de violación.

Colección Nereo Madrazo.

Barcelona, s.f.

185 pp.

Pavón Vasconcelos, Francisco.

La tentativa.

3a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

195 pp.

Pavón Vasconcelos, Francisco.

Manual de Derecho Penal Mexicano.

6a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1984.

524 pp.

Porte Petit Candaudap, Celestino.

Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal.

8a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1983.

568 pp.

Porte Petit Candaudap, Celestino.

Ensayo dogmático sobre el delito de violación.

4a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1985.

233 pp.

Reynoso Dávila, Roberto.

Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología.

Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor.

México, 1992.

366 pp.

Veia Treviño, Sergio.

Antijuricidad y Justificación.

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1976.

412 pp.

Villalobos, Ignacio.

Derecho Penal Mexicano.

4a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1983.

654 pp.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.

Manual de Derecho Penal.

6a. edición. EDIAR Sociedad Anónima Editora
Comercial, Industrial y Financiera.
Buenos Aires, 1988.
820 pp.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.

Tratado de Derecho Penal III.

Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor.
México, 1988.
664 pp.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

108a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1995.

134 pp.

Código Penal para el Distrito Federal.

54a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México 1995.

338 pp.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

4a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1994.

950 pp.

Código Civil para el Distrito Federal.

64a. edición. Editorial Porrúa, S.A.

México, 1995.

655 pp.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

México, D.F., 1872.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

México, D.F., 1929.