

879307



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO



Con Estudios Incorporados a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Clave: 879309

14

**LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO
DE VIOLACION**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JAIME ORDOÑEZ JAMAICA

7/7/06

Asesor: LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

Celaya, Gto.

Febrero 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS:

Por permitirme formar parte de este mundo y vivir este momento, por haberme dado la vida en el día de hoy, por haberme permitido nacer, por darme salud, por los padres que me diste, mi esposa e hijos que me has dado.

A MI PADRE:

Por los esfuerzos y sacrificios que realizo y por el apoyo que me brindo en los momentos difíciles, aléntandome para salir adelante, con sus sabios consejos, siendo un ejemplo de superación.

A MI MADRE:

Quien ha estado presente con sus consejos para continuar mi preparación y trabajo. Mi más sincero agradecimiento, como muestra de cariño.

A MIS HERMANOS:

Angélica, Manuel Juan, Pedro, Dolores, Sagrario, Fabiola.

Por el apoyo que me han brindado.

A MI ESPOSA:

Por el apoyo y la comprensión que me ha brindado.

A MIS HIJOS PAOLA Y EFREN:

Por permitirme recordar la increíble experiencia de ser niño.

A MI ASESOR LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS
GONZALEZ.

Por su colaboración en la dirección y realización de mi tesis
profesional.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

AL LIC. MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ.

Por el gran apoyo y paciencia que me ha dado

Aquellos que de alguna u otra forma contribuyeron a la
elaboración de este trabajo.

INDICE

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS DELITOS SEXUALES

1. Concepto de delito sexual	1
2. La libertad sexual	6
3. Las conductas sexuales	11
4. El bien tutelado y la Constitución	26
5. La sociedad y el individuo como titulares del bien jurídico	33

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DELITO Y SUS ELEMENTOS INTEGRADORES

1. Estructura del delito	38
2. La acción	41
3. La tipicidad	48
4. La antijuricidad	54
5. La imputabilidad	57
6. La culpabilidad	61
7. La punibilidad	64

CAPÍTULO TERCERO. DELITO DE VIOLACIÓN

1. Elementos del delito de violación.....	69
2. Concepto de copula.....	74
3. Eficacia de la violencia física y moral.....	76
4. Causas de impedimento o ejercicio de un derecho	79

CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS Y CRÍTICA AL DELITO DE VIOLACIÓN

1. La mujer como sujeto activo de la violación	85
2. La solución correcta en la conceptualización del delito sexual.....	89

3. Violación y abuso sexual.....	91
4. Propuesta normativa	98
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA	107

INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN.

Quiero plantear mis reflexiones y compartirlas con el estudioso de la ley inclusive con aquellos que no lo son, al establecer las bases que prevalece en relación con la posición doctrinaria con respecto al sujeto activo, en el delito de violación y a que se ha considerado desde el punto de vista jurídico, como uno de los más graves delitos sexuales y quizá una de las agresiones más dañinas que se puedan cometer con un ser humano y cuando se habla de sujetos, la mujer incuestionablemente por lo general es sujeto pasivo, pero debemos recordar que el varón también puede ser sujeto pasivo del delito de violación.

Situación que desvirtuare en el presente trabajo de investigación. Por otra parte hablar de delitos sexuales, es limitar la agresión cotidiana que sufre el hombre, lo que cabe a esta denominación una gran problemática social dejándose fuera lo que implica la violencia sexual, sobre toda la persona de la víctima, dejando ver esta distinción como una idea social de que el varón se le tiene como un portador de un sexo al que se puede dañar aisladamente, Pienso que los hombres son seres humanos integrales y que por tanto una agresión sexual es una agresión a toda nuestra persona.

Las agresiones sexuales van desde el hostigamiento hasta su más brutal forma que es la violación son delitos contra nuestra libertad, nuestra integridad personal como varones y nuestra dignidad como seres humanos. Parecería obvio de que sí bien la naturaleza, nos hizo físicamente distintos al hombre y mujer, estas diferencias en nuestro campo son solamente relacionados con nuestros órganos sexuales y su función en la reproducción.

Pero en nuestra sociedad de hoy en día, de esta diferencia se deduce equivocadamente que hay forma de ser y características automáticamente relacionadas con el sexo, esto es, se piensa que los órganos sexuales, del hombre lo hacen ser agresivo, incontrolable, decidido, fuerte, activo, y poseedor de la mujer. Mientras que el sexo femenino hace que la mujer sea pasiva, paciente, obediente, débil, dependiente del hombre y cuya única realización es la maternidad.

Estas características no tienen, nada de natural, pertenecen a lo social y tanto hombre como mujeres los han aprendido desde la infancia y de diversas formas, este aprendizaje nos marca una distinta valoración de lo que se tiene de lo masculino con lo femenino.

Por otro lado, para saber cual es la naturaleza de los derechos de las personas agredidas, se analizara en los primeros capítulos de este trabajo los fundamentos jurídicos del delito de violación y sus principales acepciones.

Para ello se describirá y estudiara la tipificación jurídica de dicho delito en nuestro país actualmente, esta tarea se llevara a cabo tras realizar una reseña de los delitos sexuales y del propio delito de violación.

Aunque lleve a cabo un estudio dogmático del delito de violación este se centrara en la figura del sujeto activo, que no solamente puede serlo la mujer sino cualquier persona que lleve a cabo la realización o consumación del acto sexual, mediante la utilización de diversos medios, situación la cual versará dentro del presente trabajo de investigación.

CAPITULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO.- LOS DELITOS SEXUALES.

1. CONCEPTO DE DELITO SEXUAL.

Ha existido una gran problemática para conceptualizar lo que es un delito sexual. Uno de los motivos que existen en nuestra doctrina es el uso de diferentes denominaciones que aplican los diversos códigos penales al hacer referencia a estos delitos; en Brasil el código los denomina "*delitos contra costumbre*", en Argentina "*delitos contra la honestidad*", el código alemán habla de "*delitos contra la autodeterminación*" entendiéndose por ésta en sentido amplio como libertad sexual.

En México seguimos siendo tradicionalistas y en la mayor parte de los códigos se clasifica esa conducta en la familia de los delitos a mi juicio, mal llamados "*sexuales*". Sin embargo, en otros países el concepto es absolutamente diverso, entre los más destacados se halla el intento de los Chilenos.

La Comisión Chilena que represento a este país en las labores de redacción del código penal tipo para Hispanoamérica, realizo una serie de observaciones a la ponencia que presento a esta materia la Comisión Centroamericana, destacando la siguiente: "*Es verdad que los llamados delitos sexuales presentan el agudo problema de la exacta determinación del bien jurídico protegido, precisando más que un bien jurídico genérico estos delitos refieren comúnmente a la sexualidad; pudiendo decirse que los delitos sexuales procuran proteger toda cuestión ética y jurídica de la vida sexual*".

Por esta razón, la Comisión Chilena los denomina "*Delitos contra la moralidad sexual*", considerándola genéricamente la más adecuada, o "*Delitos contra la moralidad y la libertad sexual*", incluyendo en esta última la mención de libertad sexual dada su fundamental importancia. ¹

Existen grandes debates doctrinarios en torno al concepto de delito sexual, sin embargo, precisaré el aspecto más general relacionado con esta cuestión:

La doctrina Subjetiva. "*Opina esta corriente que se esta ante un delito sexual en virtud de que el móvil del activo es satisfacer su libido, apoya su afirmación precisando que el rapto es un delito sexual ya que el ánimo del autor va encaminado a una satisfacción erótica-sexual*". ²

En concreto esta primer corriente de opinión considera como delito sexual a todo aquel ilícito que, en su génesis conlleva un móvil de tipo sexual.

El autor Francisco González de la Vega menciona: "*para que un delito pueda ser sexual debe reunir como requisitos:*

1. Una acción de naturaleza sexual, que se realiza en el cuerpo del ofendido, o que a éste se le hace ejecutar, y

¹ GONZÁLEZ Jara, Manuel Angel. "El Delito de Promoción o Facilitación de Corrupción o Prostitución de Menores". Editorial Jurídica de Chile, Andrés Bello. México. 1992. Pág. 9.

² Op. cit. Pág. 10.

2. Que los bienes jurídicos afectados por esta acción sean relativos a la vida sexual del pasivo".³

El profesor Bascunan define el delito sexual como: "la acción del hombre en cuya materialización, o intención o en cuyo fin u objetivo se encuentren elementos de carácter sexual y que atenten contra bienes jurídicos protegidos por la ley penal".⁴

Por mi parte, considero que, para que el delito sexual se pueda calificar como tal, es necesario que la acción tenga una connotación sexual y que esta produzca una lesión a un bien jurídico del mismo carácter.

En la problemática del "nomen iure" la mayor parte de las legislaciones en nuestro país, particularmente clasifican el delito de violación llamándolo "delito sexual", haciendo sólo referencia al bien jurídico tutelado, aludiendo únicamente a la naturaleza de la conducta realizada por el delincuente; solo que para nadie es extraño que la aparición de esta figura delictiva produce un especial impacto en la sociedad, de suerte tal que: no solo la libertad sexual debe verse como la objetividad tutelada sino también la seguridad sexual del titular de ese derecho.

La agresión sexual importa desde luego un sentir en la sociedad, lo que provoca su alarma debido a la creciente incidencia de conductas tan repugnantes y que causan en la víctima efectos irreversibles, luego entonces, hablar de "delitos contra la libertad y la seguridad sexual"

³ Op. cit. Pág. 10.

⁴ Op Cit. Pág 11

constituye una expresión mas acertada porque revela los bienes jurídicos tutelados, y no solamente atañen a la libertad psicosexual del pasivo.

Bajo el título propuesto se abarcan otras especies de delitos tales como el estupro y los abusos deshonestos, que también son atentatorios de la libertad sexual de las personas y de la salvaguarda de su seguridad en este mismo plan.

Precisando pues de esta forma que el bien jurídico tutelado no es sólo y exclusivamente la llamada libertad sexual, que, por cierto, es una expresión en la actualidad totalmente inaceptable, debido a que se basa en la naturaleza de la conducta realizada y no en el bien jurídico tutelado.

Por ello creo, debe darse una nueva redacción a la familia de estos delitos en nuestro código penal, atendiendo no sólo a la mera descripción hipotética de la ley en atención a la conducta, sino más bien, viendo el bien jurídico que habrá de protegerse.

Utilizar la terminología inadecuada y que se denomina "*delitos sexuales*" es hacer caso a la naturaleza de la mera conducta contenida en los tipos y no en atención al bien jurídico protegido; bien jurídico que no deja de implicar varias dificultades tratándose del estupro y en los atentados al pudor en relación a los menores sin desarrollo psicosexual.

Por cierto, la denominación en nuestro Estado y que los refiere como "*delitos sexuales*" tiene su antecedente en la legislación española que adolece del grave error apuntado líneas arriba.

Desde este particular punto de vista es indudable el significado conferido por la sociedad a las manifestaciones sexuales del hombre, a

través del tiempo y del espacio, en donde la sociedad misma se encarga de valorar las diversas actividades sexuales y, el derecho debe ser un reflejo fiel del sentir general en cuanto a lo sexual.

Es clara esta transformación, en tal sentido si en adelante debemos preocuparnos no sólo por la conducta que describe el tipo, sino también por la forma en que los ataques repercuten en la esfera sexual del individuo, de suerte tal que, se agreden bienes jurídicos como la libertad sexual, la correcta formación sexual del individuo y la moral social.

Bajo esta premisa, es claro que el concepto "*delitos sexuales*" ha sido bastante superado y por ende es que a mi juicio debe hablarse de, como ya lo había dicho, la denominación "*delitos contra la libertad y seguridad sexual*".

Así entonces, el individuo destinatario de la ley advertirá el fenómeno de la sexualidad con plena responsabilidad juicio y madurez para seleccionar libremente su vida sexual y protegerla penalmente sin que ello importe restarle validez a sus decisiones sexuales.

La libertad sexual de un ser humano no solo puede coartarse con la violación, sino con cualquier acto de naturaleza sexual que le sea impuesto por medio de la violencia física o moral, es decir, sería la tipificación de toda conducta que lesione la intimidad sexual de una persona cuando se realice sobre su cuerpo un acto de índole sexual o cuando se le haga realizarlo en el cuerpo de otro por los medios antes descritos.

En esta virtud no se encuentra objeción alguna que impida aceptar que la violación puede realizarse por una mujer sobre otra, e

incluso sobre un hombre si se esta llevando a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto al activo que la realiza con ánimo de copular, como al pasivo que se ve agredido en su libertad y seguridad sexual.

2. LA LIBERTAD SEXUAL.

En el ejercicio de la actividad sexual, se pueden lesionar algunos bienes apreciados por la sociedad debido a los cuales el derecho los protege y los conceptualiza como *“bienes jurídicos”*.

El autor Grisolia menciona que: *“El bien jurídico es un valor captado por el orden jurídico (valor jurídico)”*.⁵

El bien jurídico orienta y hasta cierto punto es indispensable para resolver problemas de la ley penal y de la teoría del delito, la determinación del mismo es de suma importancia; ya que frente a algunas figuras delictivas la conceptualización del bien jurídico que ella tutela servirá para establecer su contenido, alcance, personas destinatarias y bajo que circunstancias se aplica y, por supuesto, es menester proteger.

Los delitos sexuales son clasificados generalmente de acuerdo a diversos criterios, entre los más destacados se encuentran los siguientes:

⁵ Op. cit. Pág. 41.

Clasificación de los delitos sexuales según el bien jurídico.

Los delitos se clasifican atendiendo a diversos factores y al bien jurídico tutelado, siendo de la siguiente manera:

1. *Delitos contra la libertad sexual.* Se constituyen por las figuras en las cuales se prescinde del consentimiento del pasivo, como elemento *sine qua non* para la realización del acto de significado sexual con él, o existiendo el mismo, éste se encuentra viciado, siendo estos: el estupro, la violación, el rapto y los abusos deshonestos.

2. *Delitos contra la colectividad.* Por medio de estas figuras se trata de proteger a la sociedad, considerando como el bien jurídico de ésta “*el patrimonio fisiológico, biológico e higiénico de toda la Nación*”; un ejemplo claro es el siguiente:

La sodomía (concubito entre varones) tal conducta, sin que exista fuerza o intimidación, realizada entre adultos y sin mediar publicidad, debería quedar impune; sin embargo, no es así. La razón por la cual se penaliza no es por tratarse de una degeneración o de una práctica moralmente reprobable, sino que el motivo de sanción es proteger a la colectividad de un peligro de contagio que esta pueda extenderse y llegue a ser una drástica plaga en la sociedad.

3. *Delitos contra el pudor publico.* Partiendo de la conceptualización de pudor que es “*el interés que toda persona*

*tiene en que se observen, respecto a ella, las normas de corrección y respeto que la moral impone en lo relativo a la actividad sexual”.*⁶

Dicho interés consiste que sus sentimientos pueden ofenderse por la realización de actos de significación sexual realizados con publicidad. Esto es lo que ocurre en el delito de ultrajes a la moral pública y también en la difusión de pornografía, conductas que atentan el pudor público.

4. *Delitos contra el orden de las familias.* Tradicionalmente ubican en este grupo al adulterio e incesto; respecto del incesto la sola relación sexual entre parientes trae como consecuencia un atentado contra el orden familiar y traerá mayor trascendencia si de ésta se genera descendencia; en el caso del adulterio por existir un atentado en contra de la fidelidad conyugal, concepto que es parte integral del orden de la familia, aunado a que en el adulterio de la mujer exista la posibilidad de introducir prole adulterina al seno familiar.

De la anterior clasificación se desprende que pese a que estos delitos se llevan acabo por medio de acciones de índole sexual, el bien jurídico que en ellos aparece tutelado no tiene dicho carácter.

Siendo la violación una figura que protege el bien jurídico de la “libertad sexual” tal como se desprende de la anterior clasificación, tenemos varias opiniones que los autores establecen en relación al mismo:

⁶ Op. cit. Pág. 46.

a) Jiménez Huerta menciona que el objeto jurídico protegido de la violación *“es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado”*.

b) González Blanco opina que el bien jurídico que protege el ilícito de violación *“es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula, impiden a la víctima determinarse libremente”*.

c) Manifiesta González de la Vega que el objeto jurídico que la ley protege en el delito de violación *“es la libertad sexual ya que además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal o la vis de los pacientes”*.

d) Sebastián Soler piensa que el objeto jurídico protegido en el delito de violación es *“la libertad sexual”*.

e) José Ignacio Garona *“considera que tanto el pudor individual, como la libertad sexual y el orden de las familias constituyan los objetos que la ley tiende a proteger en el delito de violación”*.⁷

⁷ MARTÍNEZ Roaro, Marcela. *“Delitos Sexuales”*. 4ª Edición. Editorial Porrúa, Hnos. S.A., México 1991. Pág. 244.

f) Manfredini, Saltelli y Romano Di Franco coinciden que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es *“el derecho a la libertad sexual de disposición carnal”*.

g) Fontan Balestra opina que el bien jurídico tutelado *“es la Libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual”*.

h) Frías Caballero piensa que el bien jurídico *“es el pudor individual como sinónimo de honestidad y, subsidiariamente, la libertad sexual”*.⁸

De lo antes expuesto, claramente se desprende que en cuanto a la libertad sexual considerado como el bien jurídico que tutela el delito de violación, los diversos autores difieren en precisar si es o no el bien protegido; Pero en general los tratadistas coinciden en estimar *“la libertad sexual”* como el objeto o bien jurídico que la ley protege en el delito de violación.

Por mi parte, no dudo que con el delito de violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo y, también su tranquilidad, seguridad e incluso su integridad corporal o la vida.

Solo que el legislador toma en cuenta al describir el delito de violación, el elemento de la agresión que la víctima sufre sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coarta en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quien

⁸ PORTE PETIT Candaudap, Celestino. *“Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación”*. 5ª Edición, Editorial Porrúa, Hnos. S.A., México. 1993. Págs.31-32.

no deseaba hacerlo, por lo que desde ese punto de vista el objeto que protege el delito de violación es la *“libertad sexual”*.

Es fácil advertir que la mayoría de los tratadistas se inclinan en indicar que la objetividad tutelada en la violación, siempre ha de ser la *“libertad sexual”*; empero, tener por cierta esta concepción, equivale simplemente a reconocer un solo aspecto de este tipo de agresiones.

El derecho debe evolucionar y más el campo del Derecho Penal, en este sentido, a nadie debe escapar que en la violación se agrede no exclusivamente la integridad sexual de la víctima, sino que, es una acción agresiva que siempre trasciende.

Trasciende a la familia, a la sociedad respecto del aprecio social de la víctima, el que seguramente ha de verse demeritado, por tales razones, creo que un concepto más amplio de los delitos mal clasificados como sexuales, deben englobarse en una idea generalizadora, en donde se ubique también, como bien jurídico protegido, la honestidad, el orden familiar y la moral.

3. LAS CONDUCTAS SEXUALES.

La sexualidad es para nosotros un fenómeno común y ordinario cuando se tiene una correcta y adecuada educación sexual, esto es, forma parte de nuestra cotidiana existencia. Sin embargo; para nadie es extraño que estas manifestaciones de la sexualidad aparezcan distorsionadas o ayunas de una base sólida en el plano académico y de la moral, es aquí, precisamente, donde hallamos esas conductas desviadas.

Las desviaciones sexuales es un tema tratado principalmente en la psicología, las motivaciones del sujeto para distorsionar su realidad, y contemplar este fenómeno ya como un tabú o una prohibición que de investigarse siempre bajo el telón de lo oculto e impublicable.

Particularmente interesan las conductas llamadas anómalas y, por supuesto, su repercusión en el ámbito penal. A saber:

La depravación, perversión, desviación, aberración, degeneración y en los más recientes libros de sexología, sexopatías o sexopatología, son términos usados, seguidos los primeros del calificativo “sexual”, para denominar conductas referentes a la sexualidad, que en un momento y lugar determinado chocan, van en contra de lo que la moral considera normal, sano, correcto o bueno.

Las conductas antes descritas pudieron haber sido vistas indiferentemente por la sociedad e incluso considerarlas como normales; el homosexualismo, por ejemplo: en la antigua Grecia de Sócrates, Platón y Aristóteles era aceptado con tanta naturalidad como el heterosexualismo y que más tarde el cristianismo preciso como pecado, durando hasta nuestros días tal consideración.

Para valorar y calificar una conducta sexual, ésta se debe confrontar con la moral socio-sexual en que se da, entendiéndose por esta última *“el conjunto de ideas, creencias y actitudes que una sociedad tiene sobre la sexualidad en un momento y espacio determinado”*.⁹

⁹ MARTÍNEZ Roaro, Marcela. Op. cit. Pág. 29.

Asimismo, para calificar una manifestación sexual debemos distinguir entre los conceptos de sexo y sexualidad. El sexo lo constituyen los caracteres fisiológicos y anatómicos que distinguen al hombre de la mujer; mientras que la sexualidad es la manifestación, la expresión psicológica, social y cultural de lo aprendido en torno al sexo.

El sexo genético puede generalizarse y resumirse; en cambio, la sexualidad no, ya que es una vivencia individual y personalísima.

En el presente título pretendo incluir en él, si no todas las manifestaciones relativas a la sexualidad, si las más frecuentes, ya sean consideradas anormales y normales.

En la actualidad lo que es considerado normal es la relación sexual entre hombre y mujer; en las anomalías sexuales es donde surge la discordia y discusión entre los estudiosos e interesados del tema.

A continuación expondré las diversas conductas sexuales, que al menos son las más representativas, entre ellas:

a) *Heterosexualismo*. Es la relación sexual entre hombre y mujer, o sea la introducción del órgano sexual masculino en el femenino con eyaculación y orgasmo el cual llamamos coito; como lo mencioné antes y teniendo esta clase de relación como tipo, como normal, toda otra forma de alcanzar el orgasmo que no sea esta es lo que ha sido o es llamado "*perversión*".

b) *Sodomía o pederastía*. Esta conducta consiste en la substitución de la vagina por el ano. Puede presentarse este tipo de relación tanto entre hombre y mujer, como entre dos hombres.

Para A. Willy y C. Jamont, *“el ano y el pirineo no pueden considerarse órganos sexuales propiamente dicho, pero ejercen, sin embargo, un importante papel en la vida sexual de la mujer, algunas de las cuales poseen una gran sensibilidad en esta región que responde al tacto”*.¹⁰

La opinión de que la zona anal no se manifiesta activa más que con cargo a las relaciones homosexuales, es francamente errónea, ya que hay mujeres que no consiguen el paroxismo si no intervienen las aludidas sensaciones. El hecho tiene fácil explicación anatómica, sabiendo que toda la región está íntimamente ligada al aparato genital por multitud de nervios y músculos, por la que no se puede hablar de perversión en este caso.

c) *Ambisexualidad*. Se define esta conducta como la atracción por ambos sexos sin que la inclinación hacia el sexo propio signifique repulsión hacia el sexo contrario.

Las personas con esta clase de manifestación sexual pueden llevar una vida normal con el sexo opuesto, sin que ello les impida tener ocasiones relaciones de tipo homosexual, encontrando gran placer en ambas relaciones.

¹⁰ Op cit. Pág. 35.

d) *Masturbación u onanismo*. Esta acción sexual consiste en *“la manipulación de los órganos sexuales, realizada por el propio sujeto o por otra persona, para producir el orgasmo”*.¹¹

Antiguamente existía la creencia de que la masturbación en los adultos y adolescentes causaba trastornos, y que la idiotez era de entre esos trastornos, de los más leves.

Actualmente los médicos admiten que durante la adolescencia, no sólo no es mala la masturbación, sino que es un hábito físico y mental, e incluso, malo y dañino cuando no se practica o se le impide al adolescente que la lleve a cabo.

En el criterio médico existen contrariedades cuando ésta se practica en los adultos; para unos es una perversión que nace de la falta de madurez emocional, para otros sólo se considerara perversa si se realiza de manera exclusiva y única haciendo a un lado la actividad sexual normal, pudiendo llevarla a cabo.

No existe evidencia médica de que la masturbación, conduzca al deterioro mental y así mismo no existen indicios médicos que definan la masturbación excesiva.

El niño descubre la masturbación, casual, instintiva o intuitivamente, y ésta constituye una forma de la expresión de su sexualidad; durante la adolescencia y en tanto encuentre una

¹¹ Op cit. Pág. 35.

pareja, resulta normal que la masturbación es el medio más frecuente al que acude el sujeto para descargar su energía sexual.

Esto representa un medio seguro, fácil, cómodo y gratuito de satisfacer sus apetencias sexuales ya que las otras alternativas que le están permitidas socialmente son: el acudir a una prostituta, una empleada doméstica o una amiga adolescente inexperta e ignorante como él y a quien se corre el riesgo de embarazar.

Aún y cuando no hay un criterio médico para establecer el exceso en la masturbación, estableceré un hecho: cuando para masturbarse la persona olvida todas las demás actividades que puede y debe realizar de acuerdo a su edad y posición, estará cayendo en el exceso, pero ello significa que existen otros problemas que le están llevando a una masturbación exagerada.

e) *Erotomía*. “Es la obsesión, el delirio caracterizado por un deseo excesivo y desorbitado por todo lo sexual” ¹². Cuando esos deseos los experimenta el hombre, se le llama SATIRIASIS; cuando es la mujer NINFOMANÍA.

f) *Homosexualismo o inversión*. “Es una conducta resultante de la atracción sexual exclusiva hacia personas del propio sexo”. ¹³

¹² Op cit. Pág. 37.

¹³ Op. cit. Pág. 38.

La homosexualidad comprende personas del sexo masculino y femenino, cuando se trata de las segundas se denomina lesbianismo, denominación inspirada en la Isla de Lesbos, Grecia y en la poetisa Safo de quien se decía que era homosexual y vivía en dicha isla.

El coito entre varones "*invertidos*" se realiza de manera anal, no siendo el único modo de relación sexual; entre mujeres los actos consisten en, masturbación por succión clitoridiana u otras formas.

El más conocido y estudiado ha sido el homosexualismo masculino, debido tanto a su mayor número, como a una mayor discreción de las lesbianas.

De todas las conductas sexuales ésta es la más discutida y tratada, debido a que cuenta con grandes personalidades en todos los aspectos positivos-negativos; estos sujetos han tratado de que se les reconozca su actividad como normal, esgrimiendo razones que la justifiquen; y por que de todas las llamadas perversiones, es la que cuenta con mas adeptos, muchos de los cuales han tenido el valor o la desvergüenza de mostrar a la luz pública su conducta homosexual e incluso describirla en forma autobiográfica.

Ha sido muy cuestionado el origen de la homosexualidad, ya que la mayoría de los estudiosos en la materia se cuestionan si la misma surge de algo genético, hormonal o psicológico.

Por mi parte creo que nuestra orientación sexual la aprendemos en el medio social. Nacemos seres sexuales,

genéticamente hombre y mujer; de tal forma pues, es que reitero, que la homosexualidad se adquiere.

g) *Eonismo o transvestismo*. Es la propensión de algunos hombres a encontrar satisfacción sexual vistiéndose con atuendos femeninos denotando por lo general, una deficiente masculinidad.

h) *Algolagnio o algomanía*. “Es aquella conducta en la que los sujetos logran alcanzar el orgasmo haciendo sufrir, vejando y humillando a la otra persona y/o con sufrimientos, vejaciones y humillaciones propias”.¹⁴

Si se presenta en el aspecto activo, haciendo sufrir, se le llama SADISMO, si sólo se da en su aspecto pasivo, sufriendo, se le denomina MASOQUISMO.

i) *Fetichismo*. Es la reacción sexual desencadenada espontáneamente en un individuo ante la sola presencia de un fetiche, o sea, de un objeto animado o inanimado.

En estas personas las relaciones efectivas carecen de importancia o no existen, sus relaciones sexuales son exclusivamente con objetos.

j) *Necrofilia*. Constituye una forma de fetichismo en la cual el objeto sexual es un cadáver o un pseudo cadáver.

¹⁴ Op. cit. Pág 39.

k) *Exhibicionismo*. Necesidad sexual experimentada por el sujeto, por lo común el hombre, de mostrar su desnudez y en especial los órganos genitales principalmente entre mujeres, ya sean adolescentes, adultas o ancianas.

l) *Fisgoneo, Escoptofilia, Mixoscopia o Voyeurismo*. Esta conducta se presenta cuando el placer sexual se satisface observando las personas desnudas o realizando el acto sexual.

Estas personas encuentran la pornografía en sus más fieles consumidores. Se dice que el exhibicionismo y la escoptofilia sus aspectos activo y pasivo, respectivamente, de una misma conducta.

m) *Narcisismo*. Es la exaltación sexual que provoca a ciertas personas, la sola contemplación y palpación de su propio cuerpo.

n) *Bestialidad o Zoofilia*. Es la obtención del orgasmo a través de la relación sexual con animales.

En el medio rural es bastante frecuente esta conducta entre jóvenes y adolescentes varones.

o) *Bascomanía*. Actitud de aquellas personas que hacen de lo feo, lo sucio y repugnante algo sexualmente atrayente.

Pertencen a este tipo de conducta, el VAMPIRISMO, en el que el sujeto satisface sus deseos sexuales chupando o bebiendo sangre. Cuando es deseo concreto de beber sangre menstrual, se llama HOMOFAGIA o MENOFAGIA.

Otras conductas pertenecientes a la basconomía son:

1. *Urodiscopia o Urolofia*. Satisfacción sexual en beber orines.
2. *Coprofagia*. Satisfacción sexual en comer excrementos.
3. *Picacismo*. Satisfacción sexual en digerir alimentos que previamente se han introducido en el ano o vagina de la pareja o del mismo sujeto.

p) *Gerontofilia*. Consiste en el placer de realizar la cópula con ancianos o ancianas, según se trate.

q) *Paidiofila o Pedofilia*. “Placer sexual en realizar la cópula con niños, experimentado por un adulto, ya sea mujer u hombre”.¹⁵

r) *Fellatio in ore*. Sexo oral, relación bucogenital, cuando se excita o se hace llegar al sujeto al orgasmo succionado el pene con la boca.

Es común esta práctica entre homosexuales y lo ha sido entre heterosexuales de distintas épocas, incluyendo la actual.

¹⁵ Op. cit. Págs. 39-40.

s) *Cunnilingus*. Similar a la anterior pero lo que aquí se succiona son los genitales externos de la mujer, principalmente el clítoris.

t) Una forma más de la sexualidad y a la que no se le ha dado nombre, es el de las personas que les provoca placer, incluso pueden llegar al orgasmo, con manifestaciones en forma verbal personal o telefónicamente, escrita, dibujada o representada con las manos.

u) *Incesto*. Es la relación sexual entre parientes consanguíneos muy próximos, ya sea ascendientes o colaterales.

v) *Prostitución*. *“Se le llama prostituta a la mujer que realiza la cópula por dinero, haciendo de ello su modus vivendi”*.¹⁶

También se da el caso de esta práctica en el hombre, pero por ser menos frecuente, es menos conocida.

Una vez identificado el concepto de prostituta precisaré la acepción de esta conducta sexual definiéndola de la siguiente manera: es una determinada forma de comercio sexual extraconyugal, caracterizada por el hecho de que el individuo que se prostituye, se entrega más o menos indiscriminadamente a muchas personas indeterminadas de manera continua, pública y notoria, rara vez sin pago, la mayor parte de las veces en la forma de venalidad profesional, para practicar el coito u otras actividades sexuales o bien para proporcionarles cualesquiera otras

¹⁶ Op. cit. Págs. 41-43.

excitaciones y satisfacciones sexuales, a las que provoca y que a consecuencia de esta lujuria profesionalizada adquiere un determinado tipo constante.

Puede suponerse que la prostituta padezca de una exagerada sensualidad, en este caso su profesión le ofrece bastantes posibilidades para descargarla, sin embargo, considero que el problema no es hipersexual; ya que en el ejercicio de su actividad la mayor parte de las veces es frígida, no siente nada con el cliente y reserva todas su energía sexual para su pareja; profesionalmente es insensible.

Existen varias interrogantes sobre los motivos que llevan a la mujer a la prostitución, las estadísticas precisan que el motivo más frecuente es el nivel mental de las prostitutas que se encuentra un poco por debajo del medio y que el de algunas, es francamente débil.

Las mujeres cuyas facultades mentales no están muy desarrolladas, eligen con gusto un oficio que no les reclama ninguna especialización.

No obstante lo manifestado en los dos anteriores párrafos, la prostituta, sexualmente, puede ser una persona perfectamente normal sin inclinación patológica alguna, y sin embargo realizar una serie de conductas anormales para complacer a su clientela.

Hay que distinguir entre prostitución y promiscuidad, en ambas actividades se tiene constante e indiscriminada relación sexual, pero las distingue el pago: siempre que se recibe una remuneración a cambio, habrá prostitución, cuando no medie dicho intercambio, existirá promiscuidad.

Las conductas antes descritas evidentemente, no agotan las expresiones de la sexualidad humana, pero son las más conocidas y frecuentes.

Dos diferencias importantes resaltan en estas conductas. La primera consiste en la apreciación objetiva hecha de las mismas: en unas se llega al orgasmo a través de la cópula (normal o anormal) pero lo que las hace "anormales" es la naturaleza del sujeto con quien se copula, tal es el caso de la algolagnia, la ambisexualidad, la homosexualidad, la necrofilia, la bestialidad, la gerontofilia, la piadofilia y el incesto.

En cambio, en otras conductas, el orgasmo se logra a través de actividades o actitudes ajenas a la cópula. Tal es el caso de la masturbación, el eonismo, la algolagnia (cuando no llega el sujeto a la cópula), el fetichismo, el exhibicionismo, la escoptofilia, el narcisismo y la bascomanía.

En el primer caso, la relación sexual, vista en sí misma, se realiza; en el segundo, dicha relación ni siquiera se presenta.

Una segunda distinción es que en algunas de estas conductas, además e independientemente del daño físico o psíquico que se provoca el sujeto que las realiza, está el posible daño, también psíquico o físico que puede ocasionar a otros. Así, la masturbación, el eonismo, el fetichismo, el narcisismo y la bascomanía, no producen daño a nadie más, que no sea el mismo sujeto que las practica.

En los casos de homosexualismo, algolagnia, gerontofilia e incesto, sólo encontraríamos algún daño en la otra persona de ser ejecutada en ella la conducta sexual siendo esta menor o sin su voluntad.

En el caso de la ambisexualidad además de encontrarse dentro del grupo anterior, existiría un distinto daño moral a las personas que tuvieran que compartir sin saberlo o desearlo, la doble vida sexual del sujeto.

La necrofilia ofendería, de existir, a los parientes del cadáver, la zoofilia al propietario del animal u ocasionaría la protesta de alguna sociedad protectora de animales, la escoptofilia molestaría a las personas observadas, de darse estas cuenta.

En cambio, la piadofilia y en el exhibicionismo, si suele causarse daño sin condición alguna, sobre todo cuando el segundo se realiza ante niños.

Dada la naturaleza de la prostitución, puede revestir toda clase de formas, ser una conducta normal o anormal, causarse daño a sí mismo el sujeto o causárselo a los demás con o sin su consentimiento (cuando el marido que ha visitado a una prostituta enferma, contagia a la esposa).

Por razones distintas las variantes sexuales suelen presentarse en mayor número en hombres que en mujeres, como por ejemplo la necrofilia, el exhibicionismo, el fisgoneo, etc.

En la medida y forma en que valoremos y califiquemos a la sexualidad, valoraremos y calificaremos todo lo que ella conlleva.

Si la sexualidad se nos presenta como algo sucio, vergonzoso, pecaminoso, animal, culpable y otros calificativos que la signifique negativamente, igual estimación merecerán, no solo las anteriores conductas, sino hasta la relación heterosexual, cobijada por el matrimonio, en muchos casos llegaría a tener tan deplorables características, porque no

son las formas las menospreciadas, sino la sexualidad misma, que está siendo vista a la luz de una moral sexofóbica.

Los estudiosos de la sexualidad humana ante la dificultad de generalizar, desde el punto de vista sexual, lo que es bueno, sano o normal o lo que es malo, enfermizo o anormal y por consiguiente determinar que es lo que se debe aceptar y que es lo que se debe rechazar, han optado por afirmar que toda conducta sexual debe ser si no aceptada, si tolerada social e individualmente, siempre y cuando no viole los siguientes principios:

1.*Principio de libertad.* Que quienes realicen una actividad sexual lo hagan voluntariamente, sin ninguna coacción.

2.*Principio de respeto.* Que el ejercicio de la sexualidad no lesione a terceras personas bajo ningún aspecto.

3.*Principio de responsabilidad.* Que sea entre adultos, entendiendo por tales, personas capaces de prever las consecuencias de su conducta sexual y evitarlas y afrontarlas. Esto implica la exclusión de los menores en las relaciones sexuales.

4. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y LA CONSTITUCIÓN.

Todo Estado Democrático y de Derecho establece una serie de principios constitucionales que le dan o le pueden dar contenido a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Se deben distinguir, entonces dos cuestiones distintas:

a) *“La primera consistente en si el contenido de los bienes jurídicos se extrae o se debe de extraer de la Constitución o sí por el contrario,*

b) *De la Constitución solamente se deben extraer los límites para el ejercicio del ius puniendi, esto es, limite al ius puniendi a través de los derechos fundamentales o garantías individuales”.*

Existen principios y valores jurídicos que se encuentran regulados en las Constituciones y que para algunos autores, por el solo hecho de estar previstos en ellas, se le debe considerar como intereses fundamentales para la vida social, a través de los cuales se deben proyectar los demás intereses que se deban proteger.

Ahora bien, el que determinados valores o intereses estén previstos en las Constituciones implica definitivamente cuestionarse si por tal motivo deben ser considerados, sin más bienes jurídicos dignos de tutela penal, o simplemente deben ser considerados como límites al *ius puniendi*, que limitan tanto al legislador como el juzgador, al primero, al crear la ley, y al segundo, al aplicarla; porque así lo establece la norma jurídica suprema de toda sociedad de régimen constitucional.

Con una vinculación trascendente respecto de estos puntos, se cuestiona también si existen obligaciones constitucionales para penalizar los comportamientos que lesionaba determinados bienes jurídicos; para estar en aptitud de resolver estas cuestiones se considera oportuno abordar antes, pero brevemente cuales son las funciones de toda constitución, sobre todo porque será la materia en la que habrá de trabajar el jurista.

*“Entre otras funciones, la constitución, establece los instrumentos fundamentales del ejercicio del poder político, así como los límites que los poderes políticos deben respetar en el ejercicio de sus funciones, impone así la constitución el respeto a los derechos ajenos a través de los principios fundamentales y de las leyes orgánicas. En términos generales, son varias las funciones que corresponden a toda Constitución”.*¹⁷

Así, cuando los comportamientos vulneran las leyes penales a éstas les compete el deber de sancionar penalmente tales vulneraciones; y ello exige una ponderación entre los intereses o valores protegidos penalmente y los derechos fundamentales.

De esta manera, al legislador le corresponde entrar a una doble esfera de valoración y de protección: esto es, por un lado, debe evaluar los intereses y valores protegidos por el Derecho Penal; y por el otro, tiene que proteger los derechos fundamentales particulares en contra de la intervención punitiva del Estado, el cual mediante dicha intervención pretende proteger los bienes jurídicos tutelados, constituyéndose los derechos fundamentales en límites a la intervención estatal.

¹⁷ GONZÁLEZ Salas Campos, Raúl. *“La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal”*. Pérez Nieto Editores, México 1995, Pág. 36.

La doctrina penal ha puesto énfasis en que los delitos relativos a los derechos y libertades fundamentales guardan relación con la constitución. Sin embargo, son totalmente diferentes los delitos que atentan contra la Carta Magna de aquellos que transgreden contra el sistema político constitucional como organización política de las altas instituciones del Estado, pues como es sabido tanto los derechos como los valores llegan a posibilitar exigencias del ciudadano frente al estado.

*“Los bienes jurídicos protegidos penalmente, en cambio, implican sólo una realidad social entre los sujetos entre sí y el Estado. Por ejemplo, se dice que el ‘derecho a la vida’ establecido en la Constitución no se debe confundir con el bien jurídico ‘vida’, pues el derecho constitucional a la vida implica solamente un reconocimiento de una exigencia del ciudadano frente al Estado, en cambio el bien jurídico vida “plasma una realidad de realización de vida social” como una relación concreta con el Estado y con todos los demás sujetos dentro del sistema social”.*¹⁸

Se puede hablar en principio de dos grandes valores constitucionales que las constituciones por regla general consagran, la libertad, y la igualdad. Ahora bien, se plantea si estos valores constitucionales son traídos a la sociedad estatal consigo, por el hombre con nacimiento y por tal carácter resulta que son inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si, por el contrario, son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación.

¹⁸ Ibidem.

Aquí reside, evidentemente, el problema cardinal de los valores constitucionales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional.

Los valores constitucionales tienen diferentes objetos y consecuencias en los derechos fundamentales de las personas y, viceversa, los derechos fundamentales tienen consecuencias en los valores constitucionales de las personas. Este es el caso de los valores constitucionales "libertad" e "igualdad". Así, respecto del derecho fundamental "libertad" su objeto se deduce de la preservación de las esferas individuales frente a posibles intervenciones estatales.

Por otro lado, se puede decir que del valor "libertad" se extrae la no intervención estatal en contra de las personas, conteniendo un mandato a los poderes públicos y un derecho subjetivo para exigir su respeto ahí donde, en una correcta relación jurídica, hubiere sido violada.

Por su parte, del valor "igualdad", se deduce que el Ordenamiento Penal ha de asumir igualitariamente la tutela de bienes y derechos constituciones fundamentales, reduciendo al máximo las áreas de intervención penal.

Tal que se puede afirmar *"según esto, el papel del Estado derivado del sistema jurídico proveniente de la constitución sería el de night-watchman (vigilante de noche) y no podría intervenir en beneficio de los derechos fundamentales de un individuo si para ello hubiera de sacrificar a los de otro. Con ello se llegaría a hacer de los derechos fundamentales no el objeto de protección penal, sino el límite del ius puniendi en su ejercicio sancionado frente al ciudadano. Los derechos fundamentales. Entonces, no pueden por sí solos dar contenido real al objeto de la tutela del Derecho Penal, pues, o se*

*identifica a los derechos fundamentales con derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico o bien, con los valores constitucionales”.*¹⁹

De acuerdo con lo anterior puede haber bienes jurídicos que tengan una relación concreta con el Estado o los ciudadanos pero no por ello deban ser como referencia derechos consagrados en las Constituciones.

Esta cuestión radica en determinar si los bienes jurídicos de protección penal se deben extraer de la Constitución o no. Hay quien ha dicho que la constitución es la fuente única de valores, a partir de los cuales se deben fundamentar y subsumir todos los demás valores recogidos en las leyes, incluso se dice que si esos valores no están reconocidos por la constitución no tendrían sustentación jurídica alguna. Según esto, sólo los valores o intereses obtenidos de este texto deben ser reconocidos como tales por las leyes, de lo contrario resultarían anticonstitucionales.

No obstante lo anterior, hay quienes consideran que el orden penal de los bienes jurídicos si está fijado en la Constitución, pero a grandes rasgos y no en forma particular. Según esta posición, el orden penal de bienes jurídicos es un orden tutelar independiente que no debe mantenerse en forma casuista en el marco de la Constitución, hasta tal punto que se desprenda un orden penal de bienes jurídicos constitucionales, aunque se acepte que deben ser considerados como una continuación y concreción del orden de valores jurídico-constitucionales.

Considero que no se debe desconocer que existen valores o intereses que las constituciones prevén y que, por tanto, tengan que ser

¹⁹ Op. cit. Pág. 32.

considerados bienes jurídicos merecedores de tutela penal, pero no por ello se deban extraer necesariamente de la Constitución.

En este sentido considero válida la tesis de Binding en cuanto a que el legislador podrá darle protección jurídico penal o no a los bienes jurídicos que considere conveniente, independientemente de si están o no previstos en la Constitución, al final de cuentas, la labor del juzgador penal es la de realizar un juicio de reproche.

Sin embargo, otro problema que se plantea es saber si existe una obligación constitucional para el legislador de proteger penalmente determinados bienes jurídicos en contra de ciertos comportamientos, cuando así lo exige la misma constitución; un sector muy importante de la doctrina penal ha negado esta posición, y por el contrario algunos tribunales constitucionales han señalado la obligación de utilizar la amenaza penal respecto de la realización de determinados comportamientos.

“En nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos plantea un particular problema cuando establece en algunos artículos las obligaciones al legislador ordinario para imponer sanciones penales en la protección de determinados bienes jurídicos. Como se ve, la misma Constitución obliga al legislador a sancionar los comportamientos que lesionen determinados bienes jurídicos, como es el caso, de la correspondencia, a que se refiere el artículo 16 del propio texto constitucional. El problema que se plantea entonces es el siguiente: dado que la correspondencia que circula en estafetas tiene un valor menor que otros bienes jurídicos, piensen en la vida o la libertad de las personas, se establece si en virtud de esta superioridad de valor de los bienes jurídicos se derivan las obligaciones constitucionales para el legislador de proteger todos los bienes

jurídicos que tengan un valor superior al que la misma Constitución obliga proteger”. ²⁰

Considero que para decidir si existe o no la obligación constitucional de proteger bienes jurídicos, es conveniente atender a las funciones de que toda Constitución de un Estado Social y Democrático de Derecho debe tener, tanto desde su perspectiva jurídica como la política.

Solamente una vez precisada su función se podrá decidir si la constitución, vista como el Ordenamiento Jurídico supremo que tiene el más alto nivel jurídico en todo Estado de Derecho, puede ser la plataforma de proyección de los bienes jurídicos que merezcan tutela penal, o de lo contrario, no serlo.

En el concreto de la Constitución Mexicana, creo que al tener la función de ser norma jurídica y no solamente política, consistente en ser ésta protectora de instituciones políticas del Estado resulta que el legislador sí se ve obligado a proteger penalmente bienes jurídicos superiores a los que expresamente la Constitución lo obliga, pues de lo contrario no sería congruente con la norma jurídica.

Ahora bien, no obstante lo anterior, es también de tomarse en cuenta que no se debe proteger penalmente todos los bienes jurídicos contra cualquier ataque, sino, como lo establece el carácter fragmentario del derecho penal, solamente los más peligrosos podrán ser sancionados penalmente.

²⁰ GONZÁLEZ Salas Campos, Raúl. Op. cit. Pág. 45.

5. LA SOCIEDAD Y EL INDIVIDUO COMO TITULARES DEL BIEN JURÍDICO.

Hasta hace algún tiempo parecía haberse alcanzado punto definitivo sobre la cuestión del bien jurídico en el derecho penal. Por lo menos los términos del problema parecían seguros. No parecía problemática la distinción tradicional entre las dos funciones asignadas al concepto del bien jurídico, a saber, una función iminente al sistema del derecho penal positivo y una función extrasistemática.

La primera función obedece a la interpretación teológica de las normas penales y su construcción sistemática. La consecuencia dogmática principal de este uso intrasistemática del concepto del bien jurídico es la duplicación de la antijuridicidad: antijuridicidad formal, que es la violación de la norma social o jurídica correspondiente al tipo delictivo (Binding); y la antijuridicidad material, que es la lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma. Hay responsabilidad penal sólo si se realizan ambas formas de antijuridicidad. Sin embargo, la antijuridicidad material está condicionada a la existencia de la antijuridicidad formal.

Junto a esta función intrasistemática y con una pretendida independencia de ésta se construye una función extrasistemática de concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. No existe una correlación necesaria entre antijuridicidad material considerada a la luz del uso extrasistemático del bien jurídico y la antijuridicidad formal (intrasistemática) de un comportamiento.

Es decir, se admite que el legislador penal puede separarse de ella por defecto o por exceso, dejar de tutelar intereses merecedores de ella, considerados vitales para la sociedad o tutelar intereses que no lo merecen.

El concepto intrasistemático de bien jurídico es generalmente utilizado por el legislador mismo en el articulado de la “*parte especial*” del Código Penal y en la intitulación con base en el objeto a proteger. Igualmente es en la “*parte general*” de ese ordenamiento legal, donde el concepto de bien jurídico es usado por el legislador en sus propias elaboraciones técnico-jurídicas.

No se trata siempre, entonces, en la función extrasistemática, del bien jurídico de definiciones “*tácitas*” del legislador y tampoco de meras construcciones doctrinarias, sino frecuentemente de enunciados legislativos que designan los objetos de la tutela prestada por la norma penal y que deben ser empleados por la doctrina y la jurisprudencia.

En este trabajo no es posible analizar las variantes y los diversos presupuestos que se encuentran en la historia más que centenaria de los usos de “*bien jurídico*”, o de expresiones equivalentes en las dos funciones arriba mencionadas. Me limitare a indicar una alternativa entre dos líneas de tendencia que comienzan a perfilarse desde los orígenes de las teorías del bien jurídico.

Podemos denominar “*teorías del bien jurídico en sentido lato*” a las teorías promocionales, y “*teorías del bien jurídico en sentido estricto*” a las teorías defensivas. Sin embargo, esta distinción como se verá mejor más adelante, se ha vuelto cada vez menos precisa y ha perdido práctica en la medida en que tutela penal se ha extendido de los intereses individuales y circunstancias, hacia áreas de intereses generales y difusos.

Igualmente la distinción entre teorías extrasistemáticas no es tan precisa para un análisis más riguroso. Esta distinción clasifica los discursos

según las intenciones de los autores, pero no es del todo apropiada para clasificarlas según las premisas epistemológicas y los contenidos.

Esto sería posible sólo si la diferencia extrasistemática de áreas de intereses dignos de tutela fuese realmente independiente de la definición intrasistemática tanto respecto a las premisas epistemológicas como a los contenidos y si, viceversa, el criterio del bien jurídico utilizado en las operaciones *exegéticas y sistemáticas sobre las normas político y criminales* dirigidas a lo que debería ser tutelado por las normas penales.

La legitimación de ciertos objetos de tutela y no de otros, con base en su *"relevancia penal"*, deja abierto el problema de la legitimación del Derecho Penal basado en su cualidad instrumental. Por más que sea laudable cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cualitativos de dicha operación.

Bienes constitucionalmente relevantes como la libertad, la integridad personal, el honor, la salud o el funcionamiento de los órganos del Estado y de las instituciones públicas con objeto de tutela por parte de prácticamente todas las ramas de derecho.

Realmente la *"fragmentariedad"* de las áreas de tutela en cada rama del derecho dependen no tanto de la naturaleza de los bienes como de la estructura de las diversas situaciones que le son perjudiciales y de la que se *"hacen cargo"* las diversas ramas del derecho, concurriendo y en parte sobreponiéndose entre ellas, con las propias y específicas técnicas de tutela. Por esto, la cuestión de los contenidos de la tutela colocada en

término de la cualidad intrínseca de los bienes jurídicos es al fin y al cabo una cuestión imposible de resolver y por lo tanto vana.

Como hubo de observarse precedentemente, la distinción entre concepción defensiva y concepción promocional del bien jurídico ha perdido en buena parte su significado. Esto se debe, como quedó señalado, a la expansión del área de la tutela penal hacia intereses difusos o selectivos (el ambiente, la salud, los intereses del consumidor, el orden público, etc.). Y hacia funciones de la administración pública (como el sistema monetario, el sistema de la economía, la actividad del Estado como monopolista del mercado de cambios, etc.)

La estructura misma de estos bienes jurídicos hace que en relación con éstos, el concepto estático, defensivo, de los bienes jurídicos no pueda seguir distinguiéndose claramente del concepto dinámico promocional.

El sentido que Derecho Penal da a la pena, es el de proteger bienes jurídicos de tal manera que tenga el carácter delimitado del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho Penal, se encuentra como su objetivo la protección de la sociedad, de tal manera que quien ostente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin.

El problema que se plantea es que la protección de la sociedad supone múltiples interpretaciones, lo que obliga a determinar realmente que es lo que significan *“la protección de la sociedad”* y *“la protección de los individuos”*. Sólo así se podría entender por qué se dice que la sociedad es titular de los bienes jurídicos que le pertenecen, de los bienes jurídicos de los que son titulares lo individuos o el Estado.

*“La Teoría del Bien jurídico distingue entre bienes jurídicos individuales (como vida, libertad, salud, propiedad) y bienes jurídicos universales o colectivos (como seguridad del estado, administración de justicia, orden económico, seguridad del tráfico, etc.). Sin embargo, la función de esta distinción según un sector de la doctrina, sólo sirve para responder a la pregunta de si es una persona, y cuál, puede consentir válidamente en la lesión del bien jurídico así como también si puede válidamente en la lesión del bien agresión contra un bien jurídico, pues tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen que el bien jurídico afectado en cada caso pertenece al que consiste o se defiende, es decir, que se trata de un bien jurídico individual, pero no de uno colectivo”.*²¹

Para establecer la diferencia entre los titulares de los bienes jurídicos, es necesario referirse al tema del interés. Sólo así podrá decir que dependiendo de quién tenga interés en la protección de un bien jurídico podrá ser o no titular del mismo, por regla general se dice que respecto a la integridad física quien tiene interés es el propio individuo, en cambio en la salubridad de alimento y substancia médica quien tiene interés es la comunidad total.

Muñoz Conde señala que los delitos que afectan a la comunidad en cuanto al orden social a los que considera delitos contra los valores sociales supraestatales son delitos independientes de la organización como Estado.

²¹ GONZÁLEZ Salas Campos, Raúl. Op. cit. Pág. 128.

CAPITULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO.- EL DELITO Y SUS ELEMENTOS INTEGRADORES.

1. ESTRUCTURA DEL DELITO.

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo.

“Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica atribuible; para Beling, es una acción típicamente antijurídica, atribuible, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable. Para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. ²²

De lo anterior se puede concluir que los elementos del delito según su concepción positiva y negativa son los siguientes:

- | <i>Positivos</i> | <i>Negativos</i> |
|----------------------------|----------------------------------|
| • conducta | • ausencia de conducta |
| • tipicidad | • ausencia de tipo o atipicidad |
| • antijuridicidad | • causas de justificación |
| • imputabilidad | • imputabilidad |
| • culpabilidad | • inculpabilidad |
| • condicionalidad objetiva | • falta de condiciones objetivas |
| • punibilidad | • excusas absolutorias |

²² LÓPEZ Betancourt, Eduardo. “Teoría del Delito”, Editorial Porrúa, México 1994, Pág. 65.

De acuerdo a nuestro derecho positivo mexicano, el Código Penal de nuestro Estado en su artículo 11° define al delito como *“la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible”*, así la conducta o hecho se obtiene de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal.

La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal; la antijuridicidad se presentará cuando el sujeto no este protegido por una causa de licitud descrita en el artículo 15 de nuestro Código Penal.

La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el derecho penal. Habrá culpabilidad de acuerdo a los artículos 40 al 44 de nuestro Código Penal de Guanajuato. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal, puede o no presentarse.

Como podemos ver el delito tiene un gran contenido en cuanto a los elementos que lo componen y con relación a éstos, existen diversas corrientes de la doctrina, las cuales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalista y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista.

Existen tantas definiciones del delito, como corrientes, disciplinas y enfoques.

Desde el ángulo jurídico atiende sólo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito como noción jurídica se puede ser desde dos puntos de vista jurídico formal y jurídico sustancial.

Jurídico formal. Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena. La definición que contiene el artículo 7º del Código Penal es de este tipo.

Jurídico sustancial. Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Existen diversas corrientes: unitaria o totalizada y atomizadora o analítica.

a) *Unitaria o totalizadora.* Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

b) *Atomizadora o analítica.* Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito. Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos.

Elementos del delito y sus aspectos negativos.

Noción de los elementos del delito. Los elementos del delito son las partes que lo integran, dicho de otra manera, existe en razón de la existencia de los elementos, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

Noción de aspectos negativos. Los elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel; significa que anula o deja sin existencia al positivo, y por lo tanto, al delito.

2. LA ACCION.

Noción de conducta. La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. *“Es un comportamiento humano voluntario, activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado”.*²³

Sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, por lo tanto, se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

La conducta puede manifestarse de dos formas: acción u omisión.

²³ Op. cit. Pág. 5.

En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, y el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

Acción. Para la teoría finalista de la acción, "la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La finalidad se basa en el hombre que puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad; es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo".²⁴

Para la teoría finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa.

<i>fase interna</i>	<i>fase externa</i>
a) El objeto que se pretende alcanzar o proposición de fines.	a) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo
b) Los medios que se emplean para su realización.	b) El resultado previsto y los resultados concomitantes.
c) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes.	c) El nexo causal.

²⁴ Op. cit. Pág. 7.

Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización, el autor procede a la paralización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

En el sistema finalista se concibe como la actividad final; el derecho prohíbe. La determinación del legislador de las “acciones finalistas” previstas en la ley no queda al arbitrio del creador de la ley, sino que éste debe respetar las estructuras mismas del ser, en la acción.

Queda explícita la conducta necesaria para la consecución del fin, es así como del dolo queda comprendido como elemento de la acción típica.

Omisión. Es el no impedir voluntariamente; la mayoría de las penalistas la aceptan como simple o propia, o bien, omisión impropia o comisión.

Omisión propia. Mezger señaló que todo delito de omisión tenía su fundamento en la acción esperada, y sin ésta no puede existir la omisión en sentido jurídico.

*“El poder de la voluntad no se agota en el ejercicio de la acción final, sino que comprende también la omisión de ella”.*²⁵

Es la omisión de una acción exigida por una ley. El sujeto debe realizar una acción y debe tener la posibilidad de actuar.

²⁵ ORELLANO Wiarco, Octavio Alberto. *“Teoría del Delito”*, Editorial Porrúa, 3ra. Edición, México 1996, Pág. 139.

La omisión se fundamenta en el poder de hecho y en la posición de garante del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, se encuentran constituidos por pura inactividad.

Omisión impropia. En los delitos de comisión impropia, sí se produce un resultado material.

El Código Penal para el Distrito Federal incluye como conducta típica a los elementos de la comisión: artículo 7º *“...En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”*.

Así para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, se centra en la tipificada, en la posición del garante del comitente, ya que su posición lo obliga no sólo a impedir que el jurídico corra el peligro, sino también el daño material.

Nexo causal. Mientras que en los delitos de acción el resultado material de la conducta, resulta evidente a los sentidos, la relación causal como problema ontológico han sido resultado en este tipo de delitos.

En el caso de los delitos de omisión simple, en que no produce un resultado material, el nexo, es un nexo jurídico, el que la propia ley establece.

El nexo causal en los delitos de comisión por omisión, se refiere a la redacción del tipo, pues en él se encuentra si la conducta del sujeto se le puede o no atribuir la violación de una norma prohibitiva.

Así el nexo causal será la relación que existe entre el acto y el resultado.

Aspecto negativo: Ausencia de conducta. Se presenta cuando el sujeto no plantea la realización de un fin típico, cuando no ha seleccionado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como efecto de un proceso causal.

Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes:

- *Vis absoluta.* Consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

- *Vis mayor.* Es la fuerza que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

- *Actos reflejos.* Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia, por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

- *Sueño y sonambulismo.* Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el

sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica, para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

•*Hipnosis*. Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta, si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al efecto, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción I, considera circunstancia excluyente de responsabilidad penal *“incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria”*, de manera que aquí se contempla de manera más amplía la ausencia de conducta.

Para el causalismo el delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones acto, acción, hecho para el autor Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra acto en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo-acción y del negativo-omisión.

“El delito es acción, esto es, despliegue de ese poder específicamente humano de proyectar sobre el mundo las propias decisiones, transformando así la realidad. Ese poder es creador de situaciones y de cosas, y lo es aún cuando asume la forma destructora y negativa en que el delito consiste, porque también éste como toda acción cambia de modo irreversible la situación preexistente”.²⁶

En el concepto técnico de acción se distinguen tres elementos: proceso interno, actuación voluntaria y resultado. La omisión en cambio,

²⁶ SOLER, Sebastián. *“Derecho Penal Argentino”*, Volumen I, Editorial TEA, Buenos Aires, Argentina, 1976, Pág. 243.

radica en un abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. En la omisión por comisión hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: Una preceptiva y una prohibitiva.

Entre la conducta y el resultado, ha de existir una relación causal, esto es, el resultado debe tener un hacer del agente, una conducta positiva. Una relación de causalidad material entre el comportamiento y el resultado solo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana. En los delitos que se integran por un comportamiento y resultado, éste está siempre en dependencia natural, temporal y lógica del comportamiento que lo origina, en su efecto natural.

Existen varias teorías al respecto:

- *Teoría de la equivalencia de las condiciones.* Debida a Von Buri, conocida como condición *sine qua non*, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, y por ende, todas con su causa.

- *Teoría de la última condición, de la próxima, o de la causa inmediata.* Ortoman sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir la más cercana al resultado.

•*Teoría de la condición más eficaz.* Para Birkmeyer esta teoría sólo es causa del resultado, aquella condición en que la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante.

De las teorías examinadas y de otras, la de la equivalencia de las condiciones, es la acertada por su carácter general, al reconocer a las concausas, la naturaleza de condiciones y resolver satisfactoriamente el problema de la participación.

La causalidad en la omisión es una causa jurídica de un hecho que se atribuye por no hacer nada. En este caso se debe tomar en cuenta dos elementos: el deber de actuar y la posibilidad de hacer; en estos dos nexos nos permite tener un nexo causal jurídico. La ausencia de la voluntad es lo que determina la ausencia de la conducta, por lo que si falta algún elemento esencial del delito, este no se integra, luego entonces la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva. Los casos en que no hay voluntad y por lo tanto no hay conducta son: vis absoluta, vis mayor, impedimento físico, movimiento reflejo; para algunos penalistas también son sueño, hipnotismo y sonambulismo.

3. LA TIPICIDAD.

Ernesto Beling, en 1906, creó la teoría del tipo y la tipicidad, como valioso instrumento para el principio *nullum crimen sine lege*, así, el tipo y la ley delimitan por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal, y por otro lado, el derecho del propio individuo de que solo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo será posible sancionarlo.

El tipo desempeña las siguientes funciones:

- Una función sancionadora, represiva de las conductas que se ubiquen dentro del tipo.
- Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas se sancionan.
- Una función preventiva, el tipo penal pretende que la sola prohibición contenida en la ley sea suficiente para que el individuo no realice una conducta tipificada.

El finalismo planteó la tesis de que la acción humana es, un acontecer final, no sólo causal, sino que el hombre al actuar, se propone fines, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad y dirigirla a la consecución de esos fines.

El contenido de la voluntad (finalidad) forma parte de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia en forma de actividad u omisiva.

Como consecuencia de ese planteamiento, se ubica el dolo y la culpa en el tipo penal.

Elementos del tipo.

Para el finalismo, el tipo está compuesto de elementos objetivos y subjetivos.

Elementos objetivos. Se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva que son esenciales, como las que dan lugar

al tipo autónomo, y a veces se presentan los elementos accidentales que sólo califican, o agravan al tipo autónomo.

Como elementos objetivos se pueden señalar:

- sujeto activo
- sujeto pasivo
- bien jurídico tutelado
- acción u omisión
- resultado típico en los delitos de resultado
- elementos normativos
- circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo

Elementos subjetivos. Atienden a condiciones de la finalidad de la acción, es decir, al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo, se pueden señalar:

- el dolo o la culpa
- el ánimo
- la tendencia

Dolo de tipo. Es la voluntad de realizar el hecho típico, sin que intervenga la consideración de sí el sujeto conocía o no, la licitud de lo que hacía.

El dolo se concibe como la voluntad dirigida en forma consciente a la ejecución del delito, su realización debe encuadrar en la definición legal y de ser típica.

El dolo a su vez, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito.

Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito.

Culpa de tipo. En las acciones culposas la voluntad de acción no se dirige al resultado típico; en los delitos culposos, por referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debido a la imprudencia, falta de cuidado precisión, es el juez, quien en cada caso, debe investigar cual era el límite del cuidado requerido.

Para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado. Lo fundamental en el tipo culposo es el desvalor de la acción, no la acusación del resultado; es la divergencia entre la acción ejecutada y la que debió realizarse en virtud del cuidado necesario.

El artículo 9, segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal establece: "*Obra imprudentemente en que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen*". Así, es un tipo penal abierto, ya que le toca al juez investigar si en el caso se incumplió el deber de cuidado, que era exigible conforme a las circunstancias y condiciones personales de quien ejecutó la acción final.

Atipicidad.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo

Las causas de atipicidad, son las siguientes.

1. Por ausencia de algún elemento objetivo:

- Falta de número o calidad del sujeto activo.
- Falta de número o calidad del sujeto pasivo.
- Falta de bien jurídico tutelado.
- Falta de la acción u omisión.
- Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado.
- Falta de los elementos normativos.
- Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

2. Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos:

- Falta de dolo o de la culpa.
- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etc.)

En el sistema finalista, aparece la teoría del error de tipo, es decir, cuando se obra con desconocimiento o error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo, excluyendo al dolo.

Error de tipo. El error sobre elementos que agravan o atenúan la conducta típica, puede dar lugar a que el delito resulte cualificado o privilegiado, si el error es evitable, o si no lo era, le restará esa calidad.

El finalismo no exige que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo en forma técnica y precisa, basta el error o desconocimiento de su existencia, para excluir el dolo, y este error vencible, da lugar a un delito culposo.

Por otro lado para el sistema causalista la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El primero es la creación legislativa; y el segundo es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en el abstracto.

Para Porte Petit, *“la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formulación nullum crimen sine tipo”*.²⁷

Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

El tipo es la descripción de conductas prohibidas, por que la prohibición protege un bien jurídico, la tipicidad en el encuadramiento de una conducta concreta que está descrita en el tipo.

²⁷ PORTE PETIT, Celestino. *“Importancia de la Dogmática Jurídica Penal”*, Pág. 37, citado por Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 168.

Los tipos se clasifican de acuerdo a su estructura en: fundamentales, cuya estructura sirve de base para la configuración de otros que por ende resultan específicos; especiales, son los que parten del fundamental con elementos que lo singularizan; complementados, todos los cuales se integran con el fundamental y circunstancia distinta que puede agravar o atenuar la pena. Estos últimos pueden ser grabados o privilegiados. Cuando no se dá o la conducta concreta no encuadra el tipo no habrá delito.

4. LA ANTIJURIDICIDAD.

Para la teoría finalista, la antijuridicidad es una relación, lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma.

Esta teoría sostiene que quien actúa adecuando su conducta al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente.

En el finalismo la tipicidad es indicio de antijuridicidad.

La conducta típica es solo indicaria de antijuridicidad, porque el concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

Aspecto Negativo (causas de justificación).

Las causas de justificación no excluyen a la Tipicidad.

Una de las principales causas de justificación, es el referirse a la finalidad de la acción del sujeto activo, al aspecto subjetivo de su conducta.

Para que se den las causas de justificación, debe concurrir la valoración de los elementos objetivos, como subjetivos de la justificación que se trate.

De manera genérica, el Código Penal las denomina circunstancias excluyentes de responsabilidad, como se observa en el artículo 15, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue.

Causas de justificación en particular:

Legítima defensa. Excluye de pena a quien causa un daño, al obrar en virtud de la defensa de determinado interés previsto en la ley bajo ciertas circunstancias.

Consiste en repeler una agresión, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte de agredido o de la persona a quien se defiende.

Estado de necesidad. Consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio perjudicial a su alcance, con lo cual algún daño o afectaciones jurídicos ajenos.

Ejercicio de un derecho. El causar daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado

de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Cumplimiento de un deber. Consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

Obediencia jerárquica. Consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

Impedimento legítimo. Consiste en causar un daño, en contravención a lo dispuesto por la ley penal, de manera que se deje de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.

Para el sistema causalista, no toda conducta humana es delictuosa; la antijuridicidad es un elemento importante para la integración del delito. Es el contraste objetivo de una conducta y la norma implícita en el tipo; por que el tipo tiene implícita una norma.

Carlos Binding dice que el “delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley penal”.²⁸

Si la conducta es antisocial, por lo tanto es antijurídica. Esto quiere decir que el legislador debe recoger esos ideales valorativos para

²⁸ CASTELLANOS Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 178.

establecer las normas prohibitivas, para describir las conductas que las vulneran.

Cuando la conducta es típica, pero no antijurídica porque se justifica, se da la ausencia de antijuridicidad; por lo tanto las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Nuestro Código Penal de Guanajuato establece cinco causas de justificación y lo prevé en su artículo 33:

- a) Consentimiento
- b) Legítima defensa
- c) Estado de necesidad
- d) Cumplimiento de un deber, y
- e) Ejercicio legítimo de un derecho.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legítima por un justificante, surge la ilicitud, el exceso que es la notoria desproporción de los bienes, no habiendo una conducta razonable, el exceso se castiga en una forma menos severa que si no hubiese habido necesidad (Artículo 34 del Código Penal).

5. LA IMPUTABILIDAD.

La culpabilidad en la teoría finalista se apoya en la imputabilidad, como primer elemento, es decir, la capacidad de poder actuar de otra manera.

En el sistema finalista, el imputable si puede obrar dolosa o culposamente, y su obrar puede ser o no injusto, pero culpable, por estar imposibilitado de poder actuar de otra manera.

Es imputable penalmente la persona mayor de 16 años que, en el momento de cometer la conducta típica, tenga la capacidad para comprender su carácter ilícito y de determinar aquella en razón de esa comprensión.

La imputabilidad radica en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma; y en la medida que esa capacidad de motivación no se haya desarrollado, por cualquier razón, no podrá imputarse el sujeto una conducta y menos establecer un juicio de culpabilidad.

Aspecto Negativo: Inimputabilidad.

Las causas de la inimputabilidad son las siguientes:

Trastorno mental. Incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

Desarrollo intelectual retardado. Es un proceso de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

Miedo grave. Es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave.

Minoría de edad. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por lo tanto, de capacidad para entender y querer.

Aspecto Negativo: Inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son aquellas que destruyen cualquiera de los elementos que integran la culpabilidad:

- Por falta de capacidad de culpabilidad.
- Los casos de error de prohibición que destruyen la conciencia de antijuridicidad. La teoría de error se presenta, como error de tipo, como error de prohibición.
- Las causas de inexigibilidad de otra conducta. Con excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos.

En el causalismo la imputabilidad es la capacidad en el ámbito penal; es prácticamente análoga a la capacidad que se maneja en materia civil; es un atributo del sujeto, de su realidad biológica y psicológica.

Para que un sujeto sea culpable, es preciso que antes sea imputable; ahora bien, si en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, para que el sujeto conozca la ilicitud de su acto y querer realizarlo debe tener capacidad de entender y querer, o sea de comprender la ilicitud, de entender las normas, y una capacidad de querer, es decir, conducirse de acuerdo con esta comprensión.

En virtud de lo anterior, debe decirse que la imputabilidad es la capacidad de entender y querer, dándose siempre todos estos elementos, ya que no basta sólo entender la conducta, sino que se necesita además hacerlo.

La capacidad de comprender se entiende como aptitud de conocer o tener conciencia de la ilicitud de la conducta. *“La capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión se entiende en el sentido de aptitud de regirse, de autodeterminarse y esta exigencia se explica en razón que no basta comprender para que la coacción psicológica de la pena funcione, así como para que pueda cumplirse el fin de la sanción”.*²⁹

El artículo 35 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, establece las causas de inimputabilidad, los supuestos que traen como consecuencia la incapacidad son: La grave perturbación de la conciencia sin base patológica desarrollo psíquico incompleto o retardado y la enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia.

Se ha dicho que la imputabilidad es la capacidad de responder ante el Derecho Penal, derivada de salud mental, desarrollo espiritual y conciencia, sin perder de vista que esta última es la facultad intelectual que nos permite vincularnos con el mundo exterior y que no es posible llegar a una conducta positiva en estado pleno de inconsciencia; esta perturbación puede ser base patológica o no patológica, pero en ambos casos se puede determinar la imputabilidad.

De conformidad con lo establecido por el artículo 36 del ordenamiento, esto es cuando existe una sensible y notoria disminución de

²⁹ JIMÉNEZ de Asúa, Luis. *“La Ley y el Delito”*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1967, Pág. 338.

la capacidad de querer y entender, pero sin dar lugar a una grave afectación del psiquismo, que ya no es el caso de la absoluta incapacidad, sino sólo de una disminución importante. Lo importante es el grado de lucidez que pueda presentarse ante un determinado elemento psicológico.

6. LA CULPABILIDAD.

El sistema finalista considera que la culpabilidad tiene el papel más importante en la teoría del delito, por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo la conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada y que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.

El sistema causalista establece que la culpabilidad es el vínculo de carácter subjetivo entre el hombre y el resultado de una conducta. Porte Petit define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, pero esta concepción sólo es válida para la culpabilidad a título doloso.

La culpabilidad presupone la antijuridicidad; como los mismos elementos de conciencia y voluntad, el acto puede ser culpable o meritorio según su naturaleza y consciente del acto, es lo que hace al sujeto partícipe de la reprobación o, aprobación o aceptación. De lo anterior deducimos que el concepto de culpabilidad se compone de dos elementos: una actitud psicológica del sujeto y, una valoración normativa de la misma.

En el artículo 40 de nuestro Código Penal, se señalan tres formas de culpabilidad:

- I. Dolosa;
- II. Culposa; y
- III. Preterintencional.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad. De acuerdo con la concepción de la culpabilidad en términos generales se dan dos elementos, el proceso intelectual y el proceso volitivo, por lo que no puede haber culpabilidad cuando faltan uno de estos elementos. El proceso volitivo incidirá sobre el proceso psicológico del dolo y la culpa. Cuando el resultado típico se produce sin que haya un elemento intelectual ya no hay culpabilidad. Así, se dice que hay inculpabilidad, cuando hay error en cuanto a la naturaleza acto volitivo, o coacción para ejecutar el acto no querido. Siendo estas dos causas de inculpabilidad. El error es la representación falsa que se tiene como cierto, este error debe recaer sobre un elemento del tipo. La coacción es una fuerza exterior al hombre, cuando la voluntad no es libre no se puede dar la culpabilidad. La coacción debe ser irresistible, decisiva, seria e intimidatoria.

Como se ha venido manifestando la culpabilidad se refiere al sujeto, determinado autor de una conducta típica y antijurídica, y esencialmente, al contenido psíquico de esa conducta; de estas referencias se deriva la consecuencia de la ley que ha previsto para quien es responsable de haber cometido un delito, es decir, para la imposición del castigo o sanción para el culpable o responsable.

El delito es un hecho culpable; no basta que sea un hecho antijurídico y típico, sino que también debe ser culpable. Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste, además de serle reprochada.

La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, ya que el agente antes de ser culpable es imputable, es supuesto previo, sin aquella no se concibe ésta; se refiere a un modo de ser agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

La culpabilidad en un sentido más amplio puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Se debe reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico pero éste no constituye, ya de por sí, la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor, sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo.

En suma, se dice que la culpabilidad es el resultado de un juicio porque el único capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formula un juicio de referencia vinculado psicológicamente al hecho con su autor y, posteriormente resuelve si la voluntad contenida en la conducta era no reprochable porque era o no exigible y a un comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Así nos encontramos en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato, que la culpabilidad junto con la imputabilidad alude a la subjetividad del ilícito. Como se ha dicho, por imputabilidad se ha entendido la capacidad genérica del individuo para responder de sus actos ante el Derecho Penal. Capacidad, porque su estudio importe establecer las condiciones mínimas necesarias, para que un individuo se pueda considerar sujeto de derecho. Genérica, por cuanto no atiende a la vinculación subjetiva con el hecho cometido, sino que prescindiendo de él, se estudia

al sujeto en sí para poder concluir que cuenta con capacidad deficiente para responder del acto que se le atribuye y de cualquier otro que pudiera haber cometido.

Al determinar que un sujeto es imputable, se le podrá atribuir el hecho delictuoso, pero no basta que un sujeto sea imputable para que responda del hecho cometido pues después de establecida su capacidad genérica, se impone al examen del contenido de la acción u omisión típica en cuanto a los modos de referencia de la psiquis al evento delictivo y a su vinculación con un determinado orden jurídico. Esta referencia y vinculación específica es la culpabilidad y las formas de vinculación son el dolo, la culpa, y la preterintención.

7. LA PUNIBILIDAD.

Noción de punibilidad. Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viola la norma.

Punición. Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

Pena. Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

Sanción. Se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición no penal.

Respecto a la punibilidad como elemento del delito. Algunos, autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento de delito mientras que para otros es sólo la consecuencia del delito.

Variación de la pena.

En el principio puede decirse, que a delito igual pena igual; sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad:

“Arbitro judicial. Es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo, dentro del cual el juez podrá imponer la que estime más justa.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas. Son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir.

Circunstancias agravante. Son las condiciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y agravarla. Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta o para variar la pena, con lo cual trata que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa.”³⁰

Aspecto Negativo: Excusas Absolutorias

³⁰ JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Op. cit. Pág. 425.

Noción. Constituyen la razón que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica imputable y culpable pero, por disposición legal expresa, no punible.

Excusas absolutorias en la legislación mexicana

- *Excusa por temibilidad mínima.* En función de la poca peligrosidad que representa en sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento.

- *Excusa pro ejercicio de un derecho.* El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.

- *Excusa por imprudencia.* Un ejemplo de este tipo es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.

- *Excusa por no-exigibilidad de otra conducta.* Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento entre parientes y ascendientes, y de otras personas.

- *Excusa por innecesidad de la pena.* Esta excusa es aquella en la cual, cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena.

Condicionalidad Objetiva y su Aspecto Negativo

Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito, este puede existir sin aquellas.

Noción de condicionalidad objetiva. Esta constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito.

Jiménez de Asúa, *“los denomina condiciones objetivas de punibilidad, afirma que son presupuestos procesales a los que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras del delito.”*³¹

En realidad, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspecto referente a la perseguibilidad, etc.

La ausencia de condicionalidad objetiva. Llega a ser el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue.

En síntesis, la punibilidad es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena. El concepto punibilidad es utilizado para significar la imposición de la pena a quien ha sido culpable de la comisión de un delito, es el merecimiento de pena. Conminación de sanciones si se llenan los presupuestos legales. Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

³¹ *Ibídem.*

Con respecto a este elemento del delito existen dos corrientes importantes:

1.Las teorías retribucionistas y reparatorias de la pena, para éstas la pena es la justa consecuencia del delito cometido si el bien merece el bien, y el mal merece el mal.

2.Las teorías de la pena como medio de readaptación o de reintegración social del delincuente.

Los razonamientos de una u otra postura no son por fuerza contradictorias, sino que pueden complementarse atenuando sus extremos y estimándolos como parte consecutiva de un solo todo. Esto es, la pena al perseguir la readaptación del infractor, no tiene por que dejar de ser intimidatoria y ejemplar, si por lo primero entendemos que cause o infunda miedo y por lo segundo que sirva de escarmiento; que signifique desengaño o cautela con base a la experiencia propia o ajena, la pena debe ser justa y legal, esta establecida previamente en la ley, conocida con seguridad termina por verdadera indubitable, su existencia pública en el sentido de ser notoria o manifiesta conocida por todos; humana para que atienda en todo momento que el condenado no por ser tal, deje de ser persona; y personal para que no sea trascendente u extensiva sino que sólo se aplique a los responsables penalmente.

CAPITULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO.- DELITO DE VIOLACIÓN.

1. ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Sin duda que el delito de violación se convierte en la actualidad en unos de los más graves, sí a caso el que más, de las figuras delictivas que agrede la libertad sexual.

Esta afirmación resulta ser el eco del pensamiento tradicional de Francisco Carrara quien en relación al tema sostiene que: *“Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta surge el delito más grave de violencia carnal que absorbe cualquier otro en razón de la doctrina de la prevalencia”*.³²

Ciertamente el *quit* ontológico en los delitos sexuales recae en el modo y en la forma en que se logra el yacimiento carnal, sólo que particularmente en el delito de violación dicha continencia se obtiene indefectiblemente a través de la violencia.

La violencia es la condición distintiva en la violación respecto de las otras figuras típicas que tutelan la libertad sexual.

En efecto, el Código Penal de Estado previene el delito de violación dentro de la familia de aquellas conductas que mediante un actuar positivo reprocha la imposición violenta de la cópula en la relación víctima-victimario.

³² Jiménez Huerta, Mariano. “Derecho Penal Mexicano”. 5a Edición. Editorial, Porrúa S.A., México. 1984, Pág. 255.

Cabe destacar que la violencia convertida en el medio comisivo de esta acción delictiva puede presentarse de forma física e inclusive moral, la condición indispensable en ambos casos lo es que facilite la imposición de la relación carnal y consecuentemente se restringe a la voluntad de la víctima.

De esta manera se hace necesario, para efecto de nuestro estudio, describir el panorama enunciativo de la estructura de este delito. A guisa de ser tradicional se impone la referencia a los elementos de conducta, típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad.

En este sentido la conducta en el delito de violación, desde luego se traduce siempre en un actuar positivo, esto es, que el sujeto activo a través de su acción se vuelva ésta en el reflejo fiel de su voluntad y el resultado propuesto, amén que entre ellos medie una relación causal.

Esta premisa obliga al jurista al análisis sustantivo del hecho penalmente relevante, sobre todo por que la violación no puede existir como producto de una omisión, esto es, que el sujeto actor debe evidenciar suficientemente el propósito al agredir sexualmente al pasivo.

En otro orden de ideas debe precisarse que son elementos típicos en el delito de violación:

- a) La cópula.
- b) La violencia.

Cabe destacar que me refiero al concepto de tipo penal tradicional o clásico, es decir a los elementos descriptivos y constitutivos de esta figura. En efecto, la descripción en cita sólo es expresiva de un

hecho en su neutra materialidad provista de relevancia típica, esto es, que el hecho delictivo surge sólo cuando la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral.

Al respecto, sólo vale apuntar que la cópula se entiende como la unión o el ayuntamiento en que el sujeto activo accede o penetra con su miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral de la víctima.

Así entonces esa imposición violenta debe ser suficiente para vencer la voluntad del pasivo. Ahora bien si esos atentados se conciben sólo como una forma de consumación del ataque del hombre frente a la mujer surge una inquietante pregunta *¿Por qué la mujer no puede ser sujeto activo en el delito de violación, al contrario ha de ser sólo sujeto capaz pasivo de esta clase de delitos?*

La opinión dominante obliga a pensar sólo en que sea el hombre el único capaz de acceder carnalmente a la víctima, mientras que, el tipo penal en su expresión textual *"al que"* permite por ello solo que tanto la mujer como el hombre pueden ser sujetos activos. Este criterio impera abiertamente en otros códigos penales de Latinoamérica entre ellos el Argentino, Costarricense, Ecuatoriano, Panameño, Uruguayo y Venezolano.

Esta cuestión ofrece una perplejidad en grado sumo e inclusive, traslada su discusión al punto del bien jurídico tutelado. Más sombríos perfiles ofrece la cuestión de quien puede ser sujeto activo o más directamente dicho, si, además del varón, que es el sujeto activo en los casos comunes y corrientes, puede también serlo la mujer.

72

Sin duda la mujer resulta un sujeto activo secundario, habida cuenta que para ello no existe ningún obstáculo ontológico. Es perfectamente factible que una mujer sujete o intimide a la víctima en tanto que el sujeto primario con ella copule.

En este sentido no existe dificultad para deducir y desentrañar en forma sustancial que solo la mujer resulta activo accesorio pero no actuante.

La cuestión se ensombrece en torno a sí la mujer puede ser sujeto activo primario, esto es quien tiene con el ofendido, varón o hembra cópula carnal.

La opinión dominante en Italia afirma que la mujer puede ser sujeto activo primario entre ellos Manzini, Maggiore, Ranieri y Antolisei. Entre estos doctrinistas se establece una constante, que el sujeto activo puede ser tanto el hombre como la mujer, y que en el caso de esta última sea suficiente con que tenga la posibilidad física de unirse carnalmente.

Sin embargo para algunos juristas latinoamericanos, entre ellos Soler, García Zavalia y Pena Guzmán niegan el hecho de que la mujer pueda acceder carnalmente a otra persona e inclusive sostienen *"la mujer sólo puede ser sujeto pasivo por que ella nunca accede sino que es accedida"*.³³ Este argumento solo se soporta en atención a la idiosincrasia del pueblo latino, lo que no ocurre en el europeo que por cierto es más abierto en el aspecto de la sexualidad.

³³ Op cit. Pág. 262.

Pero a final de cuentas esta discusión será motivo de análisis hasta los puntos siguientes de esta investigación.

Por lo que toca al tema de la antijuridicidad, la imposición violenta de la cópula siempre merece el reproche social, sobre todo porque en atención al bien tutelado la libertad de elección de la víctima para yacer carnalmente con otro, es simplemente un ejercicio de libertad. En un nuevo perfil, el delito de violación debe ser evitado sólo mediante estrategias de prevención de esta conducta. Más en nuestro estado mexicano nunca las medidas preventivas del delito han cobrado real vigencia debido a la inexistencia material de un programa de política criminal.

Ciertamente en el ámbito de la procuración de justicia se han realizado intentos loables pero insuficientes, sobre todo por que se atiende solo a la consumación del hecho de la violación, pero no a su prevención y evitación, al contrario la preocupación es para auxiliar a la víctima durante el procedimiento penal, pero concluido éste, la ayuda también concluye olvidándose de que el daño psicológico y moral habrá de permanecer quizá durante toda su existencia.

Ningún problema representa la ilicitud conceptual de la conducta en este delito, siempre debe actuarse dolosamente. El consentimiento es una actitud de la voluntad en torno a un hecho presente o futuro. En el delito de violación esta posición es la que realmente se quebranta, razón por la que el delito descriptivamente tiene esa dicotomía violación-violencia.

En conclusión el problema de la violación ha de centrarse y resolverse sobre la base del consentimiento de la víctima.

2. CONCEPTO DE CÓPULA.

Por supuesto que la violación entraña siempre una acción ejecutiva, que sin duda se traduce en la imposición de la cópula, esto es, el ayuntamiento carnal, es lo que a la postre conforma una *“conditio sine qua non”* en el hecho penalmente relevante.

Así entonces, la conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo tenga cópula con una persona por medio de la violencia física o moral, de modo que esa expresión *“tenga cópula”* se convierte en un imperativo, lo que significa la imposición.

“Cópula” tanto significa, en su acepción sexual, como unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

Para el tratadista Jiménez Huerta cópula *“es el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral de la víctima”*.³⁴

Ésta debe producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo.

La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral.

³⁴ Op cit. Pág. 258.

La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la *inmisio semimis*, ni en la cópula normal que se produzca la ruptura del himen o desfloramiento.

El delito de violación es uno de los delitos en que el verbo activo —copular— no constituye el núcleo del tipo, pues es un acto de la vida perfectamente lícito y que sólo adquiere relieve antijurídico y significación típica cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios —la violencia física o moral— o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo —menor de edad— o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir.

Lo que en realidad, constituye la esencia típica del delito en examen es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Unas veces, el sujeto activo para doblegar la voluntad contraria de su víctima, ejerce sobre ella la violencia física o moral; otras, simplemente se aprovecha de la situación o circunstancias que concurren en el sujeto pasivo.

En el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, que como ya líneas arriba lo describí, bien que la cópula sea normal o anormal, entendiéndose por la primera como la introducción del miembro masculino en el orificio vulvar de la mujer, es decir, coito vaginal; y por la segunda la introducción en cualquier cavidad natural que funcionalmente permita el coito.

De esta manera, queda extramuros de esta conducta la llamada "*cópula interfemora*", sobre todo por que los pliegues de la sedicente víctima son siempre una característica externa de su organismo y no en estricto sentido una cavidad orgánica.

3. EFICACIA DE LA VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL.

Por supuesto, que los medios comisivos son parte de la descripción típica, luego entonces, constituyen la forma en que se ha de imponer la cópula, conviene al respecto, destacar algunas características.

Para nadie es extraño que la violencia puede presentarse en esta dualidad:

- a) La violencia física y
- b) La violencia moral.

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

La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica. Sería irreal que una *fornida campesina* adujera haber sido violada por medio de la fuerza muscular desplegada sobre ella por un individuo tísico y enclenque.

Existe violencia auténtica cuando la voluntad contraria de la víctima es dominada por la fuerza física. Pero es preciso que la resistencia del pasivo se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencien real y

verdaderamente una voluntad contraria a la de su agresor. No basta que el agredido se limite a manifestar que no quiere y al unísono deje que el activo realice su deseo.

Y no basta por dos razones: en primer lugar, porque el juez no sabría si el pasivo que se opone de palabra pero que materialmente acepta, quería o no el acto sexual; y en segundo término, porque ante esa conducta contradictoria y equívoca, el activo bien pudo creer que no ejercería violencia sino que realizaba un acto gratísimo para el pasivo.

La resistencia ha de ser: seria y constante. Es seria cuando esta exenta de simulación y refleja una autentica voluntad contraria; y constante cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquella que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce.

El que la voluntad contraria deba ser seria y constante, no presupone que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de su víctima, ante el convencimiento de ésta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia ya debilitada, cuando no eliminada. En manera alguna debe concluirse en estos casos, que la víctima cedió voluntariamente en su resistencia, sino que su voluntad contraria llegó al último y racional extremo y sucumbió ante la superior fuerza o energía física puesta en juego por el sujeto agente.

La fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que la circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre éstas puede tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimidación o violencia moral,

por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si esta opone resistencia a sus propósitos. Y lo mismo acaece con la violencia física ejercida sobre quienes, por razón de amor o parentesco, tengan lazos de identidad con la persona con la que se quiere tener la antijurídica cópula.

El empleo de la fuerza física es inoperante para la integración del delito de violación, en todos aquellos casos en que su uso no tiene por fin reducir la voluntad ajena, por ser espontánea la entrega sexual, sino motivada por perversión sádica.

En el delito de violación, no se requiere que empleando la violencia física exista desfloramiento ni lesiones corporales, dado que basta la coacción física que conduzca a la realización de la cópula contra la voluntad del pasivo.

Tratándose del delito de violación, la ley no exige la presencia de huellas materiales provocadas por la violencia física, dado que esta conducta puede existir por el orden moral.

En otro orden de ideas:

“La violencia moral o amenaza en el delito de violación es la manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de imponer la cópula”³⁵.

³⁵ Op cit. Pág. 269.

No cualquier amenaza de un mal basta para constituir la violencia psíquica; sino que es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, presente e irreparable.

El mal con que se amenaza al pasivo, puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal, como: la vida, integridad corporal, honor, libertad, o patrimonio.

Solo conviene precisar, que en la violencia moral, la advertencia o amenaza ha de ser siempre el anuncio de un mal futuro, cierto y determinado, sobre todo de posible realización.

Es claro, que el delito de violación califica tanto la violencia física y la moral, por consiguiente es un delito con pluralidad de hipótesis, pues aunque ambas violaciones son muy afines, no se puede negar la diferencia que entre ellas existe: la primera es energía física ya consumada; y la segunda energía física simplemente anunciada.

4.- CAUSAS DE ILICITUD O EJERCICIO DE UN DERECHO.

La descripción típica del delito de violación, presupone conceptualmente la ilicitud de la cópula o, de otra manera dicho, la antijuridicidad de la conducta, pues como en todos los delitos, esta figura típica exige en cada caso concreto la antijuridicidad del hecho cometido y, al respecto existen discusiones en torno a la ilegitimidad de algunas hipótesis típicas, motivadas por el ámbito y alcance temporal del consentimiento.

Bien puede afirmarse que en el delito de violación la falta de consentimiento es el eje de la figura típica.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El consentimiento es una actitud de la voluntad en torno a un hecho presente o futuro. Cuando dicha posición es manifestada exteriormente en sentido afirmativo, nos hallamos ante un consentimiento expreso; y cuando sin ser manifestada expresamente se exterioriza en otros datos de valor inequívoco, nos hallamos ante un consentimiento presunto o como la doctrina le llama: consentimiento tácito.

Empero en cuanto actitud y posición de la voluntad ante un hecho del mundo circundante vinculado o vinculable con la persona a quien dicho suceso afecta, es continuamente renovable y no ata ni en forma constante ni, mucho menos, eterna.

El consentimiento prestado para la cópula entre amantes o concubinos perdura tácitamente entre ellos por su simple naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en la vida social, en tanto que, en forma expresa o tácita inequívoca, uno de ellos haga saber su firme voluntad contraria. A partir de ese instante el delito de violación se perpetra si uno de los amantes o concubinos sin respetar la voluntad contraria del otro tercamente le fuerza u obliga para obtener la cópula.

No hay duda, por tanto que puede haber violación entre concubinos, pues el concubinato ni cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre, por el contrario, es simplemente el respeto a la libertad de escogitación del pasivo, este estado -el concubinato- no impide el fincar reproche al autor, sobre todo cuando su libertad ha de cumplirse o agotarse justo en donde llega la libertad del amasio paciente.

Mayor perplejidad reviste la cuestión relativa a la posible existencia del delito de violación entre cónyuges, no por su esencia sino por la fuerza y el peso que la opinión dominante arroja, aunque desde

ahora debe afirmarse que dicha fuerza y peso encierran más que estrictas razones jurídicas, la vieja carga de una tradición romanística en la que se insertan concepciones escépticas seculares, oriundas de muy diversos orígenes.

La opinión dominante sostiene que el marido tiene derecho a copular con la mujer y, por tanto, aunque lo hiciere contra la voluntad de esta e incluso por medio de la violencia física o moral, no comete el delito de violación, pues no delinque quien ejerce un derecho.

Ante tal opinión dominante, varios tratadistas entre ellos "Langle Rubio se había mostrado adverso a la sumisión sexual de la mujer al marido, aduciendo, en primer termino, que no debe hacerse tabla rasa de la libertad femenina, y, en segundo lugar, que aunque la procreación es el fin principal del matrimonio, no es tolerable convertir la entrega amorosa de la esposa en una esclavitud impuesta brutalmente por la lujuria del amo y esposo, pues de ese modo la mujer casada quedaría en peor condición que la prostituta"³⁶. Asimismo, se había afirmado que el argumento de la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, no fundamenta la tesis de la opinión dominante. Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer, esta negativa autorizara el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación.

³⁶ Op. cit. Pág. 272.

La exigencia del fornicio matrimonial por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente de ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece que ninguna persona podrá *hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho.*

El problema de la violación entre cónyuges ha de centrarse y resolverse sobre la base del consentimiento, igual que acontece en todas las demás hipótesis típicas que en torno a este delito se puedan imaginar, sin que exista razón alguna para entronizar al respecto reglas o normas de excepción.

El error en que incide la opinión dominante, es que la mujer desde el momento de contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva confundiendo el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma.

No hay discusión respecto a que la mujer al contraer matrimonio queda sujeta a un inquebrantable deber de fidelidad para con su esposo; pero tampoco existe margen a la duda de que la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfogues sexuales, sin que se tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de animo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica.

El consentimiento que la mujer presta al contraer matrimonio para cohabitar con su marido, no es férreo, absoluto, rígido y sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento o el instante, sino un consentimiento para elección de esposo y para la unión matrimonial que no la priva de su libertad sexual frente al marido, de acceder a la cooptación

en los verdes y gratos momentos y de negarse a ella en sus días grises y en sus lunas bermejas y pálidas en que su cuerpo o animo no lo desea o gusta.

Resulta, pues, que si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, atenta su libertad e incide en el delito que nos ocupa, pues también cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito.

Vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado, es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual. De este vital y diariamente renovado interés jurídico el matrimonio no puede despojarla, por el mismo linaje de razones que no la priva de ningún otro perfil de su siempre renovada libertad individual y de su genuina dignidad inherente a su rango de persona humana.

No existe tampoco confusión alguna en torno a sí la prostituta puede ser violada, pues, como ya se expreso anteriormente, la triste condición social de ella no la convierte en un despojo humano carente de libertad. Sin embargo, se presentan algunas cuestiones de vivo interés respecto a la dirección, alcance y revocabilidad del consentimiento que hubiere otorgado para la cópula.

La prostituta presta su cuerpo y su mecánica actividad para la copulación, al que le paga. Este consentimiento esta circunscrito en cuanto a su alcance a los términos convenidos y es, además, en todo momento revocable. De ahí que incida en el delito de violación quien, ante la negativa de la cortesana a copular en forma diversa de la pactada, la obliga

a realizar por la violencia física o la intimidación una cópula distinta a la acordada o por otros medios.

La constriñe a efectuar la prometida cópula venal si después de consentir se negare a realizarla; pues su negativa no autoriza a su eventual cliente a ejercer la fuerza o la intimidación para lograr la cópula; sin perjuicio de que pueda desplegar en contra de la prostituta las acciones penales que en su favor operen si hubiere sido víctima de un sexual engaño o las civiles que le correspondan por el incumplimiento del venéreo pacto.

Como bien puede verse, en la figura típica de la violación la acción se convierte siempre ilícita cuando se transgrede la libertad o consentimiento de la víctima, de modo, que nunca podrá ser legítima la acción de quien en contra del consenso del pasivo le impone el ayuntamiento carnal.

La ilicitud de la cópula radica siempre en que la acción descrita en el verbo típico es aquella que atenta al consentimiento del sujeto pasivo, luego, el punto toral, es por supuesto, el consentimiento.

CAPITULO CUARTO

CAPITULO IV.- ANALISIS Y CRITICA AL TIPO PENAL BASICO DE VIOLACION.

1.- LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DE LA VIOLACION.

Se refieren entre otros a los sujetos en este delito: Antolisei, Carrara, Cuello Calón, Fontan Balestra, Gómez, González Blanco, Maggiore, Mancini, Manfredini, Manzini, Ranieri, Soler y Vannini.

La ley penal expresa en el artículo 249 (Código. Penal de Guanajuato): "Al que" en consecuencia resolvamos si puede ser sujeto activo del delito de violación, el hombre y la mujer:

Se pueden señalar dos corrientes: A) Aquellos que admiten que el hombre y la mujer pueden ser sujetos activos del delito de violación, ya se trate de la *Vis Absoluta* o de la *Vis compulsiva*, y B) Quienes sostienen que el hombre es sujeto activo de este delito cuando se trata de la *Vis Absoluta* o *compulsiva* y la mujer únicamente respecto de esta última.

Es indudable que la hipótesis de violencia por parte del hombre sea física o moral para realizar la cópula con hombre o mujer, no entraña problema alguno. Las dificultades se presentan cuando la mujer es el sujeto activo y el medio empleado es la *Vis Absoluta*.

Gómez, al tratar este problema expresa que "tampoco debe excluirse la posibilidad de violencia física de la mujer sobre el hombre con el fin expuesto".³⁷

³⁷ Porte Petit, Op. cit. Pág 40

Fontan Balestra nos dice que “En la practica no es fácil llegar al acceso carnal con un hombre contra su voluntad, pues la naturaleza ha hecho que el sujeto masculino le sea necesario una colaboración psíquica para que sus órganos genitales estén en condiciones de poder realizar el acto carnal”.³⁸

Teodosio González sostiene que “por el empleo de la fuerza física parece imposible que el hombre pueda ser objeto de violación por parte de una mujer, física y psicológicamente, desde que en la cópula carnal es el hombre el que lleva la parte activa, que no había de funcionar sin el consentimiento.”³⁹.

Carrara expone “ En general se sostiene que la violencia carnea también es posible por parte de la mujer sobre el hombre agregando que mal puede, sin embargo, configurarse una violencia carnal de la mujer sobre el hombre consumada, mediante violencia física, razón por la cual los doctores ejemplificaron frecuentemente esa hipótesis mediante la violencia moral.”⁴⁰

En fin, Enrico Altavilla expone si existen dudas sobre si una mujer pueda ser sujeto activo en perjuicio de un varón o de otra mujer, observando que para la violencia carnal pueden presentarse dos hipótesis:

a) la mujer como sujeto activo de la cópula, lo cual sería posible por evidentes razones anatómicas, solamente en el caso de un desarrollo exagerado del clítoris, como sucede en algunas formas de hemafroditismo.

³⁸ Op. cit. Pág. 40.

³⁹ Op. cit. Pág. 41.

⁴⁰ Op. cit. Pág. 41.

b) la mujer como sujeto activo de la cópula impuesta al varón, finalizando el autor en los términos siguientes: "Aquí aparece una dificultad, es decir, la herotización necesaria del varón para poder realizar la cópula, lo cual puede también no ocurrir por un sentimiento de repulsión de temor, y sin la entumescencia del pene, el delito no existe," pudiendo "concebirse el delito abstractamente, pero en la practica judicial los pocos casos examinados han tenido siempre resultados negativos." ⁴¹

Sin embargo por mi parte considero que la mujer puede ser sujeto de violación mediante la violencia física puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos, para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo en virtud de la fuerza realizada en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada.

Esto significa que no únicamente el hombre puede aplicar la fuerza o coacción en su conducta para llegar a cumplir su cometido (la violación) y tampoco debemos dejar pasar al margen del derecho penal que también hay mujeres que tienen la suficiente capacidad psicológica y física igual o semejante a la del hombre, luego entonces, se desprende que existen ciertas características entre uno y otro, situación que en nuestro derecho punitivo no encontramos una verdadera explicación en cuanto a la conducta desplegada por el sujeto pasivo (mujer), debido a que su justificante para desvirtuar que está no puede ser sujeto activo, toma como base que este es el sexo débil anatómicamente hablando y por cuestiones lógicas no puede ser semejante o superior al hombre físicamente hablando, pero tampoco asienta una base jurídica suficiente para desvirtuar que la mujer puede ser capaz de emplear los medios morales y físicos para la obtención de lo que busca.

⁴¹ Op. cit Pág 41.

Aspectos jurídicos que no comparto con algunos autores en establecer que únicamente el sujeto activo lo es el hombre, por que si hablamos de la naturaleza anatómica del mismo, en efecto, el hombre es superior en muchos aspectos, más sin embargo no quiere decir que lo sea en todas las conductas desplegadas por él mismo: por ejemplo yo preguntaría que sucedería si aún hombre le impusieran por la fuerza llámese física o moralmente a realizar la copula, sin que desee hacerlo, estaría su mente en una fase de no proyectar una emoción erótica sexual o de placer internamente para no provocar la erección que no desea obtener porque simplemente no lo quiere, aún así, se le sigue obligando a lograr la acción y el efecto de poner rígido su miembro masculino, que desde luego sino llegare a ocurrir tal efecto, el sujeto activo en este caso la mujer, buscara la forma de desarrollar cualquier operación material ejecutable con las manos para lograr levantarlo y ponerlo rígido y así llegar a su consumación.

Si la mujer logra poner erecto el miembro viril e impone la cópula, ante que tipo de delito estaríamos penalmente hablando.

Para algunos autores nos mencionarían que encuadraría en la descripción legal del delito de abusos deshonestos, más no en el del delito de violación por no reunir los elementos del tipo penal. Cuestión que como lo he sostenido, no comparto sencillamente porque se impuso y existió la cópula y se satisficieron todos los requisitos restantes que se exigen para el delito de violación, y que más en ningún momento el acto consistió en ejecutar un acto erótico sexual sin el propósito de llegar a la cópula o sí la introducción por vía normal o anormal hubiese sido por cualquier objeto, instrumento o componente orgánico que no fuera el miembro viril, estaríamos en presencia del delito de abusos deshonestos, pero en este caso si hubo la penetración del miembro masculino y no se trata precisamente de un objeto sexual ajeno al hombre.

Por último se deja en claro que en cuanto a la calidad del sujeto activo la violación es un delito común o indiferente, porque lo puede cometer cualquiera, es

decir, el hombre o la mujer. Y por lo que respecta al número de sujetos es un delito unilateral o mono subjetivo, porque el tipo no requiere la intervención de dos o más personas para su consumación.

2.- LA SOLUCION CORRECTA EN LA CONCEPTUALIZACION DEL DELITO SEXUAL.

La noción corriente de concepto corresponde a la idea que tenemos de una cosa o un objeto, corporal o incorporeal. Es una idea general y abstracta sobre algo (cosa, objeto, entidad, etc.). El concepto tiene una función técnica y en ese sentido, se considera como noción, que corresponde a cierto grado de abstracción, razón por la cual los conceptos varían según ese grado de abstracción y generalización con que se forman.

En su acepción filosófica, por concepto debe entenderse todo procedimiento que posibilite la descripción, la clasificación y la previsión de los objetos cognoscibles. Así, el término tiene un significado muy general y puede incluir toda especie de signo o procedimiento semántico, cualquiera que sea el objeto al que se refiera, abstracto o concreto, cercano o lejano, universal o individual, etc.

De lo anterior se puede aseverar que todo concepto tiene como directriz estimar que todo el derecho se encuentra contenido en la ley y la interpretación debe ser encaminada a buscar la voluntad del legislador, para formar principios fundamentales a fin de darle a la norma todo el ámbito que sea posible a través de un proceso deductivo que parta de esos conceptos generales, a los casos particulares.

Todo ello bajo la terminología jurídica adecuada y el empleo de los elementos, teniendo como mira una economía jurídica para desechar todo aquello que sea intrascendente como en el caso nos acontece, esto significa que en la descripción

legal plasmada en ley no cuenta con algún elemento esencial de ésta, a saber, el interés legal al que la regulación jurídica se refiere y como efecto de esta omisión el concepto defectuoso que se forma resulta, o bien demasiado estrecho, o bien demasiado amplio y entonces la subsunción de los hechos bajo tal concepto no lleva a un resultado satisfactorio, como el delito en estudio.

Por ello me preocupa un desfasamiento de la realidad, mediante la construcción jurídica a base de conceptos, ello aún cuando el sentenciador actúe de buena fe.

Se ha dicho que el bien jurídico tutelado es el desarrollo psicosexual de la mujer, pero no hay una aclaración jurídica estricta en cuanto al desarrollo psicosexual del hombre, es decir, en nuestra legislación penal se establecen una serie de conductas que el sujeto activo desarrolla, así como conceptos o elementos que conforman un todo para llegar al resultado la cópula.

Por otra parte, es indudable la existencia de intereses individuales, familiares y colectivos en preservar a los jóvenes de los accesos sexuales ilícitos, por los peligros y daños que representan

En síntesis la interpretación correcta del concepto del delito de violación, esto es, su descripción legal debe quedar a mi forma de ver de la siguiente forma;

➤ “al que” por medio de la violencia física o moral realice o imponga copula, con persona de cualquier sexo, cuando introduzca por vía vaginal o anal el miembro viril, o realice maniobras tendientes a vencer los obstáculos fisiológicos, para la erección del órgano masculino, por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.

3.- VIOLACION Y ABUSO SEXUAL.

La violación y el abuso sexual es un problema de suma importancia que es el de saber si concurren la violación y el abuso sexual cuando un individuo realiza antes de la cópula violenta, abuso sexual, Vannini: Nos dice que “en fuerza del principio de la progresión, no es responsable del delito de actos libidinosos violentos en concurso material con la violación carnal, sino únicamente del delito de violación carnal, el culpable que inmediatamente después de haber llevado a cabo actos libidinosos o abusivos, decide violar y viola a la víctima”.⁴²

Frías Caballero piensa “que si un hecho es calificado como violación, quedan absorbidos los actos deshonestos que acompañen el acceso carnal, pues no hay concurso ideal”.

Por su parte, Maggiore “considera que no es admisible el concurso entre la violencia carnal y los actos libidinosos, porque estos normalmente están comprendidos en aquella, dando lugar a un solo delito progresivo, a menos que se hayan consumado en momentos distintos y con fines especiales”.⁴³

Ya Vannini ha dicho que “a sí como en relación de la progresión criminosa es uno de los delitos (violación carnal) cuando los actos libidinosos, no dirigidos al enlace carnal, terminan con el enlace violento o abusivo, así también en razón de la regresión criminosa no pueden tener sentido jurídico los actos libidinosos que en el mismo contexto de acción sucedan al enlace carnal o abusivo”.

⁴² Op. cit. Pág. 83.

⁴³ Op. cit. Pág. 83.

Por lo contrario Manzini piensa que puede subsistir el concurso material entre la violación y el de los actos libidinosos aún cuando cometidos en el mismo contexto de acción, cuando el agente, además de realizar la unión carnal, haya ejecutado también otros y diversos actos de libidine.

En el mismo sentido Pannain estima que funciona el principio de consunción “cuando el acto principal absorbe las conductas delictivas inferiores de la misma naturaleza de aquél”, pues si por ejemplo, agrega, “una persona viola a una mujer, no cabe duda, los abusos deshonestos (atentados al pudor) entre nosotros realizados con motivo de la violación quedarán consumidos por la misma, ya que el legislador supone que el acto de yacimiento como principal lleva normalmente consigo los abusos deshonestos realizados por el sujeto activo”.⁴⁴.

Nuestros tribunales han considerado que “no es exacto que el delito de actos libidinosos quede subsumido en la violación, por ser aquellos un medio al excitar al acto carnal y consumir la violación, porque en los actos libidinosos se ejecutan maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, tal como lo define el artículo 204 del C.P.D.F., siendo obvio que lo que dicho precepto tutela es la seguridad sexual contra los actos lascivos que facilitan una prematura corrupción en personas de corta edad, a diferencia de la violación, en donde, para realizar la cópula sin la voluntad del pasivo que es la finalidad que se propone consumir el sujeto activo, emplea violencia física o moral.”

Por otra parte este tipo requiere de contacto físico-material, entre el abusador y el pasivo, ya sea que aquél actúe sobre el cuerpo de este mismo o lo obligue a realizarlo en su propio cuerpo o en el otro intervencionista. En una forma u otra el contacto físico entre ambos o con un tercero es necesario. Algunas legislaciones para

⁴⁴ Op. cit. Pág. 84.

mayormente denotar este aspecto han denominado al delito "agresión sexual", acentuando el elemento contacto corporal".

Bien jurídico protegido: La seguridad (normal desarrollo psicosexual) y libertad sexual. Lo constituyen tanto la seguridad sexual (norma desarrollo psicosexual) como la libertad sexual dependiendo las características del pasivo. El primero de ellos para los menores de edad quienes todavía no tienen edad para tomar decisiones y para los que por cualquier causa no pueden resistir al considerar a estos, sin posibilidad para tomar libremente la opción de aceptar o no la conducta impuesta; y la libertad sexual como bien protegido para aquellos que ya tienen capacidad de elección y sin embargo no pudieron elegir debido a la imposición de la conducta.

El tipo en la ley: Actualmente se dispone en la ley el supuesto relativo a la figura del abuso sexual en los siguientes términos: "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...". De igual forma se indica una equiparación del mismo consistente en: "Al que sin 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..."

La hipótesis (la figura básica y su equiparación) contenidas en tales dispositivos han sido ubicadas bajo la mecánica de establecer que una de ellas corresponde al abuso sexual y la otra a los atentados al pudor. A este respecto se ha dicho: "los delitos de abuso sexual y atentados al pudor se refieren a un acto sexual realizado sin el consentimiento de la víctima y sin el propósito de llegar a la cópula por parte del activo, pero con la diferencia bien marcada entre ambos delitos de que en el primero el sujeto pasivo lo puede ser todo el mundo sin limitación de edad y que sea capaz en tanto que en el segundo la víctima sólo lo es una persona menor de doce años de edad o incapaz, por carecer de la facultad de comprender el significado del hecho o

que por cualquier causa no pueda resistirlo". Actualmente en el Código Penal Federal el delito de "abuso sexual" ha venido a substituir el de "atentados al pudor". Se ha sostenido que simplemente se le cambio de nombre, porque el bien jurídico protegido no es el pudor, sino la libertad sexual.

Conducta (comportamiento-verbo o verbos): El verbo que define la conducta es ejecutar un acto erótico sexual "pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí contengan un significado sexual, como es el tocamiento de las partes pudendas o roces que normalmente tienen ese significado (como es el acercamiento de los labios), sea que el mismo agente acceda con sus tocamientos o acciones al cuerpo de la víctima, ya sea que por su obra logre que sea la víctima la que actúe sobre el cuerpo del agente (por ejemplo hacerse tocar partes pudendas por la víctima). También puede tratarse de aproximaciones que no importen contacto corporal directo pero que tengan un contenido sexual respecto de otros sentidos del agente que no sean el del tacto, o como el de la vista (desnudar a la víctima levantarse la falda, etc.)". "No siempre el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos, sino que puede ser cualquiera cuando es aquél quién le otorga el significado sexual por la parte de su cuerpo que aproxima al de la víctima. (Por ejemplo el acercamiento del miembro viril a los pies de ella) o porque subjetivamente se lo da".

Sujeto pasivo.

Características: Cualquier persona, pero en función de la figura equiparada, lo será aquella menor de doce años quién por cualquier causa no pueda resistir la conducta del activo o que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho incluso, se prevé una calificativa en atención a la calidad del pasivo.

Cosas: Se considera entre estas el propio cuerpo de los intervencionistas, y en su caso, los instrumentos utilizados para realizar el acto que se refieren las descriptivas.

Resultado: En su aspecto jurídico el resultado consiste en la afectación a la libertad o seguridad sexual (normal desarrollo psicosexual) del pasivo que se trate y, en su aspecto material, la realización del acto sexual sin llegar, ni pretender la cópula sobre el pasivo. Para su integración el delito de abusos deshonestos requiere que no se tenga intención de copular con el ofendido; por lo que sí la intención del inculcado era tener relaciones sexuales con el pasivo, el delito no se configura.

Tentativa: El abuso sexual requiere de su consumación para poder ser sancionado, por lo cual, no admite tentativa, incluso en algunos códigos se establece expresamente esta circunstancia.

Culpabilidad: Sólo se realiza bajo la forma dolosa, es decir, mediante voluntad de contenido típico a virtud de propia decisión.

Realización.

Consumación: Es un tipo de integración instantánea.

Clasificación del tipo en orden a sus elementos: Es un tipo anormal porque contiene elementos de carácter objetivo, subjetivo y normativo:

De la figura básica:

Objetivos:

1. Personas físicas.

2. Acto sexual sin cópula.
3. Los medios utilizados en el supuesto de someter al pasivo para obligarlo a ejecutar los actos.

De la figura equiparada:

Objetivos:

1. Minoría de edad de 12 años o menos.
2. La capacidad del pasivo para comprender el hecho.
3. Medios o las condiciones del pasivo (causas). Por las cuales no se puede resistir la conducta del activo.
4. Acto sexual distinto a la cópula ya sea por parte del activo, o que el propio pasivo lo ejecute a virtud del constreñimiento ejercido sobre él: Son acciones corporales de aproximación o tocamiento, inverecundo realizados sobre el cuerpo de otra persona.
5. No realización de cópula.

Subjetivos:

1. Consentimiento o falta de él, por parte del pasivo.
2. Sin propósito de llegar a la cópula.

Normativos:

1. Significado de capacidad
2. Concepto de cópula para efectos jurídicos.

Configuración de la hipótesis delictiva (penalidad):

Figura básica o genérica: Sin pretender cópula se realicen actos sexuales físico-sexuales, sin consentimiento del pasivo. Tiene penalidad específica que resulta aumentada bajo las calificativas que a continuación mencionare:

Figura equiparada: Realizar lo anterior aún cuando exista consentimiento del pasivo, si se trata de “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 u obligue a ejecutarlo...”

Calificativas: Se aumenta la sanción en las situaciones siguientes:

a) Por la calidad de los intervencionistas: 1. Si fue cometido por un ascendiente contra su descendiente, esté contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro, hay aumento de pena de prisión y además pérdida de la patria potestad o de la tutela. 2. Cuando lo comete quién desempeñe un cargo u empleo público o ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, se aumenta la pena de prisión, se destituye del cargo o empleo o suspensión por determinado tiempo en el ejercicio de la profesión. 3. El último caso es cuando lo comete persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche en él la confianza depositada.

b) Por los modos de ejecución: Al ser realizado mediante violencia física o moral o bien cometido por dos o más personas.

4.- PROPUESTA NORMATIVA.

La libertad implica entre muchos aspectos, la facultad de actuar sin mayor constreñimiento, el cual se encuentran agrupadas las personas.

En su naturaleza original la libertad se caracteriza en un comportarse del ser humano sin cortapisas o barreras, expresándose este concepto bajo actividad o inactividad sin obligación a nadie, desde luego, solventar las necesidades básicas, implica un condicionamiento. En su manifestación más primitiva, la libertad llevada a cabo hasta sus últimas consecuencias, puede trastornar la convivencia en comunidad.

Determinadas actuaciones al realizarse, constituirán actos de agresión de unos contra otros, por ello con el objeto de salvaguardar la vida en sociedad y a la vez, respetar en lo particular a cada uno de los individuos que integran el concierto del conjunto dentro del cual se desenvuelven las diversas formas de vida, la libertad requiere ser adecuadamente regulada. El legislador sé a preocupado grandemente por la vida humana y si bien en una época se sanciono el suicidio afectando a familiares, bienes, etc. del fallecido, actualmente no es materia de sanción alguna no obstante la vida y el organismo han sido considerados como bienes indisponibles, y por tal, no obsta prestar consentimiento para ser eliminado o lesionado, el tercero que realice tal acción será penalizado.

Empero existen algunos actos relacionados con el cuerpo de la persona para los cuales, nuestras leyes le dan pleno alcance al consentimiento del ofendido dejando facultado al particular para aceptar su realización, siempre y cuando dicho consentimiento se emita bajo libre expresión consciente de sus alcances y sin duda al respecto. En efecto la conducta se justifica o no existe lesión jurídica por ejemplo, el donativo de un órgano (riñón para salvar una vida). El médico que en tales condiciones actúe quedará exonerado.

En estos casos es importante para el activo, comportarse dentro de los cauces del normativismo, ósea, obligado a respetar la jerarquía de los valores.

Por ello, con excepción de daños a la salud (incluyendo el homicidio) las actividades carnal y/o sexuales están permitidas para llevarlas a cabo en el cuerpo del otro, a condición de mediar el consentimiento del otro otorgado por el pasivo. Al respecto el tratadista Javier Alba decía: "El tipo de violación aún cuando no la describe la hipótesis *expressis verbis* tiene como elemento fundamental la falta de consentimiento de la parte ofendida, por ello, para integrar el tipo debe acreditarse a plenitud esta circunstancia. La aceptación de la violencia para aceptar la cópula, hace inexistente el delito".⁴⁵

Ahora bien la violación a sido considerada como el delito más censurable en el ámbito sexual, por implicar no sólo un atentado a la libertad de la persona sino una degradación al someterla sin su anuencia a una relación corporal-carnal. En especial este ilícito es de los catalogados en alto contenido ético-negativo, en atención a la mecánica de ejecución al preverse como fundamento formal de actualización, el uso de la violencia, nulificando el querer del sujeto pasivo.

Indudablemente que con la violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo y, como hace alusión González de la Vega, su seguridad, su tranquilidad e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomo en cuenta al tipificar el delito de violación, fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual, cuando se le cuarteaba en dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quién no deseaba hacerlo. Así pues se considera, que es la libertad en su aspecto sexual lo que la ley protege en el delito de violación.

⁴⁵ González Quintanilla, Op. Cit. Pág. 752.

Igualmente hay coincidencia en la doctrina al aceptar que la cópula en la violación puede ser tanto en la normal como en la anormal. Por lo que se refiere a la segunda, unos tratadistas expresan claramente que la cópula anormal la constituyen la introducción anal, en tanto otros como González de la Vega, Soler, y Porte Petit, se limitan a aceptar la cópula anormal, pero sin expresar si excluyendo o incluyendo la "fellatio in ore".

También se ha discutido por diversos autores que: aunque la boca no sea un órgano sexual ni tenga la actividad erógena de éstos, ha sido reemplazante de los mismos por parte del sujeto activo y objeto de una verdadera penetración sucedánea del coito vaginal o anal.

En la determinación del sujeto pasivo no hay la menor disidencia en la doctrina al considerar que puede ser cualquier persona, así como tampoco en cuanto al activo, cuando este es hombre. Pero si hay divergencia de opiniones en la llamada violación inversa, o sea, cuando la mujer es sujeto activo de la violación.

Como se ha visto unos autores le niegan a la mujer en forma absoluta la posibilidad de ser sujeto activo, otros la aceptan como tal, a condición de que el pasivo sea hombre, pero todas la rechazan como activo, cuando el pasivo es mujer.

La cópula que constituye el delito de violación, no debe ser vista en su acepción gramática y fisiológica exclusivamente, sino con un sentido y significado mucho más amplio: ya sea en un sentido penalístico, al decir de Jiménez Huerta, en su acepción erótica general, como dice González Blanco, en cuanto a la actividad sexual que realiza el sujeto activo como opina González de la Vega, o en su acepción jurídica, como afirma Jorge R. Moras. otros autores como Frías Caballero expresan que el núcleo del delito en la violación no es la cópula simple y llanamente sino, la cópula obtenida sin consentimiento y por medios violentos

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

Como se ha definido anteriormente la cópula normal como la penetración del pene en la vagina, y la cópula anormal como la introducción del pene, o cualquier substituto del mismo en la vagina, o en el ano.

Teniendo como conducta básica a la cópula normal (coito), solo podemos compararla con otra conducta que le es lo más semejante posible. La cópula anormal.

Como se desprende el termino cópula como sinónimo de introducción, penetración, o acceso los autores difieren en cuanto a que se introduce y donde se introduce y de ahí surge la discusión sobre la "fellatio in ore" puede o no integrar la violación, o si la mujer es sujeto activo de la misma.

Mi opinión es que la conducta de obtener cópula descrita por el artículo 249 de nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato y que tipifica el delito de violación debe entenderse en el sentido en que definimos la cópula anormal penetración del pene o cualquier substituto del mismo en la vagina o ano.

Entendida así la violación tanto el hombre (con el pene) o cualquier cosa que lo substituya, como la mujer pueden ser sujetos activos del delito, penetrando a un hombre (por vía anal) o a una mujer (por vía vaginal u anal).

Entonces, tenemos que la mujer sí puede ser sujeto activo de la violación, en virtud de la fuerza (física o moral), ejercida sobre la persona de sexo indistinto, mediante la utilización de todo aquello utilizado en la realización del comportamiento funcionalmente empleado para llegar al resultado o en una actividad distinta que deje en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la realización de la maniobra sobre la persona ofendida.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: Uno de los bienes tutelados por el derecho penal de fundamental importancia es la libertad de las personas que incluso han sido objeto y atención a nivel mundial desde los tiempos más remotos, dentro de este concepto la *libertad sexual se torno de suma importancia por implicar la facultad de cualquier ser humano de disponer libremente de su propio cuerpo, dentro de los limites fijados en los derechos y por las costumbres sociales.*

SEGUNDA: El objeto de mi trabajo ha sido el de analizar la razón de la existencia de un delito de violación, donde no se estipula especialmente los sujetos que intervienen en el delito sea sujeto activo o pasivo hombre o mujer. En consecuencia el interés por la investigación sobre este delito en cuanto a la aplicabilidad y utilización del derecho penal en este tipo penal, es llegar a razonar si es conveniente que el hombre sea sujeto pasivo del delito en comento que comúnmente no se da en nuestra legislación.

TERCERA: Si bien es cierto, la fundamentación conceptual de las leyes respectivas y su aplicabilidad han venido mejorando en México en los últimos años, sin embargo, quizá uno de los mayores problemas de la violación en el aspecto jurídico sea el referente en los términos de realización de su denuncia. Ya que muchos delitos de este tipo quedan impunes, pues no se denuncian, por miedo, autoculpabilidad, desconocimiento de los procedimientos legales, ignorancia externa o falta de imaginación.

CUARTA: Por lo que se puede ver, la violación es un producto social, es decir, el violador obedece a viejas exigencias culturales que hoy por hoy lo reprimen, lo cual significa que es una prueba de que hay malestar en la cultura por la represión sexual descansando en los instintos de agresión, exacerbados por los problemas de las grandes

ciudades, que parecen ser tan fuertes en el hombre y la mujer, así como en la mayoría de los animales y por lo mismo son también una explicación de la conducta que impulsa al violador.

QUINTA: El delito de violación es una figura aparentemente que se crea para proteger a las mujeres como sujeto pasivo, y no es menos cierto que en ocasiones un hombre también puede ser víctima de esta tipicidad, como sujeto pasivo, de ahí que la ley penal mexicana del estado de Guanajuato proteja a personas de cualquier sexo (hombre o mujer).

SEXTA: Para la comprobación del delito de violación, deberá realizarse una investigación a fondo en cuanto a la reputación y el comportamiento moral, social, familiar, tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, ya que cabe la presunción en este delito de que el sujeto pasivo presente su denuncia y/o querrela infundada con el fin de perjudicar al presunto responsable únicamente por envidia, por obtener un ascenso en el trabajo, por venganza, o cualquier otro interés que beneficie al supuesto sujeto pasivo.

SEPTIMA: Este delito exige como requisito que se produzca un daño o perjuicio en la víctima (sujeto pasivo hombre o mujer) al hablar de la copula para obtener un beneficio de índole económico (en el ámbito laboral o académico), para obtener el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, se infiere que la víctima se ocasionara daño moral y psíquico si accede al propósito del sujeto activo (hombre o mujer) y si no accede se perjudicara emocionalmente, económicamente o su reputación será tachada por inmoral.

OCTAVA: En cuanto al sujeto activo en el delito de violación puede cometerlo cualquier persona y el sujeto pasivo en ambos casos también podrá serlo cualquiera. Como lo manifiesto en mi propuesta normativa "al que" o sea cualquier

persona, no hay diferencias en cuanto al sujeto activo o pasivo al señalar que puede ser una persona de cualquier sexo.

NOVENA: Por ultimo basta señalar un fortalecimiento en el Código Penal del Estado de Guanajuato en el que cuente con la facultad que propongo y que dentro del mismo ordenamiento se logré una mejor armonía en la aplicación de la ley penal mediante la cual se vea beneficiado ella, él o los sujetos ofendidos que intervengan en este delito.

DECIMA: Es entonces con fundamento a lo anterior expresado, que me permito plantear la propuesta de la inclusión en nuestro código penal del Estado de Guanajuato la descripción legal del delito de violación que considero conveniente que se tipifique conforme a la redacción que deberá tener lugar dentro de la Sección Cuarta de delitos contra la persona en su Título Tercero Capitulo Primero del Código Penal bajo el texto que a continuación se enuncia:

Redacción que se contempla actualmente.

Título Tercero.

Delitos contra la libertad sexual.

Capitulo I.

Violación.

Artículo 249-

Se impondrá de cinco a doce años de prisión y multa de hasta doscientas veces el salario mínimo general vigente en el estado, al que por medio de la violencia física o moral imponga copula a otra persona. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a quince años.

Redacción por mi parte y que debe quedar como sigue:

ART. 249. -

SE IMPONDRA DE CINCO A DOCE AÑOS DE PRISION Y MULTA DE HASTA DOSCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO GENERAL VIGENTE EN EL ESTADO, "AL QUE" POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL REALICE O IMPONGA COPULA, CON PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

Así también deberá considerarse el siguiente artículo del Código citado:

Art.250.- Las mismas sanciones, según que el ofendido se ha puber o impuber con independencia del sexo, se impondrán al que tenga copula con persona que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS.

- Barradas, Francisco, Camela Arrendado Isabel, "Comentarios Prácticos al Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal". Editorial Sista, México D.F. 1996.
- Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá Rivas Raúl, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa México, D.F.
- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Cortez Ibarra Miguel Angel, "Derecho Penal" Cárdenas Editor y Distribuidor, Cuarta Edición, Tijuana, B.C. 1992.
- De Alva, Javier "Teoría del Delito" Editorial Sista. México D.F. 1990.
- González de la Vega, Francisco, "El Código Penal Comentado", Décima Edición, Editorial Porrúa México, D.F. 1992.
- González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano" Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1988.
- González Jara Manuel Angel, "El Delito de Promoción o Facilitación de Corrupción o Prostitución de Menores". Editorial Jurídica de Chile/Andrés Bello, México, 1992.

- González Quintanilla, José Arturo, "Derecho Penal Mexicano", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- González Salas Campos Raúl, La Teoría del bien Jurídico en el Derecho Penal, Pérez Nieto Editores, México 1995.
- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", 5ta. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984.
- López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México 1994.
- Martínez Roaro Marcela, "Delitos Sexuales", 4ta. Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Mezger Edmund, "Derecho Penal, Parte General", México, Editorial Cárdenas Distribuidor 1985.
- Orellano Wiarco Octavio Alberto, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, 3ra. Edición, México 1996.
- Pavon Vasconcelos, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano" Décima, Segunda Edición, Editorial Porrúa México 1995.
- Porte Petit Candaudap, Celestino, "Ensayo Dogmático sobre el delito de violación". Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1980.

- Porte Petit Candaudap Celestino, "Ensayo Dogmático sobre los delitos contra la vida y la salud personal". Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1982.
- Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, Volumen I, Editorial TEA, Buenos Aires, Argentina, 1976.

CODIGOS Y LEYES.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Alf México, D.F. 1999.
- Código Penal y de Procedimientos Penales de Guanajuato, Anaya Editores 1998.
- Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Ediciones Delma, México D.F. 1997.

OTRAS FUENTES.

- Foro de consulta popular sobre delitos sexuales, comisión de justicia cámara de Diputados LIV legislatura, México D.F: Febrero 1989, impreso en los talleres gráficos de la Cámara de Diputados, Pág. 570.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI Editorial, Driskill, S.A. Buenos Aires Argentina 1986.