

30/
41.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ARAGON"

LA IMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR DE EDAD
TRATANDOSE DEL DELITO DE VIOLACION EN EL
DISTRITO FEDERAL Y SU CONCORDANCIA CON
EL CRITERIO DE CAPACIDAD LEGAL RECONOCIDO
EN LAS LEGISLACIONES LABORAL Y CIVIL.

T E S I S

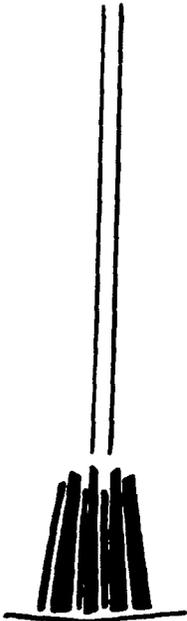
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CESAR FERNANDO MONROY SOTO

ASESOR: LIC. PEDRO PABLO CARMONA SANCHEZ

MEXICO

1997

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.

A MIS PADRES:

Isabel Soto Monroy y Juan Monroy González.

Con el más profundo sentimiento de admiración, respeto y cariño, a quienes son el tesoro más preciado que Dios me dió en la vida, sabiendo que con nada podría pagar todo el apoyo que me han dado.

Por ser mi sustento material y espiritual en todos los años de mi vida escolar, forjada a través de innumerables de sus sacrificios.

Y por creer en mí, dándome la oportunidad de hacer posible la realización de este importante logro en mi vida personal, que también es suyo.

Más agradezco sin embargo, sus consejos, paciencia, amor y comprensión que me han permitido seguir adelante.

A USTEDES, MI CARIÑO Y GRATITUD ETERNA.

A MIS HERMANOS:

Martha Isabel, Juan Enrique, Jaqueline Marcela y Brenda Blanca Estrellita por el apoyo económico y moral que siempre me han brindado.

GRACIAS.

A MIS AMIGOS:

Iber Acosta Enríques, Pedro León Álvarez, Aurelio Mendoza Garduño y Julia Vázquez Gutiérrez.

Por el apoyo incondicional que de una u otra forma recibí en su momento, de todos y cada uno de ellos, a quienes me une una amistad sincera y desinteresada que los coloca en una categoría muy especial en mi sentimiento personal.

GRACIAS.

A LA FAMILIA RODRÍGUEZ NUÑEZ :

Reybel, Itali y especialmente a **Elias** por la paciencia, amistad y el apoyo técnico que me brindaron, así como a **Rocío, Marisol** y a sus apreciables padres don **Rutilo Rodríguez Herrejón** y doña **Maria del Carmen Nuñez Aválos**; a todos sus integrantes mil gracias por la gentileza de su amabilidad y confianza para conmigo al abrimme las puertas de su hogar, con ese don de gentes bien que pocas personas poseen.

MIL GRACIAS.

A LA UNAM (ENEP ARAGÓN):

Por darme la oportunidad de exclamar con orgullo, que debo mi formación profesional a ésta generosa casa de estudios.

GRACIAS.

A MIS PROFESORES Y COMPAÑEROS :

Que con el departir diario de sus conocimientos y experiencias contribuyeron a dar forma a mi propia manera de pensar y de ser, dejando en mí la permanente huella de inolvidables momentos convividos.

GRACIAS.

AL LIC. PEDRO PABLO CARMONA SÁNCHEZ:

Por las facilidades proporcionadas para la realización de este trabajo, conciente de que sin ellas no hubiera sido posible la culminación del mismo.

GRACIAS.

ÍNDICE

LA IMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR DE EDAD TRATÁNDOSE DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL Y SU CONCORDANCIA CON EL CRITERIO DE CAPACIDAD LEGAL RECONOCIDO EN LAS LEGISLACIONES LABORAL Y CIVIL.

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO 1.- PANORÁMICA GENERAL DEL DELITO DE — VIOLACIÓN.	
1.1 Concepto formal de delito	1
1.2 Desarrollo histórico de la violación	5
1.3 Etimología del concepto violación	11
1.4 Noción legal del delito de violación	12
CAPÍTULO 2.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.	
2.1 Imputabilidad	18
2.1.1 Concepto de imputabilidad	18
2.1.2 Naturaleza jurídica de la imputabilidad	22
2.1.3 Ubicación y efectos jurídicos de la imputabilidad	28
2.1.4 Distinción entre imputabilidad, culpabilidad y responsa- bilidad	29

2.2 Inimputabilidad	30
2.2.1 Concepto de inimputabilidad	30
2.2.2 Causas de inimputabilidad	31
2.2.2.1 Desarrollo intelectual retardado	34
2.2.2.1.1 Minoría de edad	35
2.2.2.1.2 Sordomudez	40
2.2.2.2 Trastorno mental	43
2.2.2.2.1 Trastorno mental transitorio	44
2.2.2.2.2 Trastorno mental permanente	47

CAPÍTULO 3.- EL MENOR DE EDAD EN RELACIÓN CON LA INIMPUTABILIDAD Y SU CAPACIDAD LEGAL EN LAS LEGISLACIONES LABORAL Y CIVIL.

3.1 Antecedentes históricos sobre la imputabilidad de los menores en la legislación penal del Distrito Federal	52
3.1.1 Código Penal de 1871	52
3.1.2 Proyecto Macedo Pimentel de 1912	56
3.1.3 Código Penal de 1929 y 1931	57
3.2 La capacidad legal del menor de edad en materia del trabajo	64
3.2.1 El menor de dieciseis años y mayor de catorce en materia del trabajo	66

3.2.2 El menor de dieciocho años y mayor de dieciseis en materia del trabajo	71
3.3 La capacidad legal del menor de edad en el Código Civil . . . 71	
3.3.1 La capacidad de goce	74
3.3.2 La capacidad de ejercicio	75
3.3.3 El caso especial del menor emancipado	78
CAPÍTULO 4.- EL MENOR DE EDAD Y EL DELITO DE VIOLACIÓN.	
4.1 El concepto de menor edad y los criterios que la determinan	85
4.1.1 Médico	86
4.1.2 Sociológico	88
4.1.3 Legal	91
4.2 La violación desde el punto de vista médico legal	93
4.3 Elementos estructurales del delito de violación	102
4.3.1 Violencia física o moral	104
4.3.2 Cópula	108
4.3.3 Sexo	111
4.3.4 Sujetos	111

4.4 Posturas ideológicas del bien jurídico tutelado en el delito de violación	115
4.5 Reflexiones a la denominada inimputabilidad del menor de edad en la comisión del delito de violación	118
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	136

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por el delito tratándose de los menores de edad ha tenido desde antaño hasta nuestros días, opiniones variadas y controvertidas. El enfoque actual dominante excluye de imputabilidad penal alguna a todos aquellos menores de 18 años de edad, y por ende, deja sin sanción penal sus conductas delictuosas, argumentando como razón legal su falta de capacidad psíquica para comprender la magnitud de lo injusto y para autodeterminarse en forma plena (capacidad de querer y entender). Esto es, se hace depender la existencia de dicha capacidad en el individuo, en función del cumplimiento de la edad cronológica señalada.

De ahí que de acuerdo a la dogmática del delito, éste, en el caso de los menores "no se pueda cometer", por no reunirse todos los elementos del mismo, en este caso, por faltar el elemento de imputabilidad, presupuesto indispensable para que pueda integrarse la culpabilidad, y necesario igualmente para aplicar la pena.

Así las cosas, se afirma que los menores ¿no pueden cometer delitos?, pero eso sólo en rigor técnico, pues a todas luces no puede opinar lo mismo quien resiente la conducta dañosa del menor.

El caso del delito de violación que abordamos en el presente trabajo recepcional, es uno de los ilícitos en los que dada su naturaleza no se puede aceptar ni afirmar tal carencia de capacidad en forma rotunda, pues ello significaría, como lo es en estos momentos, el dejar en la impunidad la conducta de muchos sujetos que aprovechan la protección que se le dispensa al que cae dentro de la determinación legal de minoría de edad, y que sí reúnen la aptitud suficiente para ser dignos de la aplicación del

reproche penal.

No se pretende con nuestra propuesta una reducción de edad penal en forma indiscriminada, sino la contemplación -como lo es en este caso- de excepción a la regla general de inimputabilidad que se establece para todos los casos delictivos de menor edad.

El contenido de este trabajo, al que se le ha puesto por título "*La imputabilidad penal del menor de edad tratándose del delito de violación en el Distrito Federal y su concordancia con el criterio de capacidad legal reconocido en las legislaciones laboral y civil*", se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el primero, al que le hemos denominado "*Panorámica general del delito de violación*", intentamos ofrecer una visión introductoria acerca del delito de violación, tocamos para ello, cuestiones como su desarrollo histórico, concepto etimológico y la noción legal del mismo.

El capítulo segundo, lo dividimos en los aspectos de la "*Imputabilidad e inimputabilidad*". Dejando anotado en lo que concierne a la parte relativa a la imputabilidad, su concepto, naturaleza jurídica, ubicación y efectos jurídicos, así como la distinción que guarda con respecto a la culpabilidad y la responsabilidad.

En la correspondiente a la inimputabilidad, abarcamos tanto su concepto, como las causas que para poseer tal carácter señala expresamente el Código Penal del Distrito Federal, es decir, el desarrollo intelectual retardado y el trastorno mental.

Por lo que se refiere al capítulo tercero, titulado "*El menor de edad en relación con la inimputabilidad y su capacidad legal en las legislaciones laboral y civil*", se encuentra conformado en tres partes importantes. En la primera, tocamos el paso del menor de edad a través de regulaciones penales importantes del pasado, dejando ver una cierta aptitud de

responsabilidad que sí les reconocía en edades inferiores a la mayor edad actual. En la segunda y terceras partes, abordamos la regulación que se le da al menor de edad en materia del trabajo, y en el propio Código Civil, respectivamente, mostrando la capacidad que en estos ámbitos legales se les concede a menores de determinada edad, contradictoriamente con la que se niega por regla en el derecho penal.

Y finalmente, en el capítulo cuarto tratamos ya a "*El menor de edad y el delito de violación*", señalando el concepto relativo o variable que representa aquel, la importancia que posee la medicina legal como auxiliadora en la determinación de la existencia o no de este delito y del o los probables responsables, así como la gravedad del ilícito a través del análisis de sus elementos estructurales, terminando por último, con una reflexión personal en torno a la imputabilidad que se le otorga al menor de edad cuando incurre en la comisión de este delito.

CAPÍTULO 1.- PANORÁMICA GENERAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

1.1 CONCEPTO FORMAL DE DELITO.

La palabra delito proviene del verbo latino *delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Varios han sido los esfuerzos de numerosos penalistas en su intento por elaborar una definición o un concepto del delito, que en un plano absoluto y de carácter general sea válido en todos los tiempos y para todos los países .

Rafael Márquez Piñero señala que en cuanto a conceptos del delito con carácter generalizador pueden citarse a autores que "...como Frank afirman que el delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral ; para Pessina, es la negación del derecho; para Romagnosi, es el acto de una persona, libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto, y para Rossi, consiste en la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos." (1) Crítica este mismo autor los anteriores conceptos de delito, al decir de ellos que "...ninguno contiene una precisión suficiente para los efectos de la disciplina penal; hay gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que son vulneradores de derechos, pero no infractores de normas penales; por último, hay acciones, evidentemente causantes de perjuicios sociales, que no constituyen

(1) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Parte General. 2 ed., Ed. Trilasa, México, 1980. Pág. 132.

delitos." (2)

Como se advierte, no ha sido posible una definición filosófica esencial con validez universal. Ello es explicable si se toma en cuenta, que el delito se halla en estrecha vinculación con la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, de tal suerte, que la noción del delito sigue necesariamente los cambios de estos, y en consecuencia, los hechos que unas veces han poseído tal carácter, otras lo han dejado de tener en base a diferentes situaciones, esto es, lo antes penado como delito, puede actualmente no serlo y viceversa.

Sin embargo, "a pesar de tales dificultades...es posible caracterizar al delito *jurídicamente*, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales." (3)

Así tenemos, que desde el punto de vista jurídico se han efectuado definiciones del delito de tipo formal y de índole sustancial, mismas de las que a continuación nos ocuparemos sin ningún propósito de exhaustividad, pues ello, rebasaría los límites que nos hemos fijado en este punto, que es primordialmente la comprensión de lo que es el delito, antes de continuar con la violación en sí.

Noción formal. La ley positiva penal es la que nos provee de la definición formal del delito. El artículo 7o. de nuestro Código Penal establece en su primer párrafo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

[2] Idem.

[3] Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1991. Pág. 128.

Según se observa, "esta concepción prescinde incluir en la definición los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; funda su noción exclusivamente en el carácter punible: es delito entonces, toda conducta, moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando este dispuesta en la ley y amenazada con la aplicación de una pena." (4)

Tal definición si bien es suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal, se dice que es criticable porque no se puede hablar siempre de la pena como medio eficaz de caracterizar al delito.

Noción substancial. Aunque como se señaló la noción formal es conveniente para satisfacer las necesidades de la práctica, es por otra parte insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo. De tal manera, que si se quiere penetrar en la esencia del delito, necesario es saber cuales son los elementos característicos del mismo. Es aquí donde entra la definición jurídico-substancial, en la que autores como Jiménez de Asúa al aportar una definición de este tipo, señala que: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." (5)

En concepto de Eugenio Cuello Calón, es la "acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con la pena." (6)

Para Celestino Porte Petit "es una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de

(4) Cortés Barza, Miguel Ángel. Derecho Penal. Parte General. 4 ed., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1982, Pág. 128.

(5) Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1956, Pág. 133.

(6) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. T. I, V. I, 18 ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1988. Pág. 306.

punibilidad y punible." (7)

De las definiciones transcritas, pueden colegirse como características del delito las siguientes: a) conducta; b) tipicidad; c) antijuricidad; d) imputabilidad; e) culpabilidad; f) condiciones objetivas de punibilidad; y g) punibilidad.

Así las cosas, se estima que para que exista el delito, es necesaria la concurrencia de los elementos anteriores, esto es, que la **conducta** que se refiere a la acción u omisión, proceda de un sujeto **imputable** o con capacidad de querer y entender; siendo **típica** o encuadrada en lo descrito por la ley penal; que sea **antijurídica**, es decir, que no goce de alguna eximente que la coloque en situación de estar plenamente justificada su comisión; **culpable** o subjetivamente imputable a su autor; **punible** o amenazada con la aplicación de una sanción; debiéndose cumplimentar además, las eventuales condiciones de las cuales depende la efectividad aplicativa de la sanción, esto es, las **condiciones objetivas de punibilidad**.

Cabe destacar que no hay actualmente, un criterio uniforme entre los penalistas, respecto a los elementos que se han de estimar como esenciales o indispensables para la configuración del delito. Los hay quienes señalan dos, otros tres, unos más cuatro y más; se originan así las denominadas concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, etcétera.

Concluimos entonces, que si los elementos esenciales confluyen a integrar la naturaleza jurídica del delito, a falta de alguno de ellos, no habrá ilícito penal.

(7) Cf. por Cortes Ibarra, Miguel Angel, Op. cit., pág. 129.

1.2 DESARROLLO HISTÓRICO DE LA VIOLACIÓN.

De todos es sabido el papel de gran importancia que representa la historia en la comprensión de nuestro presente a través del acontecer pasado. El tema de la violación en este punto llama mucho la atención, por las variadas formas de regulación que se le ha dado.

De acuerdo con Alberto González Blanco (8), podemos encontrar sancionada a la violación: en **Egipto**, cuyo castigo era la extirpación del órgano sexual.

Sanción por cierto bastante severa, que seguramente calmaría las ansias de no pocos al respecto.

Con los **hebreos**, la sanción consistió en la aplicación de la muerte o multa, atendiendo a si la mujer era casada o soltera (Deuteronomio 25, XXII).

Es muy evidente la atribución de una menor o mayor valía a cierto estado civil de la ofendida, pues en función de esto era la pena.

En el **Código de Manú**, era impuesta pena corporal al violador, pero bajo la situación de que la víctima de que se tratara, no fuera de la misma clase social de aquel, ni que diera su consentimiento, pues en caso contrario no se sancionaba al violador.

Regulación por demás criticable, pues la protección a la libertad sexual personal no debe estar subordinada a los distingos sociales, que sólo generan impunidad.

(8) González Blanco, Alberto. *Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1979. Págs. 136-138.

En **Grecia**, la sanción consistía en el pago de una multa y la obligación de casarse con su víctima, si a caso ésta consentía, de lo contrario se le condenaba a muerte.

Situación muy peculiar la anterior, porque aunque posible es muy poco factible que la ofendida aceptara unirse en matrimonio con su victimario en tales circunstancias, así que no es difícil imaginar la suerte con la que corría por lo común el violador. Lo antes expuesto se puede ubicar más bien, como antecedente histórico de lo que conocemos por el delito de estupro.

La **ley de los sajones** castigaba este delito con una multa, misma que era disminuída si concebía la víctima.

Toda una aberración representa lo anterior, ante la escasa importancia que le daban a un hecho de tal magnitud; casi se puede decir que se sancionaba más el que no lo cometiera bien el violador.

El **Edicto de Teodorico** imponía la obligación de contraer matrimonio con la mujer violada, pero si el culpable era noble y rico, se le castigaba además, con la pérdida de la mitad de sus bienes en beneficio de la víctima.

De muy censurable calificamos esta forma de regulación, pues más que un castigo para el violador, es obvio suponer que se prestaba para poder obligar a una mujer a desposarse contra su voluntad. En donde si se puede hasta cierto punto, advertir alguna "protección" a la mujer violada, es en el hecho de que se le daba la mitad de los bienes si el sujeto era noble y rico, pues podría decirse que frenaba en algo los abusos frecuentes de los poderosos contra las mujeres pobres.

En **Ingllaterra**, Guillermo el Conquistador impuso la condena de ceguera y la de castración.

Sanción muy drástica ésta, pues no se conformaba con el mero castigo de la extirpación del miembro viril, sino que también al medio que dió lugar al deseo, es decir, la vista.

En el **derecho romano**, la violación es sancionada como una especie de los delitos de **coacción** y, a veces, de injuria, así entonces, no se establece una categoría que la diferenciara. Encontrándose dentro de los delitos de coacción el **stuprum violentum**, que era castigado con pena de muerte. (9)

Igualmente, en la **Lex Julia de vis publica**, se sancionó la unión sexual violenta con pena capital.

Tal regulación puede prestarse a dos tipos de pensamiento: por un lado, la importancia que tenía la libertad sexual de la persona al igualarla en valía con la vida, y por el otro, a que con una conminación de semejante alcance (la muerte) hallaría verdadero límite esta clase de delito.

En el **derecho canónico**, sólo se consideró que existía la violación, en la desfloración de la mujer contra o sin su voluntad, determinandose que en una mujer que ya había tenido conocimiento carnal o que no era virgen, no podía darse. No se consideró necesaria, aplicación de penalidad canónica en virtud de ya estar

(9) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los delitos, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1963.

reprimido este delito, con la pena de muerte por los tribunales laicos.
(10)

Claramente se puede advertir lo equivocado de tal apreciación, pues no es posible considerar que porque una mujer ya no sea virgen, no pueda existir el delito.

Por lo que se refiere al **antiguo derecho español**, el delito de violación fué regulado por ordenamientos jurídicos entre los que tenemos:

El **fuero juzgo**, que en el título segundo del libro tercero, regula a la violación y al rapto estableciendo en su primera ley, que perdida la virginidad la mujer, quien la violó no debe casarse con ella, dandosele en pena cien azotes ante todo el pueblo, y además, entregado como siervo al padre de la víctima.

Castigo muy denigrante nos parece este, pero a la altura del inferido a la víctima, que seguramente evitaría en mucho la comisión frecuente de este delito.

En la ley segunda, se castigó con pena de muerte para quien lo cometiera, haciendose extensivo a la víctima, para el caso que llegara a casarse con el violador.

A pesar de lo drástico de esta sanción, simpatizamos de ella en el sentido de prohibirle a la ofendida unirse en matrimonio con su victimario, pues resulta inconcebible el enlace en un acontecimiento tan significativo, a través de una experiencia traumatizante, que por

(10) Idem.

seguro estaría condenada al fracaso y que resultaría en consecuencias todavía más aciagas para la víctima.

En la ley tercera, se imponía como pena al violador o raptor, si la víctima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada, a ser siervo del prometido o esposo.

Castigo semejante tiene también una naturaleza humillante, cuyo objetivo principal, estimamos, lo fué la disminución de dicho ilícito ante tal clase de intimidación, y que por otra parte, por lo que se ve, pretendía "cobrar" la vergüenza y deshonor causado.

En la ley quinta, al forzador de mujer casada se le condenaba a pena de tormento y pérdida de bienes, que deberían pasar por mitad a la víctima y a su esposo.

Por lo que se advierte, este tipo de castigo tendía además de la protección a la mujer, a dar seguridad en cierta forma, a las uniones matrimoniales ya consumadas.

En la ley octava, el siervo que violaba a una mujer libre, era castigado con la decapitación.

Muy lógico inferir que la gravedad del castigo era marcado por la superioridad entendida o el privilegio que daba el ser "hombre libre", respecto a la condición de "siervo".

En el **fuero real**, libro IV, título X, leyes primera, segunda y cuarta, la violación es sancionada con pena de muerte, en tratándose de mujer soltera, y si era cometida con el auxilio de varios sujetos, cualquiera que fuera su condición social y de cualquiera religión profesada.

varios raptasen a la mujer, siendo sólo uno el que cometió la

violación, aquellos debían pagar cincuenta maravedises, siendo una mitad para el rey, y la otra, para la mujer violada.

Es una sanción bastante entendible, cuanto más porque la de por sí gravedad del delito, se ve aumentada con la participación de varios sujetos.

Las **leyes de las partidas**, en su título XX, partida VII, se refieren a la violación y al rapto, señalando:

En la ley primera, que el que fuerza o roba a una mujer virgen, casada, religiosa o viuda, que viva honestamente en su casa, comete enorme error por dos motivos: el uno, porque es fuerza hecha sobre persona que vive honestamente, y el otro, es que fuerzan una grande deshonor, y si los que hacen fuerza de las cosas ajenas deben ser escarmentados, más escamiento merecen los que fuerzan a las personas.

En la ley segunda, se dispone que la acusación por esta clase de delitos, puede ser hecha por los parientes de la víctima y en defecto de ellos, por cualquiera persona del pueblo ante el juzgador del lugar donde fué hecha la fuerza, pudiendose acusar igualmente, a los que ayudaron.

La ley tercera, involucra igualmente la violación con el rapto al determinarse que: si un hombre robaba a alguna mujer de buena fama, fuera esta viuda, virgen, casada o religiosa, yaciendo con alguna de ellas por la fuerza, sus bienes serían confiscados en beneficio de la víctima, sin obstar el pagar con su vida el agravio perpetrado.

Advertase de lo expuesto, la severidad con la que desde

entonces era castigada la violación. No es nada exagerado luego así, el tenerlo actualmente como uno de los delitos más graves y criticables que pueda cometer el ser humano, y que por ello decididamente merece la aplicación del reproche, sin que se de lugar a excepción alguna.

En efecto, en los códigos penales modernos se sigue considerando este delito de extrema gravedad, aunque abandonándose criterios de penalidades como la de muerte, pero sin dejarse de extremar la sanción mediante agravaciones especiales.

1.3 ETIMOLOGÍA DEL CONCEPTO VIOLACIÓN.

Los beneficios que nos reporta la etimología, residen en el conocimiento del origen y derivación de las palabras que solemos utilizar. El caso especial de nuestro idioma español, es bastante interesante en este aspecto, pues buena parte de esas palabras derivan del latín y del griego.

Así, para el mejor entendimiento del alcance o contenido del concepto violación a los efectos de este trabajo, nos veremos precisados a recurrir a su procedencia etimológica.

El término violación, proviene del latín **violatio-onis**, que significa acción y efecto de violar. Este último vocablo deviene a su vez del latín **violáre**, que se refiere según el diccionario de la lengua española a "tener acceso carnal con una mujer por fuerza, o hallándose

privada de sentido, o cuando es menor de 12 años." (11) En otra estimación: "tomar una persona, por la fuerza, a otra, especialmente un hombre a una mujer, para satisfacer sus deseos carnales, especialmente si ésta es menor" (12); o como dice una apreciación médica: "el coito realizado con una menor de 12 años, con una persona privada de razón o sentido, o por medio de la violencia." (13)

Tales conceptos, nos permiten obtener una visión introductoria, que hasta aquí es suficiente, para ir adentrandonos en la comprensión de dicha figura jurídica.

1.4 NOCIÓN LEGAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Inmerso en una catalogación denominada "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", se considera a la violación como el más grave dentro de estos delitos.

Es en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, donde se hace la descripción legal del delito de violación, al establecer por tal, que:

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

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

[11] Diccionario de la Lengua Española, 16 ed., Real Academia Española, Madrid, (s.a.). Pág. 1237. Cf. Nueva Enciclopedia Universal Carroggio, en 30 tomos, T. 36, Ediciones Carroggio, Barcelona, (s.a.). Pág. 1637; Diccionario Porrúa de la Lengua Española, 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1972, Pág. 803.

[12] Nueva Enciclopedia Larousse, an diez volúmenes, T. 10, Ed. Planeta, Madrid, 1982, Pág. 10320.

[13] Diccionario de Ciencias Médicas Dorland, 7 ed., Ed. El Ateneo, Barcelona, 1987, Pág. 1636.

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.*

De la transcripción hecha al precepto anterior, podemos conceptualizar a la violación, como la cópula impuesta a una persona por medio de la violencia física o moral, aspecto este último característico del delito en estudio, por la ausencia total del consentimiento del sujeto pasivo.

En efecto, no alude el referido precepto, a frase o expresión de "ausencia de voluntad del ofendido", pero entendemos que la especial naturaleza de este delito la exige, aún sin hacer mención de ella.

Se señala también, la posibilidad de cometer violación en el supuesto de la introducción de algún "elemento o instrumento" que no precisa el miembro viril, y por lo tanto, del acto de la cópula.

Algunas opiniones de eminentes juristas que podríamos citar respecto a como se conceptualiza el delito de violación, son las siguientes:

Francisco González de la Vega, se refiere a este delito como "la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral..." (14)

Para Rafael de Pina es el "acceso carnal obtenido por la violencia, física o moral, con persona de cualquier sexo y sin su

(14) González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 379.

voluntad." (15)

En concepto de Sebastián Soler, es el "acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado mediante la violencia real o presunta." (16)

Celestino Porte Petit la entiende como la "cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva." (17)

Cabe aclarar, que las denominadas violencia real y la vis absoluta a que se refieren Soler y Porte Petit respectivamente, no son otra cosa que la violencia física. Lo mismo que la vis compulsiva, lo es a la violencia moral, no así la violencia presunta, que en opinión de Alberto González Blanco, se refiere más bien, a los supuestos del artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal. (18)

Según se observa, la esencia del delito que nos ocupa, descansa efectivamente, en la ausencia del consentimiento de la víctima sometida a la violencia sexual, lo que hace que esa falta de consentimiento se constituya en indispensable para su configuración.

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

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

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

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

[15] de Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 9 ed., Ed. Porrúa, México, 1990. Pág. 498.

[16] Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. II. Tipográfica Editorial, Buenos Aires. 1978. Pág. 282.

[17] Porte Petit, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1936. Pág. 12.

[18] Vid. González Blanco, Alberto. Op. cit., págs. 138-140, 166-168.

Aunque equiparado en la aplicación de sanciones, aquí se describe delito que no es violación propiamente dicha. Francisco González de la Vega dice en relación con esto que "...la mayor parte de las legislaciones, bajo el común nombre de violación y como especie de ésta, incluyen la figura conocida doctrinalmente como *violación presunta*, consistente en el ayuntamiento sexual con personas incapacitadas para resistir al acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión...estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprometidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituyen un delito especial, provisto de su propia descripción legislativa, y distinto a la verdadera violación; su nombre adecuado, más que el de violación presunta, debe ser el de *delito que se equipara a la violación o violación impropia*." (19)

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

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

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

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

(19) González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 390.

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

De la lectura del precepto anterior, se deduce el establecimiento de agravantes específicas, dables tanto en el delito de abuso sexual como en el de violación:

La primera fracción tiene como base el hecho objetivo de que ante un ataque plural, se logra tener a la víctima en un mayor estado de indefensión.

En la segunda fracción se establece una pluralidad de hipótesis: cuando el delito de violación fuere cometido entre ascendiente y descendiente y viceversa, hermano contra su colateral, tutor contra su pupilo o por el padrastro o el amasio de la madre del ofendido.

La tercera fracción, establece el supuesto de que en la violación, el que la cometa, se valga del abuso del cargo o empleo o profesión.

La última cuarta fracción, se refiere a la hipótesis de que la persona que lo cometa, se trate de aquella que tiene al ofendido bajo su vigilancia, cuidados o educación, o que se valga de la confianza que se le concede.

Finalmente, el cuadro que a continuación nos permitiremos transcribir, nos parece bastante explicativo de la figura jurídica en cuestión. Además, de bastante utilidad para una mejor comprensión de lo hasta aquí dicho y de lo que será expuesto en párrafos posteriores.

Violación (20)

Acta que lo _____ contemplan	265-266 bis y 276 bis		
Conducta típica _____	Cópusul		
Sujetos _____	Activo _____	Cualquier persona física.	
	Pasivo _____	Cualquier persona física	
Objetos _____	Materal _____	Sujeto pasivo	
	Jurídico _____	La libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual	
Medio de ejecución _____	Violencia.		
Culpabilidad _____	Dolo.		
Persegubilidad _____	De oficio.		
Clases _____	Genérica o propia Equiparada, ficta o impropia Agravada Fraudulenta.		
Penalidad _____	Según la clase		
Reparación del daño _____	Alimento para el hijo y la madre		

CAPÍTULO 2.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

2.1 IMPUTABILIDAD.

2.1.1 CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD.

Nuestro Código Penal vigente, aplicable en toda la República en materia federal, no da una definición de la imputabilidad. De tal forma, que se recurre a la doctrina para poder entenderla, habiendo así toda una diversidad de definiciones.

Para Zaffaroni por ejemplo, la imputabilidad, a la que también denomina como capacidad psíquica de culpabilidad, es "...la capacidad que éste [refiriéndose al autor de un ilícito penal] tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuricidad y de que adecue su conducta a esta comprensión" (21), por su parte Vela Treviño la define como "...la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta" (22), mientras que para Cortes Ibarra, se constituye en la "...capacidad volitiva e intelectiva legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente." (23) Definiciones como éstas, existen muchas, y así podríamos seguir agregando que Ignacio Villalobos estima que la imputabilidad debe aceptarse "...como un tecnicismo que se refiere a la *capacidad del sujeto*: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad" (24), señalando que la imputabilidad lleva implícita la

[21] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. IV. Cardenas Editor y Distribuidor, 1988. Pág. 110.

[22] Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito. Ed. Triliza, México, 1987. Pág. 18.

[23] Cortes Ibarra, Miguel Angel. Op. cit., pág. 261.

[24] Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 5 ed., Ed. Porrúa, México, 1990. Pág. 286.

capacidad de querer y entender (25). A García Ramírez por su parte, le parece "...una capacidad suficiente para los fines de la defensa social, de entender el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta y de obrar con normal autonomía" (26); "...capacidad de cometer culpablemente hechos punibles" (27), o bien, dicho sea de otra manera "...la capacidad del sujeto para ser autor culpable de un hecho delictuoso." (28)

Como se aprecia, la nota característica en todas ellas de una forma u otra, lo son elementos volitivo e intelectual, es decir, la multicitada capacidad de querer y entender, cuya existencia se requiere para tomar a un sujeto imputable.

Pero tal capacidad de querer y entender, es una definición tomada del artículo 85 de la ley italiana, que a la letra señala: "*E imputabile chi ha la capacità d' intendere e di volere*" (Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer). (29) Y aunque, como se mencionaba, nuestra legislación penal del Distrito Federal en vigor, no da una definición de lo que debe entenderse por imputabilidad, en cambio, sí aborda su aspecto negativo (inimputabilidad), pero sin tampoco llegar a definirlo. "La abrumadora mayoría de los códigos penales, con alguna excepción tan notable y debatida como la del italiano, encaran el problema de la imputabilidad por su faz negativa: rehusan definir y enumeran, en cambio, las eximentes. La etapa actual

(25) *Ibidem*, pág. 287.

(26) García Ramírez, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*, 2 ed., UNAM, México, 1981. Pág. 17.

(27) Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990. Pág. 201.

(28) Terán Lomas, Roberto A. M. *Derecho Penal. Parte General*, T. I. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1960. Pág. 432.

(29) Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de Menores*. Ed. Porrúa, México, 1987. Pág. 323.

de la doctrina juspenalista no permite otro procedimiento unánimemente satisfactorio. Pero lo innegable es que el tema de la imputabilidad asume un primer plano en la meditación del reformador de las leyes penales, por cuanto constituye una pieza clave en la captación del ser humano como individuo responsable.' " (30)

En los conceptos transcritos, buena parte de la doctrina coincide en señalar a la imputabilidad, como la capacidad de actuar voluntariamente, habiendo comprendido la ilicitud del hecho (o tenido al menos la capacidad mínima para hacerlo), desprendiéndose así, principalmente, dos aspectos como principales características de la imputabilidad, que son el intelectual y el volitivo.

Sin olvidar que el concepto de imputabilidad es eminentemente jurídico, con contenido fáctico. No quisieramos dejar de observar en palabras de Vela Treviño, que la "...facultad de comprensión de la antijuricidad de la conducta debe ser reconocido normativamente, lo que significa que...únicamente tendrá tal facultad aquél a quien la norma se la confiera. Para este reconocimiento por parte del sistema normativo se han empleado tres procedimientos fundamentales: el biológico, el psicológico y el mixto. Consiste el primero en afirmar que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperiencia e ignorancia de conocimientos esenciales, y por tanto, no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a

[30] García Ramírez, Sergio. La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano. UNAM, México, 1968. Pág. 15.

la facultad de comprensión. En el procedimiento psicológico se afirma que para la plena comprensión de la ilicitud de la conducta y la determinación del sentido, se requiere un mínimo de salud mental que permita una acertada valoración en cuanto a la ilicitud. El... mixto...consiste en una enumeración de las causas que provocan falta de capacidad y de autodeterminación en la conducta y que toman no imputable o imputable al sujeto." (31)

Además del criterio acabado de señalar en tomo a la imputabilidad, Pavón Vasconcelos considera el "...jurídico, que se concreta a la *valoración* hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión..." (32)

El criterio que adopta nuestro Código Penal es el mixto, según se puede ver del artículo 15 en su fracción VII, ya que hace una descripción casuística de las causas de inimputabilidad al señalar que:

"VII...el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...", empero, consideramos, también adopta el criterio que menciona Pavón Vasconcelos cuando indica en el segundo párrafo del mismo artículo y fracción citados, que si dicha capacidad se encuentra considerablemente disminuida, se le sujetara a lo que dispone el artículo 69 bis del mismo código, dejándose así (según el contenido de éste último artículo) en la facultad del Juzgador, la imposición de

[31] Vela Treviño, Sergio. Op. c.R., pag. 29.

[32] Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1993. Págs. 96-97.

hasta las dos terceras partes de la pena que merecería el delito cometido, o la medida de seguridad a que alude el artículo 67, o en su defecto ambas, de ser necesario, **tomando en cuenta el grado en que se encuentre afectada la capacidad de imputabilidad del autor**, como se puede ver en la transcripción que del artículo se hace:

"Artículo 69 bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código a juicio del juzgador, según proceda, se impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor."

En suma, se puede definir a la imputabilidad, como la capacidad de entender y querer en el ámbito del derecho penal, entendiéndose ésta para nosotros, en concepto de Castellanos Tena como "...el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo." (33)

2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUTABILIDAD.

No hay un consenso absoluto en la doctrina respecto a la ubicación de la imputabilidad en el contexto jurídico penal, de tal forma, que mientras para algunos constituye un presupuesto del delito,

(33) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 218.

para otros lo es un presupuesto de la culpabilidad, unos más la consideran como un elemento de la misma culpabilidad, y en el último de los casos, se estima como un presupuesto de la punibilidad. (34) A continuación hablaremos en forma breve y separada de cada una de estas posturas:

a) **La imputabilidad como presupuesto del delito.** Un número importante de autores destacados respalda esta postura en la doctrina, que en opinión de Pavón Vasconcelos arranca con Manzini, al pretender éste elaborar la noción de **presupuestos del delito**, a los que describe como aquellos "elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate." (35) El juicio de estimar a la imputabilidad como un **presupuesto del delito**, haya su sustento principal, en la consideración de que su naturaleza reside en ser un **atributo** del sujeto que, en el orden natural, **precede a su comportamiento**, y en vista de ello, al mismo delito, pues el hombre es primero, revestido del atributo de ser capaz y su hecho temporalmente es posterior. En opinión de Pavón Vasconcelos, la apreciación de la imputabilidad como presupuesto del delito no es aceptable, porque la imputabilidad sólo es dable "...cuando se refiere a un *sujeto* en particular y con relación a un *hecho* determinado." (36) Efectivamente, no hay que olvidar, que existe una estrecha conexión entre la imputabilidad y el acto en concreto efectuado por el sujeto,

(34) Vid. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit., págs. 84-82, y Vela Treviño, Sergio. Op. cit., pág. 28-34.

(35) Pavón Vasconcelos. *Ibidem*, pág. 84.

(36) *Ibidem*, pág. 87.

de tal suerte que como dice Vela Treviño, la imputabilidad es una capacidad o atributo del sujeto en cuanto autor de la conducta productora de un determinado resultado, atributo que se califica de importante sólo en el momento mismo en que la acción se verifica. (37)

Es así como se advierte, que para esta postura el presupuesto es algo que se da **antes** del delito y que si la imputabilidad se considera como presupuesto del delito es porque queda **fuera de él**. Sin embargo, como se ha hecho ver, un planteamiento así es estimado como inconsistente, en virtud de que se arguye que al derecho no le interesa que el sujeto sea plenamente imputable **antes** de cometer el hecho típico y antijurídico, sino que lo sea **en el momento mismo de realizarlo**.

b) La Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Apreciación que en principio correspondió fundamentalmente a la doctrina alemana; encuentra su soporte en el entendimiento de ésta, como el reproche hecho al autor de una acción típica y antijurídica, que implica lógicamente una valoración normativa de tal acción, como resultado de una voluntad consciente y libre.

La imputabilidad se constituye en el basamento de la culpabilidad, que en consecuencia hace posible el reproche al autor de una conducta ilícita penal.

La opinión al respecto de algunos autores que la ciñen, es que "...el autor como persona debe estar en situación de darse cuenta,

[37] Vid. Vela Treviño, Sergio, Op. cit., pág. 28.

en virtud de su desarrollo espiritual y moral del alcance o significación de su proceder en el mundo de lo jurídico, y de poder decidir, orientándolo conforme a tal conocimiento, por lo que será la base común al reproche de culpabilidad la imputabilidad del autor" (38), de tal forma que, lo que el hombre hace con voluntad puede serle reprochado como culpabilidad, así que "...el reproche de la culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma" (39), lo que denota que "...para poder calificar de culpable a una persona se requiere exigir un comportamiento distinto referido a un hecho concreto y, además, una capacidad de tipo general para la comprensión de lo antijurídico del acto." (40) Lo anterior lleva a considerar, consiguientemente a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

c) La imputabilidad como elemento de la culpabilidad. Para quienes sostienen esta postura, la imputabilidad es una característica y elemento de la culpabilidad. Así se puede desprender de la opinión de algunos autores, que como Mezger, señalan que la imputabilidad constituye una parte de la teoría de la culpabilidad y que el imputable es el que posee, al tiempo de la acción, las propiedades o condiciones personales exigibles para "la imputación a título de culpabilidad." (41) Se pretende pues, que la noción de imputabilidad entre en --

[38] Meurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Pág. 92.

[39] Weizel, Hans. Derecho Penal. Roca Depalma Editor, Buenos Aires, 1956. Págs. 162-163.

[40] Vela Treviño, Sergio. Loc. cit.

[41] Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967. Pág. 49.

consideración para estructurar el juicio de reproche, sólo concebible en relación a determinada situación fáctica asimilable a quien la realiza.

Otro destacado autor como lo es Bettiol, afirma que "...la acción supone un impulso y una finalidad voluntaria, elementos sin los cuales no puede hablarse de una acción culpable, por lo que si la imputabilidad, desde un punto de vista formal, puede ser considerada "antes" de la perpetración del delito, como un presupuesto de éste o de la culpabilidad, 'desde el punto de vista del diagnóstico', será considerada como un elemento del juicio de culpabilidad." (42)

Las críticas constantes que se hacen a esta postura, se manifiestan en el sentido de señalar que "...la culpabilidad es un juicio de reproche, mientras que la imputabilidad es una capacidad que corresponde al hombre. Significa esto, que la culpabilidad, se determina por medio del juicio que realiza el juez al vincular un acontecimiento con una conducta humana, función que, indudablemente, se realiza a posteriori, sin olvidarse que tendrá que referirse al hombre concreto y al momento particular en que se produzca el resultado típico; ...antes de calificar de culpable una conducta típica, el juez tiene que analizar si ella corresponde, como acto concreto, a un sujeto concreto y si éste, en el momento de producción del resultado, tenía capacidad necesaria para ser imputable." (43)

(42) Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal, Ed. Térris, Bogotá, 1965. Pág. 368-369.

(43) Vela Treviño, Sergio, Op. cit., pag. 32.

Bajo las circunstancias señaladas, es notable que no se le puede atribuir a la imputabilidad, la calidad de elemento formando parte de la culpabilidad, pues ésta última es precedida por aquella.

d) La imputabilidad como presupuesto de la punibilidad. Resultado obvio de tener por capacidad de pena a la imputabilidad, ha sido la de ubicarla como presupuesto de la punibilidad.

Sobre el particular, se tiene a Feuerbach, como el primero en estimar, a la imputabilidad como capacidad de pena, aduciendo que "...la pena, al ser conminada en la ley, debe producir efectos intimidantes; por lo tanto, sólo es iuspenalmente imputable la persona sobre la que, de un modo general, puede producir la ley efecto con su amenaza. En consecuencia, imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena." (44)

De acuerdo con Mezger, "Fran von Liszt llega a un resultado análogo al de Feuerbach, partiendo del campo de la prevención especial: la pena debe determinar al individuo, influir mediante motivos su conducta; por ello, debe imponerse a la persona sobre la que, de modo especial, puede producir un efecto, o sea al imputable." (45)

El error de esta posición, reside en pretender ver la existencia de la imputabilidad en el momento de la punición o de la pena, pues con ello se invierte el tiempo en que debe gravitar. No hay que olvidar, que la imputabilidad es contemporánea a la acción y no a la pena, esto es, con la perpetración del hecho, y no con la imposición o ejecución de la pena.

[44] Cf. por Carmona Castillo, Gerardo A. La imputabilidad penal. Ed. Porrúa, México, 1995. Pág. 12.
[45] Ídem.

2.1.3 UBICACIÓN Y EFECTOS JURÍDICOS DE LA IMPUTABILIDAD.

Hecha excepción de la postura que entiende a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, estimamos en base a la exposición hecha con antelación, que las demás no son tan convincentes; recordando que las posturas manifestadas respecto a la naturaleza jurídica de la imputabilidad, básicamente se reducen a las que siguen: a) presupuesto del delito; b) presupuesto de la culpabilidad; c) elemento de la culpabilidad; y d) presupuesto de la punibilidad.

Como se puede apreciar, si la culpabilidad estriba en un nexo psíquico que une al autor con el hecho, en consecuencia, la imputabilidad se traduce en un presupuesto de aquella, es decir, que la culpabilidad necesariamente descansa sobre la imputabilidad del autor, como su basamento. De ahí que el hecho de estimarse que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, es porque en primer término se ha de probar la existencia de la imputabilidad, para luego pasarse al estudio de si existe o no culpabilidad en una conducta, que con anterioridad se ha declarado como típica y antijurídica. Por lo que su efecto se traduce en servir de base al juicio de reproche que constituye la culpabilidad.

Cabe recalcar, que tanto la imputabilidad como la culpabilidad, son dos elementos diferentes que se encuentran ubicados en momentos distintos. Tal y como lo afirma Castellanos Tena cuando dice que "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea *imputable*;

si en la culpabilidad...intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas." (46)

2.1.4 DISTINCIÓN ENTRE IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.

Tales conceptos suponen para muchos con su sola mención, la equiparación entre ellos como sinónimos, pero tal estimación es equívoca, porque si bien es cierto que existe un nexo muy cercano entre uno y otro, distan mucho de ser equivalentes. Baste recordar que la imputabilidad, como capacidad de comprensión y determinación, suele considerársele actualmente presupuesto del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. "Esto significa que ambos conceptos, si bien se presentan como inseparables en la estructura del delito, no pueden, sin embargo confundirse." (47)

Por cuanto a la responsabilidad se refiere, ésta, como consecuencia jurídica del delito, implica el deber de sufrir la pena, esto

(46) Castañanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 217-218.

(47) Carreras Castillo, Gerardo A. Op. cit., pág. 38.

es, que aunque "...la imputabilidad y la culpabilidad se presentan como presupuestos de la pena, en cuanto integrantes del delito; la responsabilidad, en cambio, es una de las consecuencias de éste, que se concretiza en el deber del individuo de sufrir las consecuencias que la ley señala, con motivo del delito cometido" (48), esto es, que la responsabilidad es resultado de la existencia de todos los elementos del delito, entre ellos la imputabilidad y la culpabilidad, de tal suerte, que no debe confundirse como equivalente de estos.

2.2 INIMPUTABILIDAD.

2.2.1 CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD.

Si como se ha afirmado, la imputabilidad esta conformada por la capacidad intelectiva y volitiva necesarias para que el individuo sea responsable de sus actos. La inimputabilidad será entonces, la falta de capacidad de querer y entender dentro del campo del derecho penal. Efectivamente, "...el juicio acerca de la capacidad de culpabilidad de un hombre se presenta...como de más accesible formulación desde el aspecto negativo que del positivo, cuestión ésta que las leyes penales toman en cuenta al excluir -partiendo en principio de que generalmente todos son imputables- aquellos que no son todavía o no lo son ya, debido a su falta suficiente de desarrollo intelectual o a su permanente o transitoria anomalía psíquica, de entre los capaces de comprender lo ilícito de su hacer o de conducirse de acuerdo con dicha

(48) *Ibidem*, pág. 36. El subrayado es nuestro.

comprensión" (49), tal y como se puede constatar de la propia redacción que al respecto hace nuestra legislación penal vigente del Distrito Federal, al decir en su recién reformado artículo 15, que el delito se excluye cuando: "VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental ó desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible." Así entonces, si la imputabilidad estriba como lo indica la redacción del artículo citado, en la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse según esa comprensión, la inimputabilidad importa en consecuencia como elemento negativo de aquella, la ausencia de tal capacidad, es decir, se puede concebir como la incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho o bien para conducirse de acuerdo con esa comprensión.

2.2.2 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

El Código Penal para el Distrito Federal en su ya referido artículo 15, fracción VII, contempla la inimputabilidad en atención a la incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho, o bien

(49) Robles, pág. 82.

para conducirse de acuerdo con esa comprensión, pero tal delimitación de inimputabilidad queda subordinada a su vez, a las circunstancias de que el sujeto al cometer la infracción, padezca de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Dicho lo anterior, podría citarse en este aspecto a García Ramírez cuando dice que "...un estudio sistemático de las eximentes que nos ocupan, y del fundamento que las apoya, lleva a un doble supuesto de inimputabilidad: por falta de suficiente desarrollo intelectual (insuficiente para los fines de la capacidad de entender y de querer) y por graves anomalías psíquicas. Sobre esta base, las legislaciones suelen contener cuatro hipótesis: minoridad y sordomudez, por lo que respecta a la falta de desarrollo mental, y trastornos mentales permanente y transitorio..., por lo que atañe a la falta de salud psíquica", y luego sigue agregando en este sentido: "Para Porte Petit...las causas de inimputabilidad son: A) Falta de desarrollo mental; a) Menores, y b) Sordomudos; B) Trastorno mental transitorio; y C) Falta de salud: trastorno mental permanente...Según Antolisei, las causas de inimputabilidad son: menor edad, enfermedad mental, sordomudez, embriaguez y acción de estupefacientes. Pero a estos fenómenos, cuya enumeración no es exhaustiva, cabría agregar otros por vía analógica...Según Cuello Calón: menor edad, enfermedad mental, embriaguez, sonambulismo y sordomudez. Con base en los códigos hispanoamericanos, Jiménez de Asúa extrae estas causas: a) Falta de desarrollo mental: a') menor edad, b') Sordomudez; b) Falta de salud mental; y c) Trastorno mental transitorio: a') embriaguez, y b') fiebre y dolor...Según Sauer, hay falta de imputabilidad en sentido

estricto en los casos de perturbación de la conciencia y sordomudez; hay ausencia de capacidad delictiva en el menor de edad.

"Maurach señala que los presupuestos de la imputabilidad pueden estar ausentes por motivos diversos. En *primer lugar*, la madurez puede faltar al autor, por dos causas distintas: de una parte, por no haber concluido un proceso natural, fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición hasta la madurez que, al producirse en una determinada edad lleva generalmente consigo capacidad de conocimiento y de determinación; de otra parte, por un obstáculo enfermizo, de base patológica, al natural desarrollo. En un *segundo grupo* podemos incluir a las *relevantes perturbaciones* ('trastornos') (transitorios o permanentes) de las capacidades de conocimiento y determinación, de orden fisiológico o patológico. Por último, la imputabilidad puede ser debida a fenómenos regresivos, a un quebranto anímico precedente al corporal"...Bernaldo de Quirós afirma que son dos, tan sólo, las causas de inimputabilidad, la una fisiológica y la otra patológica: minoría de edad y defectos y alteraciones mentales, respectivamente...Vela Treviño se refiere a causas de inimputabilidad genérica determinada normativamente (minoridad y sordomudez, según la ley mexicana) y causas de inimputabilidad por ausencia de imputabilidad específica (trastorno mental transitorio y otras hipótesis)..." (50)

Según se puede apreciar de las opiniones vertidas por García Ramírez, el común denominador, en una forma u otra, como

(89) García Ramírez, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. UNAM, México, 1991. Pág. 23-24. El subrayado del primer entrecomillado es nuestro.

causas de inimputabilidad, lo son precisamente la falta de desarrollo intelectual y el trastorno mental, variando tan sólo en la forma de agruparlos y de referirse a ellos, pero siempre básicamente comprendiendo a las causas que también considera nuestra legislación al respecto. Luego entonces, recordado que fué, el que las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente, pasemos ahora, a ocuparnos de su contenido.

2.2.2.1 DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.

Siendo como se dijo, el desarrollo intelectual retardado una causa de inimputabilidad, se encuentra prevista en la multicitada fracción VII del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, al expresar lo siguiente: "El delito se excluye cuando:...VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o **desarrollo intelectual retardado...**" Dicho precepto jurídico prevé el supuesto de que si un sujeto hallándose bajo un estado de desarrollo intelectual retardado efectúa una conducta delictuosa. Tal acontecimiento, aún mediando una conducta típica y antijurídica, no le puede ser imputable, dado que al momento de llevarse a cabo el hecho, el sujeto se encontraba afectado en su capacidad de entender, esto es, de su capacidad intelectual o cognoscitiva, la cual sin duda, le incapacitaba para comprender el carácter ilícito de su conducta.

El desarrollo intelectual retardado hace suponer, que el sujeto

por razones ajenas a su voluntad, no desarrolló normalmente las facultades intelectivas, recordemos que, sobre esta base, las legislaciones suelen concretar dos hipótesis: la minoría de edad y la sordomudez, de las que enseguida pasaremos a ocuparnos en un desarrollo un poco más amplio.

No obstante lo anterior, cabe señalar y sólo a manera de mención, pues lo contrario rebasaría los fines de este trabajo, que otros autores comprenden además, dentro de este grupo de inimputables a los tarados, idiotas, imbeciles y demás sujetos que tengan una tara mental.

2.2.2.1.1 MINORÍA DE EDAD.

En lo que se refiere al problema de la comisión de hechos delictuosos por parte de niños y jóvenes, existe doctrinalmente un criterio casi uniforme en el sentido de considerarlos como sujetos inimputables.

Estamos de acuerdo con Luis Rodríguez Manzanera, al señalar que la ley mexicana, no distingue ni hace excepción al principio de inimputabilidad de los menores de edad, haciendo una presunción conforme a derecho de que carecen de la suficiente madurez para entender y querer lo que hacen. (51) De ahí la ubicación doctrinal que varios autores les dan en la causa de inimputabilidad de desarrollo intelectual retardado, pues se arguye, que el menor de edad, no ha

(51) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. cit., pág. 327.

completado su madurez tanto en el aspecto físico, como en el psíquico, y que no obstante realizan comportamientos típicos del derecho penal, no se configuran los delitos respectivos, porque no pueden comprender lo antijurídico de sus actos, y que por eso debe dejarse fuera para responder de ellos penalmente. Que más que reprimirlos, hay que orientarlos, y que por ello son objeto de un tratamiento especial, con la calidad de infractores y no de delincuentes, siendo objeto en vista de ello, de tan solo medidas tutelares para lograr su rehabilitación y reforma.

En este orden de ideas, Manzini señala que "el precepto penal presupone en la persona a la que está dirigido...una facultad de determinación y de inhibición, que es propia solamente de la psiquis desarrollada, porque precisamente con el progreso de la evolución mental crece cada vez más la complejidad de la conciencia humana y, con ella se multiplican inhibiciones de los impulsos" (52) En lo así señalado encuentra eco la predominante convicción de los que afirman la falta de desarrollo psíquico de los menores de edad.

Por otro lado, Dorado Montero afirma que "el derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y jóvenes delincuentes, siendo obra esto de la pedagogía, psiquiatría y del arte del buen gobierno." (53) A mayor abundamiento, diremos que ciertamente en los últimos años se ha ido separando completamente lo referente a menores infractores, del derecho penal, y en este sentido dice Carrancá y Rivas: "El Código Penal no debe ocuparse de los menores, dado que éstos no

(52) Cf. por García Ramírez, *Ibidem*, pág. 26.
(53) Cf. por Castellano Tena, *op. cit.*, pág. 231.

cometen delitos, ni se les imponen penas, debiendo quedar todo lo relativo a ellos a extramuros de la legislación punitiva ya que no son delinquentes, es decir, responsables penalmente. Las medidas que te son aplicables a los menores son educativas y correctivas. en una palabra tutelares; nunca penales..., ya que el Estado aplica las medidas tutelares en auxilio de la autoridad paterna, subrogándose a los particulares en sus deberes educativos y correccionales." (54)

Es decir, se concibe como un derecho de menores distinto del ordenamiento penal, que se limita tan sólo a colindar con éste para que le proporcione, a través de una suerte de "servidumbre de vista", la base en que asentar la aplicación de las medidas tutelares, que lo diferencian nitidamente del derecho penal. Por eso se afirma, que la salida del menor del derecho penal, consiste en que no puedan aplicarse las penas que se dan a los adultos, y que se debe reaccionar en forma diferente.

De toda suerte, que en los momentos actuales, la intervención del derecho penal respecto a los menores que cometen conductas delictuosas, es muy reducida, al ser ahora objeto de regulación de la nueva ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1991), misma en la que se establece, que a partir de su vigencia quedaba abrogada la que le antecedia (Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el

[54] Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México. 1989. Pág. 366.

Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1974); estableciendo igualmente en su artículo 3o. transitorio que quedaban derogados los artículos 119 a 122 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal; 73 a 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 503 del Código Federal de Procedimientos Penales; así como los artículos 673 y 674, fracciones II y X, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, únicamente por lo que hace a menores infractores.

Ahora bien, si como se ha venido refiriendo, en la legislación penal en ningún momento se dice que los menores por el sólo hecho de serlo, son inimputables, porque esta interpretación es sólo doctrinaria, y sin perder de vista que la imputabilidad es la facultad de entender y de querer en el campo del derecho penal; que es la suficiencia del sujeto para comprender lo antijurídico de su conducta, y en vista de ello de poder elegir el llevar adelante o no su conducta ilícita, lo cual supone un desarrollo mental adecuado y no padecer alguna enfermedad que afecte sus facultades mentales. Bien podría suceder que un sujeto menor de 18 años de edad, si reúna esa aptitud de imputable, pudiéndose incluso dar el caso de ser hasta aún mayor, que con respecto a la de cualquier adulto (lo que puede hallar causa en el grado de estudios que posea, o tal vez, el medio social en el que se desenvuelva). Castellanos Tena indica al respecto de una manera muy ilustrativa que "...desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere

sus facultades; en este caso, al existir la salud y desarrollo mental, sin duda el sujeto es plenamente capaz." (55)

La vigente ley para el tratamiento de menores infractores, establece en su artículo 6o. su competencia para conocer de los delitos cometidos por personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, señalando que: "Artículo 6o. El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1o. de esta Ley. Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo."

El que se fijen los 18 años de edad como límite para ser sujetos del derecho penal para adultos, halla su justificante en la consideración de estimarseles como materia dúctil y susceptible de corrección. Así puede afirmarse que "con base en la efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de dieciocho años" (56); estos pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión.

(55) Casteñanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 230.

(56) *Idem*.

2.2.2.1.2 SORDOMUDEZ.

Opinión común entre los penalistas ha sido desde tiempo atrás la de dar cabida a la sordomudez en el ámbito de la inimputabilidad. El argumento que se esgrime, es la de suponer al sordomudo como falto del debido desarrollo mental, situación ésta que no le permite un conocimiento adecuado de la ilicitud de ciertas conductas.

No obstante que la sordomudez, no es en un rigorismo estricto una enfermedad mental, y aunque pudiera originarse excepcionalmente en anomalías psicosomáticas, no es de dudarse, que el sordomudo, al encontrarse impedido de las facultades del oír y hablar, ve significativamente reducido su ámbito de relación, lo que es importante para ajustar un completo normal trato para con las demás personas. Esta situación se constituye en un obstáculo manifiesto para el adecuado desarrollo de sus facultades intelectivas y su formación ético social, que quien se halla eliminado de dichas facultades en su persona, y peor aún, a muy temprana edad, definitivamente que no puede igualarse en condiciones de adaptabilidad y desarrollo intelectual con una persona normal. En efecto, como dice Carrara: "...las ideas abstractas, como son las de deber, derecho y justicia, no las adquiere el hombre sino mediante la comunicación que de ellas reciba, a través del oído, de parte de los demás hombres. El vehículo indispensable para la comunicación de las ideas abstractas es la *palabra*, pues los demás sentidos pueden hacerlos adquirir la noción del derecho penal como *hecho material*, pero no la noción de su

justicia." (57). Por eso, en ese mundo de silencio en el que se desarrolla la personalidad de un sordomudo, no encuentran espacio los mismos principios y escala de valores que gobiernan la vida de los que sí poseen el pleno desarrollo de sus sentidos auditivo y vocal.

Sin embargo, "hoy día, a la luz de una inteligencia más científica de la sordomudez, el relativo problema penal tiende a centrarse en torno a la extensión de la eximente. Frente a una exclusión por demás amplia, que *tabula rasa* declaraba inimputable al sordomudo en general, se prefiere discriminar al sordomudo por nacimiento de aquel que sufrió la pérdida de los sentidos a partir de cierta edad, y al sordomudo instruido del que carece en absoluto de instrucción." (58)

Ciertamente antaño, la ley penal consideraba al sordomudo como inimputable, sin excepción posible, según lo señalaba el artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal, antes de ser reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 13 de enero de 1984, estableciendo al efecto que: "a los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción." Como se advierte, no distinguía entre sordomudez de nacimiento y la sordomudez adquirida con posterioridad a él, ni entre sordomudos instruidos, de los carentes de instrucción, cayendo así en el error de extender la eximente a aquellos casos en que bien pudiere haber un sordomudo culto y

(57) Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Parte General. V. I. Ed. Térra, Buenos Aires, 1977. Pág. 176.

(58) García Ramírez, Sergio, Op. cit., pág. 29.

educado que cometiendo algún delito, si tuviere el suficiente desarrollo mental para comprender el injusto de su conducta.

De especial interes, nos resulta en tocante a esto último, la opinión de Garcia Ramirez al considerar que "...la mejor solución a este problema parece radicar en el estudio casuístico del infractor sordomudo ..., de tal suerte que se permita precisar su capacidad de conocer el carácter antijurídico de la conducta; esto es, la imputabilidad (conocer y querer) al tiempo de la infracción. O en todo caso, resultaría conveniente una exención que solo favorezca, por vía de presunción *juris et de jure*, al sordomudo de nacimiento que carece de instrucción, pero no siempre al que perdió los sentidos cuando ya había podido adquirir una noción normal de lo jurídico, ni mucho menos al sordomudo instruido." (59)

Así las cosas, de las opiniones transcritas, se puede apreciar que la sordomudez dará pie a la inimputabilidad por la ubicación que se le otorga en la causa de desarrollo intelectual retardado, sólo cuando sea de nacimiento y/o carezca de educación o instrucción, quien se encuentre en tal estado, reuniéndose con ello, la ausencia de capacidad de comprensión o de determinación en el hecho típico cometido.

Por el contrario, si el sordomudo es de nacimiento pero con incorporación social, o la adquiere poseyendo el sujeto un mínimo de cultura, no será considerado como inimputable tratándose de la consumación de hechos típicos penales.

(59) *Idem.*

2.2.2.2. TRASTORNO MENTAL.

Ya se había señalado anteriormente, que el trastorno mental constituye la otra causa de inimputabilidad que señala nuestra ley penal del Distrito Federal, al preceptuar en su artículo 15, que: "El delito se excluye cuando: ...VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de **p padecer trastorno mental** o desarrollo intelectual retardado..." Pero tal trastorno mental, que se hace consistir en la perturbación de la conciencia o facultades psíquicas de la persona al momento de efectuar el hecho típico y antijurídico, puede ser de carácter transitorio o permanente, "...según que dicho estado se presente únicamente durante el tiempo en que el sujeto que lo padece lleva a cabo la actividad o inactividad típicas, o que perdure más allá del tiempo en que se realizan éstas.

"Para efectos jurídico-penales basta que el trastorno mental sea de tal naturaleza que produzca en el sujeto que lo padece una incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y/o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, a los fines de declarar su inimputabilidad." (60)

En efecto, como se advierte de la lectura de la disposición legal citada, la ley preve como exclusión del delito, el que el acusado se haya encontrado en el momento de realizar la conducta típica y

(60) Carróna Caasillo, Gerardo A. Op. cit., pág. 101.

antijurídica, en un estado de trastorno mental, que le impidiera comprender el carácter delictuoso del hecho, pues estando afectado de su capacidad intelectual, tal estado lo incapacitaba para comprender lo ilícito de su actuar, hallándose en ello base para declarar su inimputabilidad.

2.2.2.2.1 TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.

Esta clase de trastorno, encuentra como característica muy particular, la brevedad en su duración, pudiéndose conceptuar como la privación temporal de las facultades intelectivas necesarias para la comprensión de lo antijurídico y para la actuación acorde a una valoración normal.

A decir de Castellanos Tena: "la ley vigente no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes; por lo mismo, al interprete no le es dable distinguir. Infiérese que puede operar la inimputabilidad tanto en un trastorno efímero como en uno duradero. Pero indudablemente no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente; la ley es cuidadosa al referirse a un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión." (61)

Hasta antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984, el ordenamiento penal consignaba entre las

(61) Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., págs. 226-227.

excluyentes de responsabilidad, los **estados de inconsciencia transitorios** (artículo 15 fracción II): "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio." Esta fórmula legal tan confusa y discutida sería constituida posteriormente con las reformas publicadas en el Diario Oficial en enero de 1984, por otro precepto de mucho más amplitud, cuyo lugar hallaría en el mismo artículo 15, respecto a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, estableciendo al efecto en la fracción II: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."

Establecida así la expresión del trastorno mental, se viene a comprender dentro del mismo, al de carácter transitorio, según se señaló en renglones anteriores.

En realidad "el término 'trastorno mental transitorio' fue introducido en el ámbito jurídico-penal por el psiquiatra español José Sanchis Banús cuando formaba parte de la comisión parlamentaria redactora del Código Penal español de 1932, en sustitución del 'estado de inconsciencia', estampado en el proyecto que sirvió de base al citado ordenamiento punitivo. Las razones que Sanchis Banús

adujo como fundamento de la mencionada rectificación consistieron en que la noción de 'consciencia' es, por una parte, imprecisa, y por otra, en que no hay 'situaciones de inconsciencia', sino sólo 'grados de la consciencia' y, además en que la perturbación de la consciencia no es nunca pura, ya que va acompañada de una perturbación global del psiquismo." (62)

La nueva fórmula para establecer legalmente la eximente de trastorno mental transitorio, supera a la expresión "estado de inconsciencia", que conservaba nuestra legislación penal de 1931, englobando de tal manera, tanto a los trastornos de origen mórbido o patológico, como a los de raíz psicológica.

Luego entonces, para que el trastorno mental transitorio opere, se hace necesario que haya una pérdida de las facultades intelectivas, perturbación o abolición de las facultades mentales superiores, incapacitando así el ejercicio del entendimiento, siendo éste de poca duración y referido precisamente a un hecho concreto, y al momento de su perpetración. Pero sin existir motivos que pudieran explicar tal estado de trastorno, debiendo ocurrir en forma accidental e involuntaria, pues de lo contrario ante su procuración, sea esta de manera dolosa o culposa y siempre que lo hubiera previsto o le fuere previsible, no operara tal clase de inimputabilidad, pues se estará ante una **actio liberae in causa**.

Así pues, la nueva redacción del artículo, permite no sólo

(62) Carmona Castiño, Gerardo A. Op. cit., pág. 117.

comprender al empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, a los estados toxinfeciosos agudos, y a aquellos trastornos de carácter patológicos (provenientes de una enfermedad) como formas de trastorno mental transitorio, sino que se dá cabida también a toda una variedad más, cuya enumeración no es posible en el precepto por razones obvias, mismas que invocamos como justificación al no tratarlas de manera particular en el presente apartado, pues además de ser muy numerosas (cuanto más si se toma en cuenta que en la doctrina no hay uniformidad respecto a cuales se deben comprender), su tratamiento saldría fuera de nuestro propósito principal.

2.2.2.2.2 TRASTORNO MENTAL PERMANENTE.

Habiase ya señalado, que la causa de inimputabilidad fundada en la alteración de la salud psíquica, se analiza a la luz de la expresión del **trastorno mental**. Pues ahora bien, toca el turno hablar de la que con carácter **permanente**, "...impide al sujeto definir el carácter antijurídico de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos." (63)

Tocante al punto, se había advertido en el subtema anterior, que hasta antes de la reforma de 1983, nuestro Código Penal empleaba la expresión **estados de inconsciencia**, distinguiendo a los **permanentes** de los **transitorios**; Castellanos Tena afirma al respecto: "nuestro ordenamiento penal, antes de las reformas de 1983 (publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984),

(63) García Ramírez, Sergio. Op. cit., pág. 30.

contenía como causas de inimputabilidad, a nuestro juicio, las siguientes: a) **estados de inconsciencia (permanentes** en el artículo 68 y **transitorios** en la fracción II del 15)...” (64) Disponía el artículo 68 que: “los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales.”

Como se puede apreciar, no fué sino hasta luego de las reformas a que se ha hecho alusión, que esta clase de estado de inconsciencia permanente, quedó comprendida bajo la nueva denominación de trastorno mental en el reformado artículo 15, abarcándose con dicha expresión, al de carácter permanente. Así es, el nuevo artículo 15, disponía en su fracción II que: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad...II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, **trastorno mental** o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.”

Pues bien, de la lectura de la disposición en mención, se observa claramente, que la ley prevé como una circunstancia que

(64) Castañón Tena, Fernando. Op. cit., pág. 223.

excluye la responsabilidad penal, el que el acusado, se haya encontrado al realizar la conducta típica y antijurídica, en un estado de trastorno mental, el cual le impidió comprender el carácter delictuoso del hecho, encontrándose en consecuencia, en esa hipótesis, todos aquellos locos, idiotas, o imbeciles, quienes por su estado mental, por su trastorno de inconsciencia permanente, se encuentran impedidos de comprender sus actos, pues están afectados de su capacidad intelectual. "Consecuentemente, la inimputabilidad comprende no solamente las psicosis y las formas oligofrénicas de idiocia e imbecilidad, sino también aquellos casos no bien definidos, fronterizos o equiparables en sus efectos a los de una psicosis o una oligofrenia profunda: determinadas psicopatías, débiles mentales próximos a la imbecilidad, anomalías psíquicas designadas como casos oscuros o dudosos en todas las clasificaciones psiquiátricas." (65)

Claro está, "es inconveniente e innecesario enumerar las enfermedades mentales en el Código Penal. Lo primero, porque se corre el riesgo de no contemplar entidades nosológicas relevantes; lo segundo, porque una sola fórmula, suficientemente fundada, puede amparar todas las hipótesis del caso (y con o sin duda, el juez recurrirá siempre a la pericia médico legal; el empleo de nuevos y mejores giros...no cancelará la necesidad de una pericia que satisfaga, con suficiencia, las necesidades del aplicador de la ley)." (66)

(65) Carmona Castillo, Gerardo A. Op. cit., pág. 118.

(66) García Ramírez, Sergio, Op. cit., pág. 32.

Cabe agregar por último, que no obstante mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, fueron reformados, adicionados y derogados diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, entre otras leyes, al respecto del presente punto, se le dió una nueva ubicación y redacción, señalándose en el artículo 15 que: "El delito se excluye cuando...VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a la que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."

Tal variación, no representa cambios relevantes que pudieren afectar la explicación acabada de hacer, antes bien, comparando la nueva redacción de la inimputabilidad con la derogada, se observa que además de que no se habla ya de "infracción" sino de "hecho típico", se intenta más bien perfeccionar la regulación de la teoría de la actio libera in causa, dado que ahora se menciona, como excepción a los principios generales de la imputabilidad, al hecho de que el agente hubiere provocado su trastorno dolosa o culposamente, en cuyo caso

responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

CAPÍTULO 3.- EL MENOR DE EDAD EN RELACIÓN CON LA INIMPUTABILIDAD Y SU CAPACIDAD LEGAL EN LOS CÓDIGOS LABORAL Y CIVIL.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

3.1.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

Cuerpo de leyes de gran trascendencia en los anales legislativos de nuestro país, el código de 1871 fué aprobado y promulgado el 7 de diciembre de ese mismo año. Muestra el gran talento y enorme sapiencia del jurista mexicano Don Antonio Martínez de Castro, personaje que se dió a la tarea de organizar y dirigir a la comisión redactora que se encargaría de su elaboración.

Inspirado como lo fué en el código español de 1870, que a su vez lo fué de sus predecesores de 1848 y 1850, se le califica como un exponente legislativo de la escuela clásica. Tal escuela, según afirma el jurista mexicano Vera Estañol "...veía en el delito una acción combinada de la libertad y de la inteligencia, y en la pena un medio de ejemplaridad y de corrección, derivando de aquel concepto los diversos grados de culpabilidad, y de este último, la naturaleza de las penas..., establecía la conclusión general de la proporcionalidad de las penas con el mal causado..."(67)

Así es, en la visión clásica, el delito se constituye en una trasgresión consciente, voluntaria y libre de alguna de las prohibiciones

[67] *Id.*, por González A. Alpuche, Juan, *Obra Jurídica Mexicana*, T. II, 2 ed., PGR, México, 1967, Pág. 1214.

establecidas por el Derecho Penal, esto es, se establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad. No es extraño ver entonces, que estos mismos criterios hayan regido también para el caso de las conductas de los que entonces fueron calificados como "delincuentes menores de 18 años."

Por lo que respecta a la menor edad del sujeto, el artículo 34 contemplaba en sus fracciones 5ª y 6ª, como supuestos de inimputabilidad:

"5ª Ser menor de nueve años

"6ª Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En tal caso de esta infracción y de la anterior, se procederá como previenen los artículos 157 a 159, 181 y 162."

Por cuanto se refiere a lo que disponían los artículos señalados en el último párrafo de la fracción 6ª, fué:

"ARTICULO 157. La reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional, se aplicará:

I. A los acusados menores de nueve años cuando se crea necesaria esa medida, ya que por no ser idónea para darles educación las personas que los tienen a su cargo ó ya por la gravedad de la infracción en que aquellos incurran.

II. A los menores de catorce años y mayores de nueve que, sin discernimiento, infrinjan alguna ley penal.

III. ARTICULO 158. Siempre que por el aspecto del acusado se conozca, ó conste por otro medio legal que no ha cumplido nueve años; se hará, desde luego, lo que previene el artículo anterior, sin más diligencias que levantar el acta en que conste la determinación del juez y sus fundamentos.

"ARTICULO 159. El término de dicha reclusión lo fijará el juez, procurando que sea

bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no excederá de seis años."

"ARTICULO 161. Las diligencias de sustanciación que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutarán precisamente en el establecimiento de educación correccional penal "

"ARTICULO 162. En los casos de que hablan los artículos anteriores, podrá el juez que decreta la reclusión poner en libertad al recluso; siempre que este acredite que puede volver al seno de su familia sin peligro para la sociedad, por haber mejorado de conducta ó concluído su educación, ó porque puede terminarla fuera del establecimiento."

Las situaciones que se pueden comentar de la referencia a los artículos anteriores son:

1o. Que se establecía la plena irresponsabilidad de los menores de nueve años de edad, a quienes sin embargo, podía aplicarseles como medida asegurativa, la reclusión en establecimiento de educación correccional por un tiempo no mayor de seis años, de estimarse necesaria la misma, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tenían a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos hubiesen incurrido (arts. 157, I y 159).

2o. La de los mayores de nueve años de edad, pero menores de catorce, a quienes mediando una presunción que admitía prueba en contrario (iuris tantum) se les tenía como el haber obrado sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción (art. 34, 6a). Lo mismo que a los menores de nueve años de edad, podía aplicárseles la reclusión en establecimiento de educación correccional, a manera de medida asegurativa (arts. 157, II y 161).

El juez que había decretado la reclusión, tenía en ambos casos, la potestad para dejarles en libertad, con la condición de que se demostrara que podían volver al seno familiar sin peligro para la sociedad, por haber mejorado su conducta, concluído su educación, o

porque podían terminarla fuera del establecimiento correccional (art. 162).

Por otro lado, para el menor delincuente con discernimiento (mayores de nueve años que no llegan a dieciocho), se destinó la pena específica de reclusión en establecimiento de corrección penal.

Efectivamente, el artículo 127 disponía en aquel entonces que:

"La reclusión de esta clase se hará efectiva en un establecimiento de corrección, destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de dieciocho, que hayan delinquido con discernimiento.

En dicho establecimiento no sólo sufrirán su pena, sino que recibirán al mismo tiempo educación física y moral."

En apoyo de lo acabado de citar, agregaremos que el artículo 160 señalaba que:

"Ni los jueces ni las autoridades gubernativas podrán poner en el establecimiento de educación correccional, ni serán admitidos en él, jóvenes condenados por haber delinquido con discernimiento."

En suma, se distingulan dos situaciones:

1ª La de los mayores de nueve años, pero menores de catorce que delinquiendo con discernimiento, eran sujetos a reclusión en establecimiento de corrección penal, pero por un tiempo que no era menor de la tercera parte, ni mayor de la mitad, del término que debiera durar la pena que se le impondría, si hubiese sido mayor de edad (art. 224) y

2ª La de los mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, en cuyo caso se estimaba que habían obrado con discernimiento, aunque incompleto, aplicándoseles igualmente, reclusión en establecimiento de corrección penal, por un tiempo que

no fuera menor de la mitad, ni mayor las dos terceras partes de la pena que le correspondería, si hubiese sido mayor de edad (art. 225).

Para concluir, se puede advertir claramente, que este Código no excluyó del todo al menor de edad del régimen punitivo, sino que reconociéndole cierta capacidad a su actuar, le dotó de cierta responsabilidad, conforme a un sistema de imputabilidad disminuida y condicionada, tomando como base el discernimiento.

3.1.2 PROYECTO MACEDO PIMENTEL DE 1912.

Fungiendo como Secretario de Justicia y Educación Pública Don Justino Fernández en septiembre de 1903, es designada una comisión con el fin de revisar el Código Penal de 1871 (misma que estaría integrada por Miguel S. Macedo, Manuel Olivera y Toro y Victoriano Pimentel). Resultado de la labor efectuada por dicha comisión, lo fué el proyecto de reformas publicado en el año de 1912.

A decir de García Ramírez (68), no se efectúan cambios de gran relieve con respecto al sistema de inimputabilidad, absoluta o condicionada, ya establecido por el Código de 1871 en los menores de edad penal. Se elimina tan sólo la mención del acusador a la que alude el artículo 34 en la fracción VI, y se añade al artículo 127 -referente a la reclusión en establecimiento de corrección penal-, la educación

(68) García Ramírez, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*. UNAM, México, 1988. Pág. 38.

intelectual. (69)

Propósitos dignos de mención en este proyecto de reformas, fueron los de Macedo y Pimentel, en torno a la conveniencia de elevar a catorce años de edad, la ausencia total de responsabilidad penal, sujetando a prueba discernimiento a los infractores de entre 14 y 18 años de edad; excluir de pena a los menores que cometieran faltas levisimas; resolver siempre en favor de los menores en caso de duda sobre el discernimiento; y la de eliminar la represión penal para los menores, por a cambio de una tutela moral de la sociedad con estrecha vigilancia y dirección de su "camino" en pos del sendero del bien.

Tal proyecto no pudo entrar en vigor a causa de las condiciones internas por las que atravesaba el país, sin embargo, tales ideas han sentado precedente en la historia de nuestro Derecho Penal. Debiendose destacar que aún desde entonces, en el bien intencionado y calificado benefico proyecto, puede apreciarse el reconocimiento (no obstante la prueba del discernimiento) que podia ya tener el menor de 14 a 18 años de edad, en el conocimiento de lo ilicito de su actuar.

3.1.3 CÓDIGO PENAL DE 1929 Y 1931.

CÓDIGO PENAL DE 1929. Como sucedió que en 1912 sólo se presentó un proyecto de reformas al Código Penal de 1871, a cargo de una comisión que estuvo presidida por el licenciado Don Miguel S. Macedo sin recibirla consagración legislativa. Es hasta 1925,

(69) Vid. El tomo inmediato anterior de este trabajo recepcional.

cuando se inician los trabajos de una nueva revisión en firme a cargo de una comisión que estaría integrada por destacados personajes como Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz.

El citado Código de 1929, llamado también por excelencia Código Almaraz, ambicionó expresar en nuestra legislación la escuela positiva, así lo aseveró el licenciado Almaraz; y señaló, este Código es "de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes...pero rompió con los antiguos moldes de la escuela clásica y es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inició la lucha consciente a base de defensa social e individualización de sanciones." (70) En efecto, la negación positivista del libre albedrío y de su lógica consecuencia, el criterio de la responsabilidad moral, serían sustituidos por un nuevo concepto que haría las veces de guía y fundamento a la reacción estatal frente al delito: la "temibilidad", que en lo sucesivo se expresaría como "peligrosidad" del delincuente. Así, no es extraño ver que:

"Aceptado, por una parte, el principio de la responsabilidad social, según el cual todo individuo que cometa un acto prohibido por la ley, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que fuera su estado psicofisiológico, confiesa Almaraz que "hubo de declarar delinquentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos, ya que sin esta declaración ninguna autoridad podría constitucionalmente restringirles sus derechos patrimoniales

(70) Cit. por González A. Alpucho, *Ibidem*, pág. 1236.

o de libertad con medidas que, ya se llamen tutelares, protectoras o defensivas, no son sino penas que, aplicadas por cualquiera autoridad no judicial, darían lugar a un amparo por violación de garantías, y adoptada, por la otra, la doctrina de la defensa social, según la cual si el hombre está fatalmente determinado a delinquir, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan, y el criterio del estado peligroso, también señala Almaraz que la comisión no aceptó ni pudo aceptar la clasificación clásica de excluyentes de responsabilidad, ni sus fundamentos, por cuanto "la sociedad tiene que defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delincuentes", ya que "tan responsables son estos individuos como los normales y tal vez en ellos este más indicada la defensa, observándose únicamente una variación en la clase de sanción y de tratamiento, en vista de la adaptación o la eliminación, de la corrección o de la inocuización." (71)

El anterior pensamiento se refleja igualmente en lo citado por García Ramírez: "No sólo tuvo en cuenta el legislador consideraciones de escuela y de defensa social, sino también problemas constitucionales, al regular de esta suerte el régimen de los menores, según declaró José Almaraz." Por lo que "para no pecar de inconstitucional, dijo, 'la Comisión considera delincuentes, desde el punto de vista social y no moral, a los menores que con sus actos

(71) Carmona Castillo, Gerardo A. Op. cit., pág. 161-162. El subrayado es nuestro.

revelan el estado peligroso. De este modo, se logran también los fines que persigue la doctrina positiva..." (72) "Almaraz razonaba su postura en estos términos: "Como este proyecto se basa exclusivamente en la doctrina de la defensa social y como las sanciones para delincuentes adultos persiguen un fin correccional y carecen de todo carácter de expiación o de compensación, desaparece la necesidad de crear un cuerpo de leyes especiales para menores. Esto no quiere decir de ningún modo, que las medidas educativas que deben aplicarse a los menores no sean cualitativamente distintas de las sanciones para adultos." (73)

De lo expuesto, se deja entrever, a manera de conclusión: que por eso el Código nuestro de 1929 mantuvo para los menores de 16 años, el proceso movido por el Ministerio Público, con auto de formal prisión, conclusiones acusatorias y sentencia, si bien las sanciones señaladas para esos casos eran la libertad vigilada, arrestos escolares, segregación en escuelas correccionales, en granjas o en navios-escuelas (art. 71), sin perjuicio de amonestaciones, extrañamientos o apercibimientos, pérdida de los instrumentos del delito, caución de no ofender, suspensiones e inhabilitaciones, y la prohibición de ir a determinados lugares (arts. 69 y 73).

Así es, 16 años fué la edad que se fijó para establecer un régimen de tratamiento diverso para quién no hubiera llegado a ella, entendiéndose no la inimputabilidad penal del menor.

(72) García Ramírez, Sergio. Op. cit., pág. 44.

(73) *Ibidem*, pág. 45. El subrayado es nuestro.

CÓDIGO PENAL DE 1931. Ante el poco éxito obtenido por el Código Penal de 1929, se decide que lo mejor es redactar un nuevo proyecto de Código Penal, de tal forma, que se designa una nueva comisión revisora integrada por destacados abogados como Luis Garrido, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Luis Chico Goeme, cuya labor llevaría a la postre, a la elaboración del vigente Código Penal de 1931 del Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y de toda la República en materia federal. En este Código (promulgado el 13 de agosto de 1931, por el Presidente Ortiz Rubio), la tendencia que se sigue es ecléctica y pragmática, así lo manifiesta el Presidente de esa Comisión redactora, el licenciado Alfonso Teja Zabre cuando dice que "ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea, práctica y realizable." (74)

En materia de imputabilidad siguió el criterio de la defensa social, pero completando la fórmula: "no hay delincuentes sino hombres."

"Al proclamarse que la fórmula de que no hay delitos sino delincuentes debe completarse con la de que no hay delincuentes sino hombres, el legislador del 31 enfila sus argumentos hacia un tipo de pena que se adapte al hombre, o sea, plantea la humanización de las penas. Este sólo propósito bastaría para limpiar la pena de todos

(74) Carranca y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Carcel y Penas en México, 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1986, Pág. 405.

aquellos ingredientes que, ya se ven en la sanción una retribución a un hecho injusto (delito) o a un ser humano irreformable social y psíquicamente (delincuente); porque declarando que en vez de delincuentes y delitos hay hombres se sientan en México las bases de la moderna Penología y del Derecho Penitenciario actual." (75)

La intención es, pues, "rescatar al hombre y reeducarlo aplicando la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada y la de conservar el orden social cuando todo esto no ñña con lo primero sino antes bien lo enriquezca." (76) Tal es la tónica que rige en dicho ordenamiento penal, no obstante, las múltiples reformas, adiciones y modificaciones que desde entonces ha sufrido. Así, en el caso de los menores delincuentes, el Código Penal de 1931 fija medidas de seguridad.

Efectivamente, respecto a los menores de edad, quienes integraron la comisión redactora del código en comento, estuvieron de acuerdo desde sus inicios, el tomar como orientador de la nueva legislación penal: "dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa." (77)

"Como consecuencia de la adopción de este sistema, no represivo sino de pedagogía correccional, afirma CENICEROS, ya no cabe hablar de menores infractores irresponsables por falta de discernimiento, pues se desplaza la planteación (sic) del problema a otro campo diverso, el de que a todos hay que considerarlos

(76) *Ibidem*, pág. 406. El subrayado es nuestro.

(78) *Ibidem*, pág. 407.

(77) García Ramírez, Sergio, *Op. cit.*, pág. 60.

responsables socialmente, cualesquiera que sean sus condiciones psicofísicas, para el efecto de poder sujetarlos a la acción protectora del estado, por ser infancia material o moralmente abandonada." (78)

La acción del estado ante los menores se reviste más que de un carácter de autoridad, en uno de carácter social, es decir, "...se substituye a los encargados del menor, para realizar una misión social respecto a éste." (79)

Así, en el artículo 119 de este ordenamiento penal se dispuso (con el dejamiento de lado del criterio del discernimiento empleado por las primeras formulaciones legales sobre la materia) fijar la edad de mayoría penal, en los 18 años y por lo tanto, como límite de inimputabilidad, preceptuándose por otra parte, la reclusión de dichos menores por el tiempo que fuere necesario para su corrección educativa (se deja en los artículos consecutivos la regulación minuciosa de las medidas aplicables al menor infractor).

Posteriormente estos artículos (119-122) comprendidos en el capítulo único del título sexto bajo la denominación de "Delincuencia de menores", fueron derogados por el artículo primero transitorio de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2 de agosto de 1974, sólo en cuanto al Distrito Federal se refiere; y más tarde, por

(78) Teja Zabre, Alfonso, cit. por Carmona Caetllo, op. cit., pág. 167.

(79) García Ramírez, Sergio. Op. cit., pág. 61.

el artículo tercero transitorio de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1991, sin embargo, la edad mínima penal que en principio se adoptó no varió con la entrada en vigor en sus respectivos momentos de estas muy importantes leyes.

En realidad lo que se pretendió (acorde con los propósitos señalados) es que la intervención del derecho penal respecto a los menores infractores fuera sumamente reducido, creándose un cuerpo de disposiciones especialmente dirigidos a estos, que permitiera excluirlos de la posibilidad de sufrir una pena, sometiéndolos a otro sistema eminentemente tutelar. Así las cosas, resultó que la edad inferior a 18 años, fué la definitiva para separar del sistema represivo a los denominados menores infractores.

3.2 LA CAPACIDAD LEGAL DEL MENOR DE EDAD EN MATERIA DEL TRABAJO.

A manera de preámbulo señalemos que la capacidad se refiere a la aptitud que posee una persona en las relaciones jurídicas, para ser sujeto o parte, por sí o por representante, ya como titular de derechos o facultades, bien como obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber.

En relación con la capacidad del menor para intervenir en contratos de trabajo, puede decirse que aunque la mayoría de edad

para hombres y mujeres, se obtiene a los 18 años y que por lo mismo, llegando a esa edad se adquiere también capacidad para contratar en materia del trabajo, aparte del grupo mayoritario de personas que gozan de la capacidad efectiva para la celebración del contrato de trabajo y bajo la consideración de que como dice Bermudez Cisneros "...el trabajo constituye no sólo uno de los derechos fundamentales del individuo, sino de los que por guardar un contenido económico, en la gran mayoría de los casos requieren de un inmediato ejercicio, ya no digamos cuando se llega a un estado de capacidad de contratación, sino cuando apenas se arriba a un estado de capacidad de trabajo; ello ha hecho que el legislador permita en contrario a las leyes civiles, que la capacidad para contratar en materia de trabajo se adelante facultando para contratar libremente en materia laboral a los mayores de 16 años (artículo 23 de la Ley Federal del Trabajo)." (80) Pero también esta el caso de los menores de 16 años y mayores de 14, a quienes se les concede una capacidad limitada para trabajar al servicio de un patrón, pues además de necesitar la autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, de la autoridad laboral o bien de la autoridad política, precisan ajustarse a una serie de requisitos y de prohibiciones para poder trabajar, según se verá más adelante.

Vale expresar también, que en el marco legal, se establece otro grupo de personas menores de edad sin capacidad para contratarse (artículo 5o., I) y que se refiere a aquellos de menos de

(80) Bermudez Cisneros, Miguel. Las obligaciones en el derecho del trabajo. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1978. Pág. 43-44.

14 años de edad, de los cuales señala el artículo 22 de la Ley, queda prohibida su utilización en el trabajo.

Cabe aclarar, que los artículos a que se alude en el presente apartado y los dos subsiguientes del mismo, se refieren (como es obvio suponer) a la Ley Federal del Trabajo, pues estamos en el entendido de que no todos aquellos que nos hacen el honor de leer las líneas que se escriben, saben necesariamente a que ley nos referimos.

3.2.1 EL MENOR DE DIECISEIS AÑOS Y MAYOR DE CATORCE EN MATERIA DEL TRABAJO.

Como es sabido, el derecho del trabajo en general alberga un espíritu protector para el trabajador, a tal grado, que en el caso que nos ocupa, la madurez física y la constitución fisiológica, son factores muy importantes que no son menospreciados del punto de vista de la disciplina jurídica de la reglamentación de las condiciones de trabajo. Es la integridad biológica del trabajador, uno de los valores supremos de la tutela social que el Estado ejerce en este terreno.

En el caso del menor trabajador, dicha protección se acentúa pues se dirige la preocupación a la preservación de su integridad física, salud y moralidad. En este sentido se pronuncia Mario de la Cueva, al decir que: "las normas que regulan el trabajo de los menores trabajadores se proponen facilitar su educación, su desarrollo físico y su salud, y preservar su moralidad." (81)

(81) CH. por Dávalos José. Derecho del Trabajo. T. I. Ed. Porrúa, México, 1985. Pág. 285.

La edad de admisión en el trabajo es de 14 años, ello según se puede advertir tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 123, fracción III al señalar que: "Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años . Los mayores de esta edad y menores de dieciséis, tendrán como jornada máxima la de seis horas; como de la Ley Federal del Trabajo en su artículo 22, al establecerse que: "Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años y de los mayores de esta edad y menores de dieciséis que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que apruebe la autoridad correspondiente en que a su juicio haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo."

Sin embargo, para que los menores de dieciséis años y mayores de catorce puedan prestar sus servicios para un patrón, necesitan de la autorización de sus padres o tutores, en su defecto del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la autoridad política (artículo 23).

Entre las normas protectoras al trabajo de estos menores, se establece su vigilancia y protección a cargo de la Inspección del Trabajo (artículo 173). Se exige también al menor, el mostrar su aptitud para el trabajo a través de certificado médico, pues en caso contrario, ningún patrón podrá utilizar sus servicios. Debiéndose someter, además, a los exámenes médicos que con periodicidad ordenare la inspección del trabajo (artículo 174).

Notese en efecto, una protección de modo especial a esta categoría de menores, pues la legislación no sólo se limita a fijar la

edad de admisión, sino que, como se hubo señalado, prohíbe la ocupación de los menores en todos aquellos trabajos que puedan afectar su desarrollo físico, social e intelectual. La ley juzga como actividades que comprometen ese desarrollo: las de los expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato; las susceptibles de afectar su moralidad o sus buenas costumbres; los trabajos ambulantes, salvo autorización especial de la Inspección del Trabajo; los subterráneos o submarinos; las labores peligrosas o insalubres; los trabajos superiores a sus fuerzas y los que puedan impedir o retardar su desarrollo físico normal; los de establecimientos no industriales después de las diez de la noche y los demás que determinen las leyes (artículo 175).

Deja la ley a cargo de los reglamentos que se expidan, la determinación de las labores peligrosas o insalubres, fijando como criterio general para su determinación, a aquellas cuya naturaleza, condiciones físicas, químicas o biológicas, o composición de la materia prima que se emplea, puedan ejercer influencia sobre la vida, el desarrollo y la salud mental de los menores (artículo 176).

La jornada de trabajo de los menores de 14 años hasta los 16, no rebasará de seis horas diarias y se dividirá en períodos máximos de tres horas. Disfrutará el menor entre los distintos períodos de la jornada, de una hora de reposo por lo menos (artículo 177).

Se prohíbe también, que los menores de dieciséis años sean utilizados para laborar horas extraordinarias, en domingos y días de descanso obligatorio. La violación de esta disposición implica para el patrón el pago de las horas extraordinarias en un 200% más del salario

que corresponda a las horas de la jornada; y de los días prohibidos, con el de un salario triple en total (artículo 178).

Los menores gozarán, además, de un periodo anual de vacaciones pagadas de dieciocho días laborables, por lo menos (artículo 179).

Establece la ley para los patrones que tienen a su servicio a menores de 16 años, la obligación de exigir la presentación de los certificados médicos que acrediten la aptitud del menor para el trabajo; llevar un registro de inspección especial en el que se expresará el nombre de los menores, la fecha de su nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; distribuir el trabajo de los menores a efecto de que puedan asistir a la escuela ya sea la ordinaria o la de capacitación profesional y proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que les sean requeridos (artículo 180).

A pesar de las generosas prohibiciones en favor de éstos menores, es patente que persisten, y por ello, la propia ley establece como sanción por la violación de las mismas, una multa que puede ir de 3 a 155 veces el salario mínimo general (artículo 995). Se toma como base de cálculo la cuota diaria de salario mínimo general vigente, en el lugar y tiempo en que se cometa la violación (artículo 992).

Tan es relativa la incapacidad de estos menores, que el artículo 23 en su segundo párrafo señala que: "los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan." Es más, a decir de Néstor de Buen: "...sólo existe otra

limitación legal respecto a la capacidad de ejercicio : los menores no podrán formar parte de las directivas de los sindicatos (artículo 372, I)" (82) Y mejor aún, el artículo 691 (Capítulo II -De la capacidad y personalidad-) señala que: "los menores trabajadores tiene capacidad para comparecer a juicio sin necesidad de autorización alguna, pero en el caso de no estar asorados en juicio, la Junta solicitará la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para tal efecto. Tratándose de los menores de 16 años, la Procuraduría de la Defensa del Trabajo les designará un representante."

Llama la atención, lo que dispone la segunda parte del precepto anterior, al señalarse a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, como la encargada de designar representante en juicio para los menores de dieciséis años. Nestor de Buen L. precisa esa situación en los siguientes términos: "...¿Por qué razón, para efectos procesales, la representación del menor deberá tenerla sólo la Procuraduría, sin que pueda ejercerla la persona que libremente escoja su representante legal?. Al parecer, en otra notable manifestación de desconfianza, los señores legisladores han considerado que ni los padres, ni los tutores, ni los sindicatos y demás personas antes mencionadas pueden representar a los menores." (83)

A nuestro modo de ver, de lo señalado se sigue evidenciando una marcada protección a la clase trabajadora, reforzándose aún más, en el caso del menor trabajador.

(82) de Buen L., Néstor. Derecho del Trabajo. T. II 6 ed., Ed. Porrúa, México, 1983. Pág. 383.

(83) de Buen L., Néstor. La Reforma del Proceso Laboral. 2 ed., Ed. Porrúa, México, 1983. Pág. 33-34.

3.2.2 EL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS Y MAYOR DE DIECISEIS EN MATERIA DEL TRABAJO.

En realidad no hay mucho que abundar en este aspecto, pues como se hubo señalado, para los efectos laborales la mayoría de edad se alcanza precisamente a los dieciséis años con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva, según se puede apreciar de la lectura al artículo 23, cuya transcripción hacemos:

"Los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en esta ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores o a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje del Inspector del Trabajo o de la autoridad política "

Sin embargo, "el celo de la ley en favor de los menores, se prolonga hasta los 18 años, respecto de la ejecución de trabajos nocturnos industriales" (84) (artículo 175, II); y en lo que concierne al trabajo en el extranjero, a no ser que se trate de técnicos, profesionales, artistas, deportistas y, en general, de trabajadores especializados (artículo 29).

3.3 LA CAPACIDAD LEGAL DEL MENOR DE EDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.

Podemos decir que la capacidad para tener derechos y deudas es la capacidad jurídica y aquel que goza de ella recibe el nombre de

(84) Castorena, Jesús J. Manual de Derecho Obrero. Derecho Sustantivo. 8 ed., (s.e.), México, 1984. Pág. 183.

persona.

En el derecho moderno todos los hombres, sin salvedades, son personas, es decir capaces, y por lo mismo susceptibles de contraer derechos y obligaciones. Puede afirmarse entonces, en vista de lo anterior, que la capacidad es la facultad que tienen los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones.

Se entiende pues, por capacidad, en complemento de lo anterior y citando a Ignacio Galindo Garfias: "...tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por si mismo. La capacidad comprende dos aspectos: a) la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y b) la capacidad del ejercicio, que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstas, por si mismo." (85)

En el decir de Rafael Rojina Villegas: "la capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial." (86) Recordemos a manera de comentario marginal, que el derecho reconoce en el hombre cinco atributos: el nombre, el domicilio, el patrimonio, el estado civil, y la capacidad jurídica.

Respecto de la adquisición y pérdida de la capacidad jurídica, señala el artículo 22 del Código Civil: "La capacidad jurídica se

(85) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1979. Págs. 384-385.

(86) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. I. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1980. Pág. 431.

adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en este Código."

Según se ve "...en el derecho mexicano, se sostiene el criterio de la viabilidad como determinante de la existencia de la persona física y por tanto de su capacidad jurídica. La viabilidad se caracteriza por el simple hecho de vivir 24 horas, o menos, si se presenta el recién nacido ante el Registro Civil inmediatamente después de nacer. Pero tal viabilidad no presupone que el infante nazca sano y con probabilidades de persistir en la vida; sino que basta el simple hecho de la vida, aún cuando haya de fallecer fatalmente a la vigésimaquinta hora de su natalicio o a los pocos minutos de ser presentado en el Registro. La prueba de la viabilidad será, o la correspondiente a que vivió el infante 24 horas, o el certificado del acta de nacimiento." (87)

En apoyo de lo expresado, queremos citar que Edgardo Peniche Lopez señala que "los seres humanos en Derecho reciben el nombre de personas físicas, y se les considera como titulares de derechos y obligaciones, desde que nacen hasta que mueren; sin embargo, el derecho se ocupa de ellos desde el momento en que son concebidos, es decir, aún en estado de gestación, ya que tienen el derecho de llevar el nombre y heredar de sus progenitores aunque éstos fallezcan antes de nacer aquellos." (88)

[87] Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. T. I. Ediciones Modelo, México, 1971. Pág. 232.

[88] Peniche Lopez, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 10 ed., Ed. Porrúa, México, 1978. Pág. 95.

En conclusión, la capacidad es única, pero se hace la distinción en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, pasaremos a continuación a ocuparnos de la primera.

3.3.1 LA CAPACIDAD DE GOCE.

Hablar de la capacidad de goce es referirnos a la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, requiere para su eficacia que la persona exista; todos los seres humanos la poseen.

Luis Muñoz se refiere a esta capacidad como la aptitud del sujeto para tener y gozar derechos, solíendosele capacidad de derechos y privativa de todos los hombres por el mero hecho de serlo. (89)

Como ya antes se señaló, la capacidad jurídica puede ser total o parcial, pero en el caso de la capacidad de goce, existen causas que limitándola o modificándola sólo dan lugar a una incapacidad de goce parcial, no puede ser total. Por poner un ejemplo: el individuo que mata para heredar, es incapacitado por la ley para recibir la herencia, sin embargo, conserva la capacidad de goce respecto de otros derechos.

En efecto, la capacidad de goce corresponde a toda persona y bien puede existir sin que de quien se trate posea necesariamente también la capacidad de ejercicio, ello obvio según los casos, porque puede ser capaz o incapaz para hacer valer sus derechos civiles por sí mismo.

(89) Muñoz, Luis. Comentarios al Código Civil. V. I 2 ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. Pág. 185.

Por otra parte, no puede pensarse -como se dijo- en una incapacidad de disfrute en forma total, pues solo puede referirse a uno o a varios derechos determinados. No se concibe a una persona que se halle privada de todos los derechos civiles.

Confirma lo apuntado, la opinión de Rafael Rojina Villegas cuando dice que "...la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad." (90)

Atento a lo explicado, evidentemente que en el caso del menor de edad se cuenta con esta capacidad. Sin embargo, como refiere Rojina Villegas (91), existen casos, en los que la tienen restringida; señalamos algunos ejemplos: derecho para celebrar matrimonio, el cual no se tiene hasta antes de los 16 ó 14 años en el hombre y en la mujer, respectivamente (art. 148); derecho para hacer testamento que sólo se obtiene hasta los dieciséis años (art. 1306); derechos políticos que sólo se adquieren al cumplir 18 años, tanto en el hombre como en la mujer, etc.

3.3.2 LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Si como habíamos expresado, la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, la capacidad de ejercicio

(90) Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pág. 434.
(91) Ibidem, págs. 442- 443.

se refiere ahora, a la facultad de las personas para ejercer de modo propio esos derechos y cumplir con sus obligaciones, para efectuar actos con eficacia jurídica.

Habiase dicho también, que la capacidad de goce requiere para su funcionamiento, de la existencia de la persona, la de ejercicio, necesita en cambio, que el sujeto tenga conciencia y libertad.

En efecto, algunos seres humanos como los enfermos mentales, viciosos o menores de edad, si bien pueden tener derechos en su calidad de personas, no están habilitados para ejercerlos personalmente sino a través de sus tutores o representantes legales.

De ahí que algunos definan a la capacidad de ejercicio, como aquella que poseen las personas mayores de edad sanas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir con sus obligaciones legales contraídas. (92)

A diferencia de la capacidad de goce, en la de ejercicio, la incapacidad no sólo puede ser parcial, sino también total, dándose en consecuencia, el que el sujeto se halle impedido o privado del ejercicio de su capacidad de actuar.

Una doble intención puede perseguir el derecho al declarar a una persona incapaz: proteger al individuo o sancionarlo. Se encuentran en el primer caso, los menores, los locos, etc., que por su condición particular necesitan de la protección de la ley; en el segundo se hallan,

(92) Peniche Lopez, Edgardo, Op. cit., pág. 90.

los individuos plenamente capaces, a quienes en virtud de una sanción, se les retira la facultad de ejercicio

La incapacidad de ejercicio puede ser de dos especies: natural y legal y simplemente legal.

Por lo que se refiere a la incapacidad natural y legal: el individuo puede estar incapacitado, ya sea porque su razón no tenga suficiente madurez, por falta de experiencia, como ocurre con los menores, o bien, porque su razón sufra algún trastorno o enfermedad, que la debilite o destruya, como ocurre con los locos. En ambos casos se dice que la persona es incapaz por naturaleza. Cuando el individuo está imposibilitado para ser plenamente consciente de sus actos, se dice que es incapaz naturalmente, porque un estado especial de su propia naturaleza lo coloca en esa situación; pero, además, la ley, al reconocer y sancionar su estado, le niega la capacidad de actuar, por eso se dice, también, que es incapaz natural y legalmente." (93)

El Código Civil dispone que tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que éstos les provoque no puedan gobernarse y obligarse

(93) Mota Salazar, Elraín. Elementos de Derecho. 24 ed., Ed. Porrúa, México, 1978. Pag. 138.

por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio (art. 450).

Para finalizar este apartado, poseen incapacidad legal, además, del menor emancipado los condenados a sufrir dicha pena. La incapacidad legal la fija la ley de manera taxativa impidiendo que el sujeto pretenda llevar a cabo aquellos actos que la norma le prohíbe, es el caso del menor emancipado (art. 451) y de los condenados a sufrir dicha pena.

3.3.3 EL CASO ESPECIAL DEL MENOR EMANCIPADO.

En el derecho privado, la mayoría de edad es alcanzada en el instante en que la persona física cumple con el número de años señalado al efecto por la ley. De tal forma, que, al obtener la mayor edad, se le confiere a la persona física la plenitud de la capacidad de ejercicio, claro está, siempre que circunstancias especiales no impidan su accionar. Antes de cumplir esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones a través de su representante legítimo (quienes ejercen la patria potestad o tutor).

De acuerdo con el Código Civil la mayor edad comienza a los 18 años cumplidos, por lo que, llegado a esta edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes (arts. 646 y 647).

No impide lo apuntado, el percatamos que "al desarrollarse físicamente, el menor va adquiriendo gradualmente, el uso de su razón y de su voluntad; no obstante, el ordenamiento no lo considera capaz, sino después de haber cumplido dieciocho años." (94)

[94] Galtrudo Garfias, Ignacio. Op. cit., pág. 392.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Así la cuestión, todo el que posea menos de 18 años cumplidos, es tomado por menor de edad. Y en consecuencia, necesitará de un representante para poder efectuar los actos y negocios jurídicos que requiera la plena capacidad civil. Sin embargo, es excluido de esa representación el menor emancipado.

La emancipación, se refiere al estado en virtud del cual, el menor de 18 años, en razón del matrimonio que contrae, es dotado de una capacidad de ejercicio restringida.

El Código Civil en su artículo décimo, capítulo I, regulador de la emancipación, al tenor del artículo 641 señala que "el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

Por otra parte, acorde al artículo 643: "el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces;
- II De un tutor para negocios judiciales.

Efectivamente, en virtud de la emancipación, se permite sustraer de la patria potestad o de la tutela al menor que contrae nupcias, confiriéndole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes muebles e inmuebles, sin ninguna restricción, y sin que para ello, necesite autorización, asistencia o representante, para que dichos actos de administración sean valederos.

Por cuanto se refiere a los actos de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes inmuebles, se dice que posee una capacidad restringida, pues requiere de autorización judicial, sea para vender, permutar, donar y en general para efectuar actos translativos de dominio de bienes raíces y para conformar sobre ellos toda clase de gravámenes (servidumbre, usufructo, derechos de uso de habitación) e hipotecas. Rojina Villegas califica dicha autorización, como un fenómeno de asistencia y no de representación, en virtud de la conurrencia de las voluntades del emancipado y del juez para la validez del acto dominio (95). Calidades muy distintas, porque una cosa es que el menor se haga representar ante su supuesta falta de capacidad para actuar, a través de quien ejerce la patria potestad o la tutela sobre el, y otra, la exigencia de la autorización judicial conjunta con la voluntad del emancipado.

No quedan comprendidas dentro de estas restricciones, los actos de disposición relativos a los bienes muebles del menor de edad emancipado, ello según interpretación gramatical al artículo 643 citado, lo que a nuestro juicio resulta un tanto incongruente, habida cuenta la restricción en la disposición de bienes inmuebles, ya que si dicha restricción procede de la valía que ellos suponen, no siempre cuenta con esta clase de bienes el menor, pues bien puede poseer bienes muebles que pueden ser tanto o incluso más valioso en lo individual o en su conjunto, que los bienes inmuebles. Luego lo

(95) Rojina Villegas, Rafael. Op. cit., pág. 447.

en la disposición que tome respecto de esta clase de bienes, pueden ser incluso hasta de mayor trascendencia que respecto de los otros, lo que denota, el reconocimiento de aptitud suficiente en este menor, para la toma de sus propias decisiones, pues podría decirse, que el legislador admite de cierto modo, una capacidad intelectual y volitiva equiparada a la de un adulto, aunque en forma tímida.

En cuanto a la capacidad procesal, no se le permite intervenir personalmente como actor o como demandado en los negocios judiciales, para los que necesitará de un tutor especial.

En otros ordenamientos legales, se regula de otra suerte la capacidad del menor emancipado:

"El derecho alemán, no conoce la figura de la emancipación; si una persona antes de alcanzar la mayoría de edad comprueba que posee suficiente discernimiento para actuar por sí misma, el juez puede declararlo anticipadamente mayor de edad, dotándolo de plena capacidad jurídica, sin restricción de ninguna especie.

En el Código Civil suizo, el menor de edad emancipado se equipara completamente a una persona mayor de edad, en cuanto a su capacidad de ejercicio.

En el sistema adoptado por el Código Civil francés y por las legislaciones que siguieron sus lineamientos, la emancipación confiere al emancipado una cierta capacidad, que podríamos llamar semiplena, porque la capacidad que la emancipación atribuye al menor, no es completa, sino restringida. Existe, pues, una diferencia entre plena capacidad del mayor de edad y la capacidad que el derecho atribuye al

menor emancipado." (96)

Según lo advertido, el ordenamiento civil para el Distrito Federal, se adhiere a la postura representativa de la capacidad semiplena, dado que en nuestra legislación la emancipación guarda una posición intermedia entre la total incapacidad de ejercicio a que se sujeta el menor no emancipado y la capacidad plena que se atribuye al que alcanza la mayoría de edad fijada.

No obstante la regulación adoptada por la legislación civil en el caso de México, notese que no es nada descabellado el reconocimiento de aptitud suficiente en el menor a que aludimos, para conducirse plenamente en el ejercicio de sus derechos y deberes al igual que el adulto designado como tal legalmente, según se puede ver de las otras dos posturas.

A este respecto nos parece muy ilustrativo lo expresado por Efraín Moto Salazar: "la incapacidad no siempre tiene un origen natural, hay casos en que la persona es plenamente capaz; pero la ley le niega el derecho de actuar, atendiendo a diversas circunstancias. Cuando esto ocurre, se dice que la persona está incapacitada; pero sólo legalmente. La incapacidad legal es el estado especial en que se halla la persona que, a pesar de ser capaz naturalmente, tiene prohibido por la ley actuar en Derecho. Están en dicha situación, los menores emancipados (artículo 451 del C. Civil)...sin embargo, no carecen por completo de la capacidad de actuar, tienen una capacidad restringida, la ley sólo

[96] Galindo Garrón, Ignacio, Op. cit., pág. 399.

les prohíbe realizar determinados actos." (97)

Como se ha señalado, en nuestra legislación, la emancipación halla causa en el hecho del matrimonio, pero lo que no se ha anotado, es que la edad mínima para contraerlo legalmente es la de 14 y 16 años en la mujer y el hombre en ese orden (artículo 148), previo el consentimiento de quien lo tenga bajo la patria potestad, la tutela o de quien haya de darlo (arts. 148-152).

Luego lo asentado, cabrían algunas reflexiones: ¿Por qué se admite apartir de estas edades en enlace de dos personas consideradas menores de edad, a las que se les supone incapaces para la conducción de su propia vida, en un acontecimiento de semejante alcance?. Algunos responderían que se les otorga este derecho únicamente porque en dichas edades se encuentran en la etapa de la pubertad y por lo tanto, aptos fisiológicamente para los fenómenos de la reproducción.

Por nuestra parte, no consideramos que la respuesta se reduzca sólo a eso, basta darse cuenta, que en el matrimonio, ambos cónyuges poseen facultades para dirigir su hogar y educar a los hijos (artículo 168), con las limitaciones legales ya señaladas (artículo 173). ¿A caso estas no son operaciones representativas de madurez intelectual y volitiva?. Nosotros consideramos que sí, y pareciera que al legislador también, pero silenciosamente, sin abandonar la postura de protección que se le dispensa al que se encuentra dentro de la

(97) Moto Salazar, Etrian. Op. cit., pág. 139. El subrayado es nuestro.

categoría de menor de edad.

Si a dichos menores se les confiere la capacidad de ser la cabeza de una familia, con todo lo que ello implica, no vemos, por que en el derecho penal se les niegue la capacidad de razonar cuando cometen una acción típica y antijurídica. El legislador en su deseo de no castigarlo como al adulto, le niega el ser imputable y lo excluye totalmente del derecho penal.

CAPÍTULO 4.- EL MENOR DE EDAD Y EL DELITO DE VIOLACIÓN.

4.1 EL CONCEPTO DE MENOR EDAD Y LOS CRITERIOS QUE LA DETERMINAN.

La minoría de edad es la circunstancia personal que más influye en la capacidad para poder obrar válidamente en los actos de la vida con relevancia jurídica.

Desde luego, existe una edad crucial denominada mayor edad a partir de la cual se estima a un individuo capaz para asumir sus derechos y obligaciones. Aunque tal edad ha variado mucho a través de la historia e incluso modernamente tanto en nuestro país (de una entidad a otra), como fuera de él (de nación a otra) siendo por lo general establecida en base a una presunción general de aptitud.

Únicamente cuando el hombre ha llegado a una edad cronológica en la que se le pueda suponer lo suficientemente desarrollado en su vida física, moral, psíquica e intelectual se le atribuye la plena facultad de autogobierno y se le reconoce la plenitud jurídica (si no existiese otra causa limitativa). Sin embargo, esa edad cronológica que en el caso del Distrito Federal para los efectos penales se ha fijado en los 18 años, no implica necesariamente en estricto rigor que de no llegarse aún a ella, exista la carencia real de dicho desarrollo en todos los que caen del lado de la menor edad por causa de la determinación jurídica. Mucho menos en aquellos casos que interesan especialmente por su relevancia, dada la conducta manifestada ante los demás.

4.1.1 MÉDICO.

Medicina es la "ciencia que se ocupa de prever y curar las enfermedades." (98)

Existe una rama de la medicina que se encuentra ligada íntimamente con el derecho penal y que por ese hecho, es la que nos interesa: la medicina forense.

"El concepto mas antiguo que se conoce para esta disciplina es: 'El arte de hacer relatos para la justicia'. Constituye un conjunto de conocimiento médicos y de ciencias conexas, bioquímicas, físicas, psicología, etc., aplicables en las distintas áreas del Derecho, de manera que se facilite la aplicación de la justicia." (99) Esto es, su utilidad reside en la aplicación de los conocimientos medicos a los problemas legales, aunque también abarca a aquellos derivados del legislar.

Normalmente, en medicina no es común hablar de sujetos menores o mayores de edad, es más bien aceptada de manera tácita la establecida al respecto por la ley. Lo que hace la medicina es referirse a sujetos púberes e impúberes.

Son púberes, aquellas personas cuyo organismo se encuentra capaz para los fenómenos de la reproducción, lo que por lo regular inicia, en lo que se refiere al sexo femenino, entre los 11 y 13 años, y en el sexo masculino entre los 12 y 13 años de edad. Manifestandose a

[98] García Pelayo y Gross, Ramón. Diccionario Enciclopédico Larousse Usual. 7 ed., México, 1984. Pág. 404.

[99] Alcocer Pozo, José y Alva Rodríguez Mario. Medicina Legal. Conceptos Básicos. Ed. Limusa, México, 1983. Pág. 28.

través de varios cambios fisiológicos que se efectúan a causa de la producción de las hormonas segregadas cuando el cerebro, en especial, el hipotálamo y la hipófisis dan las ordenes a las gónadas (testículos u ovarios) para dicha producción.

Se desarrollan en esta etapa de la vida los órganos y funciones de la procreación, apareciendo igualmente las características sexuales secundarias: en la mujer, tanto los senos como otras partes del cuerpo adquieren proporciones y contornos más sobresalientes; y en el hombre, se produce el cambio de voz y la aparición de vello en la cara y cuerpo. (100) Es impùber, la persona que no muestra en su organismo dicho desarrollo.

Desde el punto de vista médico, la distinción entre las diferentes edades encuentra importancia especial, pues no hay mayor discusión en admitir que el "hombre" desde que nace, se va desarrollando gradualmente en lo somático, pero que también ello va en estrecha relación de lo psíquico, y que la etapa de llegada a la reproducción marca en forma importante, una suficiencia, aunque variable, de conciencia de sus actos, que será mayor a medida del transcurso de los años.

El hecho de determinarse los 18 años como edad de imputabilidad, en lo jurídico. No implica de ninguna manera, el que se afirme desde el punto de vista de la ciencia médica, carencia real y absoluta de capacidad de entender y querer, mucho menos en todos ellos o en la generalidad de los casos.

4.1.2 SOCIOLÓGICO.

Con la sola palabra se viene a la mente antes que cualquier cosa, lo relativo a su propio concepto: Sociología es la "ciencia que trata de la constitución y desarrollo de las sociedades humanas." (101) En estrecha conexión con esta se encuentra la sociología criminal, por la que a su vez se entiende a la materia que "estudia el acontecer criminal como fenómeno que se da en la colectividad, tanto en sus causas, y factores como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos y conductas que se dan en sociedad." (102) Cabe añadir, para una cabal comprensión de los conceptos dados, que al hablar de sociedad se alude a la "reunión de personas formada por el conjunto de los seres humanos con quienes se convive." (103)

La familia es la institución social básica, es en ella donde el ser humano tiene su origen natural y cultural; se constituye no sólo en el primero, sino en el más fuerte y homogéneo grupo al que se pertenece.

Se piensa que al ser ésta su forma normal de vida, el individuo se verá influido definitivamente por ella el resto de su existencia. Sin embargo, hay que decir también, que la carencia de ella no implica necesariamente inadaptados sociales, pues el sujeto bien puede crecer y madurar normalmente gracias a influencias personales que la suplan. Por otra parte, aún cuando en la familia se aprenden ciertas

(101) García Pelayo y Gross. Ramón. Op. cit., pág. 611.

(102) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1993. Pág. 67.

(103) García Pelayo y Gross. Ramón. Loc. cit.

cosas que pueden ser negativas, por fuerza se aprenden también los convencionalismos sociales que corresponden a lo que el mundo ve bien o mal, cuanto más de aquellos que son claramente nefastos a los demás y para los que un joven andado incluso en la edad de los 14 años ya puede entender bien.

Desde luego que estamos de acuerdo en que hay indiscutiblemente menores que no reúnen la necesaria madurez física, mental y emocional, que dada su inexperiencia e incluso ingenuidad, no alcanzan a comprender muchas de las veces el alcance negativo de sus actos, pero esto es más bien propio de la edad infantil y en esta etapa de la vida -como se ha dicho- la naturaleza de sus actos por lo regular, no se comparan con la frecuencia y gravedad de los más próximos a la mayor edad legal.

Octavio Orellana Wiarco (104) señala que es a partir de los 14 años y más propiamente de los 16, que el menor de edad suele cometer un tipo de faltas más graves, pudiéndose encontrar ya toda la gama de la criminalidad, desde el pequeño robo hasta el homicidio agravado. Se tiene ya la fuerza para los delitos contra las personas (lesiones, homicidios), y la capacidad para los delitos sexuales, entre ellos la violación.

Un ejemplo representativo de delincuencia juvenil por el rango de edades señaladas, es el siguiente artículo periodístico publicado por el diario "EL UNIVERSAL": "Rescatan a tres menores de ser linchados; desvalijaban a pasajeros de un microbús." Tres menores de edad

[104] Orellana Wiarco, Octavio A. Manual de Criminología. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1988. Pág. 319.

trataron de asaltar a los usuarios de un microbús, pero en un descuido de los ampones los afectados arremetieron contra ellos y tuvieron que ser patrulleros de la SSP quienes los rescataran de la turba, que pretendía lincharlos.

"Los tres mozalbetes abordaron un microbús de la ruta 3, con matrícula 010016, con la intención de despojar a los pasajeros, por lo que ya en la unidad sacaron sus pistolas con la intención de amagarlos, pero en un descuido los afectados se les fueron encima a golpes, sin que los asaltantes pudieran utilizar sus armas.

"Los patrulleros capturaron a Roberto Lozada Hernández, de 14 años, Jonnathan Santos Morales y Diador Mateos Vega, ambos de 16 años, a los que salvaron de ser linchados por sus propias víctimas."
(105)

La modernidad de nuestros tiempos influye sobre manera para que la juventud actual a diferencia de la de antaño, alcance con mayor prontitud facultades intelectivas y volitivas al desenvolverse en el medio social. Los grandes avances científicos tanto en materia de salud, como en medios de comunicación y lo que conlleva (una mayor apertura y difusión al conocimiento), han roto con muchos de los antiguos tabúes que inhibían o retardaban de alguna manera el desarrollo del sujeto en la adquisición de dichas facultades. Muestra de ello es que ahora la criminalidad es cada vez más precoz.

Por otra parte, tengase en cuenta que las bases de la edad

[105] "Rescatan a tres mozalbetes de ser linchados; desvalijaban a pasajeros de un microbús." *El Universal*, México, 1 dic. 1995: 2a. Parte de la 1a. Secc. Pág. 4.

imputable encuentran su origen en lo que sigue: "Había, en un principio, al menos dos periodos en que era indiscutible la posición del Estado ante el delincuente: muy al principio de la vida, en que el niño era notoriamente irresponsable, y en la adultez en que los sujetos eran responsables ante la ley. Tenia que haber periodos de transición entre una situación y la otra y, tratándo de diferenciar al niño respecto del adulto, se encontró que éste, según la impresión general, era capaz de discernir que actos debía ejecutar, bajo las ideas del bien y del mal, de lo útil y lo nocivo, en tanto que los niños no eran capaces de ello. Esta gruesa diferencia hizo aparecer la necesidad de encontrar la edad en que se adquiría la posibilidad de discernir y, al no poder fijarla debido a las enormes variaciones registradas entre un individuo y otro quedó señalado un periodo de transición, en que la posibilidad de discernir era dudosa. Ese mismo periodo resultó variable según la experiencia o los criterios, de una zona a otra, o de un país a otro." (106)

Se advierte entonces, que si se ha fijado una edad penal tope, ello ha sido absolutamente convencional y no implica que el sujeto al llegar a esa edad, amanezca con capacidad de culpabilidad. Bien puede, como repetidamente se ha dicho, poseerla desde antes, por eso no es válido sostener que todos los menores de 18 años sean igualmente irresponsables e inimputables.

4.1.3 LEGAL.

Se entiende por "legal lo que es conforme a la ley." (107) Y

(106) Solís Quiroga, Héctor, Justicia de Menores. 2 ed., Ed. Porrúa, México, 1986. Págs. 46-47.

(107) García Petayo y Gross, Ramón. Op. cit., pág. 366.

de acuerdo a ésta. en el Distrito Federal como en algunas otras entidades federativas de nuestro país, la mayoría de edad para los efectos penales se alcanza a los 18 años. De ahí que la menor edad penal es propia de aquellas personas que no han alcanzado dicha edad. Hasta antes de su arribo a ella, los individuos son calificados de inimputables dada la calidad de menor edad que poseen, y por lo mismo son exentos de responsabilidad criminal.

La determinación jurídico penal es pues, la de estimar que el individuo hasta los 18 años es imputable, pero ello a nuestro modo de ver es inexacto

En efecto, como lo hemos venido señalando, dicha edad mínima no necesariamente conlleva a afirmar en forma rotunda la incapacidad psíquica de querer y comprender la conducta delictiva en todos los casos de menor edad, pues existen grados de capacidad para entender y querer el resultado del hecho cometido. Según la edad, el menor ofrece una gradación progresiva de dicha capacidad, misma que es reconocida incluso -como se ha visto- en los ámbitos de las leyes civil y del trabajo, y que contradictoriamente se le niega sin excepción alguna en la cuestión penal.

Al respecto de esto que venimos exponiendo, nos parece apropiado -en la parte conducente- el siguiente comentario: "es indudable que pueden darse casos de menores de 18 años...o de sordomudos que tengan el desarrollo mental suficiente para comprender la índole antijurídica de sus conductas típicas; sin embargo, por una especial valoración, el legislador pensando seguramente en los casos mayoritarios y no en los de excepción,

determinó que las personas con esas limitaciones carecen de una perfecta facultad de comprensión de lo injusto y por ello los considera anticipadamente como inimputables, no obstante la posible prueba de su capacidad de conocimiento. Por lo mismo, los menores de esa edad límite o los sordomudos, no son delincuentes cuando ejecutan una conducta típica y antijurídica." (108)

Como es de verse, la ley considera anticipadamente inimputable en forma g nerica al individuo menor de 18 años, sea cual fuere su particular desarrollo mental.

En conclusión, la determinación de la menor edad penal, esta basada en un criterio biológico que declara inimputable *jure et de jure* al individuo, sólo en función de la edad, y no atendiendo a la capacidad intelectual y volitiva real del sujeto.

4.2 LA VIOLACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO LEGAL.

El delito de violación es uno de los que más necesitan del auxilio de la medicina legal, pues como ya lo hemos señalado, coadyuva a la resolución de los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan.

En efecto, por la sola apariencia no es posible afirmar la

(108) Vele Treviño, Sergio. Op. cit., pág. 48.

existencia de una violación. Se requiere de la intervención de los médicos forenses y peritos especializados cuya labor contribuirá a su comprobación y que servirá en consecuencia como sustento, para la adecuada valoración por parte del juzgador. En este sentido señala Alfredo Achával: "consideramos que el médico no puede denunciar 'el delito', pues éste existe luego de su prueba por el juez, tampoco al delincuente pues éste es tal luego de la sentencia, al igual que la víctima, y por consiguiente solo podrá certificar las lesiones por él constatadas y testimonios ante la autoridad competente, ratificando el contenido de su certificado y agregando las circunstancias por dichos de la presunta víctima." (109)

No es necesario hacer constar si llegó a producirse la violación, ya que ésto es una determinación legal, pero debe anotarse un diagnóstico que comprenda todos los presumibles signos de violación y que básicamente en opinión de Achával y de Nerio Rojas (110) se reducen a tres elementos: 1) examen de la víctima, 2) examen del acusado y 3) condiciones del hecho.

1) Examen de la víctima:

- a) forma de violación con violencia (signos de la violencia usada) y violación sin violencia;
- b) estado himeneal previa al hecho: virginidad, desfloración;

(109) Achával, Alfredo. Manual de Medicina Legal. Práctica Forense, 3 ed., (s.a.), Buenos Aires, 1990, Pág. 632.
(110) Vid. Achával, Alfredo, *ibidem*, págs. 648-660, y a Rojas, Nerio. Medicina Legal. 12 ed., Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1997, Pág. 170.

c) signos de acceso carnal: desfloración (rotura del himen por el pene; cuando el desgarró tiene otro origen se cita la causa de la rotura, digital, por cuerpo extraño, por empalamiento, etc., etc.); fecundación (posibilidad de ser anterior a la violación, posibilidad del himen complaciente); etc.

d) signos de condiciones de no resistencia física o psíquica;

e) examen bio-psico-social, valor del consentimiento, provocación, etc.

La inmisión del pene puede presumirse con el arrastre de pelo vulvar en los segmentos altos de vagina o en hocico de tenca así como también en el hallazgo de esperma, en especial cuando es sólo en esa cavidad. Si hubo eyaculación puede investigarse la fosfatasa ácida mediante comprimidos o tiras reactivas; sin embargo, el resultado positivo sólo se obtiene con valores superiores a 200 U.K.A/ml.

Cuando la cantidad de esperma es exagerada puede deberse a eyaculaciones repetidas o a que los que eyacularon fueron varios.

El perito debe tener presente que una mujer puede sentirse excitada sexualmente sin que ello signifique consentimiento.

2) Examen del acusado:

a) lesiones por defensa según la forma de la violación;

b) examen serológico de grupos sanguíneos;

c) examen de pelos, esperma, etc.;

d) enfermedades venéreas en período de contagio;

e) examen de fuerza física y factores tóxicos;

f) examen bio-psico-social.

3) Condiciones del hecho:

a) lugar del hecho: forma de acceso, traslado, gritos, manchas de sangre y esperma, pelos, cama o suelo, etc.;

b) número de sujetos intervinientes. Tercer sujeto interviniendo en anestesia o neurolepsia;

c) horario del hecho: trasgresiones horarias de obligaciones de la víctima (ausentismo escolar o laboral);

d) testimonios.

Opina Nerio Rojas (111) que la **primera** comprobación es aclarar **si ha habido o no coito**. Para ello hay signos más o menos demostrativos: desfloración, presencia de esperma, contaminación venérea. Los dos últimos tienen valor y la esperma en la vía vaginal es concluyente; alguna vez se la encontró en el recto, siendo la víctima un varón.

a) La **desfloración** es un dato característico. Ella consiste en la ruptura del himen por acción del miembro en erección. Pero debe decirse que aunque la desfloración es un signo probable o en favor de la producción de coito, aquella no siempre equivale a este. Pues puede haber coito sin ruptura himeneal y ruptura sin que haya habido acceso carnal.

Es necesario, previamente, tener presentes algunos caracteres atómicos de la virginidad. El himen es una membrana fibroelástica cubierta de mucosa en ambas caras y colocada en la entrada de la

[111] Rojas, Nerio. *Ibidem*, págs. 170-174.

vagina, en cuya pared se inserta circulatoriamente. Por afuera y cerrando la entrada están los dos pequeños labios y más exteriormente los grandes labios vulvares.

El himen tiene hacia el centro un borde libre, muy variable de forma, que delimita el orificio. Los caracteres de este último son los que determinan las denominadas formas del himen, enormemente variables de una mujer a otra y de las cuales se han propuesto diversas clasificaciones.

Hay tres formas fundamentales: anular, semilunar y labiado. El **anular** tiene un orificio central, más o menos circular. El **semilunar** presenta la membrana con su porción más ancha hacia la parte posterior, prolongada hacia adelante en dos lengüetas o cuerpos, delimitando un orificio más o menos oval. El **labiado** o **bilabiado** tiene un orificio lineal, anteroposterior.

De éstas derivan otras formas. El **multilobulado** es con lóbulos y escotaduras de número variable. El **cribiforme** presenta muchos orificios. El **enpuente** tiene dos orificios, iguales o no (biperforado).

Esta también el **imperforado**, himen sin orificio que es necesario abrir en la primera menstruación. Debe mencionarse asimismo el himen **complaciente**, aunque éste no es de carácter de forma, y en el cual la membrana muy elástica permite la introducción del pene sin ser desgarrada, circunstancia que adquiere gran significación medicoforense.

Para examinar bien hay que colocar a la mujer en posición decúbito dorsal, con las piernitas abiertas, con buena iluminación, abrir

fuertemente los labios para distender la entrada vaginal y la membrana, seguir el borde libre himeneal si es necesario con una pequeña sonda, explorar aún con el dedo índice su amplitud y buscar los bordes de desgarraduras posibles. Se debe ser minucioso, aconsejándose en tratándose de niñas, la repetición del examen.

Con la desfloración, la membrana normalmente se desgarran en sitio y número variables, sólo en parte en relación con la forma de su orificio. La primera consecuencia de ella es la hemorragia, generalmente pequeña. Los primeros días, los bordes de la desgarradura quedan rojizos, con una pequeña costra sanguínea o como ulcerados; luego se cubren de epitelio reformando la mucosa, cicatrización efectuada en tiempo variable, término medio en una semana. El himen no se reconstruye jamás por sí sólo.

b) La **integridad del himen** es el signo más valioso de inexistencia de coito, pero no es de valor absoluto (himen complaciente, himen resistente, coito vestibular). La falta de integridad es dato valioso en el sentido de que hubo coito, pero ello tampoco es absoluto, pues la desgarradura puede producirse por otras causas.

Entre éstas son las fundamentales: maniobras de masturbación, cuerpos extraños, golpes, accidentes, enfermedades (úlceras, infecciones, etc.). Las últimas son discutidas o negadas; en las accidentales debe analizarse bien la referencia de los hechos, pues hay algunos inaceptables. Las primeras son más frecuentes y claras (dedos, horquillas u otros objetos).

Todos estos elementos de juicio permiten hacer el diagnóstico de

si hubo o no coito lo que no siempre es posible afirmarlo o negarlo en forma categórica. En presencia de una desfloración puede decirse, por ejemplo, que se la ha comprobado con caracteres análogos a las producidas por un cuerpo duro, tal como el pene en erección, a menos que haya datos ciertos en favor o en contra del acceso carnal.

El otro dato que debe comprobar el perito es la presencia de **signos de violencia**. Pues puede haber habido coito, pero no tratarse de una violación.

Estos traumatismos son de diverso orden: por lo pronto, locales y generales. Además, un primer grupo resulta consecuencia del coito mismo (desgarros de vagina, de perineo, de recto, etc.), lo que se ve en las niñas de pocos años; un segundo lo constituyen las contusiones (equimosis, excoriaciones por uñas, etc.) por los esfuerzos para dominar a la víctima, y se localizan en los labios, cuello, cara anterointerna de muslos, antebrazos; un tercero es dado por lesiones defensivas del violador que busca matar a la víctima para evitar la denuncia (estrangulación, heridas); un cuarto grupo lo forman las heridas intencionales de sujetos perversos y, sobre todo, sadistas.

Cuanto mayor sea la víctima, más lesiones extragenitales tendrá, pues se defiende más.

La ausencia de signos de violencia no excluye la violación, pues puede haberse tratado de intimidación o de cualquier otro medio usado por el violador: inconsciencia, engaño en una menor; o ser la víctima una alienada, etc. Pero todos estos casos serán analizados por el perito con prudencia, pues suele tratarse de denuncias calumniosas.

Violación de un varón. La formulación legal que sobre este delito establece nuestra legislación penal del Distrito Federal, permite abarcar con la amplitud de su concepto, también violación sobre un hombre. En estos casos -según Nerio Rojas- (112), el diagnóstico resulta todavía más difícil que en el caso de la mujer. Aunque poseen valor relativo algunos signos, estos tienden a desaparecer, por lo que hay que efectuar el examen en los primeros días a fin de que sea útil.

Comunmente para consumir el delito se impone coito anal al pasivo. Por lo que las lesiones se asemejan a las de sodomia o coito anal con la mujer.

Alfredo Achával (113) refiere los siguientes signos locales:

a) Relajación del esfínter anal con incontinencia fecal durante uno o dos días. Se prueba mediante el tacto anal: el esfínter no se contrae alrededor del dedo. En el cadáver esta maniobra no es válida ni puede hablarse de relajación.

b) Deformación infundibuliforme del ano: es un reflejo doloroso, fué denominado así por Tardieu y signo del elevador del ano por Brouardel. Se encuentra muy pocas veces.

c) Desaparición de los pliegues radiados.

d) Erosiones orificiales.

e) Desgarro mucoso rectal en la línea media, cerca del rafe y de forma triangular.

f) Tumefacción por contusión perianal.

[112] Ibídem, pág. 174.

[113] Achával, Alfredo. Op. cit., pág. 562.

Señala también el autor en mención, el tener siempre presente la no permisividad de higiene o baño antes del examen pericial, pues la identificación del autor del hecho puede ser favorecida por enfermedades contagiadas o presuntas o por la filiación de un hijo así concebido. (114)

Queda de lo expuesto, muy manifiesta la importancia que guarda la medicina legal para descubrir la verdad de los hechos en relación con este ilícito penal, pues gracias a los datos científicos y técnicos que puede aportar dicha disciplina, se puede determinar la existencia de la violación que presuntamente se cree fué cometida, así como la de otros, como lesiones, contagio venéreo e inclusive homicidio, que comúnmente en la ejecución de aquella también se efectúan; tengase en cuenta que en este delito, es perfectamente posible una simulación de violación motivada en falsas acusaciones, que pueden ser por:

- 1) Disimulación de conducta sexual (pérdida de virginidad, ocultamiento de un verdadero culpable, de un incesto, etc.).
- 2) Disimulación para justificar un embarazo y/o la necesidad de aborto.
- 3) Chantaje personal: lucro, desembarazarse de sujetos indeseados, etc.
- 4) Chantaje de los padres.
- 5) Sugestión familiar.
- 6) Venganza personal.
- 7) Venganza familiar. (115)

[114] *Ibidem*, pág. 606.

[115] *Ibidem*, pág. 604.

La medicina legal, pues, auxiliará para fincar la responsabilidad al o los responsables, deslindandola respecto de los inocentes.

4.3 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Como lo habíamos ya señalado en el apartado relativo a la "noción legal del delito de violación", en realidad sólo se puede hablar de un delito de violación único; empero, como señala Amuchategui Requena (116), algunos rasgos permiten hacer una clasificación que da en consecuencia diversas variantes: en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad. Situación que consideramos pertinente destacar aunque en forma somera, por tratarse solo de un punto introductorio, cuya finalidad es la de ofrecer una mejor visión a lo que va y se sigue explicando. De tal forma, que se hace una clasificación como la que sigue:

- a) Violación propia o genérica.
- b) Violación equiparada, impropia o ficta. Por medio de instrumento distinto del miembro viril, o en un sujeto menor de 12 años o que no pueda comprender o resistir la conducta delictuosa.
- c) Violación agravada. Tumutuaría, entre parientes, por un funcionario o empleado público o profesional, por la persona que tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación. Y tratándose de menor de 12 años o persona que no pueda comprender o resistir la conducta con violencia.

(116) Amuchategui Requena, Irma. Op. cit., pág. 311.

Propia o genérica. Es la que se halla contenida en el tipo básico del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, al cual ya hemos hecho referencia en este trabajo recepcional (Capítulo 1; Pto. 1.4).

Equiparada, impropia o ficta. Es aquella en que no ocurre la cópula por miembro viril, o la que se obtiene con consentimiento de la víctima. Se trata de dos posibilidades:

Equiparación por instrumento distinto del miembro viril. Consiste en la cópula violenta en la cual se introduce, por vía anal o vaginal, un elemento o instrumento distinto del miembro viril y cuya penalidad es menos a la correspondiente a la violación genérica, conforme lo establece el artículo 265, segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal.

Equiparada por no existir el medio violento. Es la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero menor de 12 años; también es la cópula con persona que no pueda comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal.

Agravada. Es la que por razones específicas, tiene penalidad mayor, y puede ser de cuatro tipos:

Tumultuaria. Ocurre cuando dos o más sujetos activos cometen el delito (artículo 266 bis, primera fracción del Código Penal para el Distrito Federal.).

Entre parientes. Es la que comete alguno de los parientes a que se refiere el artículo 266 bis, segunda fracción del Código Penal para el Distrito Federal.

Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesionalista. Atento a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria (artículo 266 bis, tercera fracción del Código Penal para el Distrito Federal.).

Por persona que tiene al pasivo bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en el depositada (artículo 266 bis, cuarta fracción del Código Penal para el Distrito Federal.).

Equiparada con violencia. Es la que establece la última parte del artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal.

A continuación haremos un breve estudio de los elementos estructurales de este ilícito penal, a efecto de entender mejor su naturaleza y trascendencia gravemente dañosa.

4.3.1 VIOLENCIA FÍSICA O MORAL.

El diccionario enciclopédico Larousse Usual (117) señala entre otras acepciones, que violencia es la fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere; el hecho de actuar sin el consentimiento de una persona; o hacer violencia a alguien, obligándolo a hacer algo.

Rafael de Pina en su diccionario de derecho, se refiere a la violencia como la "acción física o moral lo suficientemente capaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quién se ejerce dicha acción." (118)

[117] García Petayo y Gross, Ramón. Op. cit., pág. 699.

[118] de Pina, Rafael. Op. cit., pág. 483.

En efecto, en la violación el sujeto emplea como medio para vencer la resistencia de su víctima, la violencia, misma que puede ser física o moral.

Violencia física. El empleo de esta, implica agresión de hecho en el cuerpo del ofendido a fin de vencer su resistencia a dejarse a cópular, como golpes, heridas, sujeciones por terceros, etc.

González de la Vega (119) se refiere a ella como la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido, que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.

Para Jiménez Huerta (120) implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca.

En la comisión del delito de violación, la violencia física caracterizada por el constreñimiento físico al sujeto pasivo para realizar en el la fomicación, puede traer como consecuencia la realización de otros ilícitos debido a las acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir su resistencia muscular y que pueden ir desde simples maniobras coactivas consistentes en amordazamientos, sujeción y atadura de la víctima, hasta la comisión de infracciones penales como lesiones e inclusive homicidio.

(119) González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 391.

(120) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. III. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1982. Pág. 259.

En suma, el empleo de la fuerza material (vis) reviste al delito en cuestión de un carácter muy grave, dado la enormidad del daño y extremo peligro que acarrea, ya que ante el brutal impetu de la acción, se ofende intensamente la libertad personal e integridad corporal. Además su empleo produce intensa alarma pública como síntoma de inseguridad individual y colectiva.

Violencia moral. Se hace consistir en el empleo de amenazas o amagos de males graves que por la intimidación que producen, impiden al sujeto pasivo resistir el ayuntamiento.

De acuerdo a Cardona Arizmendi se trata de "coacción psicológica que se ejerce sobre la víctima para vencer su oposición a la realización de la cópula, que por lo general se traduce concretamente en amenazas de carácter conminatorio o condicionado, es decir, en el anuncio de un mal, que se efectuará en el caso de que la víctima no cumpla una determinada condición. En este supuesto el mal se realizará si la víctima no consiente en realizar la cópula; la amenaza debe ser seria y debe de ser constante en relación a un bien jurídico de la víctima o de una persona que se encuentre ligada con la misma, de tal manera que la posibilidad de afectación a dicho bien jurídico debe ser idónea para vencer su resistencia." (121)

El mal con que se amenaza debe ser grave, presente, inmediato, capaz de intimidar a la víctima, pudiendo recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal, tratase de su vida, integridad corporal, honor o libertad, e inclusive patrimonial, siempre y

(121) Cardona Arizmendi, Enrique. *Apuntamientos de Derecho Penal. Parte Especial*, 2 ed., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1976. Pág. 176-171.

cuando en este último supuesto, se trate de bienes de gran valía, pues sería irrisorio argumentar el haber sido amenazado con la sustracción de unos pocos "centavos" o de objetos sin mayor importancia. (122)

Desde luego que debe destacarse que no es imprescindible que dichos males, amagos o amenazas deban recaer necesariamente en la persona con quien se quiere la pretensión lúbrica, pues bien puede intimidarsele indirectamente anunciándole males que recaerán en personas de su afecto.

Se opina asimismo, que el daño objeto de las amenazas o amagos, además de grave e injusto, sea determinado para que la víctima este en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud; posible, supuesto que si fuera irrealizable, carecería de eficacia intimidatoria; futuro, pues ningún efecto podría producir aquel que ya se hubiera realizado; y dependiente de la voluntad del amenazante. (123)

Sin embargo, valdría agregar también, que cada caso es variable en cuanto al carácter intimidatorio que pudieren provocar los amagos o amenazas anunciados, ello debido a la especial psicología del paciente, no pudiéndose establecer reglas absolutas de que ante tal o cual amenaza o mal, se deba ceder o no a la cópula, por ser la gravedad de lo anunciado calificación subjetiva de la víctima. De tal manera que "...la gravedad del miedo y lo fundado e irresistible del temor son valores variables que deben ser justipreciados por el juez en cada caso concreto teniendo en cuenta...el carácter más o menos

(122) Vid. Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 264.

(123) Vid. González Blanco, Alberto. Op. cit., pág. 156.

intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado, pues la vis compulsiva no priva en forma absoluta de la posibilidad de actuar." (124) Así, "el carácter tímido y débil de la mujer puede fácilmente conducir a un juez prudente a hallar los requisitos de la violencia moral, incluso en las simples amenazas verbales desplegadas sobre una joven..." (125)

En conclusión, "tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica." (126)

4.3.2 CÓPULA .

De acuerdo al diccionario Larousse Usual (127), cópula significa unión; atadura, ligamento; unión sexual.

La cópula es precisamente la conducta típica en el delito de violación, siempre y cuando esta se efectuó mediante el uso de la violencia, en cualquiera de sus formas.

Aún más, el verbo cópular proviene del latín "copulare" que significa juntar o unir una cosa con otra.

La palabra cópula, es un concepto eminentemente médico, cuya

(124) González de la Vega, Francisco. Op. cit., 386.

(125) Jiróniz Huerta, Mariano. Loc. cit.

(126) González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 380.

(127) García Palayo y Grossi, Ramón. Op. cit., pág. 146.

acepción se refiere en realidad al acto sexual normal, es decir, introducción del pene en erección en vaso idóneo, que es la vagina. (128)

Sin embargo, en el Código Penal del Distrito Federal, la expresión abarca significación más extensa, pues comprende cualquier tipo de ayuntamiento o conjunción sexual que puede ser normal (introducción del pene en la vagina), o bien anormal (introducción del pene en vaso no idóneo: anal u oral).

En efecto, no existía en el Código Penal para el Distrito Federal hasta antes de la reforma de febrero de 1989, lo que ahora es el segundo párrafo del artículo 265: "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."

De ahí que apartir de entonces se haya ampliado el concepto cópula, sin pasar por alto este tipo de conjunciones sexuales que en estricto rigor no son la cópula, pero que son igualmente graves o dañosas a la víctima.

Se agrega también a dicho artículo en su párrafo tercero, sanción más grave a comportamiento que sin ser tampoco propiamente una cópula, se le equipara legalmente a ella. Versa en los términos siguientes: "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."

[128] Vid. Fernández Peréz, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense, 6 ed., Méndez Editores, México, 1982. Pág. 212.

Lo mismo que en el caso anterior y como dice Amuchategui Requena: "este comportamiento, no contemplado anteriormente en la ley penal mexicana, resuelve los innumerables casos que en efecto ocurrieron y que generalmente no se sancionaban, por existir diversas interpretaciones al respecto:

a) Considerar el hecho como un delito de violación (quienes no compartían este criterio sostenían que se trataba de atipicidad, porque el hecho no constituía una cópula).

b) Se trataba de una equiparación a la violación (pero no la contemplaba la ley).

c) No había delito de violación; si acaso, se trataba de lesiones.

Con la reforma aludida, el problema queda resuelto, pues castiga tal comportamiento; consideramos que la sanción, antes de enero de 1991 era (uno a cinco años) muy baja, con lo cual el activo podía salir bajo fianza y parece que el daño es igual y quizá mayor que la violación con el miembro viril; así, en los casos de utilización de otros elementos o instrumentos, se suele ocasionar dolor físico mayor y lesiones más graves al sujeto pasivo. En cuanto a la afectación psicológica, tiene la misma magnitud que en el caso de la cópula con el pene. Con la reforma de 1991, la pena es de tres a ocho años." (129)

En síntesis, es la cópula la conducta típica en el delito de violación, siempre que esta se efectúe mediante el uso de la violencia en cualquiera de sus formas; empero entendida ésta, no con un mero criterio fisiológico, sino también jurídico. Se permite así, proyectarla tanto sobre la mujer, como en el hombre y cometerla incluso tanto por

(129) Amuchategui Requena, Irma G. Op. cit., pág. 303-304.

este, como por aquella, dada la nueva redacción del artículo.

4.3.3 SEXO.

Según terminos expresos de la ley, en el delito de violación, el sujeto pasivo puede serlo cualquier persona sin distingo alguno, lo que se deduce al referirse al ofendido de la siguiente manera: "Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral, realice cópula, con persona de cualquier sexo..." Consiguientemente, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos: hombres o mujeres; vírgenes o no; menores o mayores de edad; unidos o no en matrimonio; de conducta sexual honesta o licenciosa.

Existe pues, una total indiferenciación respecto al sexo de la víctima, que nos parece acertado. Además, lo anterior haya mejor congruencia con las posibilidades que se abren ante la ampliación del concepto cópula que establece el Código Penal del Distrito Federal.

4.3.4. SUJETOS.

Activo. Acorde a la descripción legal, en el delito de violación, cualquier persona física tratase de hombre o de mujer, puede ser sujeto activo.

Anteriormente existía casi unanimidad en afirmar que sólo el hombre podía ser sujeto activo en la violación, dada su conformación orgánica. González Blanco (130) reflejaba este pensamiento al señalar

(130) González Blanco, Alberto. Op. cit., pág. 162.

que, como el elemento nuclear de la acción descrita en la ley es tener cópula y como la misma supone una conducta eminentemente activa, consistente en la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, se llegaba a la conclusión de que quién puede tener cópula es únicamente el hombre, por ser sólo el quien dispone de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno.

No obstante esta postura, nos parece más lógica la esgrimida por Jiménez Huerta quien opina que "...la frase 'tenga cópula' gramatical y conceptualmente tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla tanto sobre el varón como sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien accede o penetra. En efecto, si por cópula se entiende, como enseña el diccionario de la lengua, 'unirse o juntarse carnalmente'; y si desde el punto de vista penalístico esta unión o ayuntamiento carnal ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno y requiere un acceso o penetración en la cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe por el solo hecho de que se produzca el acceso o penetración, con toda independencia de quienes fueren sujetos activo y pasivo del indicado hecho contemplado en su significación penalística. No existe, desde el punto de vista de la conducta típica, obstáculo alguno para que la mujer pueda decir: 'anoche efectué una cópula'; en cambio, sí lo hay para que diga: 'anoche efectué una penetración o acceso.' " (131)

De los sucesos en la práctica, era regla común el afirmar que

[131] Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 257-268.

sólo el hombre podía ser sujeto activo del delito; se discutía, sin embargo, en la doctrina, si la mujer podía ser también en algún raro caso, sujeto activo de este delito. A lo que algunos estimaron que excepcionalmente si podría darse, como lo es en el caso en el que se vence la resistencia física del hombre y se le excita sexualmente, haciendo surgir en forma artificial la atracción sexual indispensable para la erección del pene. (132)

No obstante lo anterior, hay quienes opinan, que si una mujer intentara forzar a un hombre a copular con ella, no podría el hombre ante la intimidación, presentar erección, lo que haría imposible el acto de la cópula. En este sentido González de la Vega (133) cita que "la que el distinguido profesor de medicina legal Gustavo A. Rodríguez llama 'violación al revés', consistente en que la mujer obligue a un niño o a un hombre, es casi inaceptable, especialmente cuando se trata de violencia física, porque la posibilidad de ayuntamiento implica en el varón determinado estado fisiológico en sus órganos que es indicio de deseo y aceptación psíquica del coito por estímulos masoquistas (vis grata)."

Pese a lo observado, tengase en cuenta, que la violencia en tal delito, no sólo puede ser física, sino también moral, pues bien puede suceder que una mujer amenace con un mal determinado al hombre con quien pretende la cópula, y en tal caso, sí podría configurarse el delito.

Por otra parte, dírlase que no es posible hablar de violación de

(132) V.gr. Cardona Arfamentó, Enrique, Op. cit., pág. 169.

(133) González de la Vega, Francisco, Op. cit., pág. 330.

una mujer hacia otra, y ello evidentemente es cierto, pero sólo por cuanto se refiere a los actos de frotamiento lésbico porque no existe el elemento sexual masculino. Pero no se olvide, que debido a la reforma de febrero de 1989, a través de la cual se adiciona un segundo párrafo, ahora tercero, al artículo 265, cabe la posibilidad de violación en la que el sujeto activo sea la mujer, pues se dispone con dicha adición, sanción para quien introduzca un instrumento distinto del miembro viril por vía anal o vaginal.

Luego entonces "no encontramos objeción que nos impida aceptar que la violación pueda realizarse por una mujer sobre otra, e incluso sobre un hombre, si se está llevando una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto al activo que la realiza con ánimo de copular, como al pasivo que se ve agredido y ofendido en su libertad sexual, en igual medida que si se realizara la cópula normal. Si aceptamos otras vías distintas a la vaginal para integrar la cópula violenta, no hay razón para no aceptarlas cuando lo que se substituye es el órgano sexual masculino." (134)

Pasivo. No requiere de mayor comentario este aspecto, pues ya quedó explicado en el apartado anterior, que puede serlo cualquiera, no importando sexo, edad, ni características de la persona. Porque aunque común es que sea la mujer el sujeto pasivo, ello no excluye al varón de serlo, pues es bien admitido por la propia norma al hablar de "...persona de cualquier sexo...", y en la práctica existen realmente casos de hombres atacados sexualmente.

(134) Martínez Roaro, Marcela. *Delitos Sexuales*. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1991. Pág. 243.

En efecto, común era la práctica de estimar que sólo la mujer podía ser sujeto pasivo de este delito, pero en estos momentos tal consideración debe ya desecharse. Además, "también es factible que la mujer sea participe cuando ayuda al hombre a cópular violentamente con otra mujer, al sostener a esta y evitar que se defienda." (135)

En vista de lo anterior, en el delito de violación, desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos, se contemplan como dables las siguientes situaciones:

Hombre	activo	con mujer	pasivo
Mujer	activo	con hombre	pasivo
Hombre	activo	con hombre	pasivo
Mujer	activo	con mujer	pasivo

4.4 POSTURAS IDEOLÓGICAS DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

Hablar de bien jurídico, es referirse a algún valor reconocido y protegido por el derecho.

En el delito de violación, tal bien jurídico se refiere a la facultad de todo individuo para manejar su actividad sexual con quien lo desee. En otras palabras, lo que la ley protege en el delito de violación, es la libertad en su aspecto sexual.

Es el aspecto en el que más unidad encontramos para así afirmarlo, pues en lo general los tratadistas que a continuación citaremos, así coinciden en señalarlo.

[135] Amuchátegui Requena, Irma G., Op. cit., pág. 239.

Cardona Arizmendi (136) al referirse al bien jurídico protegido en la violación, se expresa en los siguientes terminos: "la violación no es sino la cópula impuesta a una persona por medio de la violencia física o moral. De acuerdo con este concepto y con la definición legal, vemos con claridad 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 de tal manera que no encontramos ningún problema y que unánimemente la doctrina admite que en esta figura el bien jurídico que se tutela, es la libertad sexual."

En la misma tesitura que el autor anterior, se maneja González Blanco (137) al afirmar que el bien jurídico que se lesiona con la violación es la libertad sexual, debido a que el empleo de los medios violentos para obtener la cópula, impiden a la víctima determinarse libremente.

Igual opinión se haya implícita en las expresiones de Jiménez Huerta (138): "el bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de cópular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado."

Por su parte, González de la Vega (139) considera que "el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito comienza primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento

[136] Cardona Arizmendi, Enrique. Op. cit., pág. 167.

[137] González Blanco, Alberto. Op. cit., pág. 148.

[138] Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit., pág. 251.

[139] González de la Vega, Francisco. Op. cit., pág. 379-380.

impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus)."

No obstante, señala Martínez Roaro (140) que "algunos autores difieren levemente en cuanto al objeto jurídico protegido, como José Ignacio Garona, que le confiere primacía a la ofensa que sufre el pudor de la víctima..." y agrega que desde luego que con la violación se puede lesionar no sólo el pudor, sino también la honestidad del sujeto pasivo, "...pero lo que el legislador tomó en cuenta al tipificar el delito de violación, fué la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coartaba en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a cópular con quien no deseaba hacerlo."

Es pues, opinión dominante en la doctrina, la de considerar que el bien jurídico tutelado en el delito de violación, lo es la libertad sexual de las personas, aunque el Código Penal agrega también al "normal desarrollo psicosexual". Y en efecto, ilícito de semejante naturaleza, evidentemente que afecta a la persona que lo sufre, en ese aspecto, pues tal es la magnitud de la gravedad de éste delito, que para algunas personas y en especial de las víctimas, es preferible mejor perder la vida a ser objeto de semejante vejación. Este deja, además del daño

(140) Martínez Roaro, Marcela. Op. cit., pág. 241-242.

físico directo, una afectación psicológica, que en muchas ocasiones puede durar toda la vida y cuyo sufrimiento o aflicción no sólo queda en el sujeto pasivo, sino que alcanza también a su familia.

Pavorosa experiencia provoca barreras emocionales tan profundas, que las más de las veces la víctima queda psicosexualmente trastornada, "reacciona a veces con ansiedad o desorganiza su personalidad en estupor, depresión o psicosis. Pasa luego a negar su sexualidad desde el episodio, o a desvalorizarse y no esperar nada de ella pudiendo durar el síntoma hasta que se racionaliza la reconciliación con la sexualidad." (141)

4.5 REFLEXIONES A LA DENOMINADA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR DE EDAD EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

A lo largo de este trabajo recepcional hemos expresado, que la pretendida inimputabilidad absoluta de que se dota a los que son menores de 18 años de edad, no necesariamente conlleva incapacidad psíquica de querer y entender. Tan es así, que abordando la regulación del menor en materia del trabajo y en el propio Código Civil, hemos hecho ver, que el legislador le admite cierta semicapacidad inclusive apartir de la edad de los 14 años, que como se nota, es muy inferior a la de los 18 que se adopta en el ámbito penal, y en el que ni siquiera esa capacidad se dispone, lo que denota la terrible incongruencia en que cae el legislador, pues además, se protegen muchas conductas dignas del reproche penal.

(141) Achúval, Alfredo, Op. cit., págs. 554-555.

Sabido es, que la impunidad, el crimen sin castigo, es un incentivo de mucha influencia en el ánimo del sujeto para determinarse mayormente a delinquir. Muchos jóvenes delinquen con conciencia de que por el hecho de ser menores están amparados por la ley y que pueden delinquir y en breve quedar libres.

La atribuida incapacidad de imputabilidad en el menor hasta antes de los 18 años de edad, no debiera ser una regla tajante ni genérica, pues, al desarrollarse físicamente, el menor va adquiriendo gradualmente el uso de su razón y de su voluntad.

Estimamos, que esa fórmula rígida de minoría de edad penal por debajo de los 18 años, bien puede admitir casos de excepción que permitan la vía penal, pero sólo para ciertos menores y en determinados delitos especialmente graves, cuya naturaleza desmienta la insuficiencia corporal y mental que se les atribuye para desgracia de la sociedad y principalmente de la víctima, al dejar en la impunidad el delito cometido en su contra, como lo es, en este caso, el delito sexual de violación.

Consideramos en base a lo descrito, que el estimar en forma concluyente la falta de capacidad de querer y entender en este delito en menores que poseen ya incluso los 14 años de edad, es erróneo. Sin embargo, nos parece que ya se puede hablar con más propiedad de la edad de los 16, para sujetarla a los efectos del reproche penal, que, por otro lado, es la edad que se toma en cuenta para ello, por buen número de entidades federativas de nuestro país.

"Tomando en cuenta estudios realizados en adolescentes éstos alcanzan una evolución intelectual y afectiva suficiente para considerar

su responsabilidad en hechos delictuosos a la edad de los 16 años, señalada también como apta para trabajar..." (142)

No vale el argumento de decir que esta clase de menores no comprenden ya el carácter delictuoso de esta conducta, porque hasta el conocimiento más ignorante en esa edad, sabe que es una conducta prohibida, al ser castigada por la ley. Además, la naturaleza gravísima del delito habla por sí sola de ello.

Recordemos de acuerdo a lo que ya expusimos, que este ilícito requiere para ser efectuado, sea del empleo de la violencia física, o bien, de la violencia moral, pues en tal delito evidentemente que la víctima no consiente por su propia voluntad el acto sexual, que en obvio, se le impone por la fuerza. En el primer caso, la sola oposición física de la víctima, y luego, la aplicación del victimario para vencerla, son causa bastante para estimar que el menor sujeto activo, si posee la denominada capacidad de querer y entender que anticipadamente se le niega.

En lo que se refiere al uso de la violencia moral, su empleo a nuestro modo de ver, deja también visiblemente expuesto el error de suponer genéricamente a todo menor como falto de dicha capacidad, debido a que el sujeto activo en esta clase de violencia, para poder intimidar a la persona, realiza en su mente el esfuerzo del pensamiento buscando las palabras o actos necesarios que puedan vencer la oposición de la víctima al hecho de la cópula, luego así, posee el entendimiento, la inteligencia, y al expresarlo al sujeto pasivo, tiene entonces el propósito de cometerlo y con ello la capacidad de querer

(142) Oriolano Wlarco, Octavio A. Op., c.R., pág. 304.

también.

El siguiente artículo periodístico, muestra igualmente, en una de sus partes, como el menor de esta edad, si incurre en la comisión de este decididamente imperdonable e injustificable ilícito, en el que por otra parte se habla, asimismo, del incremento en su comisión: "Aumentan los delitos sexuales. El número de violaciones en el Distrito Federal se ha incrementado en casi 80%, informó la procuraduría capitalina, la cual destacó que hasta junio se habían presentado 1,100 denuncias, en relación a las 1,400 registradas durante 1995.

Enrique Cocina, coordinador de investigaciones sexuales, señaló que éstos, específicamente violaciones, se cometen en todos los estratos, se ven involucrados sujetos de todas las edades y se dan ataques sexuales entre individuos del mismo sexo.

Agregó que la efectividad de las autoridades es del 55%, y que el porcentaje se incrementa sensiblemente.

Anualmente se presentan cerca de 3,500 denuncias por diversos delitos sexuales, violaciones, estupro, hostigamiento y otros, pero es el de violaciones el que ocupa el primer lugar.

En cuanto al índice diario, Enrique Cocina dijo que son 20 las denuncias que se presentan en las cuatro agencias especializadas en delitos de carácter sexual.

Por otra parte, en un documento proporcionado por la Comisión de Seguridad Pública de la Asamblea de Representantes capitalina (ARDF), se señala que en la ciudad de México se registrarán seis delitos sexuales diarios en los próximos meses, y se espera que sea una víctima por cada 46,500 habitantes de la capital, según

proyecciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF).

Señala que en los últimos 18 meses -enero de 1995 a junio de 1996-, el total de ilícitos sexuales violaciones, tentativas de violación, abusos sexuales, estupro y otros variaron entre 163 y 235 al mes.

De acuerdo con las tendencias, la PGJDF reconoce que se puede llegar con 189 ilícitos sexuales mensuales de junio a diciembre de 1996. Aclara que los datos generados en el presente informe tratan sobre delitos sexuales denunciados, sin tomar en cuenta una cifra negra importante.

En otro orden de ideas, con base precisamente en las denuncias presentadas, judiciales lograron la detención de cinco sujetos relacionados con ataques sexuales.

Tres de los detenidos forman parte de una banda, integrada por siete sujetos que se dedican al asalto de microbuses, a cuyos pasajeros despojan de sus bienes y los atacan sexualmente. Ellos son Juan Carlos Arias Jaimes, de 16 años de edad; Silvia Pérez García, de 18, y Genaro Almazán Lopez, de 18." (143)

En suma, consideramos que los menores de 16 años de edad que incurrir en la comisión del delito de violación, sí deben ser sujetos del derecho penal para adultos, bajo una gradación de responsabilidad parecida a las que se les dispone en los ámbitos laboral y civil, ello cuando se reúnen el conjunto de condiciones mínimas de salud y

(143) "Aumentan los delitos sexuales". *El Universal*, México, 16 ago. 1996: 2a. Parte de la 1a. Secc. Págs. 1 y 2.

desarrollo mentales, que como se ha visto, es muy poco posible por la naturaleza misma del delito, decir que no poseen.

Para fijar esa gradación de responsabilidad, estimamos, que bien puede hallar cabida tal situación en lo dispuesto por el segundo párrafo, fracción VII del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal; recordemos el texto completo del precepto: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

"Cuando la capacidad a la que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."

Como se aprecia, es en el primer párrafo de dicho artículo, donde se hace la descripción casuística de las causas de inimputabilidad, comprendiéndose, aunque no se le señale expresamente, a la minoría de edad dentro de ellas, debido a la falta de desarrollo mental que se le supone. (144)

Así las cosas, y dado que el legislador asume ya, que no se puede hacer una separación tajante entre inimputabilidad absoluta e

(144) Vid. El apartado correspondiente a las "Causas de inimputabilidad" y el "Desarrollo intelectual retardado" en este trabajo.

imputabilidad plena, se admite, con la adición de ese segundo párrafo, la necesidad de una imputabilidad disminuida, que conduce a su vez a la creación de un artículo 69 bis, al que se remite la punición de esta.

"Artículo 69 bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida **por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código**, a juicio del juzgador, según proceda, se impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor."

Luego lo anterior, consideramos, que podría utilizarse la aplicación de ella al caso del menor de 16 años que comete el delito de violación. Estaríamos entonces hablando ya, de que se les destinaría una imputabilidad, pero esta sería disminuida, y no necesariamente porque realmente la este. Sino porque obedeciendo a la aplicación de una sanción menor en relación a la plena que se les aplica a los adultos, ello tiene que ser así, y porque, por un lado, conseguiríase con ello no sustraer del todo a estos menores del derecho penal, con la consabida consecuencia que implica la impunidad.

Luego, no se les pasaría de un sistema de impunidad absoluta a uno de punibilidad total, que de ser así, repetiría también en una situación extremosa. Y finalmente, porque con ello se hallaría mejor congruencia no sólo con respecto a la capacidad que si se les reconoce en los ordenamientos legales, laboral y civil; sino con la

objetividad dañosa del delito.

Sin embargo, para conseguir la aplicación de tal clase de regulación al caso que proponemos, y con ello obtener su situación de excepción como se pretende, tendría que contemplarse un párrafo adicional al correspondiente tipo legal de violación, en el que se declarara procedente la aplicación de tal clase de imputabilidad al menor de la edad señalada, dejándose abierta la posibilidad de la prueba en contrario respecto de la inexistencia de aquella en dicho menor.

Vale expresar, pero sólo a manera de mención, pues no es el propósito de estudio en este trabajo, la inconveniencia de reunir incluso a esta clase de menores, en los mismos lugares de reclusión destinados para los adultos, y la consecuente necesidad entonces, de crear CERESOS específicos para estos sujetos.

Por último, tengase presente que el derecho es producto del medio social en que se aplica, y que el sistema jurídico vigente debe forzosamente estar conectado con la realidad que intenta normar y ser congruente con ella. La postura paternalista y bien intencionada de seguir protegiendo a todo menor, en todo delito, ya queda rebasada ante la realidad que se esta viviendo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La palabra delito proviene del verbo latino delinquere, cuyo significado es desviarse, resbalar, abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. Empero, no existe una definición filosófica esencial aplicable en todos los países y en todos los tiempos por igual. Ello se explica, si se tiene presente que el delito se encuentra en estrecha relación con la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, de tal manera, que la noción del delito sigue por fuerza los cambios de estos y en consecuencia, los hechos que unas veces han poseído tal carácter, otras lo han dejado de tener. Sin embargo, se recurre a caracterizar el delito jurídicamente, mediante fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales. Así, se han efectuado definiciones del delito de tipo formal y de índole substancial. La noción formal se encuentra dada por la ley positiva penal del Distrito Federal en su artículo 7o. al disponer que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." En la noción substancial aún cuando no hay coincidencia entre los distintos autores respecto a los elementos característicos del delito, se admitten en términos generales (no necesariamente esenciales) a la conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y a la punibilidad.

SEGUNDA.- No es de ahora la estimación de gravedad que se le tiene al delito de violación. Aún desde tiempos antiguos, distintas culturas le reconocían tal categoría y le sancionaban severamente con penas, que dependiendo el pueblo en cuestión y el caso en particular, iban

desde el casamiento forzoso con la víctima, pérdida de bienes en favor de ésta, multas, mutilación corporal y hasta la muerte del victimario, entre otras.

TERCERA.- Etimológicamente el concepto violación, proviene del latín violatio-onis, que significa acción y efecto de violar. Este último vocablo procede a su vez del latín violāre, bajo cuyo término se concibió en principio a aquella situación que se refiere al acceso carnal que se tiene con una mujer por medio de la violencia, o hallandose privada de sentido, o cuando es menor de 12 años.

CUARTA.- Inmerso en una catalogación denominada "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", es la violación el más grave dentro de estos delitos, pudiéndose conceptualizar, como la cópula impuesta a una persona por medio de la violencia física o moral. Su regulación se localiza en los numerales 265 a 266 bis y 276 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

Es en el artículo 265 donde se establece el tipo básico de este delito, al que se le ha dado en denominar violación propia o genérica; cuya redacción posee un contenido que permite extender su protección a otro tipo de situaciones igualmente graves y dables, que las referidas al mero concepto etimológico. Esto es, se tutela la posibilidad de violación no sólo de hombre a mujer, sino también, de ésta hacia aquél, y entre personas del mismo sexo. Se extiende, asimismo, el concepto cópula no sólo a la vía idónea (vaginal) sino también a la inidónea (anal u oral). Y se aplica sanción para el que introduzca algún "elemento o instrumento" por vía anal o vaginal, mediante la violencia

física o moral a otra persona, sin importar su sexo.

La situación en que se coloca quien obtiene cópula con persona menor de 12 años de edad, o bien con aquella que no pueda comprender o resistir al acto, ya por enfermedades de la mente o del cuerpo o por semejantes condiciones de indefensión, es más bien vista o calificada como delito equiparado a la violación, violación impropia o ficta. Ello según, porque dichas hipótesis delictivas no implican para su existencia, del uso de la violencia, sino que más bien constituyen un delito especial, provisto de su propia descripción legislativa y distinto a la verdadera violación (artículo 266).

El delito de violación adquiere mayor gravedad en su sanción, si es efectuado bajo los supuestos y/o con las calidades que dispone el artículo 266 bis (tumultuaria, entre parientes, cometido por funcionario o empleado público o por un profesionista), y en el del caso señalado en la última parte del artículo 266, es decir, cuando se ejerce violencia para el acto de la cópula en persona menor de 12 años, o en quién no pueda comprender o resistir el hecho.

QUINTA.- Nuestra legislación penal del Distrito Federal en vigor, no da una definición de lo que debe entenderse por imputabilidad, sino que aborda su aspecto negativo (inimputabilidad), del que puede deducirse en una interpretación a contrario sensu, como la capacidad para comprender el carácter ilícito de un hecho delictuoso o de conducirse de acuerdo con esa comprensión; capacidad de querer y entender, que supone en el sujeto la reunión de un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales al momento de la realización del hecho típico penal, capacitándolo para responder del mismo.

SEXTA.- La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pues para poder calificar de culpable una conducta que con anterioridad se ha declarado como típica y antijurídica, es necesario verificar previamente, que el sujeto haya sido imputable al tiempo de realizar el hecho delictuoso.

SÉPTIMA.- No existe entre la imputabilidad y la culpabilidad equivalencia alguna, no obstante el nexo cercano entre una y otra, ya que aunque la imputabilidad como capacidad de comprensión y determinación se le considere como presupuesto del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, no significa que ambas si bien se presentan como inseparables en la estructura del delito, deban de confundirse. Lo anterior es aplicable también, al caso de la responsabilidad, pues ésta, es resultado de la existencia de todos los elementos del delito, entre ellos la imputabilidad y la culpabilidad, de tal suerte, que tampoco debe de confundirseles como equivalente de estos.

OCTAVA.- Si como se indicó, la imputabilidad esta constituida por la capacidad intelectual y volitiva necesarias para que el individuo sea responsable de sus actos. La inimputabilidad será entonces, su contraposición; el Código Penal la contempla en su artículo 15, fracción VII, en atención a la incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho, o bien para conducirse de acuerdo con esa comprensión. Pero tal delimitación de inimputabilidad queda subordinada a su vez, a las circunstancias de que el sujeto al cometer el hecho típico, padezca de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Doctrinalmente

se comprende dentro de estas mismas causas de inimputabilidad, por lo que se refiere al trastorno mental, tanto al de carácter transitorio como al permanente. Y respecto del desarrollo intelectual retardado, a la minoría de edad y a la sordomudez.

NOVENA.- La edad actual de imputabilidad penal en los 18 años, ha sido fijada apartir de nuestra legislación penal de 1931, pero no siempre ha tenido la misma regulación a través de la historia de los distintos y principales ordenamientos penales en el Distrito Federal. Apreciación distinta tuvo en el Código Penal de 1871, pues estableció la edad de inimputabilidad absoluta para los menores de 9 años, a quienes sin embargo, se les destinaba reclusión en establecimiento de educación correccional; fijaba para los menores de 14 pero mayores a los 9 años de edad, presunción de inimputabilidad sujeta aprueba en contrario, esto es, de haber obrado con discernimiento, que de probarse lo sujetaba a reclusión en establecimiento de corrección penal bajo una pena cuya duración no era menor a la tercera parte, ni mayor a la mitad de la que le correspondería por el delito cometido si hubiese sido mayor de edad. La misma clase de reclusión era aplicada al menor que delinquiendo poseía más de 14 pero menos de 18 años de edad, a quien en cambio sí se le consideraba en su obrar, con el haberlo hecho con discernimiento, aunque incompleto, aplicandosele pena por un tiempo que no era menor de la mitad, ni mayor a las dos terceras partes de la que se le impondría de haber sido mayor de edad. El proyecto de reformas Macedo Pimentel de 1912, por su parte, estimo con su propuesta, la conveniencia de una ausencia total de responsabilidad penal para los menores de 14 años de edad,

sujetando a prueba de discernimiento a los infractores de entre los 14 y 18 años de edad. Y finalmente, el Código Penal de 1929 estableció en 16 años la edad de imputabilidad penal, fijando para los menores de esta edad que delinquieran, un régimen de tratamiento muy singular, pues aunque se mantuvo para estos menores el proceso movido por el Ministerio Público, con auto de formal prisión, conclusiones acusatorias y sentencia, la naturaleza de sus sanciones eran cualitativamente distintas de las sanciones para adultos.

DÉCIMA.- Para los efectos laborales, la mayoría de edad se alcanza a los 16 años con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva en esa materia para el trabajador. De manera que puede prestar libremente sus servicios, salvo la prohibición que se establece en su favor cuando aún no ha llegado a los 18 años de edad para ser ocupado en la ejecución de trabajos nocturnos industriales y en lo que concierne al trabajo en el extranjero, a menos que se trate de un técnico, profesional, artista, deportista y en general de trabajador especializado. No obstante lo anterior, la edad de admisión en el trabajo es aceptada a partir de los 14 años, pero los que se encuentran entre esta edad y la de los 16, poseen capacidad limitada para poder trabajar al servicio de un patrón, ya que requieren de la autorización de sus padres o tutores, en su defecto del sindicato a que pertenezcan, de la junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la autoridad política.

DÉCIMA PRIMERA.- Desde el punto de vista del ámbito del derecho civil, el menor de edad como toda persona física, está dotado de

capacidad jurídica, ésta se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte. Consiste en la facultad que tienen los sujetos para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de goce), así como la posibilidad de que dicho sujeto pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad jurídica puede ser total o parcial, pero tratándose de la capacidad de goce, existen causas que limitándola o modificándola sólo dan lugar a una incapacidad de goce parcial, no puede ser total, corresponde a toda persona por el hecho de serlo y bien puede existir sin que de quien se trate posea necesariamente la capacidad de ejercicio, caso del menor de edad.

Distinto a la capacidad de goce, en la de ejercicio la incapacidad no sólo puede ser parcial, sino también total. La incapacidad de ejercicio puede ser de dos especies: natural y legal y simplemente legal.

DÉCIMA SEGUNDA.- En materia civil aplicable en el Distrito Federal, la mayoría de edad es obtenida a los 18 años cumplidos y en virtud de ésta se le confiere a la persona física la plenitud de la capacidad de ejercicio, facultándolo para disponer libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, no todo menor por debajo de esta edad es privado por completo de dicha capacidad, pues en virtud de la emancipación, se permite sustraer de la patria potestad o de la tutela al menor que contrae nupcias, confiriéndole una capacidad de ejercicio restringida que le otorga la libre administración de sus bienes muebles e inmuebles sin ninguna restricción, no así, por cuanto se refiere a los actos de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes inmuebles (no se

comprenden a los bienes muebles), para los que sí requiere de autorización judicial. La emancipación pues, guarda una posición intermedia entre la total incapacidad de ejercicio a que se sujeta el menor no emancipado y la capacidad plena que se atribuye al que alcanza la mayoría de edad fijada por el Código Civil.

DÉCIMA TERCERA.- En el Distrito Federal la mayoría de edad para los efectos penales se alcanza a los 18 años, por lo que hasta antes de su arribo a ella, los individuos son calificados de inimputables, dada la calidad de menor edad que poseen. Concepto este último que es relativo (siendolo también en consecuencia su supuesta inimputabilidad), dado que se fija en base a la posesión de una edad cronológica que es determinada en forma convencional y que es inferior incluso en nuestro propio país, de una entidad federativa a otra.

DÉCIMA CUARTA.- La violación es uno de los delitos que más necesitan del auxilio de la medicina legal, pues coadyuva a la resolución de los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan, colaborando así, no sólo a determinar la existencia de dicho ilícito y otros posibles que se cometen en la ejecución de éste (lesiones, homicidio, contagio venéreo, etc.), sino también la de la responsabilidad o no del o los posibles culpables. Su intervención comprende básicamente tres elementos: examen de la víctima, examen del acusado y condiciones del hecho.

DÉCIMA QUINTA.- El carácter grave del delito de violación, puede ser entendido mejor a la luz de los siguientes elementos estructurales: a) Violencia física o moral. b) Cópula, c) Sexo y d) Sujetos. El empleo de la violencia física, implica agresión de hecho en el cuerpo del ofendido a fin de vencer su resistencia a dejarse cópular, como golpes, heridas, sujeciones por terceros, etc. El uso de la violencia moral, implica en la víctima coacción psicológica para vencer su oposición a la realización de la cópula, mediante la utilización de amenazas o males graves. En cuanto a la cópula, su significación jurídica se comprende no sólo a la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, sino también a la anal u oral. Cabe agregar aquí, que se sanciona igualmente un comportamiento que sin ser propiamente una cópula, se le equipara legalmente a ella, y es la introducción por vía vaginal u anal de cualquier otro elemento o instrumento distinto al miembro viril. Tocante al elemento sexo, se refiere al sujeto pasivo, que puede serlo cualquier persona sin distinción alguna. Y por último, en cuanto a los sujetos, se refiere a las personas intervinientes en su calidad de activo o pasivo, mismas que pueden ser tanto el hombre como la mujer, en una u otra categoría, aún siendo del mismo sexo.

DÉCIMA SEXTA.- De acuerdo con la opinión dominante en la doctrina, el bien jurídico tutelado en el delito de violación, lo es la libertad sexual de las personas, empero, el Código Penal aplicable en el Distrito Federal señala también al "normal desarrollo psicosexual". Y en efecto, pues en este ilícito no sólo se provoca un daño físico directo a la víctima, sino también una afectación psicológica en ese ámbito, que

le puede durar toda la vida.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Queda claro que la pretendida inimputabilidad absoluta que se le otorga a todo menor de 18 años de edad en el ámbito penal, es errónea, pues es una determinación jurídica que no atiende a la capacidad intelectual y volitiva real del sujeto, y que con ello, se dejan en la impunidad muchas conductas delictuosas. Que más que una reducción de edad penal indiscriminada, bien puede aceptarse en determinadas edades y delitos especialmente graves, como lo es en este del de violación, su castigo, aún cuando sea bajo una gradación de responsabilidad (como si ocurrió con otras legislaciones penales del pasado y que también se reconoce hasta en materia civil y laboral) que incluso nos puede dar nuestra propia ley penal del Distrito Federal, bajo una imputabilidad disminuida (artículo 15, fracc. VII).

No obstante que es mayormente a partir de los 14 años y más propiamente de los 16, que esta clase de menores suele cometer este delito, evidentemente que se puede aceptar mejor la edad de los 16 para su castigo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ACHÁVAL, Alfredo. Manual de Medicina Legal. Práctica Forense. 3ed., Buenos Aires, 1980.
- 2.- ALCOCER POZO, José y Alva Rodríguez Mario. Medicina Legal. Conceptos Básicos. Ed. Limusa, México, 1993.
- 3.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal. Ed. Harla, México, 1993.
- 4.- BERMUDEZ CISNEROS, Miguel. Las obligaciones en el derecho del Trabajo. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1978.
- 5.- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Témis, Bogotá, 1965.
- 6.- CARDONA ARISMENDI, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte especial. 2ed., Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1976.
- 7.- CARMONA CASTILLO, Gerardo A. La imputabilidad penal. Ed. Porrúa, México, 1995.
- 8.- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1986.
- 9.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa, México, 1989.

- 10.- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Volumen I. Ed. Témis, Buenos Aires, 1977.
- 11.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. 29 ed., Ed. Porrúa, México, 1991.
- 12.- CASTORENA, Jesús J. Manual de Derecho Obrero. Derecho Sustantivo. 66 ed., (s.e.), México, 1984.
- 13.- CORTES IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal. Parte General. 4ed., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
- 14.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Volumen I. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980.
- 15.- DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo. Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1985.
- 16.- DE BUEN L., Néstor. Derecho del Trabajo. Tomo II. 5 ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- 17.- DE BUEN L., Néstor. La Reforma del Proceso Laboral. 2 ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- 18.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 9 ed., Ed. Porrúa, México, 1980.
- 19.- FERNÁNDEZ PERÉZ, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense. 6 ed., Mendez Editores, México, 1992.

- 20.- GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1979.
- 21.- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. Diccionario Enciclopédico Larousse Usual. 7 ed., Ediciones Larousse, México, 1994.
- 22.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano. UNAM, México, 1968.
- 23.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano. 2 ed., UNAM, México, 1981.
- 24.- GONZÁLEZ A. ALPUCHE, Juan. Obra Jurídica Mexicana. Tomo II. 2 ed., PGR, México, 1987.
- 25.- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1979.
- 26.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. 19 ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- 27.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- 28.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. 4ed., Ed. Porrúa, México, 1982.
- 29.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal. Parte General. 2 ed., Ed. Trillas, México, 1990.

- 30.- MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1991.
- 31.- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- 32.- MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- 33.- MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- 34.- MOTO SALAZAR, Efrain. Elementos de Derecho. 24 ed., Ed. Porrúa, México, 1978.
- 35.- MUÑOZ, Luis. Comentarios al Código Civil. Volumen I. 2 ed., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1983.
- 36.- MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Ediciones Modelo, México, 1971.
- 37.- ORELLANA WIARCO, Octavio A. Manual de Criminología. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1988.
- 38.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1993.
- 39.- PENICHE LOPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 10 ed., Ed. Porrúa, México, 1975.
- 40.- PORTE PETIT, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

- 41.- QUIROZ CUARÓN, Alfonso. Medicina Forense. 7 ed., Ed. Porrúa, México, 1993.
- 42.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminalidad de Menores. Ed. Porrúa, México, 1987
- 43.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 8 ed., Ed. Porrúa, México, 1993.
- 44.- ROJAS, Nerio. Medicina Legal. 12 ed., Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1987.
- 45.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. 3 ed., Ed. Porrúa, México, 1980.
- 46.- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editorial, Buenos Aires, 1978.
- 47.- SOLÍS QUIROGA, Héctor. Justicia de Menores. 2 ed., Ed. Porrúa, México, 1986.
- 48.- TERÁN LOMAS, Roberto A. M. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- 49.- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito. Ed. Trillas, México, 1987.
- 50.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 5 ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

51.- WELZEL, Hans. Derecho Penal. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.

52.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

HEMEROGRAFÍA

"Rescatan a tres menores de ser linchados; desvalijaban a pasajeros de un microbús." El Universal. México, 1 dic. 1995: 2a. Parte de la 1a. Sección.

"Aumentan los delitos sexuales." El Universal. México, 16 agos. 1996: 2a. Parte de la 1a. Sección.

DIVERSOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 16 ed., Real Academia Española, Madrid, (s.a.).

NUEVA ENCICLOPEDIA UNIVERSAL CARROGGIO, en 30 tomos. T. 30. Ediciones Carroggio, Barcelona, (s.a.).

DICCIONARIO PORRÚA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 4 ed., Ed. Porrúa, México, 1972.

NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE, en diez volúmenes. T. 10. Ed. Planeta, Madrid, 1982.

DICCIONARIO DE CIENCIAS MÉDICAS DORLAND. 7 ed., Ed. El Ateneo, Barcelona, 1987.

LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Código Penal para el Distrito Federal en materia del común y para toda la República en materia federal.

Ley Federal del Trabajo.

Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.