

21
285



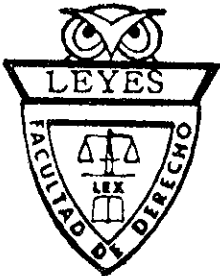
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"INSUFICIENCIA PRACTICA DE LA DESCRIPCION DE LA CONDUCTA TIPICA DEL DELITO DE VIOLACION IMPROPIA."

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUIS RODRIGO ARELLANO SANDOVAL

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



ASESOR DE TESIS: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS.

MEXICO, D. F.

1998

269607



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

El C. LUIS RODRIGO ARELLANO SANDOVAL, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del PROF. LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, su tesis profesional intitulada "INSUFICIENCIA PRACTICA DE LA DESCRIPCION DE LA CONDUCTA TIPICA DEL DELITO DE VIOLACION IMPROPIA", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 10 de noviembre de 1998.


DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



RESULTADO DE LA EXAMEN
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

LRM/*ipg.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

Muy distinguido maestro:

El alumno **LUIS RODRIGO ARELLANO SANDOVAL**, con número de cuenta 8638032-2 ha elaborado bajo la asesoría del suscrito la investigación de la tesis profesional titulada "*Insuficiencia Práctica de la Descripción de la Conducta Típica del Delito de Violación Impropia*", que ha elaborado para ser admitido a sustentar el correspondiente examen profesional.

Estimo que el trabajo en cuestión reúne los requisitos que al respecto exige la normatividad universitaria, por lo que lo someto a su amable consideración para lo que usted tenga a bien determinar.

Sin otro particular me es grato enviarle un cordial saludo, y manifestarme a su disposición para cualquier comentario o aclaración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 4 de noviembre de 1998.

LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS.

DEDICATORIA

*A la memoria de mi padre, el
Ing. PÁNFILO ARELLANO
TOVAR, a quien siempre
recordare y llevare en mi
corazón.*

AGRADECIMIENTOS

A Dios, nuestro señor, y la Virgen de San Juan de los Lagos, por haberme dado la paciencia y ánimo en la dedicación para realizar este trabajo.

*A la Universidad Nacional
Autónoma de México, y sus
maestros, por haberme proveído
de una excelente instrucción
académica.*

A mis padres y mi hermano, por haberme proveído sin escatimación alguna de lo todo lo necesario, a quienes por su dedicación y esmero aportado para la realización de este logro, estaré eternamente agradecido.

A mi amada novia, la señorita Erika Yessica Zamora Serrano, por su incondicional apoyo y comprensión, con quien comparto mi felicidad por este triunfo, que significa otro paso mas que damos juntos.

INDICE

INTRODUCCIÓN.	I
CAPITULO I. EL TIPO PENAL.	
1.1 Definición de Tipo Penal.	1
1.2 Clasificación de los Tipos Penales.	4
1.3 El Tipo y la Tipicidad.	15
1.4 Interpretación de los Tipos Penales de acuerdo con lo establecido por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	19
CAPITULO II. EL TIPO DE VIOLACIÓN.	
2.1 Concepto de Violación.	34
2.2 Panorama Histórico Legislativo.	36
2.3 Elementos Constitutivos del delito de Violación.	45
2.4 El Bien Jurídico Tutelado en el delito de Violación en sus diversas modalidades.	53
CAPITULO III. EL TIPO DE VIOLACIÓN IMPROPIA Y LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA EN SU DESCRIPCIÓN TÍPICA.	
3.1 Concepto de Violación Impropia.	58
3.2 Elementos Objetivos, Normativos y Subjetivos en el delito de Violación Impropia.	63
3.3 Bien Jurídico Tutelado en el delito de Violación Impropia.	69
3.4 Semejanzas que presenta el Tipo de Violación Impropia en relación al Tipo de Abuso Sexual.	71
CAPITULO IV. ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.	
4.1 Planteamiento del Problema.	73
4.2 Integración de la Averiguación Previa.	75
4.3 Etapa de Instrucción. Primera y Segunda Instancia.	85
4.4 El Juicio de Garantías.	94
4.5 Comentarios.	99
CONCLUSIONES.	101
BIBLIOGRAFIA.	103

INTRODUCCION

El tipo penal de violación impropia contenido en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, cuyo elemento objetivo descriptivo consiste en introducir por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, hoy también contemplado por la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento, en el primer caso, por medio de la violencia física o moral, y en el segundo, en persona menor de doce años de edad, o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, en ambos casos, sea cual fuere el sexo de la víctima, es una conducta que por ficción jurídica es equiparada al delito de violación propiamente dicha en virtud de la afectación psicológica y que en sus valores sufre el sujeto pasivo de la misma. No obstante lo anterior, consideramos que existen otras conductas que idénticamente transgreden el bien jurídico tutelado en este tipo de violación impropia, es decir, la libertad sexual y la improfanación carnal, que presentan semejanzas en cuanto a su comisión, pero discrepancia en cuanto a lo que se introduce por los mencionados conductos, como pudieran ser el dedo o los dedos del ser humano, es decir órganos que no pueden ser considerados instrumentos o elementos, los cuales, al no estar exactamente descritos por el tipo penal y en virtud de la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, constituye el elemento negativo del delito denominado "atipicidad", quedando estos casos sin la salvaguarda del bien jurídico tutelado ya precisado, por lo que estimamos que la descripción de la conducta típica del delito de Violación impropia es insuficiente.

CAPITULO I

EL TIPO PENAL.

1.1 DEFINICIÓN DE TIPO PENAL.

Antes de realizar un análisis jurídico del concepto que nos ocupa, consideramos importante señalar que la real academia española por su parte define en lo conducente a la palabra tipo de la siguiente manera: "Tipo - (del lat. *typus*; del gr. *Typos*). Modelo ejemplar. Símbolo representativo de cosa figurada..."¹

Ahora bien, de acuerdo con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, "La expresión *tipo* es usualmente utilizada por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal..."²

Por otro lado, el Doctor Fernando Castellanos Tena, precisa que: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales."³

Por su parte el profesor Gustavo Malo Camacho, señaló que "Tipo penal es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico-penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, mismos que aparecen protegidos, en términos del concepto preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley."⁴

1.- ENCICLOPEDIA ILUSTRADA EN LENGUA ESPAÑOLA. DICCIONARIO LÉXICO HISPANO. ED JACKSON, Inc . Editores. México 1989. pág. 1350.

2.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U.N.A.M DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. ED Porrúa, S A., México 1997. pág 3091

3.- CASTELLANOS Tena, Fernando LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, ED. Porrúa S A. México 1997. pág. 167

4.-MALO Camacho, Gustavo DERECHO PENAL MEXICANO. ED Porrúa S.A , México 1997. pág. 295.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos sugiere un análisis del concepto tipo penal desde dos puntos de vista, y de este modo establece que "Tipo en sentido amplio, se considera al delito mismo, la suma de todos sus elementos *constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja acepción del término, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt.*" ⁵; y así mismo señala que "En sentido mas restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito." ⁶

El Doctor Celestino Porte Petit afirma que "El contenido del tipo puede ser meramente material, o material y normativo; conjuntamente material, normativo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé de tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos." ⁷

El destacado jurista Luis Jiménez de Asúa estima que "El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito." ⁸

Para el jurista colombiano Juan Fernández Carrasquilla, "El tipo es, pues, un continente técnico formal de la conducta antijurídica y culpable que el legislador amenaza con pena criminal, lejos de que el delito contenga el tipo como un elemento al lado de otros." ⁹

⁵ - PAVÓN Vasconcelos, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. ED Porrúa S A.. México 1997, pág 287.

⁶.- PAVÓN Vasconcelos. Francisco. Op. Cit., pág 287.

⁷.- PORTE PETIT Candaudap, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. ED Porrúa, México 1989, pág 335.

⁸.- JIMÉNEZ de Asúa, Luis PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO, ED Sudamericana, Buenos Aires 1990, pág 235.

⁹.- FERNÁNDEZ Carrasquilla. Juan. DERECHO PENAL FUNDAMENTAL. ED Temis. Bogotá Colombia, 1989. pág. 112

Por su parte, el jurista Alfonso Reyes Echandía, de nacionalidad también colombiana, nos señala a este respecto que: "Podemos pues, definir el tipo penal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible" ¹⁰

Ahora bien, basándonos en la similitud de elementos que se aprecian en las definiciones anteriormente expuestas, opinamos que podemos entender al vocablo jurídico de "Tipo Penal", como aquella descripción que el legislador ha realizado respecto de una conducta humana prohibida y que es considerada como delito, la cual necesariamente se encuentra plasmada de manera de abstracta respecto de un hecho concreto, en un ordenamiento de tipo punitivo y vigente, que trae aparejada una sanción represiva aplicable de manera subjetiva al hombre que realice dicha conducta y en función de las circunstancias que hayan motivado su comportamiento.

En efecto, con esta opinión consideramos reunir los elementos comunes que para definir el vocablo "Tipo", aluden los autores en cita, tales como lo son la descripción de una conducta humana, la consideración de esta como un hecho prohibido, el establecimiento de un ordenamiento escrito que defina de manera abstracta un hecho concreto con anterioridad a la comisión del mismo, que sea vigente el ordenamiento que contenga dicha descripción, que sea realizado por el órgano legislador, y que traiga aparejada la imposición de una sanción represiva o pena, la cual se aplica subjetivamente en atención a las especiales circunstancias que dieron lugar a la conducta ilícita del ser humano justiciable.

¹⁰.- REYES Echandía Alfonso. LA TIPICIDAD. ED Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia 1997. pág. 7.

1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

El estudio de los tipos penales es un tema que ha sido muy explorado y examinado desde diferentes puntos de vista (fondo, forma, etc.), por tal razón, ha sido necesario clasificarlos en distintos grupos, ya en atención al bien jurídico que protege cada tipo en análisis, a la forma de composición del mismo, al fin que este persigue, y en atención a múltiples criterios que han sido expuestos por diversos autores; en este sentido, el Doctor Fernando Castellanos Tena opina que: "Hay infinidad de clasificaciones en torno al tipo, desde diferentes puntos de vista." ¹¹

Así mismo, el jurista colombiano Alfonso Reyes Echandía apunta que existe una variada técnica empleada por el legislador en la creación de tipos, y en ese sentido, nos señala que "Es posible clasificar los tipos penales teniendo en cuenta los siguientes criterios: su estructura, el sujeto activo, el bien jurídico tutelado y su contenido " ¹²

En este orden de ideas, el Doctor Fernando Castellanos Tena realiza un estudio en torno a las más comunes de las clasificaciones en torno al tipo, y lo expone de la siguiente manera:

"Por su composición, apunta que estos se dividen en normales y anormales, los primeros se limitan a hacer una descripción objetiva (Homicidio). Los últimos mencionados, además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (fraude).

Por su ordenación metodológica, señalando así que esta a su vez se divide en tres grupos, a saber:

¹¹,- CASTELLANOS Tena, Fernando Op Cit. pág. 173

¹²,- REYES Echandía, Alfonso Op Cit pág. 111

- a) Fundamentales o básicos, mismos que constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio).
- b) Especiales, los cuales se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (homicidio en razón del parentesco).
- c) Complementados, siendo estos los que se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).

El tipo en función de su autonomía o independencia, la cual prevé dos hipótesis.

- a) Autónomos o independientes, mismos que tienen vida por sí (robo simple).
- b) Subordinados, los cuales dependen de otro tipo (homicidio en riña).

Por su formulación, y esta a su vez se divide en:

- a) Casuísticos, que prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); v. gr. adulterio, otras con la conjunción de todos (acumulativos); ej. usurpación de funciones.
- b) Amplios, los cuales describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el daño que causan, la cual a su vez se divide en:

- a) De daño (o de lesión), mismos que: protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, fraude).
- b) De Peligro, los cuales tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio)."¹³

El ya aludido jurista colombiano Alfonso Reyes Echandía realiza también un estudio de la clasificación de los tipos, teniendo en cuenta criterios de estructura, sujeto activo, el bien jurídico tutelado y su contenido, y los expone de la siguiente manera.

¹³.- CASTELLANOS Tena. Fernando Op. Cit pág 173 y 174

"1.- Por su estructura, estos se dividen en:

A) Tipos básicos, especiales y subordinados, refiriendo en relación a estos que:

Son básicos o fundamentales aquellos tipos que describen conductas lesivas de la integridad del bien jurídicamente tutelado y respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos.

Los tipos especiales se caracterizan porque describen conductas referibles al básico aunque diferenciables de él en cuanto agregan, suprimen, modifican, concretan o cualifican elementos de aquel.

Son tipos suplementarios o subordinados aquellos que, refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o especial, describen solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios de los elementos del tipo al cual se refieren.

B) Tipos elementales y compuestos:

Tipo elemental es aquel que aparece conformado por la descripción de un solo modelo de comportamiento, sea que haya sido elaborado de manera simple y esquemática, ora que contenga aditamentos cualificantes.

Entendemos por tipo compuesto aquel que describe una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría integrar por sí misma un tipo autónomo, aunque referido al mismo bien jurídico, o varias especies de un mismo comportamiento.

C) Tipos completos e incompletos:

Los tipos completos describen en toda su integridad --- aunque no puntualicen sus detalles --- tanto la conducta como la sanción.

En cambio, llamanse incompletos aquellos tipos respecto de los cuales la conducta o la sanción faltan.

D) Tipos autónomos y en blanco:

Denominamos autónomos aquellos tipos auto suficientes, en cuanto permiten adecuación directa e inmediata, de tal manera que el intérprete encuentra en ellos todo lo que necesita para su completo entendimiento y aplicación.

Hay otros tipos de una relativa incompletud, que la doctrina conoce con el nombre de tipos penales en blanco y cuya característica es la de que en ellos la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla.

2.- División de los tipos en relación con el sujeto activo:

Si nos atendemos al número de agentes que se requieren para la realización de la conducta típica, los tipos se dividen en monosubjetivos y plurisubjetivos.

Son monosubjetivos aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona.

Tipos plurisubjetivos son los que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita.

En cuanto a la calidad de los actores, divídense los tipos en de sujeto activo indeterminado y de sujeto activo cualificado.

Llámense tipos en de sujeto activo indeterminado, aquellos en los que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la acción en ellos descrita.

Por tipos de sujeto activo cualificado se conocen los que requieren en el sujeto agente una cualidad o categoría especial, sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal.

3.- División de los tipos en relación con el bien jurídicamente tutelado:

A) Tipos simples y complejos:

Llámanse tipos simples o de conducta mono-ofensiva aquellos que tutelan de manera específica un solo interés jurídico.

Los tipos complejos o de conducta pluriofensiva se caracterizan, en cambio, porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bien esté independientemente tutelado en otro tipo

B) Tipos de lesión y tipos de peligro:

Los tipos de lesión son aquellos respecto de los cuales la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal.

Tipos de peligro. Son de esta naturaleza los tipos penales que describen conductas que tengan por finalidad amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial.

4.- División de los tipos en relación con su contenido.

A) Tipos de mera conducta y tipos de resultado.

Son tipos de mera conducta los que describen como punible el simple comportamiento del agente; respecto de ellos, el legislador ha considerado que la conducta por sí misma, dada su potencialidad criminosa, debe ser objeto de represión penal, independientemente del resultado (evento) que pueda producir

Los tipos de resultado se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si este no se realiza, el hecho carece de tipicidad plena.

B) Tipos abiertos y tipos cerrados:

Son abiertos aquellos tipos en los que se describe escuetamente la conducta o se menciona solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo.

Los tipos cerrados, por su parte, concretan circunstancialmente la conducta o señalan no solamente un resultado sino la forma como ha de producirse, de tal

manera que si el comportamiento del agente no se realiza de la manera como se describe en el tipo no es posible subsumirlo en él.

C) Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente.

Tipos de conducta instantánea son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito o la producción del evento señalado se agotan en un solo momento

De conducta permanente son aquellos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobras de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción.

D) Tipos de acción y tipos de omisión:

Tipos de acción son los que describen conductas que requieren de parte del sujeto activo la realización de actos sensorialmente perceptibles.

Tipos de omisión son aquellos en los que se describe una conducta negativa, vale decir, un no hacer penalmente relevante." ¹⁴

Opinamos que las clasificaciones expuestas por los autores antes aludidos se presentan de manera objetiva, ya que exponen elementos que caracterizan a diversas clases de tipos penales sin evaluar las conveniencias e inconveniencias que los mismos aportan, ya por su estructura, contenido, espíritu, etc., y resultan útiles para fines didácticos, además, nos llevan a reflexionar acerca de la correcta interpretación que debe darse a la ley penal al ser aplicada.

Por su parte, el maestro Gustavo Malo Camacho consideró en lo conducente la clasificación de los tipos atendiendo en especial a tres criterios, siendo estos: a) Tipos legales y tipos judiciales, b) Tipos abiertos y tipos cerrados

¹⁴.- REYES Echandía, Alfonso Op. Cit pág. 112 a 141

y c) Ley penal en blanco. A continuación nos permitimos transcribir parte del contexto que el mencionado autor expone y a través del cual explica cada uno de los citados criterios:

"A) Tipos legales: Por tipo legal se entiende el previsto en la ley penal, derivado de la función del legislador, fuente única de producción del derecho penal.

Tipos judiciales: El concepto de tipo judicial, en cambio, deriva de la admisión existente en algunos países, de una función integradora y verdaderamente creadora de la ley penal a partir del órgano jurisdiccional, que naturalmente rompe con el principio de legalidad.

B) Tipos abiertos y los tipos cerrados, señalando en lo conducente que la elaboración y redacción de los tipos penales oscila entre los polos en que se da el tipo precisado de manera completa en la descripción del texto de la ley penal, denominados regularmente como tipos cerrados, y que pueden presentarse en redacción que incluso puede resultar hasta técnicamente criticable, cuando es excesivo, como es el caso de los tipos casuistas, en la inteligencia de que a mayor número de elementos exigidos por el tipo, naturalmente es menor el número de casos que resultan regulados, y, por tanto, es mayor la posibilidad de que puedan quedar sin adecuada o suficiente regulación otros casos no contemplados como efecto del excesivo casuismo. En el polo opuesto, aparecen los casos de los tipos abiertos, en donde el tipo no individualiza suficientemente la conducta prohibida, por lo que obliga al juzgador a integrar el contenido del tipo, para terminar de individualizar lo que la ley no precisó, con lo cual, naturalmente, se puede dar lugar a problemas de inconstitucionalidad, como consecuencia de que conforme al principio de legalidad, sólo la ley misma puede determinar los tipos delictivos y las penas correspondientes y el juez no puede integrar los tipos o penas, sino sólo interpretar la ley precisando su alcance.

C) Ley penal en blanco, señalando al respecto que una forma específica del tipo abierto es la así denominada ley penal en blanco, donde la ley penal previene la pena para una conducta que deja sin definir, por lo que esta última queda sujeta a interpretación, si bien, en ocasiones, la propia ley señala que para su entendimiento deberá efectuarse reenvío a otra ley en donde se explica el contenido de la conducta."¹⁵

En atención a la clasificación de tipo legal y tipo judicial, consideramos que el tipo legal es precisamente el criterio que salvaguarda la seguridad jurídica del gobernado, ya que únicamente atiende a las disposiciones escritas en un ordenamiento legal y vigente, realizado con anterioridad a la comisión del hecho sancionable; en tanto que el tipo judicial, de acuerdo a las características del mismo, deja en un estado total de indefensión y de zozobra al individuo gobernado por semejantes sistemas, los cuales a todas luces, rompen con el principio de legalidad, de seguridad jurídica y de exacta aplicación o reserva de la ley penal.

A manera de comentario respecto de la clasificación de los tipos abiertos y tipos cerrados, opinamos que ambos criterios son inadecuados especialmente si se atienden de manera excesiva, como lo son los tipos casuistas en el caso de los tipos cerrados, ya que dejan sin regulación alguna a las conductas que no se adecuen a las exigencias descritas específicamente en la ley penal, aún cuando estas constituyeran actos o hechos que lesionaran idénticamente el mismo bien jurídico tutelado; y por otro lado, los tipos abiertos delegan al órgano juzgador la facultad exclusiva del legislador consistente en integrar el contenido del tipo penal, lo que desde luego, rompe también con los principios de legalidad, de seguridad

¹⁵.- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit. pág. 303.

jurídica y de exacta aplicación o reserva de la ley penal, lo cual a nuestro parecer, desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta mas grave aún.

La ley penal en blanco, tal y como la expone el Doctor Gustavo Malo Camacho, presenta dos hipótesis, la primera que acontece cuando la ley señala la aplicación de una pena cuando esta no ha sido descrita y que resulta a todas luces inconstitucional y la segunda cuando la ley penal que no describe la conducta prohibida, nos remite a otro ordenamiento que si nos señala y describe la hipótesis considerada como delito, lo cual aunque nos parece poco practico, no nos resulta antijurídico, pues finalmente estaríamos ante la presencia de una conducta descrita y señalada como delito.

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala que son variadas las clasificaciones formuladas sobre los tipos penales y analiza la distinción del autor Mezger, cuya clasificación es la siguiente:

I.- Delitos de *simple actividad y de resultado*;

II.- Delitos de *lesión y de peligro* (concreto o abstracto).

III.- Delitos *básicos* o fundamentales y *cualificados y privilegiados*.

IV.- Tipos *compuestos*, en los que incluye:

a) Delitos de *varios actos*;

b) Delitos compuestos en sentido estricto;

c) Delitos permanentes, y

d) Delitos *mixtos, acumulativa y alternativamente formulados*;

V.- Tipos *necesitados de complemento*, los cuales subdivide en:

a) Tipos en los que el complemento se halla contenido en la *misma ley*;

b) Tipos en los que el complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa*, y

c) Tipos en que el complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa*."

Nuestro autor en cita, continúa abordando el estudio de los tipos de conformidad con los señalamientos que al respecto hace Jiménez de Asúa, el cuál atiende al orden que a continuación se expone:

"En razón de sus fundamentos: *fundamentales, cualificados y privilegiados*;

En referencia a la autonomía de los tipos: *básicos, especiales y complementarios*;

Atendiendo al acto:

a) Tipos de *formulación libre, casuísticamente formados, alternativos y acumulativos*;

b) Otras clasificaciones en orden al *resultado*;

c) Examen especial de los llamados *delitos de resultado cortado*.

Atendiendo a los *elementos subjetivos de lo injusto*:

a) Por los *elementos subjetivos referentes al autor*:

Delitos de *expresión*;

Delitos de *tendencia o impulso*; y

Delitos de *intención*.

b) Por los *elementos subjetivos que se dan fuera del agente*."

Continúa estudiando la clasificación de los tipos penales y aborda el criterio de Jiménez Huerta, quien al respecto, los clasifica de la siguiente manera:

"En torno a su *ordenación metodológica*:

a) *Básicos*;

b) *Especiales*:

a') *Agravados*

b') *Privilegiados*.

c) *Complementados*:

a') *Agravados*

b') *Privilegiados*.

En torno al *alcance y sentido de la tutela penal*:

- a) Tipos de *daño*.
- b) Tipos de *peligro*:
 - a') Tipos de *peligro efectivo*.
 - b') Tipos de *peligro presunto*.
 - c') Tipos de *peligro individual*, y
 - d') Tipos de *peligro común*."

En torno a la *unidad o pluralidad de bienes tutelados*:

- a) *Simples*
- b) *Complejos*:
 - a') *Complejo especial*
 - b') *Complejo complementado*."

En alusión al propio Jiménez Huerta, señala nuestro autor en comentario que:

"Se estiman tipos *básicos o fundamentales*, a los que constituyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales."

"Los tipos *esenciales*, se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida *propia e independiente*, sin subordinación al tipo básico."

"Son tipos *complementados* los que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan *subordinados* a éste, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental al cual se forman. Tanto los *tipos especiales* como los *complementados* pueden ser: a) *calificados o agravados*, y b) *privilegiados o atenuados*, atendiéndose a su penalidad con relación al tipo básico."

Por cuanto hace a la clasificación en torno al alcance y sentido de la tutela penal, apunta que "Mariano Jiménez Huerta se refiere a los tipos de *daño* y de *peligro*, poniendo de relieve que la tutela penal tiene, por cuanto a los bienes

jurídicos, un doble alcance y significado, unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución, y otras el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle. Los tipos de *peligro* los subdivide en: tipos de *peligro efectivo* y de *peligro presunto*: tipos de *peligro individual* y de *peligro común*."

Así también señala que: "El mismo Jiménez Huerta, tomando como criterio orientador la *unidad o pluridad de bienes tutelados*, clasifica los tipos en: *tipos simples* y *tipos complejos*, siguiendo el criterio expuesto por Carrara." ¹⁶

Con las anteriores exposiciones y citas de autores, podemos apreciar la multiplicidad de criterios seguidos en torno a la clasificación de los tipos penales, advirtiéndose de estos la crítica contra aquella clase de tipos que omiten describir debidamente una conducta prohibida, así como contra los que delegan la función legislativa al órgano judicial, o aquellos cuya forma de creación casuística expone requisitos muy concretos. Para efecto de la exposición del tema de tesis que nos ocupa, personalmente preferimos adherirnos a la clasificación de los tipos que expone el Doctor Gustavo Malo Camacho.

1.3 EL TIPO Y LA TIPICIDAD.

Dada la estrecha relación que existe entre los conceptos "Tipo y Tipicidad", consideramos necesario abordar el tema para establecer la diferencia entre el uno y el otro.

Así, el Doctor Fernando Castellanos Tena señala que "No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la

¹⁶.- PAVÓN Vasconcelos. Francisco. Op. Cit. pág. 307 a 309

adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido." ¹⁷ De aquí debe inferirse que no puede haber tipicidad sin existir un tipo penal previo a la realización de la conducta, es decir, la tipicidad es una consecuencia de la existencia de un tipo, por lo que es absolutamente necesario la descripción que la ley hace de la conducta prohibida para suponer que eventual comportamiento se ajusta o adecua a la señalada descripción.

Así mismo y a *contrario sensu*, nuestro autor en cita hace un análisis de la ausencia del tipo y de tipicidad, señalando a este respecto que. "Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa." ¹⁸

Como se ha señalado anteriormente, para el maestro Pavón Vasconcelos es necesario un previo análisis del concepto tipo para precisar su concepto y contenido y después poder abordar así el concepto de tipicidad. De esta manera nos apunta que: "*Tipo en sentido amplio*, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos..." y continúa señalando en alusión a Mezger que: "En sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del *tipo específico* integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito." ¹⁹ Así mismo continúa señalando que: "Por ello, entendemos por *tipicidad*, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, *la adecuación de la conducta o*

¹⁷.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. pág. 167.

¹⁸.- Idem. Op. Cit. pág. 167.

¹⁹.- PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pág. 287.

del hecho a la hipótesis legislativa;" y en alusión al jurista argentino Sebastián Soler señala del mismo modo que por tipicidad debe entenderse "el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal." En este orden de ideas, continúa señalando que "la tipicidad presupone el *hecho tipificado* más la *adecuación típica* o subsunción del hecho concreto al tipo legal." Y precisa que: "No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su *presupuesto*, mientras la *tipicidad* es uno de sus elementos constitutivos." ²⁰ Como puede observarse, al igual que el Doctor Fernando Castellanos Tena, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos precisa las diferencias entre tipo y tipicidad haciendo hincapié en lo importante que resulta no confundir ambos conceptos. Así mismo aborda el estudio de la ausencia de tipicidad señalando: "La *ausencia de tipicidad o atipicidad* constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la *falta de previsión en la ley de una conducta o hecho*. Hay *atipicidad*, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, *ausencia de adecuación típica*." ²¹

Por su parte el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha señalado y distingue que "La expresión *tipo* es usualmente utilizada por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la *tipicidad* es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa." ²²

²⁰.- PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pág. 312.

²¹.- Idem. pág. 313.

²².- INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas de la U.N A M Op. Cit pág 3091.

A este respecto el Doctor Gustavo Malo Camacho señala en lo conducente que: "Si tipo penal es la descripción, en la ley penal, de un comportamiento previsto como acción u omisión dentro de un determinado ámbito situacional, que es lesivo a un bien jurídico protegido penalmente, a la vez que violatorio del mandato o prohibición contenido en la norma que precisamente implica la valoración normativa de la ley, consecuentemente, la tipicidad es la atribuibilidad de una conducta, dentro de su ámbito situacional, a la descripción típica penal, es decir, la conducta prevista por la ley penal, dentro del ámbito situacional en que la misma aparece regulada y que implican la presencia de elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo."²³

Por su parte, opina el maestro Celesitino Porte Petit que: "La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo."²⁴

Ahora bien, al realizar un análisis de todos y cada uno de los criterios transcritos de los autores en cita, encontramos elementos comunes que caracterizan tanto al tipo como a la tipicidad, estableciendo las diferencias entre dichos conceptos, así por ejemplo, de los elementos comunes se advierte al definir al tipo, que los juristas aludidos señalan indistintamente que se trata de una descripción de una conducta que es prohibida por lesionar a un bien jurídicamente protegido por la ley penal, que es creada a través de la facultad legisladora del Estado, siendo en consecuencia el tipo un antecedente necesario del delito.

²³.- MALO Camacho. Gustavo Op Cit págs 321 y 322.

²⁴.- PORTE PETIT Candaudap. Celestino Op. Cit. pág. 332 y 333.

Así mismo, por cuanto hace a los diferentes acepciones que dichos autores hacen del concepto tipicidad, observamos que todos ellos señalan que se trata de una adecuación de la conducta, con la descripción legal formulada en abstracto, o dicho de otro modo, con la hipótesis legislativa, y aún cuando se emplean términos diferentes como lo son encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal, o la característica de la acción de adecuarse a una disposición legislativa, o bien la atribuibilidad de una conducta, dentro de su ámbito situacional, a la descripción típica penal, todos estos conceptos nos indican que la tipicidad es el fenómeno que acontece cuando se despliega un comportamiento que se ajusta a la descripción que el legislador ha realizado respecto de una conducta prohibida que es considerada como delito y que necesariamente se encuentra plasmada de manera abstracta respecto de un hecho concreto en un ordenamiento de tipo punitivo y vigente.

Debe resaltarse lo importante que resulta no confundir al concepto de tipo con el concepto de tipicidad, ya que ambos presentan características que claramente puntualizan sus diferencias, pues como se ha señalado, el primero es un antecedente necesario del delito, ya que para que este exista, debe haber una descripción abstracta respecto de un hecho concreto que se considera como conducta prohibida en el ordenamiento punitivo, mientras que el segundo, sugiere la existencia de dicha descripción de la conducta en el ordenamiento punitivo y la realización de la misma, es decir, la coincidencia entre la realización de una conducta, y la descripción que la ley hace respecto de la misma.

1.4 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

A este respecto, el Doctor Gustavo Malo Camacho apunta que: "En términos generales el análisis de los elementos del tipo aparece hoy reconocido

con la presencia de los elementos descriptivos objetivos, normativos y subjetivos, ámbitos, éstos, en los que parece haber hoy general consenso en la doctrina penal, después de un proceso de evolución iniciado a principios del siglo XX.

En México la legislación penal ha recogido tales conceptos, que, en la actualidad incluso encuentran apoyo en el nivel mismo de la ley constitucional, la cual, atento a la reforma incorporada en 1993 expresamente los invoca en los artículos 16 y 19, y sobre tal base, aparecen recogidos en el código penal, en los artículos 9 y 15 fracción II, reformados en enero de 1994, y aún más claramente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 122), como en su correlativo del Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 168) que, no sólo se refiere a los elementos del tipo, sino que en verdadera interpretación auténtica, expresamente procuran precisar su alcance " ²⁵

Ahora bien, una vez conociendo los ordenamientos legales que recogen los elementos del tipo penal, y el apoyo constitucional que los mismos encuentran, procederemos a su análisis para establecer cuales son dichos elementos y poder estudiarlos

Por su parte el texto actual de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en sus artículos 16 y 19 respectivamente en lo conducente y para el tema que nos ocupa, lo siguiente:

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y **sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de***

²⁵.- MALO Camacho, Gustavo. Op Cit. pág. 305.

libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. . . ." ²⁶

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este,..." ²⁷

En los párrafos constitucionales antes transcritos podemos apreciar como nuestra carta magna hace exigencia de datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado para proceder penalmente en contra de este, ya para librar orden de aprehensión en su contra (consignación sin detenido), ya mediante una detención formal ante autoridades competentes (auto de formal prisión).

Ahora bien, para proceder al análisis de lo que en lo conducente señala el Código Penal vigente para el Distrito Federal, estimamos apropiado adherirnos al texto de los comentarios que ha elaborado a dicho ordenamiento el maestro Francisco González de la Vega, comenzando por el propio texto de los artículos a analizar, el cual dice:

"Artículo 9º.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un

²⁶.- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos. ED. Porrúa S.A., México 1997 pág. 14.

²⁷.- Idem pág 18.

deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales." ²⁸

Señala el autor aludido a este respecto, obedeciendo a que el actual texto del artículo en análisis emana de la reforma al mismo de fecha 21 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, que: "La nueva reforma viene a definir el actuar doloso previendo con una mayor precisión los elementos constitutivos del tipo, que son el intelectual y el volutivo permitiendo distinguir con claridad por parte del juzgador, lo que debe ser dolo directo y el dolo eventual y por otra parte por lo que se refiere a la junta se ha agregado el elemento "previsible" que no se encontraba antes de la reforma, permitiendo al juzgador distinguir en los casos específicos y concretos la culpa con la previsión o consciente y la culpa sin previsión o en forma inconsciente a efecto de la individualización de la pena en su momento, de acuerdo con las circunstancias y condiciones personales del activo.

En virtud de la Reforma al artículo 16 Constitucional que ahora establece la acreditación de los elementos que integran el tipo penal, y en el que modificó el vocable "cuerpo del delito" consideramos que no debe confundirse el concepto de "tipo penal" con el de "cuerpo del delito", ya que el primero sus elementos lo son: a) conducta o hecho; b) Tipicidad; c) Antijuridicidad; d) Culpabilidad; e) Punibilidad. Mientras que el segundo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha decidido como: "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal" y la doctrina como los elementos materiales y normativos..." ²⁹

²⁸.- CÓDIGO Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. ED Sista S.A de C.V , México 1998. pág. 4 y 5.

²⁹.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO. ED. Porrúa S.A México 1996. pág. 21.

Consideramos necesario abordar el significado de los vocablos que menciona el maestro Francisco González de la Vega y que señala que son los elementos del tipo penal, los cuales define el Doctor Fernando Castellanos, de la siguiente manera:

"La **conducta** es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."

"La **tipicidad** es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa."

"Como la **antijuridicidad** es un concepto negativo, un *anti*, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho."

"...consideramos a la **culpabilidad** como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"

"La **punibilidad** consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción." ³⁰

Por otro lado, el artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, señala en lo conducente al tema que nos ocupa, en su segundo párrafo lo siguiente:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- ...

³⁰.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit págs. 149, 168, 177, 234 y 275.

*II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate..."*³¹

A este respecto, el mismo profesor Francisco González de la Vega apunta a manera de comentario de la fracción en estudio que: "El legislador ha adecuado en este precepto las reformas recientes a los artículos 16 y 19 Constitucionales (D.O. 3 septiembre 1993), en especial a la fracción II del artículo en comento, que a nuestro juicio está por demás, ya que estableciéndose como exclusión del delito la falta de uno de los elementos del tipo penal, no existe delito y al no haber delito no hay delincuente (*nullum crimen sine tipo*)..."³²

Con los comentarios de nuestro autor en cita podemos apreciar con mayor claridad la incursión de la exigencia de la acreditación de los elementos del tipo penal, en los ordenamientos en análisis para poder proceder penalmente en contra de cualquier persona, por lo que habiéndose expuesto lo relativo a normatividades sustantivas, procederemos al estudio de los ordenamientos procesales.

Como ya se ha señalado, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal expone cuales son los elementos del tipo penal en su artículo 122, que al efecto señala literalmente:

"Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

³¹.- CÓDIGO Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal Op. Cit. pág. 6 y 7.

³².- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. Op. Cit. pág. 33.

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley." ³³

Es prudente señalar que por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, señala idénticamente lo mismo y por tal razón, no consideramos necesario transcribir nuevamente el texto.

Ahora bien, pasando al análisis de los elementos del tipo penal señalados por los numerales de las legislaciones adjetivas aludidas y en relación al criterio del jurista Francisco González de la Vega, encontramos que:

La fracción I exige la acreditación de la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido. Como puede apreciarse, la señalada fracción, atendiendo al criterio del autor en cita, se refiere a la conducta o hecho y a la lesión sufrida o el peligro en que se encuentra el bien jurídico tutelado descrito por la ley penal, es decir en la figura típica.

³³.- CÓDIGO de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. ED. Sista S.A. de C.V. México 1998. pág. 112.

Por otro lado, las fracciones II y III que se refieren respectivamente a la forma de intervención de los sujetos activos y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión constituyen conjuntamente el elemento culpabilidad.

Así también se hace referencia a que, si el tipo lo requiere, deben acreditarse:

a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; lo cual constituye una parte de la tipicidad.

b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; lo cual constituye el elemento culpabilidad, entendida esta, como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

c) El objeto material; el cual necesariamente constituye también una parte del tipo, y propiamente se refiere a la persona o cosa jurídicamente tutelada por la ley penal y sobre la cual recae el daño o peligro.

d) Los medios utilizados; lo cual se refiere a la realización de la conducta en relación a la descripción típica.

e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; que se refiere a la realización de la conducta típica, culpable, y contraria a derecho (antijuridicidad).

f) Los elementos normativos; lo cual se refiere específicamente a la tipicidad del hecho en función de la descripción de la conducta prohibida.

g) Los elementos subjetivos específicos; que se refiriere a circunstancias y móviles en torno a la comisión del ilícito, esto es, culpabilidad.

h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

1.5 INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En el presente punto analizaremos la delicada labor encomendada a los órganos procuradores y administradores de justicia que consiste en la debida interpretación que debe darse a la descripción típica de cada figura delictiva y que por un lado debe cuidar el no violar la seguridad jurídica de la personas por atenderse a reglas de interpretación sin restricción alguna, y que por otro lado debe proteger el bien jurídico tutelado que resulta lesionado con cada evento delictivo. Primeramente estudiaremos el concepto de la palabra interpretar, y de esta manera encontramos lo siguiente:

"CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN.- Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos*; por ello tiene *significación*." ³⁴

Así, de esta manera tenemos, respecto de la Interpretación en materia penal opina el Doctor Fernando Castellanos Tena que: "Uno de los juicios más equivocados, aún entre abogados, consiste en creer que la ley penal no se interpreta. Esta manera de pensar desconoce el problema mismo; interpretar una ley es entenderla, precisar su contenido, desentrañar su sentido. En las leyes penales, como en otras, puede ocurrir que el texto no se encuentre expresado con claridad; entonces será preciso limitar y delimitar sus alcances. Aún siendo clara la ley, será urgente entender su contenido para poder adecuar a ella el caso concreto." ³⁵

³⁴.- GARCÍA Maynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. ED. PORRÚA S.A. México 1998. pág. 325.

³⁵.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Op Cit. pág. 88.

Por su parte el Doctor Gustavo Malo Camacho, respecto a la Interpretación de la ley penal apunta que: "Interpretar la ley significa precisar su sentido. Esto no implica que el texto de la ley sea obscuro o claro y en atención a esto exija, en ocasiones, su interpretación. La necesidad de interpretar la ley deriva de la naturaleza misma de las características de abstracción, generalidad e impersonalidad que observa y que, en su aplicación al caso concreto, necesariamente exige ser comprendida y entendida en relación con las situaciones concretas, interpretando su sentido."³⁶

Ahora bien, de los criterios anteriormente transcritos podemos concluir que la ley penal, así como la ley en general debe ser interpretada para ser entendida, para conocer su sentido y eventualmente para poder aplicarla al caso concreto. No obstante lo anterior, no basta tener presente la necesidad de desentrañar el sentido de la ley, sino que debe atenderse a determinados lineamientos que restringen la libertad subjetiva de los administradores de justicia para interpretar la ley penal, y que en nuestra opinión, han sido implantados para protección de la seguridad jurídica de los gobernados, al grado de ser elevados a preceptos constitucionales. Estos lineamientos aludidos se encuentran inmersos en el texto de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para abordar su estudio, consideramos necesario transcribir de estos los tres primeros párrafos del artículo 14 y los dos primeros párrafos del artículo 16 por contener lo conducente al tema que nos ocupa:

"Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales

³⁶.- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit pág 169

previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..." ³⁷

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papales o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado..." ³⁸

Los párrafos transcritos constituyen garantías individuales y a este respecto opina el jurista Juventino V. Castro: "Los artículos 14, en sus tres párrafos finales, y 16 en su párrafo inicial, establecen las más importantes leyes constitucionales de procedimientos, conocidas como *garantía de legalidad*, aunque también comprenden la *garantía de audiencia* y la *garantía de exacta aplicación de la ley*."

³⁹

Evidentemente el aludido jurista se refiere a garantías tanto en juicios del orden civil como del orden penal, sin embargo para el tema que nos ocupa hemos referido solo párrafos de connotación penal y concretamente es el párrafo tercero del artículo 14 constitucional y el párrafo segundo del artículo 16 del mismo ordenamiento legal ya invocado los que nos interesan por ser el primero

³⁷.- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos Op. Cit. pág. 14.

³⁸.- Idem. pág 14.

³⁹.- CASTRO, Juventino V GARANTÍAS Y AMPARO, ED. Porrúa S.A., México 1997, pág. 219

mencionado el que consagra la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal y el último señalado el que enuncia la garantía de legalidad del proceso penal en función de la observancia de la aludida garantía. De esta manera, en alusión a la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal señala el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela que: "Dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera que no esté reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete." ⁴⁰

Con lo anterior podemos concluir claramente que, todo hecho que merezca la aplicación de una pena o sanción represiva, necesariamente debe estar descrito y señalado por la disposición punitiva como delito. No obstante lo anterior, el propio párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe la imposición de penalidad por analogía y por mayoría de razón con objeto de asegurar la observancia de la multicuada garantía de la exacta aplicación de la ley, revistiendo para nuestro tema especial importancia y consecuentemente necesidad de explicación de dichos conceptos.

"La expresión analogía jurídica o sus equivalentes indican la operación realizada por el interprete (por ejemplo el juez) para aplicar a un caso no previsto por el orden jurídico las disposiciones jurídicas (legislativas o consuetudinarias) destinadas a regir casos similares." ⁴¹

⁴⁰.- BURGOA Orihuela, Ignacio. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. ED. Porrúa. S.A., México 1997. pág. 568.

⁴¹.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U.N.A.M Op Cit. pág. 161.

A este respecto, el mismo Doctor Ignacio Burgoa Orihuela opina que: "La imposición por analogía de una pena implica la aplicación, también por analogía, de una ley que contenga una determinada sanción penal, a un hecho que no está expresamente castigado por esta y que ofrece semejanza substancial, pero discrepancia en cuanto a los accidentes naturales, con el delito legalmente penado. Dicha imposición y aplicación analógica constituye una oposición flagrante al principio de *nulla poena sine lege* involucrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional." Así mismo y ejemplificando el significado de mayoría de razón, el autor en cita señala: "Por ejemplo, si un determinado hecho abstracto considerado legalmente como delito está penado con cierta sanción, obedeciendo la tipificación y la penalidad respectivas a factores sociales, económicos, de peligrosidad, etc., y si el hecho concreto *substancialmente diverso*, traduce con mayor gravedad, intensidad o trascendencia tales factores, a este último podría referirse, por una parte, la estimación delictiva prevista en la norma y, por la otra, la penalidad correspondiente, lo cual equivaldría a una aplicación normativa por mayoría de razón." Y finalmente señala que: "En conclusión, al prohibir el artículo 14 constitucional en su tercer párrafo la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad etc., que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio *nulla poena sine lege*." ⁴²

En resumen, podemos concluir que por disposición constitucional elevada a garantía individual, no se puede aplicar sanción alguna a ningún hecho que no sea descrito y contemplado por la ley penal como delito con anterioridad a la

⁴².- BURGOA Orihuela, Ignacio Op. Cit. págs. 571 a 573.

comisión del mismo, y como aseguramiento de dicha garantía se establece la prohibición expresa de creación de delitos y penas, en el primer caso a través de la interpretación, entendida esta como la aplicación de sanciones a hechos que no están expresamente descritos por la ley penal pero presentan semejanza con la descripción típica; y en el segundo caso a través de la extensión, entendida esta como la aplicación de sanciones a hechos que aun cuando no presentan semejanza ni mucho menos identidad con el tipo determinado, por su comisión ofrecen resultados perseguidos en el hecho que se encuentra descrito en la ley penal y señalado como delito.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, el artículo 16 constitucional especialmente en sus párrafos primero y segundo revisten suma importancia para el tema que nos ocupa, pues consagran la garantía de legalidad del proceso penal, precisamente en función de la observancia de la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal consagrada en el artículo 14 del mismo ordenamiento, habiendo estrecha interrelación entre ambas, pues para concebirse la legalidad en el proceso penal, previamente debe haberse observado cabalmente la exacta aplicación de la ley en materia penal, cobrando sentido de esta manera el principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Con lo anterior se garantiza el proceder legítimo y no arbitrario de la autoridad competente para proceder penalmente contra persona alguna, a este respecto opina el maestro Jesús Zamora Pierce que: "...aún la autoridad judicial, única facultada para ordenar aprehensiones, no puede hacerlo arbitrariamente. Debe dictar esa orden cuando se reúnan los elementos enumerados en la Constitución, y debe abstenerse de hacerlo cuando falte alguno de dichos elementos. De donde resulta que reviste la máxima importancia el determinar, con claridad y precisión, cuáles son elementos que deben encontrarse presentes para que la orden de aprehensión sea legal. Del estudio de la Constitución resulta que

esos elementos son los siguientes: A) Que preceda denuncia o querrela; b) Que sean de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; C) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; D) Que el Ministerio Público la solicite; E) Que conste en mandamiento escrito; y F) Que la dicte autoridad competente..."⁴³

En función de lo anterior, podemos apreciar como existe una interrelación entre la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal y la garantía de legalidad del proceso penal, no pudiendo concebirse la última mencionada sin haberse observado la primera en cita, por lo cual, podemos concluir que para aplicar una sanción a hecho determinado, este debe estar descrito y señalado por la ley penal como delito con anterioridad a su comisión, existiendo prohibición de creación de delitos a través de la indebida interpretación; y prohibición de la extensión de las penas a hechos no contemplados por la ley penal aún cuando estos pudieran producir resultados perseguibles por otros hechos distintos si considerados como delitos por la ley penal, robusteciéndose este requerimiento con el enunciando de los párrafos primero y segundo del artículo 16 constitucional que consagran las garantías de legalidad del proceso penal y que también conminan a la autoridad competente a razonar la acreditación de la existencia de un delito, atendiendo a la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal.

⁴³- ZAMORA Pierce, Jesús. GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. ED Porrúa S.A., México 1997 pág. 14.

CAPITULO II

EL TIPO DE VIOLACIÓN.

2.1 CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

A manera de introducción, consideramos necesario analizar una opinión de lo que el delito de violación representa como tal para poder entender los alcances que el mismo representa en la sociedad y el porque de las sanciones que para el mismo se establecen. En este sentido la Licenciada Irma Griselda Amuchategui Requena nos precisa que: "Se considera violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunos, sobre todo las víctimas, se trata de un delito aún mas grave que el propio homicidio, pues consideran preferible perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta. Esta deja, además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las consecuencias resentidas por la propia familia; así mismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona." ⁴⁴

Una vez expuesto lo anterior, procederemos al significado del concepto que nos ocupa, desde un punto de vista mas objetivo, y a este respecto encontramos que el diccionario de la real academia española, nos señala lo siguiente: "Violación. s. f. Acción y efecto de violar. // Relación sexual impuesta por coacción y que constituye un delito." ⁴⁵

Por su parte el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, genéricamente ha definido este concepto de la siguiente

⁴⁴.- AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda, DERECHO PENAL. ED. Harla. México 1997. pág. 298.

⁴⁵.- LAROUSSE. DICCIONARIO ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. ED. LAROUSSE México 1996. pág. 684.

manera: "VIOLACIÓN. I. Cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo." ⁴⁶

El maestro Fernando Barrita, señala que: "Por violación propia debemos entender, la cópula realizada a persona de cualquier sexo, por medio de la *vis absoluta* o de la *vis compulsiva*." ⁴⁷

Por su parte, el Doctor Francisco González de la Vega, considera que: "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación." ⁴⁸

Por su parte el maestro Marco Antonio Díaz de León, define a la violación de la siguiente manera: "Delito cometido por quien utilizando la fuerza física o moral obliga a la víctima, a yacer o a tener acceso carnal. Tal cópula en forma más o menos completa constituye el elemento objetivo integrante del delito de violación. Es decir, cópula, aquí, significa penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo de la víctima, ya sea por vía normal o anormal." ⁴⁹

Nos parece aún más amplia la definición aportada por el jurista argentino Juan H. Sproveiro, quien al definir al delito de violación señala que: "Es la conducta o actividad enderezada a lograr o consumir el acceso carnal de manera violenta, o provocarse este con un sujeto pasivo que la ley reputa incapacitado para otorgar aquiescencia, o manifestar conformidad de la óptica sexual, así como

⁴⁶.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U N A.M. Op. Cit. pág. 3243.

⁴⁷.- BARRITA López, Fernando. DELITOS, SISTEMÁTICAS Y REFORMAS PENALES. ED. Porrúa S A., México 1997 pág. 150.

⁴⁸.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. ED. Porrúa, S.A., México 1997. pág 381.

⁴⁹.- DÍAZ de León, Marco Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, ED. Porrúa, S.A., México 1997. págs. 473 y 474

perfeccionar el acto violatorio o su caracterización como conato, cuando la víctima adoleciera de deficiencias físicas o psíquicas que imposibilitarían cualquier tipo efectivo de resistencia." ⁵⁰

A manera de conclusión, señala el maestro Eduardo López Betancourt lo siguiente: "Por consiguiente, podríamos afirmar que comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral impone cópula en persona de cualquier sexo" ⁵¹

Por su parte, el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 265 parrafo primero, nos señala que: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo..." ⁵²

En nuestra opinión, consideramos que el delito de violación propia puede definirse como la introducción del miembro viril que constituye el acceso carnal, realizado por el sujeto activo (quien debe ser varón), a través de la violencia física o moral, en persona de cualquier sexo mayor de doce años de edad, con capacidad para comprender el hecho y resistirlo, ya por vía normal o vaginal, ya por vías anormales como lo son la boca o el ano.

2.2 PANORAMA HISTÓRICO LEGISLATIVO.

A través de la historia, podemos observar como el delito de violación, con las diversas acepciones con que este ha sido identificado como tal, ha sido severamente castigado. A propósito de las denominaciones que a este delito se le ha dado, encontramos que: "En el derecho romano, el término *stuprum*

⁵⁰.- SPROVIERO, Juan H. DELITO DE VIOLACIÓN, ED. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1996. pág. 17.

⁵¹.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. DELITOS EN PARTICULAR, ED. Porrúa S.A., México 1996. pág. 175.

⁵².- CÓDIGO Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia Federal. Op. Cit. pág. 74.

(probablemente del griego *tupto*, golpeo, hiero) incluía todo acto impúdico con hombres o mujeres, y por consiguiente, la unión carnal con una virgen o viuda honesta, la pederastia y hasta el adulterio. La violencia no era constitutivo de este delito. Cuando la Unión carnal iba acompañada de violencia, quedaba comprendida en la noción amplísima del *crimen vis*. Una disposición del senado (*senatus consultus de Bacchanalibus*) reprimió de modo extraordinario los estupro frecuentes y escandalosos en las orgías báquicas; y la sodomía, bajo el título de estupro, fue castigada por la antigua *Lex Scatinia*." ⁵³

Así también, a mayor abundamiento en cuanto al significado de los delitos sexuales, y las rigurosas sanciones que a estos eran aplicadas, encontramos que: "El Derecho romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como especie de los delitos de *coacción* y a veces, de injuria. Según Mommsen, *vis* es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo (*metus*), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción, se sancionaba precisamente con pena capital el *stuprum violentum*. La *Lex Julia de vis Publica* igualmente le reservaba la penalidad de muerte." ⁵⁴

En la historia de las grandes civilizaciones encontramos también rigurosas sanciones impuestas al delito de violación, así tenemos que: "En Egipto al agente se le castraba; en el pueblo Hebreo, se le imponía muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o soltera; en el Código de Manú, se establecía la pena corporal, si la mujer no era de la misma clase social; en Grecia, el violador debía

⁵³.- MAGGIORE, Giuseppe. DERECHO PENAL TOMO I. ED. Temis. Bogotá, Colombia. 1995. pág. 52 y 53.

⁵⁴.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Op Cit pág. 383.

pagar una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la ofendida si así lo deseaba ella, de no ser así, merecía la pena de muerte; en la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándole la mitad de sus bienes, si era rico y noble." ⁵⁵

"El derecho germánico, por el alto precio en que tuvo a la persona humana, señaló en el estupro el elemento de la violencia y lo castigó con *Wergeld*, si se cometía en mujeres." ⁵⁶

"En el Derecho Canónico, únicamente se consideró el "stuprum violentum", para el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, no obstante, se estipulaba que en mujer ya desflorada no se podía cometer el delito." ⁵⁷ Así mismo, cabe resaltar que "en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la *fornicatio*, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte." ⁵⁸

"Del derecho canónico pasó el concepto del estupro presunto a la *communis opinio doctorum* (común opinión de los doctores) y a las legislaciones, en que predominó el principio de que el violador de una mujer soltera estaba obligado a casarse con ella o a dotarla, si no prefería ir a galeras: *aut nubat, aut dotet, aut ad triremes*. Este sistema, que se prestaba a extorsiones y a especulaciones, tuvo como efecto el que se extendiera la inmoralidad. No tardó en llegar la reacción, al difundirse nuevos principios en la época de las reformas. Ya una ordenanza francesa, del 6 de noviembre de 1639, había abolido el delito de estupro simple; pero el golpe mortal a esta absurda configuración delictuosa se lo dio la famosa "Pragmática napolitana" del 12 de febrero de 1779, promulgada por

⁵⁵.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 183.

⁵⁶.- MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. pág. 53.

⁵⁷.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 183.

⁵⁸.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. pág. 383.

Fernando I, quien prohibió la persecución judicial del estupro, exceptuando el solo y único caso del que se cometiera *con violencia verdadera, real y efectiva*. Así quedaron tres clases de estupro: el violento, el efectuado con violencia presunta --introducido en la doctrina por CARPZOVIO-- y el realizado por medio de "seducción extraordinaria", o sea mediante engaño." ⁵⁹

"En el Fuero Viejo de España, se castigó en general, con la muerte o con la declaración de enemistad, con lo que los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del lib. IV Tít. X, hacen referencia de la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometido en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesa: igual pena se estableció en las leyes de Estilo." ⁶⁰

Ahora bien, con respecto a nuestro país, se tiene conocimiento de que nuestros pueblos establecieron leyes penales muy severas; así tenemos que el pueblo Tarasco mostraba cierta crueldad en la aplicación de las penas, así por ejemplo: "Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir." ⁶¹

"En nuestro país, durante la época prehispánica, encontramos al delito en estudio, sancionado en el pueblo Maya, castigándolo con lapidación, con la participación del pueblo entero. Es muy importante recordar que entre nuestros pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba, además de penalizar de manera muy severa a este ilícito, por lo cual no existía el índice de violaciones como en nuestros días.

⁵⁹.- MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. pág. 53 y 54.

⁶⁰.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo, Op. Cit. pág. 183.

⁶¹.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit pág. 41.

Durante la época colonial, debemos hacer memoria que se aplicaron algunas de las leyes que regían en España; por consiguiente, tenemos en México colonial las leyes de Indias. La Novísima Recopilación de Castilla, ---entre otras--- así como las anteriormente mencionadas: el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas." ⁶²

"En los Códigos penales modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la penalidad de muerte para los casos de violación en sí mismos considerados, sin perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando con ella coinciden otros eventos delictuosos, como lo son los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio." ⁶³

"Los Códigos mexicanos de 1871 (art. 795) y de 1929 (artículo 860) reglamentaban por igual el delito en la siguiente forma: *Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.*" ⁶⁴

En el Código Penal de 1871, según nos ilustra el Doctor López Betancourt, se identificaba también como delito de violación: "La cópula con una persona que se encontrara sin sentido, o sin tener expedito el uso de razón, a pesar de ser mayor de edad, equiparándose esta conducta a la violación." ⁶⁵

El ordenamiento punitivo en estudio, establecía además, agravantes en función de la corta edad de la víctima, del parentesco que el activo guardara con ésta, o si se realizaba a través de algún vínculo de tutela, laboral, profesional, etc., así mismo contemplaba las reglas de acumulación de las penas para el caso de que el ilícito se hiciera acompañar de lesiones. Cabe resaltar que en este

⁶².- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 184.

⁶³.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. pág. 383.

⁶⁴.- Idem. DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. pág. 384.

⁶⁵.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 184 y 185.

ordenamiento ya existe un antecedente de una figura que se equipara a la violación, como lo es la cópula con persona sin sentido, o sin tener expedito el uso de razón.

Como ha quedado precisado anteriormente, el Código de 1929, describía el delito de violación de igual forma que el Código de 1871, y también según apunta nuestro autor en cita: "Se equiparaba a la violación, la cópula con una persona que se encontrara sin sentido o sin expedito uso de la razón, a pesar de ser mayor de edad (Artículo 861)." ⁶⁶

Como es de observarse, en el ordenamiento en estudio también existía una figura que se equiparaba a la violación, siendo importante destacar que se aplicaba mayor penalidad en razón de si la víctima era impúber, lo cual no era expuesto por el Código Penal que le precedía; así mismo, aumentaba la sanción en razón del parentesco que el activo guardaba en relación a la víctima, o de la relación laboral, de tutela, profesional etc., al igual que el Código de 1871.

Finalmente nos referiremos al Código Penal de 1931, el cual ha sido reformado en múltiples ocasiones, y actualmente rige en delitos del orden federal para toda la República, y en delitos del orden común para el Distrito Federal.

Por cuanto hace al delito de violación, el texto original señalaba que: "al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años." ⁶⁷

Cabe destacar que el texto original del citado ordenamiento contemplaba también una figura equiparable a la violación; de esta manera expone el maestro Eduardo López Betancourt que: "La cópula con persona privada de razón o

⁶⁶.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 186.

⁶⁷.- Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de agosto de 1931. pág. 19.

sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistirla, eran equiparadas con la violación (Artículo 266)." ⁶⁸

El texto original del tipo de violación ha sufrido cambios a virtud de diversas reformas, la primera de ellas, publicada el 20 de enero de 1967, suprime la característica de la realización de la cópula sin voluntad del sujeto pasivo. A este respecto opina el Doctor Gonzalez de la Vega que: "En la inconsulta reforma al artículo 265, se suprimió la exigencia de que la cópula violenta (física o moral), se realizare *sin voluntad del ofendido*; probablemente por simple error, los noveles legisladores omitieron ese indispensable elemento, o quizá pensaron que la utilización de la violencia física o moral suponía necesariamente la ausencia de voluntad del ofendido, por realizarse el acto siempre en forma impositiva. Pero esto no siempre es verdad ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre, tal y como acontece en los sórdidos episodios del masoquismo-sadismo, en degradantes casos del ejercicio de la prostitución, del cruel exhibicionismo erótico, o aún en el secreto de las alcobas de algunos matrimonios o concubinatos. De la nueva redacción parecen desprenderse únicamente los siguientes elementos constitutivos: a) una acción de cópula (normal o anormal); b) que esa cópula se efectue en persona de cualquier sexo; c) empleo de la violencia física o moral." ⁶⁹

Posteriormente, en enero de 1989, se adiciona un segundo párrafo (ahora tercero) al artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que equipara al hecho de introducir por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, con el delito de violación; así mismo se establecen agravaciones al delito de violación propia en función del número de sujetos

⁶⁸.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 187.

⁶⁹.- GONZALEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. pág. 384.

activos; del grado de parentesco que exista entre la víctima y el agresor; de la relación o vínculo laboral que los una, etc.

Posteriormente nuestro Código Penal es nuevamente reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 1991, adicionándose un segundo párrafo al artículo 265 del señalado ordenamiento que define al concepto cópula, dejando la figura de violación impropia como tercer párrafo, el cual, al mismo tiempo es también reformado en cuanto a la sanción, ya que se incrementa la misma, opinando a este respecto la maestra Irma G. Amuchategui, lo siguiente: "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."⁷⁰

Ahora bien, con la última reforma habida en nuestro Código Penal, de fecha 30 de diciembre de 1997, se incrementa la penalidad para la violación impropia planteada por el tercer párrafo del artículo 265 del señalado ordenamiento, sancionándose de igual manera que el delito de violación, es decir, con prisión de ocho a catorce años. Así mismo, se adiciona el artículo 265 bis, el cual instituye la violación entre consortes, estableciendo también para este, la pena impuesta al delito de violación, pero con la peculiaridad de que es perseguible por querrela de parte ofendida. También a virtud de la mencionada reforma se incluye una fracción III al artículo 266 del ordenamiento punitivo en comento, la cual sanciona al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier

⁷⁰.- AMUCHATEGUI, Requena, Irma G. Op. Cit. pág 304.

elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; sea cual fuere el sexo de la víctima."

Como hemos podido observar, el delito de violación, desde tiempos muy remotos, ha sido severamente sancionado; aun en la actualidad, después de la evolución que dicha figura delictiva a sufrido a través del tiempo, es considerado como un delito grave y la pena que le resulta aplicable es muy alta. Por los razonamientos antes expuestos, nos parece criticable la reforma del 30 de diciembre de 1997 por virtud de la cual, se adiciona el artículo 265 bis, instituyendo la violación entre consortes, pues por un lado, antes de la reforma, dicha conducta, aún entre cónyuges era sancionada, y por otro lado, siendo un delito grave, nos parece incongruente que sea perseguible a petición de parte ofendida y no de oficio, como en todas las hipótesis planteadas al delito de violación.

Ahora bien, la adición de la fracción III al artículo 266 de nuestro Código Penal nos parece acertada (aunque incompleta por las razones a que nos referiremos posteriormente), pues antes de la reforma del 30 de diciembre de 1997, solo se sancionaba la introducción por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, y se omitía contemplar la realización de dicho hecho en eventos donde no mediara violencia física o moral y que sin embargo tampoco existiera el consentimiento del sujeto pasivo, como lo es en personas incapaces, o menores de doce años, o en personas que por cualquier causa no pudieran resistirlo, dejando como hechos atípicos las anteriores hipótesis, por lo que con la aludida reforma, queda resuelto el problema.

2.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Previo al estudio de los elementos constitutivos del delito de violación, estimamos necesario la comprensión del significado del tema en análisis, así, tenemos que el maestro Celestino Porte Petit consideró que: "Elemento del delito es todo componente *sine qua non*, indispensable para la existencia del delito en general o especial." ⁷¹

Ahora bien, visto lo anterior, consideramos importante no confundir los elementos constitutivos del delito, con los elementos del tipo penal, ya que los primeros se refieren a los componentes específicos que cada delito en particular contiene, y los últimos en mención son elementos característicos de todo tipo penal en general.

Para analizar los elementos constitutivos del delito de violación, partiremos de la definición que nos señala el artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente: "Al que por medio de la violencia física o moral, realice cópula con persona de cualquier sexo..." ⁷²

En alusión a la redacción del artículo antes señalado, habida cuenta de la reforma de enero de 1967, en la que se suprime la exigencia de que la cópula violenta se realice sin voluntad del ofendido, opina el maestro Francisco González de la Vega que: "De la nueva redacción parece desprenderse únicamente los siguientes elementos constitutivos: a) una acción de cópula (normal o anormal); b) que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; y, c) empleo de la violencia física o moral." ⁷³

⁷¹.- PORTE Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. pág. 217.

⁷².- CÓDIGO Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal Op. Ci, pág. 74

⁷³.- GONZALEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Op. Cit. pág. 384.

El maestro Eduardo López Betancourt cita el criterio que ha sustentado el Poder Judicial de la Federación en la siguiente tesis:

"VIOLACIÓN. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos que constituyen el delito de violación lo son: a) La cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo; b) Empleo de violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce, impiden resistir el ayuntamiento; y, c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal.

(Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo VIII. Noviembre. Tesis VI. 2º. 517 P. Página 333).

PRECEDENTES: Amparo en revisión. 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna." ⁷⁴

El Doctor Celestino Porte Petit hace referencia a diversos autores que abordan el tema de los elementos constitutivos del delito de violación, así apunta que: "RANIERI expresa que son elementos de la violación, el sujeto activo, la conducta criminosa, el objeto material, el evento y el dolo genérico. Para CUELLO CALÓN, un hecho de yacimiento, que sea ilícito, y la voluntad de yacer." ⁷⁵

⁷⁴.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 179.

⁷⁵.- PORTE Petit Candaudap, Celestino. ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. ED. Porrúa. México 1993. pág. 12.

Así mismo, Porte Petit nos transcribe algunos de los criterios de nuestros órganos de justicia, señalando que: "La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha resuelto: "Las constitutivas de esta delito, son: el ayuntamiento; que este se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no pueden ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente que la definición del delito, requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aun cuando después venga el arrepentimiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, éstos resultarían antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o, cuando menos, de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilita el libre albedrío, y hace imposible suspender aquel, cuando el paciente manifiesta su falta de voluntad o su arrepentimiento." Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ha establecido que "el delito de violación se integra por tres distintos elementos: uno primero material, la consumación de la cópula, un segundo de la misma naturaleza y que consiste en el empleo de la violencia para efectuar el acto, ya sea por el uso de medios físicos o por coacciones morales, siendo necesario a este respecto hacer notar que el empleo de los primeros se traduce frecuentemente en una fuerza de carácter moral, en virtud de la intimidación que produce en la víctima. Hay finalmente, un tercer elemento: que la cópula realizada con violencia, se verifica en ausencia de la voluntad de la víctima." ⁷⁶

76.- PORTE Petit Candaudap, Celestino. ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Op. Cit. pág. 13 y 14.

Una analizados los anteriores criterios, podemos observar como en forma casi unánime, los autores aludidos, coinciden en señalar como elementos constitutivos del delito de violación a los siguientes: a) cópula normal o anormal; b) con persona de cualquier sexo; c) por medio de la violencia física o moral; y d) sin consentimiento del ofendido; conceptos que procederemos a analizar.

a) Primer Elemento: Cópula normal o anormal.

El maestro Eduardo López Betancourt, señala: "Al referirnos al primer elemento, mencionando la cópula normal o anormal, nos referimos a la primera cuando se ejecuta el hecho mediante la introducción del miembro viril por vía vaginal a la víctima; y en cuanto a la anormal, cuando esta se realiza entre homosexuales masculinos o de varón con mujer, por una vía que fisiológicamente no está destinada a ese fin, como lo es por vía anal u oral." ⁷⁷

González de la Vega, afirma que: "*Cópula*. Es cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella. A diferencia del estupro, en la violación el acto puede ser normal (introducción del pene en la vagina) o anormal (introducción del pene en casos no idóneos para el coito). Caben tres hipótesis: a) cópula de hombre a mujer, por vía normal; b) cópula de hombre a mujer, por vía contra natura; y c) cópula homosexual, de hombre a hombre. Se excluyen los actos lésbicos, de mujer a mujer, por no existir fenómeno copulativo de introducción; pero pueden configurar atentados al pudor." ⁷⁸

Díaz de León admite también (con sus reservas) la figura de cópula normal o anormal al señalar que: "Tal cópula en forma más o menos completa, constituye el elemento objetivo integrante del delito de violación. Es decir, cópula, aquí,

⁷⁷.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op Cit. pág. 180.

⁷⁸.- GONZALEZ de la Vega, Francisco. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO. Op Cit pág. 380.

significa penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo de la víctima, ya sea por vía normal o anormal." ⁷⁹

b) Segundo Elemento: Con persona de cualquier sexo.

González de la Vega nos señala a este respecto lo siguiente: "La ley mexicana, con mejor sentido que las legislaciones extranjeras, extiende su protección a los hombres víctimas de la fornicación violenta; por eso cabe la hipótesis de ayuntamiento homosexual masculino." ⁸⁰

López Betancourt nos precisa lo siguiente: "En cuanto al segundo elemento referente a que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo, este delito no pone ningún límite respecto a la edad o desarrollo fisiológico, estado civil o conducta anterior del pasivo; no se establece ningún límite, por lo que cualquier ser humano es susceptible de una violación." ⁸¹

Amuchategui Requena nos señala en relación al sujeto pasivo del delito que: "Igualmente puede serlo cualquiera, sin importar el sexo, la edad ni las características de la persona. Lo común es que el sujeto pasivo sea la mujer, pero la propia norma habla de "... *persona de cualquier sexo*..." y hay casos de hombres atacados sexualmente". ⁸²

c) Tercer elemento: Por medio de la violencia física o moral.

Aludimos nuevamente al profesor González de la Vega, quien nos señala a este respecto: "Empleo de a) Violencia física, es decir, fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, como: golpes, heridas, ataduras, sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o b) violencia moral, es decir,

⁷⁹.- DÍAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 473 y 474.

⁸⁰.- GONZALEZ de la Vega, Francisco. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO. Op. Cit. pág. 380.

⁸¹.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo Op. Cit. pág. 180.

⁸².- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit. pág. 298

empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce, impiden resistir el ayuntamiento." ⁸³

A este respecto, opina López Betancourt lo siguiente: "... en cuanto al medio que utiliza el agente para obtener, de su víctima la cópula, se da en dos vertientes: de manera física y moral. La primera, la podemos entender como aquella fuerza material aplicada sobre el cuerpo del pasivo, utilizada por el agente para superar la resistencia de la víctima para obligarla contra su voluntad a someterse a la comisión de la cópula. Por violencia moral, podemos entender el amago, amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla (Artículo 373 del Código Penal Federal)." ⁸⁴

Amuchategui Requena nos indica que: "La violación es uno de los delitos en los que la norma señala medio de ejecución requerido, como la violencia. Por disposición de la ley, la violencia puede ser física o moral. En seguida se verá a que se debe cada una.

Violencia. Es la fuerza con que se realiza algún hecho, o sea, una agresión física ejercida directamente sobre alguien o algo.

Física. Es la fuerza o agresión de hecho, ejercida por una persona. Se trata de un ataque material o directo, como los golpes.

Moral. Consiste en intimidar a alguien a través de la amenaza de un mal grave. En la violación, se configura cuando se realiza mediante violencia física o cuando se trata de la moral." ⁸⁵

d) Cuarto Elemento: Sin consentimiento del ofendido.

El Doctor López Betancourt nos señala a este respecto que: "...se refiere a la ausencia de consentimiento de la víctima para acceder a la cópula." ⁸⁶

⁸³.- GONZALEZ de la Vega, Francisco. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO. Op. Cit. pág. 380.

⁸⁴.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo Op. Cit. pág. 180 y 181.

⁸⁵.- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit. pág. 304.

⁸⁶.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 180.

Por su parte el maestro Francisco González de la Vega, opina que debido a la reforma de diciembre de 1966, publicada en el Diario Oficial del 20 de enero de 1967, este cuarto elemento desapareció, haciendo una severa crítica al legislador reformador al señalar lo siguiente: "En la inconsulta reforma al código, torpemente realizada en 1966, se suprimió la frase (y, por tanto, el elemento) de que la cópula se realiza "sin la voluntad de ésta", es decir, de la persona ofendida. Probablemente los autores de la torpe reforma al suprimir la frase pensaron que la utilización de la violación ya implica, en sí misma, la falta del consentimiento del paciente, pero no es así en todos los casos. Es imprescindible que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido. Si por interés de la paga, o por complacer a un amante sádico, o por personal delectación masoquista, un individuo acepta o requiere voluntariamente que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad o fuerza con motivo de la relación sexual, ese consentimiento hace desaparecer el delito de violación, sin perjuicio de otras infracciones que aparezca consumadas, por ejemplo, lesiones. La ausencia de consentimiento aunada a la violación es lo que debe dar su tono diferencial a la violación." ⁸⁷

El maestro Celestino Porte Petit, a diferencia de González de la Vega, consideró a este respecto lo siguiente: "Creemos que existía redundancia en la ley al establecer que la cópula se obtuviera por medio de la violencia física y sin la voluntad de la persona ofendida, al suponer la vis absoluta la falta de consentimiento; por tanto, hubiera bastado decir que el acceso carnal se obtuviera por medio de la violencia física. Además, con base en una interpretación a contrario sensu, se llegaría a la conclusión de que se podría obtener la cópula por

⁸⁷.- GONZALEZ de la Vega, Francisco EL CÓDIGO PENAL COMENTADO, Op. Cit. pág. 380 y 381.

medio de la violencia física y con la voluntad de la persona ofendida, o sea, el consentimiento de ésta." ⁸⁸

En conclusión, podemos considerar como elementos constitutivos del delito de violación, por así desprenderse del texto del artículo 265 del Código Penal Federal, a los siguientes: **a)** La cópula, normal o anormal, la cual es cualquier forma de ayuntamiento carnal, por vía normal o vaginal, o por vías que fisiológicamente no son idóneas para el coito y que solo pueden ser el ano y la boca en tratándose de introducción del miembro viril; **b)** que se imponga en persona de cualquier sexo, lo que significa que la libertad sexual de todo ser humano se encuentra tutelada por el precepto legal de mérito, ya que toda persona es susceptible de ser violada; y **c)** por medio de la violencia física o moral, esto es, que debe cometerse mediante fuerza física o amenazas graves que en ambos casos serán capaces de vencer la resistencia del sujeto pasivo. Algunos autores consideran también como elemento constitutivo del delito en análisis a: **d)** sin voluntad del ofendido, es decir, sin consentimiento de la víctima, mas a este respecto, nos adherimos al comentario sustentado por el maestro González de la Vega, en sentido de que dicho elemento desapareció al suprimirse la frase "sin voluntad del ofendido", pues estamos de acuerdo en que sí es posible concebir una cópula, por medio de la violencia física sin que esto implique necesariamente la falta de consentimiento del sujeto pasivo, además, basados en lo anterior, estimamos que considerar o interpretar que el texto del artículo 265 del Código Penal Federal lleva implícito en sí: "la falta de voluntad del ofendido", constituye una violación a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, pues dicha consideración o interpretación va mas allá de los límites la redacción del precepto legal antes invocado.

⁸⁸.- PORTE Petit Candaudap, Celestino. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Op. Cit. pág. 48.

2.4 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN EN SUS DIVERSAS MODALIDADES.

El bien jurídico tutelado, también conocido como objeto jurídico, es un concepto del que estimamos necesario analizar brevemente su significado antes de abordar el tema sujeto a estudio. Así, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios nos define genéricamente al bien jurídico como: "Objeto de protección de las normas de derecho".⁸⁹

Por su parte, el Doctor Gustavo Malo Camacho señala que: "*El bien jurídico penalmente protegido. Es la síntesis normativa de una determinada relación social, dialéctica y dinámica.*"⁹⁰

El Doctor Fernando Castellanos Tena, nos indica a este respecto que: "El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan."⁹¹

De lo anterior, podemos concluir que el bien jurídico tutelado es el objeto que la ley protege de aquellas conductas que pueden lesionarlo.

Ahora bien, dado que el presente subcapítulo habla del bien jurídicamente tutelado en el delito de violación en sus diversas modalidades, nos referiremos someramente a estas. Así, Amuchategui Requena al abordar las modalidades del delito de violación o clases, nos señala lo siguiente: "Se trata de establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes, que en realidad obedece a fines didácticos para facilitar la comprensión del tema. Ciertamente, la violación es un delito con una serie de elementos típicos, de modo que si falta alguno, dejará de tener existencia como tal; por tanto, solo se podrá hablar de un delito de

⁸⁹.- INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas de la U.N A M. Op. Cit. pág. 338

⁹⁰.- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit. pág. 330.

⁹¹.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. pág. 152.

violación único; sin embargo, algunos rasgos hacen posible una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad.

Así, existen los siguientes tipos de violación:

a) Violación *propia o genérica*. Es la que constituye el tipo básico contenido en el art. 265 del *CPDF*, a la cual ya se ha hecho referencia.

b) Violación *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 al miembro viril. Consistente 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 menor a la correspondiente a la violación genérica, conforme lo establece el art. 265, segundo párrafo del *CPDF*.

Equiparada por no existir el medio violento. Es la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero esta es menor de 12 años; también es la cópula con persona que, no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el art. 266 del *CPDF*.

c) Violación *agravada*. Es la que, por razones específicas, tiene penalidad mayor, y puede ser de cuatro tipos:

Tumultuaria. Ocurre cuando dos o mas sujetos activos cometen el delito (art. 266 *bis*, primera fracción del *CPDF*).

Entre parientes. Es la que comete alguno de los parientes a que se refiere el art. 266 *bis*, segunda fracción del *CPDF*.

Cometida por un funcionario o empleado público o por un profesional. En atención a la calidad del sujeto activo, esta violación se agrava con una pena accesoria (art. 266 *bis* tercera fracción del *CPDF*).

Equiparada con violencia. Es la que establece la última parte del art. 266 del CPDF.

d) Violación *Fraudulenta*. No la contempla el CPDF, pero sí algunos códigos estatales como los de Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, etc. Ocurre cuando, por suplantación de persona, el sujeto activo engaña al pasivo o se aprovecha de su error." ⁹²

Una vez analizadas las diversas modalidades del delito de violación, podemos iniciar el estudio de su objeto jurídico tutelado, señalando que parece existir consenso general en sentido de que el bien jurídico tutelado en el delito de violación lo es la libertad sexual. No obstante lo anterior, según será analizado, algunos autores consideran que para algunas figuras de la violación, corresponde diversa tutela penal.

Así, tenemos que para Sproviero, el delito de violación tutela la libertad sexual, y nos dice: "Para que la violación se evidencie, la conducta del autor debe reunir las exigencias de la ley, promoviendo la transgresión de un bien que la ley protege específicamente: la libertad sexual." ⁹³

Por su parte, la maestra Irma Amuchategui Requena sostiene respecto del objeto jurídico en el delito de violación que: "Se trata de la libertad sexual de las personas o el normal desarrollo psicosexual." ⁹⁴

A este respecto, el Doctor Eduardo López Betancourt, al referirse al objeto jurídico del delito de violación, nos precisa que: "Es el bien jurídicamente tutelado por la norma penal; ésto es, la libertad sexual de todo individuo de realizar relaciones sexuales con el sujeto que quiera." ⁹⁵

⁹².- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit. pág. 311 y 312.

⁹³.- SPROVIERO, Juan H. Op. Cit. pág. 17.

⁹⁴.- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit. pág. 303.

⁹⁵.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 195.

El Doctor Raul Carranca y Rivas, sostiene también, en tratándose del delito de violación, lo siguiente: "Objeto jurídico del delito: La libertad sexual de las personas. Delito doloso, de lesión. Es configurable la tentativa." ⁹⁶

A este respecto, el maestro Celestino Porte Petit, nos señala lo siguiente: "A nuestro parecer, en realidad, el bien jurídico que protege la ley es, como se estima por una corriente doctrinal, la *libertad sexual* (la que según SALTELLI Y ROMANO DI FALCO, consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual)." ⁹⁷

Tal y como puede observarse, de las opiniones de los diversos autores en relación al bien jurídico que tutela el delito de violación, parece haber general consenso en el sentido de que el objeto jurídico tutelado por la norma penal en el delito en comento, lo es la libertad sexual. No obstante lo anterior y como ya lo habíamos mencionado, algunos autores opinan que en algunas figuras consideradas como violación, es otro el bien jurídico tutelado y por lo tanto, sugieren el establecimiento o separación de bienes jurídicos tutelados en el delito en análisis, así, Díaz de León nos comenta: "Como ejemplo de dicha separación de bienes jurídicos que debe hacerse en las leyes, podemos señalar, de un lado, el caso genérico del delito de violación como norma penal tendiente a resguardar la libertad sexual, entendida esta en su forma natural y normal de manifestarse, o sea, individual y socialmente, entre el varón y la mujer mediante sus órganos genitales, esto es, prohibiendo que por la fuerza se introduzca el pene a la víctima en la vagina, y del otro, el supuesto específico, anormal y extraordinario del *fornicatio antinatural* de introducir también mediante el empleo de la fuerza el

⁹⁶.- CARRANCA y Trujillo, Raul. Carranca y Rivas, Raul. CÓDIGO PENAL ANOTADO. ED. Porrúa. S.A., México 1996, pág. 700.

⁹⁷.- PORTE Petit Candaudap, Celestino ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Op. Cit. pág. 33.

miembro viril por el ano de una mujer o de un varón, atacante ello, no de la libertad sexual porque tanto aquella como éste biológicamente no tienen el sexo en el ano (éste orificio sirve para defecar y pertenece al aparato digestivo), sino del bien jurídico de la *improfanación carnal*." ⁹⁸

Así también, debe decirse que para algunos autores, la introducción del miembro viril por vía oral, o anal, no constituye el delito de violación, por no ser la boca o el ano un órgano sexual, y por tal razón, no puede hablarse en este caso, de la libertad sexual como bien jurídico tutelado. El maestro González de la Vega nos señala lo siguiente: "Decíamos que a nuestro juicio en el hecho de la *"fellatio in ore"*, no existía acceso carnal, pues bien podría ser un abuso deshonesto." ⁹⁹ Díaz de León, en este mismo sentido, nos dice: "Por lo tanto, la *fellatio in ore* no corresponde por naturaleza a un acto sexual en el sentido indicado ni, menos aún, tipifica el delito de violación, ya que no se da aquí propiamente el acceso carnal, pues, más que carne, en la boca hay dientes y muelas." ¹⁰⁰

Así también, cabe destacar que por cuanto hace a los delitos equiparables al delito de violación, como lo es la cópula con menores de 12 años, o con persona que no tenga capacidad para comprender el hecho, o que por cualquier causa no pudiere resistirlo, Díaz de León nos señala que el bien jurídico tutelado lo es: "La seguridad sexual" ¹⁰¹

De lo anterior, podemos concluir que el mas aceptado criterio indica que el bien jurídico tutelado en el delito de violación, lo es la libertad sexual, sin embargo, eventualmente, determinadas conductas tipificadas como violación, pueden corresponder a diversas tutelas u objetos jurídicos por pertenecer a diversas naturalezas que no son de carácter sexual.

⁹⁸.- DIAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 474 y 475.

⁹⁹.- GONZÁLEZ de la Vaga, Francisco. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO. Op. Cit. pág. 379.

¹⁰⁰.- DIAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 476.

¹⁰¹.- Idem. pág. 479.

CAPITULO III

EL TIPO DE VIOLACIÓN IMPROPIA Y LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA EN SU DESCRIPCIÓN TÍPICA.

3.1 CONCEPTO DE VIOLACIÓN IMPROPIA.

La maestra Irma G. Amuchategui Requena nos señala que, entre los diferentes tipos de violación, se encuentra la llamada **violación equiparada**, también conocida como **impropia** o **ficta**; y nos define a esta modalidad de violación de la siguiente manera: "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 menor a la correspondiente a la violación genérica, conforme lo establece el art. 265, segundo párr., del CPDF.

Equiparada por no existir el medio violento. Es la violación en que se obtiene el consentimiento de la víctima, pero ésta es menor de 12 años; también es la cópula con persona que, no puede comprender o resistir la conducta criminal, contemplada en el artículo 266 del CPDF."¹⁰²

Es evidente que el texto del autor en cita no se encuentra actualizado, pues como ya lo hemos mencionado anteriormente, a virtud de la reforma del 30 de diciembre de 1997, ya existe para la violación impropia tipificada por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, una sanción igual a la aplicable a la violación genérica o propia, es decir, de ocho a catorce años de prisión; así mismo, con la mencionada reforma, se adicionó al

¹⁰².- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit. pág. 311.

artículo 266 del señalado ordenamiento la fracción III, en la cual, ahora se contempla la figura equiparable al delito de violación consistente en que, sin violencia y con fines lascivos se introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pudiera resistirlo; con lo que dicha introducción de elementos o instrumentos por vía anal o vaginal, ya no requiere necesariamente de violencia, como se señala en la definición antes transcrita. Esta reforma nos parece lógica y necesaria (aunque insuficiente como será expuesto), pues anteriormente no se contemplaba como figura típica un hecho semejante que fuera impuesto a una menor de edad, o a un incapacitado o a persona que se encontrare bajo el efecto de sedantes, etc.

Por su parte, el maestro González de la Vega nos indica que: "En 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 el acto por enfermedades de la mente o del cuerpo, por su corta edad o por semejantes condiciones de indefensión." ¹⁰³

Así mismo, el autor en análisis, refiriéndose al artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, nos dice que: "El tercer párrafo del artículo, viene a equiparar el delito de violación cuando por medio de la violencia física o moral se introduzca por la vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, esto es que pueden ser, aparatos de plástico de los llamados vibradores, imitaciones de goma del miembro viril, los llamados

¹⁰³.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO, Op. Cit. pág 382.

vulgarmente "consoladores", cualquier instrumento rígido y hasta por medio de maniobras digitales, sin importar el sexo del pasivo." ¹⁰⁴

Personalmente, no estamos de acuerdo con el criterio sustentado por el Doctor Francisco González de la Vega en el sentido de que pudieran comprenderse las maniobras digitales dentro de la hipótesis de introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, puesto que los dedos, de acuerdo a la definición aportada por el Diccionario de la Real Academia Española (que analizaremos mas adelante), no son elementos ni instrumentos, sino órganos, y por tal razón, considerar a estos órganos como elementos o instrumentos por parte de la autoridad, probablemente para dictar una resolución, a nuestro parecer, representaría una imposición por analogía que a su vez constituiría una violación a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, consagrada por el artículo 14 de la Constitución Federal.

Sostenemos el criterio antes expuesto apoyados en afirmaciones de autores como Francisco Barradas García, quien conjuntamente con Raul Cortes Davila y Ma. Gloria Sánchez Licea, señalan al referirse al párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal lo siguiente: "Consideramos que la introducción del dedo o de los dedos no está comprendido dentro del tipo, en virtud de que no podemos considerarlos como elemento o instrumento, sino como una parte del cuerpo." ¹⁰⁵

Por nuestra parte, consideramos que la introducción de otros órganos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, como lo son los dedos, constituye una ofensa de tal magnitud y gravedad, como la introducción de elementos o instrumentos como los que alude González de la Vega, sin embargo,

¹⁰⁴.- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. CÓDIGO PENAL COMENTADO. Op. Cit. pág. 379 y 380

¹⁰⁵.- BARRADAS Garcia, Francisco. COMETARIOS PRÁCTICOS al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, ED Sista. México. 1998. pág. 468.

la descripción típica de la violación impropia planteada por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, presenta deficiencia, ya que solo se refiere a elementos o instrumentos distintos del miembro viril, lo que a nuestro juicio no comprende otra clase de órganos, como pudieran ser los dedos, según lo observamos con las siguientes definiciones:

"ELEMENTO.- (del lat. **elementum**). // Principio que entra en la composición de los cuerpos. // Cuerpo que consta de una sola especie de materia. // En la filosofía natural antigua, la tierra, el agua, el aire y el fuego. // En la pila eléctrica, cada una de las piezas de metal u otra substancia que, reunidas o soldadas, forman sus partes. // Fundamento, móvil o parte integrante de una cosa. // Chile, Perú y Puerto Rico. fig. y fam. Persona de cortos alcances, babieca. // pl. Fundamentos y primeros principios de las ciencias y artes. // fig. medios, recursos.

INSTRUMENTO.- (del lat. **instrumentum**). // Conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios. // Ingenio o maquina. // Aquello de que nos servimos para hacer una cosa. // Escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa." ¹⁰⁶

De los conceptos ya definidos, podemos apreciar que ninguno encuadra con la descripción los otros órganos diferentes al miembro viril, ya que estos corresponden a las siguientes definiciones:

"ÓRGANO.- (del la. **orgánum** del gr. **organon**). // Instrumento músico de viento, compuesto de muchos cañones, con un teclado que quita o deja libre el paso del aire, de unos fuelles que les hace sonar, y de varios registros, ordenados para modificar el timbre de las voces. El primer órgano de fuelles fue construido en el siglo V. // Aparato que se usaba en las posadas y tabernas para enfriar las

¹⁰⁶.- ENCICLOPEDIA ILUSTRADA EN LENGUA ESPAÑOLA DICCIONARIO LÉXICO HISPANO. Op. Cit. pág. 532 y 819.

bebidas. // compuesta de cañones de arcabuz que se disparaban a un tiempo. Probable origen de la primitiva ametralladora de abanico. // **Cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función.** // fig. Medio o conducto por donde una cosa se comunica con otra. // fig. Persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o designio.

"DEDO.- (del lat. *digitus*). // **Una de las cinco partes prolongadas en que termina la mano y el pie del hombre, y en el mismo o menor numero muchos animales.** Los nombres de los dedos son: pulgar o gordo; índice, mostrador o saludador; cordial, de en medio o del corazón; medico o anular y meñique o auricular. // Medida de longitud, duodécima parte del palmo y equivalente a dieciocho milímetros. // Medida de diez nudillos, para llevar con cuenta la labor de la media calceta. // Porción de una cosa del ancho de un dedo." ¹⁰⁷

Consideramos importante destacar que, a pesar de existir más de una sola hipótesis de violación impropia, el presente trabajo se refiere de manera exclusiva a la violación equiparada, impropia o ficta consistente en: *la introducción por vía anal o vaginal, de cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril* (artículo 265 tercer párrafo y 266 fracción III del Código Penal vigente para el Distrito Federal), por medio de la violencia, o bien en persona que no tenga capacidad de comprender el hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo. Esta disposición es la que estimamos insuficiente para tipificar aquellos actos semejantes que por su gravedad, deberían ser equiparados al delito de violación y sancionados como tal, y que en consecuencia, deben ser tutelados también por la norma penal, ya que al no ser así, por las razones antes expuestas, son hechos atípicos.

¹⁰⁷,- ENCICLOPEDIA ILUSTRADA EN LENGUA ESPAÑOLA. DICCIONARIO LÉXICO HISPANO. Op. Cit. pág. 1043 y 450.

3.2 ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA.

"Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos a través de los sentidos...

En general, los elementos descriptivos objetivos son:

La conducta.

El resultado.

El objeto material.

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión y los medios.

Bien jurídico, que tiene un contenido a la vez, objetivo y normativo." ¹⁰⁸

El maestro Marco Antonio Díaz de León, al definir al delito de violación propia o genérica como "el delito cometido por quien utilizando fuerza física o moral obliga a la víctima a copular, yacer o a tener acceso carnal", nos señala que: "Tal cópula, en forma más o menos completa constituye el **elemento objetivo** integrante el delito de violación." ¹⁰⁹ De la misma manera, y bajo el entendido de que elemento objetivo es también identificado como elemento material, el maestro Porte Petit coincide en que: "El acceso carnal es el **elemento material** en el delito de violación." ¹¹⁰

Ahora bien, dado que el presente trabajo se refiere únicamente a las figuras delictivas equiparadas al delito de violación, que consisten en **a)** introducir por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido (artículo 265 párrafo tercero del Código Penal Federal) y **b)** al que sin violencia y con fines

¹⁰⁸.- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit. págs. 326 y 327.

¹⁰⁹.- DIAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. págs. 473 y 474.

¹¹⁰.- PORTE Petit Candaudap. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Op. Cit. pág. 15.

lascivos introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; sea cual fuere el sexo de la víctima (artículo 266 fracción III del Código Penal Federal), nos referiremos solo al estudio de los elementos objetivos, normativos y subjetivos de estos. En este orden de ideas, a pesar ser muy breve la exploración de estas figuras, nos queda claro que aquí, el **elemento objetivo** esta constituido para ambas hipótesis precisamente por la introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril por vía anal o vaginal, ya que son estos los planteamientos equiparables a la cópula en el delito de violación propia.

Los elementos descriptivos objetivos para las hipótesis del delito de violación impropia que nos ocupa, son los siguientes:

CONDUCTA.- La cual consiste para ambas hipótesis en estudio, en la introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, en persona de cualquier sexo, siendo para la hipótesis del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal Federal, por medio de la violencia física o moral; y para la hipótesis de la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento, en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

EL RESULTADO. El cual es instantáneo y material, y se evidencia para ambas hipótesis, al haberse introducido elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, en persona de cualquier sexo, siendo para la hipótesis del párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal Federal, por medio de la violencia física o moral; y para la hipótesis de la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento, en una persona menor de doce años de edad o

persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

EL OBJETO MATERIAL. Es aquel en el que recae la conducta desplegada por el sujeto activo, entendiéndose que para las hipótesis de violación impropia, es la persona de cualquier sexo a quien se introduce por vía vaginal o anal, cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril; por medio de la violencia física o moral para el tipo descrito por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal Federal, y en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo para el tipo descrito por la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento.

LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO Y OCASIÓN Y LOS MEDIOS. En las hipótesis de violación impropia en estudio, no se requieren circunstancias específicas de lugar, tiempo, modo ni ocasión del evento delictivo, y por lo que hace a los medios, para la hipótesis descrita por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal Federal, debe ser a través de la violencia física o moral; así mismo para la hipótesis descrita por la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento, debe ser a valiéndose de la ausencia de capacidad de la víctima para comprender el hecho, o que por cualquier causa no pudiera resistirlo.

BIEN JURÍDICO, QUE TIENE UN CONTENIDO A LA VEZ, OBJETIVO Y NORMATIVO. Como ya lo hemos mencionado, la mayor parte de la doctrina se inclina por señalar que el bien jurídico tutelado en el tipo de violación, en sus diversas clases, lo es la libertad sexual, y por tal razón, y dado que el presente trabajo se refiere a fines prácticos y no esencialmente teóricos, nos remitimos a esta opinión general, ya que posteriormente en el siguiente subcapítulo, atenderemos al bien jurídico tutelado de las hipótesis en análisis de manera específica.

Por otro lado, el Doctor Gustavo Malo Camacho nos señala que: "...a diferencia de los elementos objetivos, los elementos normativos solo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico, y de su reconocimiento depende la existencia del tipo delictivo de que se trate." ¹¹¹

El maestro Celestino Porte Petit, al referirse a los elementos del tipo penal, nos señala que "...el tipo de violación no requiere ni referencias espaciales, ni temporales, ni relativas a elementos subjetivos del injusto ni a **elementos normativos**" ¹¹²

No obstante lo anterior, el maestro Díaz de León al referirse al delito de violación genérica o propia, considera a la expresión "por medio de la violencia física o moral", como **elemento normativo**, y nos dice que: "El elemento normativo *"...por medio de la violencia física o moral..."*, exige, en primer término, que el autor haya utilizado violencia física como medio para copular, es decir, a través del empleo de su fuerza corporal materializada en la ofendida con dicha finalidad, y se comprende que aquella puede consistir en golpes, malos tratos, empujones, ataduras, rasgaduras de ropas o desnudamientos, aberturas de piernas o en cualquier otro despliegue idóneo de energía directa y suficientemente aplicada a la víctima para subyugarla o, por lo menos para inutilizarle su resistencia; por tanto, no existirá este elemento de la violencia física, si el uso de esta es inidoneo o insuficiente, en el sentido indicado, para realizar la cópula, como ocurriría, por ejemplo, si el agente simplemente antes de copular quitara vigorosamente algún mueble interpuesto entre él y el sujeto pasivo, o bien el

¹¹¹.- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit. pág. 327.

¹¹².- PORTE Petit Candaudap, Celestino. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. Op Cit, pág. 29.

agente le abriera un poco los gluteos a su víctima, para introducirle el pene, si ésta antes de ello hubiera consentido las maniobras previas al coito.

La violencia moral, se traduce en la manifestación que hace el agente respecto de causarle un mal al pasivo, como forma de amedrentarle o intimidarle de manera idónea y suficiente para vencer su resistencia y lograr la cópula." ¹¹³

Atendiendo al criterio de Díaz de León, es decir, considerando a la expresión "por medio de la violencia física o moral" como elemento normativo, debe decirse que el mismo resulta aplicable al tipo penal establecido por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal Federal. Por otro lado, y en este orden de ideas, consideramos como elemento normativo de la hipótesis planteada por la fracción III del artículo 266 del señalado ordenamiento, el hecho de realizarse la conducta valiéndose de la ausencia de capacidad de la persona para comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo, así como el deber realizarse con fines lascivos.

Finalmente, nos referimos a los elementos subjetivos, a lo que el maestro Gustavo Malo Camacho nos expresa que: "En el estudio de la tipicidad es relevante determinar su relación con el elemento subjetivo representado básicamente por el dolo y la culpa que, sin embargo, observa un contenido subjetivo con componentes normativos, siendo necesario precisar si el querer que implica el dolo se refiere exclusivamente a los elementos objetivos, o bien, si, como creemos necesariamente ha de referirse también a los elementos normativos." ¹¹⁴

El elemento subjetivo del delito, es también identificado como elemento interno, y a este respecto, existe consenso general en el sentido de que en el

¹¹³,- DÍAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 476 y 477

¹¹⁴,- MALO Camacho, Gustavo. Op. Cit. pág. 327 y 328.

delito de violación (en todas sus clases), el elemento subjetivo o interno lo es: el dolo.

Así, López Betancourt nos señala que, "*Por el elemento interno. Es un ilícito doloso, porque el agente tiene la plena voluntad de realizarlo; es decir, al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo.*" ¹¹⁵

El maestro Díaz de León nos señala que: "El aspecto subjetivo del tipo indica que se trata de un delito doloso (dolo directo), dado, se requiere que el agente conozca los elementos objetivos de aquel y que además quiera dirigir y dirija su conducta al fin de lograr su resultado, o sea copular por medio de la fuerza física o moral." ¹¹⁶

La maestra Irma Amuchategui señala que: "El reproche penal que puede fincarse en este delito solo puede ser intencional; así, no es posible pensar en una violación no dolosa." ¹¹⁷

Como puede observarse, existe consenso general en cuanto a que el elemento subjetivo del delito de violación lo es el dolo directo, sin embargo, cabe destacar que una parte de la doctrina opina que el delito de violación, no requiere de elementos normativos, ni requiere tampoco de elementos subjetivos.

Personalmente y nuevamente apelando a que el presente trabajo se realiza en función de fines prácticos y comunes en nuestro sistema de derecho vigente y positivo, nos inclinamos por considerar que el delito de violación (en todas sus clases), si requiere de elementos objetivos, normativos y subjetivos, pues finalmente, estos son valorados y analizados por las autoridades ministeriales al acreditar los elementos del tipo penal al ejercitar acción penal.

¹¹⁵.- LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Op. Cit. pág. 190.

¹¹⁶.- DÍAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 478.

¹¹⁷.- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Op. Cit pág. 314.

3.3 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA.

Como hemos señalado anteriormente, la mayor parte de los autores e investigadores del derecho penal se inclinan por considerar como el bien jurídico tutelado en el delito de violación, a la libertad sexual. No obstante lo anterior, y habida cuenta de que hay hipótesis planteadas en la ley que son substancialmente distintas a la cópula normal (que constituye el delito de violación propiamente dicho), y que son equiparables al delito de violación, otra parte de la doctrina señala que también existen para dichas figuras equiparables al delito en cita, diversos objetivos para tutelar en la ley penal y por tanto proponen una separación de los bienes jurídicos tutelados en las diversas hipótesis de conductas consideradas como violación.

Así, nos indica el maestro Marco Antonio Díaz de León, a este respecto, lo siguiente: "Como ejemplo de dicha separación de bienes jurídicos que debe hacerse en las leyes, podemos señalar, de un lado, el caso genérico del delito de violación como norma penal tendiente a resguardar la libertad sexual, entendida esta en su forma natural y normal de manifestarse, o sea, individual y socialmente, entre el varón y la mujer mediante sus órganos genitales, esto es, prohibiendo que por la fuerza se introduzca el pene a la víctima en la vagina, y del otro, el supuesto específico, anormal y extraordinario del *fornicatio antinatural* de introducir también mediante el empleo de la fuerza el miembro viril por el ano de una mujer o de un varón, atacante ello, no de la libertad sexual porque tanto aquélla como éste biológicamente no tienen el sexo en el ano (éste orificio sirve para defecar y pertenece al aparato digestivo), sino del bien jurídico de la *improfanación carnal*." ¹¹⁸

¹¹⁸.- DÍAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 474 y 475.

Siguiendo este criterio, consideramos que para la hipótesis equiparable a la violación, tipificada por el tercer párrafo del artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, el bien jurídico tutelado lo es la improfanación carnal más que la libertad sexual, pues aún cuando la vagina es el órgano idóneo para realizar el acto sexual, estimamos que éste no existe si no se cuenta con la introducción del miembro viril, y consecuentemente la satisfacción del deseo sexual en el sujeto activo, así mismo, tomando en consideración que ni los elementos, ni los instrumentos, ni el ano, son órganos sexuales, creemos que mas que tratarse de un acto atacante de la sexualidad, se trata de un comportamiento que transgrede el respeto de aquellos órganos, donde el sujeto activo mas que satisfacer su deseo sexual, tiene la intención de profanar el respeto que la gente guarda en los mencionados órganos.

Por otro lado, para las hipótesis equiparables al delito de violación, establecidas por las fracciones I y II del Código Penal Federal, las cuales sancionan la cópula con persona menor de doce años, o persona que no tenga capacidad para comprender el hecho o por cualquier causa no pudiera resistirlo, nos adherimos al criterio que sostiene el maestro Díaz de León en cuanto a que el bien jurídico que tutela dicha norma penal, lo es: "La seguridad sexual."¹¹⁹

Ahora bien, por cuanto hace a la fracción III del artículo 266 del Código Penal Federal, dado que ésta hace extensiva la tutela de la ley penal consistente en conservar la dignidad de las partes del cuerpo humano que guardan cierto respeto, aún en personas menores de doce años, o que no tengan capacidad para comprender el hecho, o que por cualquier causa no pudieran resistirlo, estimamos que en esta figura, el bien jurídico tutelado está constituido por la seguridad de la improfanación carnal.

¹¹⁹.- DÍAZ de León, Marco Antonio. Op. Cit. pág. 479.

3.4 SEMEJANZAS QUE PRESENTA EL TIPO DE VIOLACIÓN IMPROPIA EN RELACIÓN AL TIPO DE ABUSO SEXUAL.

El presente subcapítulo tiene por objeto exponer como la semejanza que presentan dos tipos penales, ambos referidos a delitos sexuales, pero substancialmente diferentes en cuanto a las sanciones que resultan aplicables a cada uno de ellos, puede generar injusticias.

El tipo penal de abuso sexual, contemplado por los artículos 260 y 261 del Código Penal vigente para el Distrito Federal nos señalan lo siguiente:

"ART. 260. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión".

"ART. 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo."

Ahora bien, el tipo sexual de la violación impropia a que nos referimos en el presente trabajo, está tipificado por el párrafo tercero del artículo 265 y por la fracción III del artículo 266 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, y dicen:

"ART. 265...

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

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

I...

II...

III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; sea cual fuere el sexo del ofendido."

Como puede observarse, ambas figuras delictivas tienen en común lo siguiente:

1. En ninguna de ellas se requiere de la consumación de la cópula, entendida ésta como: "la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo."
2. Ambos delitos, por encontrarse previstos dentro del Capítulo de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, sugieren la realización de actos de contenido sexual; contemplando el abuso sexual, de manera genérica las hipótesis que pudieran constituir dicho delito; y de manera más específica, aunque no del todo completa, el delito de violación impropia ya referido, indica en que consiste la conducta que se sanciona.

En mérito de lo anterior, consideramos que la introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, constituiría el delito de abuso sexual si no estuviera expresamente equiparado al delito de violación, pues se trata de un acto sexual, sin llegar a la cópula, sin el consentimiento de la víctima, o bien se realizado en personas menores de doce años de edad, o incapaces de comprender el significado del hecho, o que no les es posible resistirlo; sin embargo, la introducción de algo distinto al miembro viril, por vía anal o vaginal, que no fuera un elemento o instrumento, estimamos que constituye el delito de abuso sexual aun que resulta tan grave como la violación impropia.

CAPITULO IV. ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.

4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En el presente capítulo analizaremos un caso práctico en el que se pone de manifiesto como un hecho que presenta semejanza con los tipos penales contenidos en el artículo 265 párrafo tercero y 266 fracción III del Código Penal vigente para el Distrito Federal, y que produce resultados tan graves como en aquellos, puede no constituir el delito de violación impropia por no estar exactamente tipificado por la ley penal, y en consecuencia, dichos actos no son sancionados como violación impropia por existir un elemento negativo de dicho delito, es decir, atipicidad.

El día 2 de octubre de 1998, a las 02:00 horas, se presenta a la agencia 47ª del Ministerio Público, especializada en delitos sexuales, una mujer a quien en lo sucesivo denominaremos "la denunciante" a fin de manifestar y hacer denuncia de hechos probablemente constitutivos de delitos sexuales, refiriendo que en fecha 1º del mes de octubre de 1998, siendo aproximadamente las 22:00 horas, iba caminando sobre Avenida Luis Cabrera, a la altura de Avenida San Jeronimo, en la colonia San Jeronimo Lidice, en la delegación Magdalena Contreras, en compañía de su amiga "la testigo", con rumbo a sus domicilios particulares, cuando repentinamente son alcanzadas por un Microbús de pasajeros, tripulado por tres sujetos masculinos aparentemente en estado de ebriedad a quienes denominaremos "el operador", "el mofles" y "el múltiple", del cual descienden "el mofles" y "el múltiple" y a base de fuerza física, obligan a "la denunciante" y a "la testigo" a subir al vehículo mencionado, y hecho lo anterior, "el operador" se dirige al área conocida como "Los Dinamos", lugar a donde, al llegar, "el operador" se acerca a "la denunciante", quien se encuentra parada, en posición vertical, siendo sujeta de sus brazos por "el mofles", quien se encuentra detrás de ella,

mientras "la testigo" se encuentra en la parte de atrás del vehículo, imposibilitada para salir del mismo, ya que "el múltiple" se encuentra de frente a ella, sin sujetarla, pero impidiendo que esta intente retirarse, por lo que una vez que "el operador" se encuentra frente a "la denunciante", se agacha hasta quedar a la altura de la cadera de "la denunciante", le levanta la falda hasta la cintura, le baja las pantaletas hasta los tobillos y comienza a acariciarle las piernas, desde las pantorrillas, hasta los muslos, y una vez que llega con sus manos a la altura de la cadera, le comienza a acariciar las nalgas, la vagina y posteriormente le introduce el dedo cordial por vía vaginal y lo saca, repitiendo dicho movimiento durante aproximadamente dos minutos, tiempo durante el cual, "la denunciante" se encuentra imposibilitada para resistirse, pues como ya lo ha mencionado esta, "el mofles" la esta sujetando, y la fuerza de los dos probables responsables es superior a la resistencia de ella, hasta un momento en el que "el múltiple" les indica que escucha el sonido de cabalgar de caballos y que estos pueden pertenecer a la policía montada, es cuando "el operador" cesa de introducir el dedo a "la denunciante", la cual sigue siendo sujeta por "el mofles", y proceden a retirarse del lugar, dejando a "la denunciante" y a "la testigo" en el área de mercado turístico de la delegación Magdalena Contreras, la cual, debido a la avanzada hora del día (23:30 horas), se encuentra cerrada y sin público a quien le pudieran pedir auxilio, procediendo los tripulantes del Microbús a darse a la fuga y siendo únicamente posible para "la denunciante" y "la testigo", percatarse de que dicho vehículo pertenece a la ruta 66, y que su número económico es el 44, no siendo posible para ellas recordar o apuntar el número de placas de circulación del mencionado vehículo por ser aquel muy largo y por carecer de papel y lápiz para hacer anotaciones, procediendo dichas mujeres de inmediato a trasladarse por sus propios medios hasta la Agencia del Ministerio Público referida, con la finalidad de dar inicio a la respectiva Averiguación Previa.

4.2 INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

"Toda averiguación previa debe iniciarse con la mención del lugar y número de Agencia Investigadora (en los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, existen agencias investigadoras creadas desde 1989, las cuales tienen su sede en las delegaciones Gustavo A. Madero, Coyoacan, Venustiano Carranza y Miguel Hidalgo) en la que se da principio a la averiguación, así como la fecha y hora correspondiente, señalando al funcionario que ordena el levantamiento del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa (numero)."¹²⁰

Una vez expuesto el planteamiento del problema, el Agente del Ministerio Público quien atendió a "la denunciante", debe dar inicio a la averiguación previa correspondiente, y dado que la naturaleza del hecho parece adecuarse al tipo penal establecido por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, debe atender, según los lineamientos de la procuraduría capitalina, a las siguientes:

"DILIGENCIAS BÁSICAS:

- a) Declaración de quien proporciona la noticia del delito, que pueden ser los padres o tutores, tratándose de menores de edad o de los remitentes en caso de puesta a disposición del probable responsable.
- b) Solicitar al médico legista examine al sujeto pasivo del delito y dictamine acerca del estado de la persona, principalmente respecto del estado ginecológico o proctológico, de acuerdo con el caso concreto; presencia y ausencia de lesiones

¹²⁰.- OSORIO y Nieto, Cesar Augusto LA AVERIGUACIÓN PREVIA. ED. Porrúa S.A. México 1992. pág.

y estado psicofísico, su edad clínica probable y si se trata de una persona púber o impúber.

c) Canalizar a la víctima al psicólogo y trabajo social de la adscripción.

d) Fe ministerial e incorporación de los dictámenes que se mencionan en el inciso anterior, a la averiguación previa.

e) Inspección y fe ministerial de la ropa que vistiera el sujeto pasivo al suceder los hechos, cuando en ella se puedan encontrar huellas o vestigios relacionados con la conducta delictiva y el medio empleado en su comisión.

f) Declaración de la víctima conteniendo una narración puntualizada de los hechos.

g) Inspección ministerial en el lugar de los hechos, cuando fuere posible ubicarlo.

h) Inspección ministerial y fe de armas o cualquier otro objeto que tuviese relación con los hechos que se investigan.

i) Si el probable responsable se encuentra presente, se canalizara al servicio médico de la adscripción a fin de que le sea practicado el examen médico y andrológico así como la presencia o ausencia de lesiones.

j) Fe ministerial e incorporación a la averiguación previa del dictamen que proporcione el perito médico.

k) Declaración del probable responsable.

l) Solicitar la intervención de peritos en fotografía y dactiloscopia para la identificación del probable responsable.

m) Diligencia de identificación del probable responsable por la víctima a través de la Cámara de Gessel.

n) Cuando no exista detenido, pero la víctima proporcione la identificación del o de los probables responsables, deberá solicitarse la intervención de perito en retrato hablado.

o) Declaración del o los testigos si los hubiere y estuvieren presentes; si no lo están se les mandara citar y de no comparecer se ordenara su presentación por conducto de policía judicial cuando el probable responsable estuviere a disposición del Ministerio Público.

p) Intervención a la policía judicial, cuando no se encuentre detenido el sujeto activo o estándolo, existan coautores o partícipes que no hayan sido puestos a disposición; o estando el probable responsable a disposición del Ministerio Público, se solicitara investigación exhaustiva de los hechos, precisando los puntos a investigar, así como el modus vivendi del presentado y corroborar órdenes 1-A, 1-B y 1-C.

q) Dar intervención a peritos químicos, a fin de que se realice dictamen sobre fosfatasa ácida, en caso de encontrar restos de semen en exudado vaginal o en las prendas de la víctima." ¹²¹

Ahora bien, de acuerdo al planteamiento del problema, el Agente del Ministerio Público debió realizar las siguientes diligencias:

a) Declaración de la víctima conteniendo una narración puntualizada de los hechos, la cual ha sido descrita en el subcapítulo precedente.

b) Solicitar al médico legista examine al sujeto pasivo del delito y dictamine acerca del estado de la persona, principalmente respecto del estado ginecológico o proctológico, de acuerdo con el caso concreto; presencia y ausencia de lesiones y estado psicofísico, su edad clínica probable y si se trata de una persona púber o impúber. Diligencia de la cual se desprende que "la denunciante" se presenta en estado normal (no ebrio), sin aliento característico, sin huellas de lesiones externas recientes, una edad clínica aparente de 22 años de edad, siendo una persona púber al presentar desfloración no reciente. Así mismo, se hizo mención

¹²¹.- PROCURADURIA General de Justicia del D.F. GUIA DE DILIGENCIAS BÁSICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO, ED. Procuraduría General de Justicia del D.F. págs. 47 y 48.

de haberse encontrado grasa, al parecer de motor en labios vaginales, lo cual actualiza la necesidad de solicitar intervención de peritos químicos para identificación de substancia, agregando y fedatando dicho documento a la indagatoria.

Esta diligencia cobra especial importancia, pues debe considerarse que los Agentes del Ministerio Público normalmente carecen de conocimientos en materia de medicina y no son los profesionistas indicados para dictaminar en cuestiones médicas. El Doctor Luis Torres Torrija nos señala que: "La medicina legal es la aplicación de las ciencias medicas a la ilustración de los hechos investigados por la justicia." ¹²²

c) Se canaliza a la víctima al psicólogo y trabajo social de la adscripción, desprendiéndose de dichas diligencias que "la denunciante" es una persona en pleno uso de sus facultades mentales y que acaba de sufrir una emoción alterante de su estado de ánimo, la cual provoca depresión, fedatando e incorporando dichos resultados a la averiguación previa.

d) Inspección y fe ministerial de ropas de "la denunciante", de la cual se aprecian vestigios tales como grasa característica de motor en la parte inferior de falda y parte superior de pantaleta, los cuales, también serán enviados al laboratorio de químicos para identificación de substancia y, en su caso, cotejo y comparación con la muestra de grasa tomada da los labios vaginales de "la denunciante".

e) Intervención de policía judicial para la identificación, localización y presentación de los probables responsables, tomando como base de la investigación el numero económico y la ruta a la que pertenece el vehículo relacionado, resultando que de dicha diligencia si fue posible ubicar el vehículo, y a sus tripulantes, por lo que se procede a hacer puesta a disposición del mismo y de los que voluntariamente

¹²².- TORRES Torrija, Luis. MEDICINA LEGAL, ED Libreria de Medicina. México, 1990 pág. 5.

aceptaron comparecer, que responden a los nombres de a) "el mofles", b) "el múltiple" y c) "el operador".

f) Se procede a la identificación de los presentados a través de la Cámara de Gessel, diligencia en la que "la denunciante" y "la testigo" identifican plenamente y sin temor a equivocarse a los presentados, como las mismas personas que se encontraban abordo del microbús y que participaron en la comisión del hecho delictivo.

g) Se recibe ampliación de declaración de "la denunciante" en el sentido de que si reconoce a los presentados como las mismas personas que realizaron el hecho delictivo que se investiga.

h) Se recibe la declaración de "la testigo", quien narra los hechos en el sentido de que efectivamente fueron subidas al microbús en cita por la fuerza y que fue llevada a la parte trasera del mismo por el sujeto llamado "el múltiple", quien le impidió moverse o pedir auxilio, mientras "el mofles" sujetaba por la espalda a "la denunciante", y que fueron llevadas por "el operador" al área conocida como los dinamos y que estando ahí, "el operador" se acercó a "la denunciante", quien seguía siendo sujeta por "el mofles", acto seguido le levantó la falda y estuvo ahí por un periodo aproximado de cinco minutos, mientras "la denunciante" suplicaba "al operador" que no siguiera, ignorando la deponente que le hacían a "la denunciante" debido a que estaba obscuro y que solo veía la espalda de "el mofles", quien la estaba sujetando. Asentándose en la declaración de esta que si reconoce a los presentados como las personas que realizaron conjuntamente el hecho que se investiga.

i) Se realiza diligencia de fe de vehículo e inspección ministerial hacia el interior del mismo, encontrándose grasa, al parecer de motor en la superficie del volante y la varilla de velocidades, tomándose muestras para enviar al laboratorio de químicos.

j) Se da intervención a peritos en fotografía y dactiloscopia para detenidos.

k) Se pasa a los presentados al servicio médico para dar cuenta de su estado psicofísico, encontrándose a estos con aliento etílico, no ebrios, todos individuos del sexo masculino de 22 años de edad, sin huellas de lesiones, en estado mental normal, apreciándose en el sujeto llamado "el operador" grasa, al parecer de motor, en ambas manos, particularmente en los dedos, procediéndose a dar nueva intervención a peritos químicos para identificación de substancia y cotejo con las otras muestras ya enviadas.

l) Una vez que se les han hecho saber los beneficios de los artículos 134 bis y 269 del Código Adjetivo Penal, se procede a recibir la declaración de los probables responsables, quienes niegan los hechos que se les imputan, señalando de manera conteste "el mofles" y "el múltiple" que efectivamente conocen a "la testigo" y a "la denunciante", ya que esta última es la novia de "el operador", y la otra una amiga común de todos, agregando que se encontraban tomando unas cervezas cuando encontraron a "la testigo" y "la denunciante" caminando por la calle, invitándolas a abordar la unidad, aceptando estas, y que una vez que se encontraban en el interior de la misma, se dirigieron a los dinamos, quedándose estos dos declarantes platicando con "la testigo" en la parte trasera del microbús, mientras "el operador" platicaba con "la denunciante" en los asientos de adelante. Por su parte "el operador" declara conocer a "la denunciante", refiriendo que ésta es su novia y negando haberle introducido los dedos por vía vaginal, ya que únicamente estuvo con ella, primeramente besándola y posteriormente discutiendo por un problema de celos que los hizo terminar la relación de noviazgo en esos instantes, y debido a ello, hubo la necesidad de bajar de los dinamos y tanto "la denunciante", así como "la testigo" decidieron quedarse en el área conocida como el mercado turístico, a lo que "el operador", no se opuso a que bajaran del vehículo, siendo todo lo declarado.

m) Una vez concluida la intervención de peritos químicos, emiten el dictamen respectivo a cuya conclusión se desprende que sí existe identidad entre la grasa localizada en labios vaginales, prendas de vestir, superficie de volante y dedos del probable responsable llamado "el operador", y que esta es del tipo de utilización de lubricación de motor.

Una vez habiéndose agotado las anteriores diligencias, el Agente del Ministerio Público consignador, opto por ejercitar acción penal en contra de los presentados "el operador", "el múltiple" y "el mofles", como probables responsables del delito de violación impropia, previsto por el párrafo ultimo del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en relación con los artículos 7º fracción I (Instantáneo), 8º (hipótesis de acción dolosa), 9º párrafo primero (hipótesis de conocer y querer); 13 fracción II (hipótesis de los que lo realicen por sí) para "el operador" y 13 fracción VI (hipótesis de los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión) para "el múltiple" y "el mofles", así como 164 bis párrafo segundo (hipótesis de pandilla); sancionado por el artículo 265 párrafo inicial (hipótesis de sanción) para "el operador" y 265 párrafo inicial (hipótesis de sanción) en relación al artículo 64 bis para "el múltiple" y "el mofles", todos en relación al artículo 164 bis párrafo primero (hipotesis de sanción).

Así mismo, las exigencias señaladas por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, fueron acreditados de la siguiente manera:

I. Una conducta en forma de acción. Desplegada por los probables responsables de la siguiente manera:

Para "el operador", consistente en introducir el dedo cordial de su mano derecha en la vagina de "la denunciante", por medio de la violencia física y sin la voluntad de esta.

Para "el mofles", consistente en sujetar a "la denunciante" para vencer la resistencia de esta a ser penetrada por vía vaginal, por el dedo del otro sujeto activo.

Para "el múltiple", consistente en impedir materialmente que "la testigo" ayudare a "la denunciante" a resistir el acto delictivo o a pedir ayuda.

II.- Lesión del bien jurídico protegido, entendiéndose para fines prácticos, que el objeto jurídico en el presente caso lo es la libertad sexual, la cual se ve transgredida al momento en que, a través de la fuerza física empleada por "el operador" y "el mofles" para vencer la resistencia de "la denunciante" (violencia física), se comete un acto sexual sin consentimiento de esta, que la ley equipara al delito de violación.

III.- Forma de intervención de los sujetos activos. Esta se realizó por parte de "el operador" por sí mismo, ya que la conducta desplegada por este, iba encaminada a vencer la resistencia de "la denunciante" frente a la introducción del dedo del propio activo en mención, es decir, con su obrar delictuoso agotó los elementos del delito de violación, es decir, el elemento objetivo: "introducción de elemento o instrumento distinto del miembro viril por vía vaginal" y "por medio de la violencia física".

Por su parte, "el mofles" y "el múltiple" exteriorizaron una conducta consistente en que, el primero mencionado prestar auxilio a "el operador", sujetando a "la denunciante" para vencer su resistencia frente al evento delictuoso, y el segundo en cita, impedir materialmente a "la testigo" para que ésta pudiera auxiliar a "la denunciante" o ayudarla a resistir el acto sexual ejecutado en su agravio, esto es, exteriorizaron su conducta de manera dolosa auxiliando al autor del delito para la consumación del mismo.

IV.- Elemento Subjetivo. Que en el presente caso lo es el dolo directo, pues de constancias de actuaciones se desprende que la conducta desplegada por los

sujetos activos iba encaminada a la consumación del evento delictivo, del cual conocen los elementos quieren su resultado.

V.- Las calidades de los sujetos activos y pasivos, que en el caso en análisis, no se requiere de calidad alguna ni para los activos, ni para la sujeto pasivo, es decir, cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo.

VI.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, la cual queda acreditada en virtud de que, el bien jurídico protegido por la ley penal, consistente en la libertad sexual, se vio transgredido al momento en que "el operador" (auxiliado por "el mofles" y por "el multiple") introdujo por medio de la violencia física un instrumento o elemento (dedo cordial) por la vía vaginal de "la denunciante", de tal manera que si dichos sujetos no hubieran desplegado aquellas conductas, no se hubiera vulnerado el objeto jurídico en el delito en análisis.

VII.- El Elemento u Objeto Material, el cual esta constituido por la introducción de instrumentos o elementos distintos del miembro viril por vía anal o vaginal, por medio de la violencia física o moral. En el presente caso, este se hace evidente con la introducción violenta del dedo cordial de "el operador" en la vagina de "la denunciante".

VIII.- Los medios utilizados, que en el presente caso, los sujetos activos se valieron de la fuerza física (violencia física) para vencer la resistencia de "la denunciante" frente al acto sexual equiparado al delito de violación en ella perpetrado.

IX.- Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, las cuales quedaron expuestas en el numeral 4.1 del presente trabajo y de las que cabe resaltar que en el delito en estudio, no se requiere un tiempo ni lugar determinado, desplegándose la conducta de los probables responsables como ha quedado expuesta en el análisis del caso práctico.

X.- Elemento Normativo. Dado que el elemento normativo es aquella característica del delito susceptible de ser valorada jurídica, social o culturalmente, estimamos que en el presente caso, el elemento "por medio de la violencia física o moral", no solo es objetivo, sino también constituye el elemento normativo en el caso concreto, quedando este evidenciado con la resistencia de "la denunciante" frente al acto sexual equiparado al delito de violación en ella ejecutado, que a su vez implica la falta de consentimiento de esta.

En el presente caso, no se requieren de elementos subjetivos específicos de ninguna otra circunstancia prevista por la ley.

Una vez acreditada la existencia de la conducta típica como indicio de antijuridicidad, se procedió a analizar en sentido metafórico si la conducta de los probables responsables se encontraban amparada por alguna norma de carácter permisivo en nuestro ordenamiento legal, obteniéndose que no existía disposición alguna que favoreciera el actuar de los acusados, así mismo se acreditó que estos gozaban al momento del hecho de salud mental y que actuaron en normalidad de circunstancias sin haberse acreditado evento alguno que pudiera disminuir su capacidad de apreciación, quedando acreditada una conducta típica, antijurídica, y culpable realizada por sujetos plenamente imputables, por lo que, una vez que se encontraron reunidos y satisfechos los extremos previstos en los artículos 14, 16 y 21 Constitucionales, existiendo denuncia de un hecho determinado que la ley señala como delito (formulada dentro de la declaración ministerial de "la denunciante"), sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad, y habiendo datos que acreditaran la existencia de los elementos del tipo penal en comento (violación impropia tipificada por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal), así como de la probable responsabilidad de los indiciados, se procedió a ejercitar acción penal en contra de estos, por el delito de Violación Impropia, ante el Juez Penal en turno de

primera instancia, con residencia en el Distrito Federal, quedando "el operador", "el mofles" y "el múltiple" a disposición de éste, iniciándose la etapa que analizaremos en el siguiente subcapítulo.

4.3 ETAPA DE INSTRUCCIÓN. PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.

Para iniciar el análisis del presente subcapítulo, estimamos necesario reflexionar brevemente acerca del concepto de Instrucción. Atento a lo anterior, el Instituto de Investigaciones jurídicas de la Máxima Casa de Estudios nos aporta la siguiente definición: "INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO.- I. Fases o curso que sigue todo proceso o el expediente que se forma y tramita con motivo de un juicio. Parte del procedimiento penal que tiene por objeto ordenar los debates, sin cuya preparación resultaría estéril y confuso un proceso." ¹²³

"La instrucción se inicia, cuando ejercitada la acción penal, el juez ordena la "radicación del asunto"; así principia el proceso y, consecuentemente, la trilogía de actos que lo caracterizan: *acusatorios, de defensa y decisorios*." ¹²⁴

Una vez que el Agente del Ministerio Público ejercitó acción penal a través del pliego de consignación respectivo, los probables responsables fueron remitidos al Reclusorio Preventivo en turno, y el expediente relativo es entregado a la oficina de turno de consignaciones penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Hasta este momento, estando el expediente en la localidad del Juzgado Penal de primera instancia, y los indiciados a disposición del Juez, éste cuenta con un plazo de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica de los

¹²³.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A M. Op. Cit. pág. 1760.

¹²⁴.- COLÍN Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ED Porrúa. S.A. México 1997. pág. 359.

probables responsables a través del auto de plazo constitucional, el cual, por tratarse de consignación con detenido, solo puede resolverse en dos sentidos: a) auto de formal prisión, siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal que se impute a los detenidos y hagan probable la responsabilidad de éstos, debiendo tratarse de un delito que merezca pena privativa de la libertad; b) auto de libertad por falta de méritos o elementos para procesar, lo cual ocurre cuando a juicio del juez que conoce del asunto, el expediente que contiene las actuaciones de la averiguación previa carece de datos que acrediten los elementos del tipo penal de que se trate, o cuando no esté debidamente acreditada la probable responsabilidad de los indiciados.

En el caso práctico en análisis, el C. Juez de primera instancia en materia penal que tomó conocimiento del asunto, previa toma de declaración preparatoria de los acusados, dentro del término de cuarenta y ocho horas a que se refiere el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, resolvió con auto de formal prisión la situación jurídica de los indiciados, basando su resolución en los siguientes razonamientos:

"I.- Que los elementos del tipo de Violación Impropia aludida se comprobaron en autos en términos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, o sea por la integración de los elementos constitutivos de la figura de delito descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Sustantivo en vigor para esta ciudad, en relación con el artículo 164 bis, con: a) La declaración Ministerial y denuncia formulada por "la denunciante", de donde se desprende que: (...la denuncia expuesta en el subcapítulo 4.1); b) Fe Ministerial de certificado médico para examen ginecológico, de la cual se desprende la desfloración no reciente y las manchas de grasa en labios vaginales (...ver págs. 77 y 78); c) Fe Ministerial e incorporación de dictamen de peritos psicólogo y en trabajo social, del que se desprende el estado depresivo de "la denunciante", provocada por acabar de sufrir una emoción alterante de su estado de ánimo

(...ver pág. 78); d) Inspección y Fe Ministerial de ropas de la denunciante, de la cual se desprende que hay manchas de grasa en falda y pantaleta (...ver pág. 78); e) Localización, identificación y presentación de probables responsables realizada por elementos de policía judicial (...ver págs. 78 y 79); f) Diligencia de identificación de los probables responsables por "la denunciante" y "la testigo", de la cual se desprende que identifican plenamente y sin temor a equivocarse a los presentados, como las mismas personas que se encontraban abordo del microbús y que participaron en la comisión del hecho delictivo (...ver pág 79); g) La declaración ministerial de "la testigo", de la que se desprende que: (...ver pág. 79); h) La Inspección y fe ministerial de vehículo relacionado, de la cual se desprende que hacia el interior del mismo se apreciaba grasa (...ver pág. 79); i) la fe de certificados médicos de estado psicofísico de los probables responsables, de donde se aprecia en "el operador grasa en ambas manos, particularmente en los dedos (...ver pág. 80) j) la declaración ministerial de los probables responsables, de la cual se desprende que: a pesar de negar los hechos, se ubican en circunstancias de tiempo, modo y lugar (...ver pág. 80 y 81); k) con la fe ministerial e incorporación del dictamen de peritos químicos, del cual se desprende que la grasa localizada en labios vaginales de "la denunciante", así como en las ropas de la misma, en el vehículo relacionado con los hechos, y en ambas manos y dedos de "el operador", corresponde al mismo tipo de grasa (...ver pág. 81).

II.- Que la probable responsabilidad de "el operador", "el mofles" y "el múltiple", quedó acreditada en términos de los propios elementos que se hizo mérito en el considerando que precede y que permiten acreditar la probable responsabilidad de "el operador", "el mofles" y "el múltiple", en la perpetración del delito de violación impropia que se les imputa, previsto por el artículo 265 párrafo tercero, en relación al artículo 164 bis del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, habiéndose desplegado la conducta de "el operador", en términos de lo dispuesto por el artículo 13 fracción II (hipótesis de quienes lo realicen por sí) y exteriorizándose la conducta de "el mofles" y de "el múltiple" en términos de lo establecido por el artículo 13 fracción VI (hipótesis de los que

dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión), ambos del Código sustantivo en cita.

Los razonamientos antes expuestos, desde luego son solo un extracto sintetizado del verdadero auto de formal prisión, el cual en su versión original cuenta con las exigencias y requisitos constitucionales exigidos por la ley suprema. A este respecto, González Quintanilla nos señala: "El auto de formal prisión, por mandato constitucional requiere de unos requisitos de forma, que aducen a lugar, día y hora en que se dicta, y otros de fondo, que implican prueba plena sobre el cuerpo del delito y únicamente la probable responsabilidad del indiciado, por tanto, si no existe prueba plena sobre el cuerpo del delito, no puede haber auto de formal prisión. Esto denota la importancia de tener cabal dimensión de lo que es el cuerpo del delito." ¹²⁵

Aun cuando el texto del autor aludido no se encuentra actualizado por emplear el término "cuerpo del delito", en lugar de "los elementos del tipo penal", nos es clara la noción de que actualmente, para proceder penalmente en contra de algún indiciado, debe acreditarse plenamente la existencia del delito, acreditándose plenamente los elementos del tipo penal del mismo, aún cuando solo se cuente con indicios y no con prueba plena de la probable responsabilidad del acusado.

Hasta este momento, habiéndose iniciado ya la etapa de la instrucción a través de procedimiento ordinario (dado que se trata de delito grave), continúa el desarrollo de ésta con el ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas ofrecidas tanto por el Ministerio Público, así como por la defensa, las cuales, en el caso concreto, se reducen básicamente a ampliaciones de declaraciones de "la

¹²⁵.- GONZÁLEZ Quintanilla, Jose Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO. ED. Porrúa. S.A. México 1991, pág. 456.

denunciante", "la testigo" y los indiciados, quienes, en su conjunto, sustentan sus dichos y aportan elementos aclaratorios según sus versiones.

Una vez concluida la audiencia de pruebas, acontece la etapa conocida como "cierre de la instrucción", y se ordena poner los autos a la vista de las partes a fin de que estas formulen sus respectivas conclusiones; primeramente el Ministerio Público, quien formuló conclusiones de tipo acusatorias, basadas en los razonamientos expuestos en el pliego de consignación respectivo, y posteriormente la defensa, quien en el caso concreto, formuló conclusiones absolutorias, basadas en el argumento de que el Agente del Ministerio Público ejerció acción penal por un hecho atípico en relación al tipo penal establecido por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, señalando que, aún suponiendo sin conceder que la conducta desplegada por los indiciados hubiera acontecido del modo en que refieren "la denunciante" y "la testigo", no existe adecuación de dicho comportamiento con la conducta prohibitiva descrita por el tipo penal en comento, pues "el dedo" o "los dedos", no pueden ser considerados instrumentos o elementos, tal y como se requiere en la figura delictiva en análisis, solicitando en consecuencia, se decrete el sobreseimiento de la causa.

A este respecto, el maestro Colín Sánchez nos indica: "Para llevar a cabo la audiencia final de primera instancia, y después sea dictada la sentencia, o bien, para decretar el sobreseimiento de la causa, las "partes", previamente, ejecutarán los actos procedimentales llamados *conclusiones*, mismos que por mandato expreso de la ley, pueden dar lugar a diversas hipótesis trascendentales, en cuanto al proceso y a sus intervinientes." ¹²⁶

¹²⁶.- COLÍN Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pág. 553.

Una vez presentadas las respectivas conclusiones de las partes, dentro del término legal concedido a cada una de ellas, pasan los autos a la vista del Juez, quien emitirá la Sentencia definitiva respectiva, con la que habrá de concluir "la primera instancia".

Este momento es también conocido con el término de juicio, y el maestro Colín Sánchez nos indica: "Con la resolución judicial que declara cerrada la instrucción, surge la tercera etapa del procedimiento penal, denominada juicio." ¹²⁷

En el caso en análisis, el Juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria toda vez que a su juicio, y con base en las diligencias practicadas y que constan en autos de la causa penal respectiva, se acreditaron los elementos del tipo penal contenido en el párrafo tercero del artículo 265, en relación con el artículo 164 bis del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consistentes en introducir por vía vaginal cualquier elemento distinto al miembro viril (dedo cordial de mano derecha del activo "el operador"), por medio de la violencia física, siendo la ofendida del sexo femenino, exteriorizándose el actuar de los activos en pandilla; en relación a los numerales 7º fracción I, 8º (acción dolosa), 9º párrafo primero (conocer y querer) y 13 fracción II (por sí) para "el operador" y 13 fracción VI (dolosamente presenten ayuda o auxilien a otro para su comisión) para "el mofles" y "el múltiple", todos estos del Código Penal, en términos de los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales, consistentes en:

UNA CONDUCTA, entendida como la actividad humana voluntaria que produjo un resultado relevante para el Derecho Penal, con violación a una norma prohibitiva, y en el caso consistió en que el 1º de octubre de 1998, aproximadamente a las 22:00 horas, el activo "el operador", a través de la violencia física, auxiliado por "el mofles", quien sujetaba a "la denunciante", y por "el múltiple", quien impedía a "la

¹²⁷.- COLÍN Sánchez, Guillermo. Op Cit. pág. 548.

testigo" a pedir auxilio o a oponerse para impedir la conducta delictiva, introdujo por vía vaginal el elemento "dedo cordial", lesionando de esta manera el bien jurídico tutelado como lo es la libertad sexual de la ofendida a que se refiere el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

UN RESULTADO FORMAL E INSTANTÁNEO, toda vez que con dicha conducta se lesionaron los valores subjetivos de "la denunciante", como lo es la libertad sexual, quien de acuerdo a su situación personal (púber), no sufrió una alteración que se evidenciara en el mundo real y por lo tanto es carente de resultado material, siendo de realización instantánea, toda vez que la consumación del delito se agotó en el momento en que se realizaron todos sus elementos constitutivos, y que en la especie se traduce desde el momento en que el activo "el operador" auxiliado por "el mofles", quien sujetaba a "la denunciante", vence la resistencia de ésta última, quien sufre la introducción del elemento "dedo cordial" de mano derecha del activo "el operador", mientras que "el múltiple", dolosamente presta auxilio consistente en impedir a "la testigo" oponerse o pedir ayuda para evitar dicha conducta.

UN NEXO DE CAUSALIDAD, existente entre la conducta humana y el resultado producido, ya que como se observa, si los activos no hubiesen llevado a cabo los actos necesarios para introducir por la fuerza física, el elemento "dedo cordial", en la vagina de "la denunciante", no se hubiera producido el resultado mencionado.

ELEMENTO SUBJETIVO, en el cual se acreditó que la conducta desplegada por los activos es de naturaleza dolosa, en términos de los artículos 8º y 9º párrafo primero, ambos del Código Penal, al evidenciarse el elemento DOLO, consistente en la voluntad consciente dirigida a la ejecución del hecho típico, ya que los activos, conociendo las circunstancias y condiciones que rodean al hecho, llevaron a cabo su resolución de, "el operador", introducir por la fuerza, el elemento "dedo cordial de mano derecha" por la vía vaginal de "la denunciante", y

"el múltiple" y "el mofles", dolosamente prestar ayuda a aquel para cometer el ilícito.

Por lo anterior, al conjuntarse los elementos típicos mencionados y no actualizarse ninguno negativo que los anule, se concluye que: la conducta desplegada por los sujetos activos encuadra dentro del tipo penal de violación impropia, cometido en pandilla, luego entonces existe tipicidad; así mismo, no se aprecia la existencia de alguna causa de justificación a las que hace referencia el artículo 15 del Código Penal, por lo que se afirma que la conducta realizada por los activos es antijurídica, apreciándose que estos son plenamente imputables por ser mayores de edad y que al momento del hecho gozaban de salud mental y actuaron en normalidad de circunstancias sin haberse acreditado evento alguno que pudiera disminuir su capacidad de apreciación.

Con lo que se dictó sentencia condenatoria y finalizó la primera instancia en el proceso.

Estando inconforme la defensa con la sentencia dictada en primera instancia, ésta se encuentra en aptitud de recurrir dicha resolución a través del recurso de apelación, el cual, en términos del artículo 416 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, deberá interponerse dentro del término de cinco días contados a partir de haberse notificado legalmente a la parte interesada la sentencia referida.

De acuerdo con el Doctor Guillermo Colín Sánchez, la apelación: *"es un medio de impugnación ordinario, a través del cual, el agente del Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo*

*estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmando, modificando o revocando aquella que fue impugnada."*¹²⁸

Con la interposición del recurso de apelación, se da inicio a la segunda instancia.

En el caso que nos ocupa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que conoció del recurso en cita, previo el análisis de la exposición de argumentos de agravios que hizo valer la defensa, resolvió confirmando la resolución dictada por el A Quo, adhiriéndose al criterio tomado por el inferior jerárquico y agregando que aún cuando el argumento de la defensa se traduce en el planteamiento de la atipicidad del caso concreto con relación a la descripción del tipo contenido en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consistente en que, el dedo o los dedos no pueden ser considerados como elementos o instrumentos, tal y como lo describe la figura delictiva en comento, ello no es óbice para considerar que en el caso concreto se han agotado los elementos del tipo penal relativo, pues efectivamente se vio transgredido el bien jurídico tutelado consistente en la libertad sexual de "la denunciante", al haber sufrido la introducción del dedo cordial del acusado "el operador", quien para desplegar dicha conducta se valió de la fuerza física, logrando así vencer la resistencia del pasivo; conducta realizada en auxilio de los coparticipes "el mofles" y "el múltiple", con lo que además, quedó plenamente acreditada la figura de la pandilla en la realización del hecho típico en estudio, lo que pone de manifiesto que la conducta desplegada por los acusados, en la causa penal que nos ocupa, se ajustó a la hipótesis descriptiva del delito de violación impropia o equiparada, cometida en pandilla en agravio de "la denunciante", concluyendo de esta manera la segunda instancia.

¹²⁸.- COLÍN Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pág. 619.

4.4 EL JUICIO DE GARANTÍAS.

El juicio de garantías es también conocido como juicio de Amparo. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la máxima casa de estudios, nos señala que: "El juicio de amparo mexicano constituye en la actualidad la última instancia impugnativa de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo, por lo que tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa, a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva."¹²⁹

En el presente caso, habiendo confirmado la Sala Penal respectiva la sentencia definitiva dictada por el A quo, la defensa acudió a la última instancia impugnativa, esto es, el juicio de garantías, promoviendo para tales efectos amparo directo por tratarse de sentencia que pone fin al juicio, presentando la demanda correspondiente por conducto del Ad quem, en términos de lo establecido por el artículo 163 de la Ley de Amparo en vigor, por ser esta la autoridad responsable que emitió la última resolución, y dentro del término de quince días contados a partir del día siguiente en que legalmente fue notificado el procesado de dicha resolución recurrida.

Al presentarse la demanda de amparo directo, la defensa dio cumplimiento a los requerimientos establecidos por el artículo 166 de la Ley de la materia, de los cuales nos son de especial importancia los expresados en atención a los requerimientos aludidos por las fracciones IV, VI y VII del artículo y ley mencionados, por lo que a continuación se analizarán, haciendo una síntesis de los mismos.

¹²⁹.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M. Op. Cit. pág. 157.

IV. La sentencia definitiva que pone fin al juicio y que constituye la esencia del acto reclamado, lo es la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien conoció del recurso de apelación hecho valer por la defensa en contra de la sentencia definitiva dictada por el A quo, en la causa penal ya conocida, y que confirmó dicha resolución, a través de la cual se encontró a los acusados "el operador", "el mofles" y "el múltiple", penalmente responsables del delito de violación impropia, previsto en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, cometida en pandilla, en agravio de "la denunciante", por considerar al dedo cordial del acusado "el operador", como uno de los elementos o instrumentos a que se refiere el tipo penal en comento.

VI. Los preceptos constitucionales cuya violación se reclame y el concepto o conceptos de la misma violación; que en el caso que nos ocupa, la defensa argumenta y considera que se encuentra transgredida en agravio de sus defensos la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal, y basa el concepto de violación mencionado, precisamente en el hecho de que el tipo de violación impropia que describe el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, exige la introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, y en el caso en análisis, no se agotaron los extremos del tipo penal en comento, pues el dedo, o los dedos, no pueden ser considerados como elementos o instrumentos, sino como órganos o partes del cuerpo humano, y por tal razón, considerarlos como elementos o instrumentos, es una interpretación que excede de los límites del concepto mismo y constituye una violación a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal al caso concreto, consagrada en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal.

VII. La ley que en concepto del quejoso se haya aplicado inexactamente; que en este caso lo es la aplicación de la condena impuesta por el párrafo inicial del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, al caso concreto; y el concepto de esta violación se hace consistir en la consieración del A quo, confirmadã por el Ad quem en sentido de que existe adecuación entre la conducta que señalan fue desplegada por los acusados "el operador", "el mofles" y "el múltiple", investigada en la causa penal relativa, y el tipo penal contenido en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que literalmente dice: "SE CONSIDERA TAMBIÉN COMO VIOLACIÓN Y SE SANCIONARÁ CON PRISIÓN DE OCHO A CATORCE 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."; lo cual constituye una inexacta aplicación de la ley penal, al caso que nos ocupa, ya que aún concediendo metafóricamente validez a las declaraciones de "la denunciante" y "la testigo", en la comisión del hecho que se investiga, no fue acreditada la introducción de elemento o instrumento alguno por la vía vaginal de la denunciante, pues en todo caso, se trataba de un órgano (y no instrumento o elemento) distinto al miembro viril, hipótesis no prevista ni descrita por el tipo penal en comento, que constituye por dicha razón, el elemento negativo antijuridicidad en el delito por el que el Agente del Ministerio Público ejercita acción penal en contra de los indiciados en cita, ya que la naturaleza del evento, pudiera atender a diversa figura delictiva, como pudiera ser el abuso sexual, puesto que: sin consentimiento de una persona (LA DENUNCIANTE), y sin el propósito de llegar a la cópula, se ejecutó en ella un acto sexual (INTRODUCCIÓN DE DEDO EN VÍA VAGINAL), o se le obligó a ejecutarlo (VIOLENCIA FÍSICA), con lo que suponiendo sin conceder, podría considerarse que se perpetró el delito de abuso sexual y no el de violación impropia.

En alusión a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, nos indica el maestro Juventino V. Castro que: "El tercer párrafo del artículo 14 se refiere a dicha garantía en lo que toca a los juicios penales (enunciados como juicios del "orden criminal"), en los cuales no se puede decretar una pena que no sea la exactamente aplicable en los términos de una ley que así lo disponga, prohibiéndose por lo tanto el uso de la analogía y la mayoría de razón como métodos interpretativos utilizados para decretar dicha pena."¹³⁰

En este sentido, apunta el Doctor Ignacio Burgoa lo siguiente: "La imposición por analogía de una pena implica la aplicación, también por analogía, de una ley que contenga una determinada sanción penal, a un hecho que no esté expresamente castigado por ésta y que ofrece semejanza substancial, pero discrepancia en cuanto a los accidentes naturales, con el delito legalmente penado. Dicha imposición y aplicación analógica constituye una oposición flagrante al principio *nulla poena sine lege* involucrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional. En efecto, según tal postulado, no se debe aplicar ninguna pena que no esté *expresamente* decretada por una ley para un determinado delito. Pues bien, la aplicación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de una disposición legal exactamente aplicable al hecho de que se trate, por lo que habría que recurrir a una norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presente cierta semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el mencionado hecho, pudiera hacerse extensiva a este. Entonces, la pena que se pretendiese imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, por lo que se violaría el aludido principio."¹³¹

En el caso expuesto, correspondió a un Tribunal Colegiado de Circuito en materia penal conocer de la demanda de amparo de que trata el presente

¹³⁰.- CASTRO, Juventino V. Op. Cit. pág. 241.

¹³¹.- BURGOA Orihuela, Ignacio. Op. Cit. págs. 571 y 572.

subcapítulo, en la que, previo el análisis del recurso respectivo y consecuentemente, de los argumentos y conceptos de violación hechos valer por la defensa, resolvió conceder **EL AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA DE LA UNIÓN** en contra de los actos reclamados y de las autoridades responsables, considerando que, efectivamente, al ser el dedo, o los dedos, órganos o partes del cuerpo humano que no pueden ser considerados como instrumentos o elementos, resulta inexacta la aplicación de la ley penal aplicada por el A quo y confirmada por el Ad quem, prevista en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal (violación impropia), y sancionada por el párrafo primero del numeral en cita, por no haber exacta adecuación entre la conducta desplegada por los acusados y el tipo penal contenido en el párrafo y artículo ya mencionados, sino solo presentar una semejanza que en el caso concreto, actualiza una imposición de sanción contenida en la multicitada disposición penal por analogía, lo que a su vez se traduce en una violación a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley Suprema, pues en todo caso, la conducta desplegada por los sujetos activos se adecua a diversa figura delictiva como lo es el abuso sexual, ordenándose en consecuencia, la revocación de la Sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con la reposición de la misma en sentido de absolver a los acusados del delito que se les imputa y ordenando la inmediata libertad de los mismos.

La resolución adoptada por el Tribunal Colegiado de Circuito en materia penal a que nos referimos anteriormente, no fue recurrida y por tal razón causó estado para todos los efectos legales a que hubo lugar.

4.5 COMENTARIOS.

Aún cuando de primera impresión nos quede un amargo sabor de garganta por la resolución tomada por el Tribunal Colegiado de Circuito en materia penal, consistente en considerar atípica la conducta desplegada por los sujetos activos en el caso práctico en análisis, con relación al tipo penal de violación impropia contenido en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, habida cuenta de que "la denunciante" sufrió un ataque violatorio y transgresor del bien jurídico tutelado, que en el presente caso y para efectos prácticos, lo es la libertad sexual, el cual seguramente resulta tan grave y tan indignante como la introducción de instrumentos o elementos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, obtenido mediante la violencia física o moral, no obstante ello, lo consideramos jurídico, pues estimamos que, efectivamente, dicha conducta al carecer de exacta descripción contenida en el tipo penal de violación impropia, prevista por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, y tomando en consideración que dicho comportamiento nos parece adecuarse con mayor precisión al tipo penal contenido en el artículo 260 del señalado ordenamiento, es decir, al tipo de abuso sexual, consideramos que los probables responsables "el operador", "el mofles" y "el múltiple", fueron debidamente absueltos y puestos en libertad, por haberse impuesto en su agravio una sanción por analogía, hecho que constituye a nuestro modo de ver, una violación a la garantía de la exacta aplicación de la ley, consagrada por el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal, pues dichos sujetos activos debieron haber sido acusados por el Agente del Ministerio Público por la comisión del delito de abuso sexual, cometido en pandilla, en agravio de "la denunciante".

En efecto, para sustentar nuestra hipótesis, nos basta con reflexionar que si la introducción de elementos o instrumentos distintos del miembro viril, por vía anal o vaginal, no estuviera expresamente contemplada por el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que la equipara al delito de violación (como ocurría antes de la reforma de enero de 1989), ésta constituiría el delito de abuso sexual, pues se trata de un acto sexual, sin llegar a la cópula, y sin el consentimiento de la víctima; sin embargo, la introducción de algo distinto al miembro viril, por vía anal o vaginal, que no fuera un elemento o instrumento, estimamos que aún constituye el delito de abuso sexual (por no estar expresamente equiparado al delito de violación impropia), aun cuando resulta seguramente tan grave e indignante como la violación impropia a que nos referimos en el presente trabajo.

Así mismo, nos inclinamos y adherimos a esta consideración en mérito de la salvaguarda que debe asignarse a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal, consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal, la cual restringe la libertad subjetiva del juzgador, para interpretar la redacción que se hace del tipo penal respectivo, debiéndose atender dicha garantía de manera literal, pues de no hacerse de esta manera, estaría en juego la seguridad jurídica de los gobernados frente a la elasticidad de la facultad de interpretación concedida a los administradores de justicia.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El ejercicio de la acción penal es una facultad conferida por mandato constitucional consagrado en el artículo 21 de la Ley Suprema al Ministerio Público, el cual, deberá ajustarse a los lineamientos que la propia constitución establece, sin apartarse de ellos para no vulnerar las garantías individuales que dicha normatividad concede a los gobernados.

SEGUNDA. En materia penal, tanto el Ministerio Público, así como los órganos administradores de justicia, deben atender a los lineamientos establecidos por la Constitución Federal referentes a las garantías consagradas en favor de los gobernados, especialmente aquellas referentes a seguridad jurídica, como lo son: La legalidad del procedimiento, garantía de audiencia y de exacta aplicación de la ley penal.

TERCERA. Los tipos penales de violación impropia, contenidos en el párrafo tercero del artículo 265 y fracción III del artículo 266, ambos del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, cuyo bien jurídico tutelado lo es, para efectos prácticos en el primero de los casos **LA LIBERTAD SEXUAL**, y en el segundo de ellos **LA SEGURIDAD SEXUAL**, que equiparan al delito de violación a las conductas consistentes, en el primer caso: A la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, y en el segundo caso: Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años o que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, en ambas hipótesis, sea cual fuere el sexo de la víctima, resultan

insuficientes para salvaguardar los bienes jurídicos tutelados frente a conductas semejantes, tan graves e indignantes, como lo son introducción de órganos, esencias u otros objetos no comprendidos dentro de la definición de elementos o instrumentos, acorde a los planteamientos y modos previstos por los tipos penales en cita.

CUARTA. El delito de violación impropia descrito por los tipos penales contenidos en el párrafo tercero del artículo 265 y fracción III del artículo 266, ambos del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, deben contemplar la introducción de todos aquellos elementos, instrumentos, esencias u objetos, en las modalidades que para cada figura delictiva se exigen, para salvaguardar con arreglo a derecho los bienes jurídicos tutelados para cada delito, frente a conductas tan graves e indignantes como las que se describen actualmente en los numerales aludidos.

QUINTA. Deben reformarse los tipos penales contenidos en el párrafo tercero del artículo 265 y fracción III del artículo 266, ambos del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, de modo que dichas figuras delictivas amparen y contemplen la introducción de órganos, esencias u otros objetos no comprendidos dentro de la definición de elementos o instrumentos en ánimo de salvaguardar los bienes jurídicos tutelados de dichas figuras delictivas frente a conductas no descritas en los tipos penales respectivos, pero que guardan semejanza con aquellos por la gravedad e indignación que los mismos representan para la víctima.

BIBLIOGRAFÍA.

AMUCHATEGUI Requena, Irma G.

DERECHO PENAL.

ED Harla. México, 1997.

BARRADAS García, Francisco.

COMENTARIOS PRÁCTICOS al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

ED. Sista. México. 1998.

BARRITA López, Fernando.

DELITOS, SISTEMÁTICAS Y REFORMAS PENALES.

ED. Porrúa S.A., México, 1997.

BURGOA Orihuela, Ignacio.

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

ED. Porrúa. S.A México, 1997.

CARRANCA y Trujillo, Raul. Carranca y Rivas, Raul.

CÓDIGO PENAL ANOTADO.

ED. Porrúa. S A. México, 1996.

CASTELLANOS Tena, Fernando

LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL.

ED. Porrúa S.A., México, 1997.

CASTRO, Juventino V

GARANTÍAS Y AMPARO.

ED. Porrúa S.A., México, 1997.

COLÍN Sánchez, Guillermo.

DERECHO PENAL MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

ED. Porrúa, S.A. México, 1997.

DÍAZ de León, Marco Antonio.

CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS.

ED. Porrúa, S.A. México, 1997.

ENCICLOPEDIA ILUSTRADA EN LENGUA ESPAÑOLA

DICCIONARIO LÉXICO HISPANO.

ED. Jackson, Inc. Editores. México, 1989.

FERNÁNDEZ Carrasquilla, Juan.

DERECHO PENAL FUNDAMENTAL.

ED. Temis. Bogotá, Colombia. 1989.

GARCÍA Maynez, Eduardo

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

ED. Porrúa, S A México, 1998.

GONZÁLEZ de la Vega, Francisco.
DERECHO PENAL MEXICANO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1997.

GONZÁLEZ de la Vega, Francisco.
EL CÓDIGO PENAL COMENTADO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1996.

GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo,
DERECHO PENAL MEXICANO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1991.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U.N.A.M.
DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1997.

JIMÉNEZ de Asúa, Luis.
PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO.
ED. Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

LAROUSSE.
DICCIONARIO ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
ED. LAROUSSE. México, 1996.

LÓPEZ Betancourt, Eduardo.
DELITOS EN PARTICULAR.
ED. Porrúa, S.A. México, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe.
DERECHO PENAL. TOMO I.
ED. Temis. Bogotá, Colombia, 1995.

MALO Camacho, Gustavo.
DERECHO PENAL MEXICANO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1997.

OSORIO y Nieto, Cesar Augusto.
LA AVERIGUACIÓN PREVIA.
ED. Porrúa, S.A. México, 1992.

PAVÓN Vasconcelos, Francisco.
DERECHO PENAL MEXICANO.
ED. Porrúa, S.A. México, 1997

PORTE Petit Candaudap, Celestino.
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL.
ED. Porrúa, S.A. México, 1989

PORTE Petit Candaudap, Celestino.
ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN.
ED. Porrúa, S.A. México, 1993.

PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL D.F.
GUÍA DE DILIGENCIAS BÁSICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO.
ED. PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL D.F. México, 1996.

REYES Echandía, Alfonso
LA TIPICIDAD.
ED. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

SPROVIERO, Juan H.
DELITO DE VIOLACIÓN.
ED. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

TORRES Torrija, Luis.
MEDICINA LEGAL.
ED. Librería de Medicina. México, 1990.

ZAMORA Pierce, Jesús.
GARANTÍAS Y PROCESO PENAL.
ED. Porrúa, S.A. México, 1997

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de Agosto de 1931.