

375



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

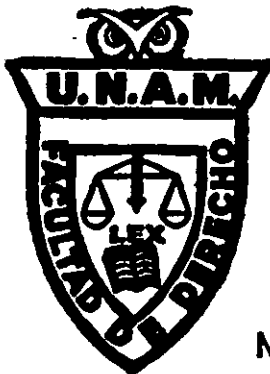
FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ANALISIS EXEGETICO DEL ARTICULO  
265 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

JOSE LUIS GUTIERREZ HERNANDEZ

186662



ASESOR: LIC. JOSE ANTONIO GRANADOS ATLACO

MEXICO, D. F.

2001



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

El alumno GUTIERREZ HERNANDEZ JOSE LUIS, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JOSE ANTONIO GRANADOS ATLACO, la tesis profesional intitulada "ANALISIS EXEGETICO DEL ARTICULO 265 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, LIC. JOSE ANTONIO GRANADOS ATLACO, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS EXEGETICO DEL ARTICULO 265 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno GUTIERREZ HERNANDEZ JOSE LUIS.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 24 de mayo de 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**A mis padres:**

**A los que admiro profundamente  
y que siempre me han brindado  
todo su apoyo y amor  
y a quienes dedico este logro.**

**A mis hermanos:**

**Jesús, Sonia, Consuelo,  
Hugo y Benjamín,  
con cariño.**

Una dedicatoria muy especial al LIC. JOSÉ ANTONIO GRANADOS  
ATLACO, por su valiosa ayuda al haberme guiado con paciencia durante toda  
mi formación profesional, así como para la realización de este trabajo, y quien  
no solo me brindó desinteresadamente su apoyo académico, sino su entrañable  
amistad.

GRACIAS.

**A mis familiares y amigos:**

**con cariño.**

**A la Máxima Casa de Estudios:**

**U. N. A. M.**

**Con amor y respeto.**

**Y a todas las personas que me brindaron**

**su ayuda para realizar este anhelo;**

**mi más sincero agradecimiento.**

# Í N D I C E

## ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ARTÍCULO 265 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

### INTRODUCCIÓN

#### CAPÍTULO I

##### ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN EN MÉXICO

1.1	ÉPOCA PRECOLONIAL	1
1.2	ÉPOCA COLONIAL	4
1.3	ÉPOCA INDEPENDIENTE	9

#### CAPÍTULO II

##### MARCO CONCEPTUAL

2.1	POLÍTICA CRIMINAL	15
	2.1.1 CONCEPTO	15
	2.1.2 ACEPCIONES	16
2.2	ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS	18
	2.2.1 MATRIMONIO	18
	2.2.2 CONCUBINATO	21
	2.2.3 UNIÓN LIBRE	23
2.3	DELITO Y SUS ELEMENTOS	26
	2.3.1 CONDUCTA	28
	2.3.2 TIPICIDAD	31
	2.3.3 ANTIJURIDICIDAD	36
	2.2.4 CULPABILIDAD	40
2.4	VIOLACIÓN	58
	2.4.1 CONCEPTO	58
	2.4.2 DOCTRINA	64
	2.4.3 DERECHO POSITIVO MEXICANO	66
2.5	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	71
	2.5.1 CONCEPTO	71
	2.5.2 DENUNCIA	74
	2.5.3 QUERRELLA	76

### **CAPÍTULO III**

#### **VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y CONCUBINOS**

3.1	DOCTRINA	80
3.2	TESIS DE JURISPRUDENCIA	84
3.3	DERECHO POSITIVO MEXICANO	88

### **CAPÍTULO IV**

#### **ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 265 BIS**

4.1	CONDUCTA Y SU AUSENCIA	93
	CONDUCTA	93
	AUSENCIA DE CONDUCTA	93
4.2	TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD	96
	TIPICIDAD	96
	ATIPICIDAD	98
4.3	ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	100
	ANTI JURIDICIDAD	100
	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	101
4.4	IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD	106
	IMPUTABILIDAD	106
	INIMPUTABILIDAD	109
4.5	CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD	111
	CULPABILIDAD	111
	INCULPABILIDAD	112
4.6	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA	117
	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	117
	AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	119
4.7	PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS	119
	PUNIBILIDAD	119
	EXCUSAS ABSOLUTORIAS	124

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA



## INTRODUCCIÓN

El presente estudio obedece a la reciente adición al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del artículo 265 Bis, incorporado al capítulo I del título decimoquinto, en el cual finalmente se tipifica la violación a la esposa o concubina.

Anteriormente la Suprema Corte de Justicia de la Nación únicamente consideraba la violación entre cónyuges, con los requisitos de que se obtuviera la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; así como si la mujer tuviese algún padecimiento que le impidiera producirse en sus relaciones sexuales; la cópula anormal o si se encontrara decretada legalmente la separación de los esposos. Lo expuesto obedecía al criterio de la adquisición de los cónyuges del derecho al mutuo débito carnal al haber contraído matrimonio; por lo que, fuera de las hipótesis señaladas con anterioridad, el que uno de los cónyuges impusiera al otro la cópula normal de manera violenta, subsistiendo la obligación de cohabitar, independientemente de la utilización de los medios típicos previstos para su integración, se argumentaba que tenía el derecho a la relación sexual con su pareja, aunque no de manera violenta, de tal forma que su conducta se encuadraba en el artículo 226 del Código Penal citado, como ejercicio indebido del propio derecho, haciéndose acreedor a una pena alternativa de hasta un año de prisión o noventa días multa,

contrastando notablemente con el delito de violación, previsto en el artículo 265 del mismo código con una pena de ocho a catorce años de prisión.

Nuestra opinión personal es que tal criterio se traduciría en una aberración a la ley sustantiva, toda vez que ésta debe proteger íntegramente el derecho de cualquier persona a su libertad y normal desarrollo psicosexual; y el hecho de cohabitar en matrimonio, aún cuando uno de los fines del mismo es procrear, jamás será motivo para violentar y coaccionar la libre voluntad del cónyuge para obtener la cópula.

Atinadamente, en estas situaciones, el legislador retomó la esencia del bien jurídico tutelado, anteponiendo la libertad sexual que cualquier persona tiene sobre sí, a la adecuación que se le daba a tal conducta como el "ejercicio indebido del propio derecho", siendo actualmente tipificada en el artículo 265 Bis, como violación, aplicando las mismas penas del art. 265; encontrando como la única diferencia entre ambos, que en la reciente adición se exige calidad de sujeto pasivo (ser la esposa o concubina del activo), así como la persecución del delito por querrela de parte ofendida.

El propósito de la presente tesis será realizar un detallado estudio dogmático del artículo 265 Bis, previo desglose de los elementos que lo conforman.

# CAPÍTULO I

## ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN EN MÉXICO

### 1.1 ÉPOCA PRECOLONIAL

Son escasos los datos que se tienen del Derecho Penal que era aplicado en lo que hoy es la República mexicana anterior a la llegada de los españoles, ya que existían distintas culturas sin unificación política, por lo que señalaremos las más importantes en lo que también se le conoce como Derecho Precortesiano o prehispánico.

Es menester señalar las costumbres sexuales que seguían los pueblos antes de la conquista, encontrando en algunos de ellos mayor liberalidad sexual que en otros. Los Mayas, por ejemplo, celebraban la entrada a la vida sexual de los jóvenes, realizando la ceremonia llamada "Caputzihil", dándoles a fumar a los jóvenes las hojas de tabaco y a las mujeres a oler las flores, símbolo de iniciación de la juventud.

Se consideraba que la sexualidad era un don otorgado por los dioses, por lo cual estos pueblos vigilaban estrictamente y educaban su práctica moderada sin excesos ni abusos; tanto, que la caída del Imperio de los Toltecas fue atribuida a la perversión de sus pobladores.

Estas costumbres y educación eran diferentes en un mismo pueblo, de acuerdo a la clase social, edad y sexo, teniéndose gran respeto a las mujeres en casi todos los lugares; e incluso los españoles se sorprendieron al ver cómo podían andar solas por cualquier sitio las nahoas o tlapaltecas, sin que nadie las importunase.

Las mujeres, eran preparadas para el matrimonio y desde muy pequeñas se hacían cargo de las labores domésticas, permaneciendo generalmente en la casa, tal y como lo era la mujer azteca, a quien incluso se le educaba cómo vestir, hablar, caminar, etc.

También en los hombres era muy apreciada la castidad, por lo que desde niños se les aconsejaba abstenerse de tener relaciones sexuales hasta después de cierta edad y para guardar fidelidad en el matrimonio.

Los jóvenes aztecas pertenecientes a la nobleza estudiaban en el Calmecac y los plebeyos en el Tepochcalis. A los primeros se les prohibía tener relaciones sexuales durante su estancia en el Calmecac, so pena de "chamuscarles" los cabellos, lo cual constituía una gran humillación para ellos. Los segundos estaban exentos de tal prohibición.

El rey azteca cuando subía al poder, se dirigía al pueblo para hacerles algunas recomendaciones, para que se abstuvieran de realizar aquellas cosas consideradas como malas, tal y como era el caso de emborracharse, ya que de esa borrachera se derivan los adulterios, estupro, corrupción de vírgenes y violencia de parientes.

Los aztecas veneraban a la diosa Tlazolteotl o Tlaelquani (diosa de la carnalidad o comedora de cosas sucias), provocadora e incitadora de la lujuria, ante la cual podían hacer una confesión de sus pecados de naturaleza sexual, una sola vez en la vida, los cuales una vez mencionados no debían volverse a cometer, dado que no existía posibilidad de absolución para los posteriores. El sacerdote, una vez habiendo escuchado la confesión en una ceremonia, otorgaba el perdón, con la condición de que se cumpliera con la penitencia por él impuesta, que según la gravedad del caso podía ser desde el ayuno, hasta traspasarse la lengua, las orejas o el pene con una espina de maguey y luego pasarse por el orificio hecho por ésta, una a una, hasta cuatrocientas varas de mimbre.

Dado que estos pueblos no tenían moneda, no conocieron de sanciones pecuniarias y consideraban incorrecto encerrar en un lugar a un hombre que cometía una falta, siendo inútil y oneroso para la sociedad, por lo que los delincuentes sólo eran encerrados, a veces en jaulas y por poco tiempo, en tanto se les aplicaba la sanción, consistente en la muerte, en golpes o en humillaciones.

La mujer azteca perteneciente a la nobleza y que ejercía la prostitución era sancionada con la muerte, en tanto que, para la de

clase plebeya era más flexible y no se le sancionaba que ejerciera la prostitución.

Los aztecas castigaban con muerte, la unión entre ascendientes y descendientes, hermanos, suegros y yernos o nueras y padrastro o madrastra y entenados. En cambio esto sí era común entre cuñados, al morir un hombre, el hermano tomaba por esposa a su o sus mujeres, e incluso, practicaban la levirato, o sea, la obligación del hermano del que fallece, de casarse con su viuda si no dejó descendencia.

Había pueblos que practicaban el homosexualismo, como los Totonacas; mientras que en otros como el azteca era considerado como grave delito, siendo sancionado entre hombres con empalamiento al sujeto activo y la extracción de las entrañas por el orificio anal del pasivo homosexual; en el caso de mujeres, la muerte era por garrote. También le daban muerte a cualquier persona que se pusiese ropas del sexo opuesto, aunque no fuere homosexual. Incluso entre los mismos aztecas, en una ceremonia, por razones religiosas, el rey se veía obligado a tener relaciones de naturaleza homosexual.

Para todos estos pueblos, el adulterio cometido por el hombre casado con mujer soltera no tenía mayor importancia, no así el cometido por la mujer casada, lo cual era considerado como una de las faltas más graves.

Uno de los pocos pueblos que no daban muerte a la adúltera, eran los mayas, siendo solamente repudiada por el marido. Si los hijos eran pequeños, quedaban todos con la madre; si eran mayores, las mujeres quedaban con la madre y los hombres con el padre, quedando la mujer libre para unirse con otro hombre y después de cierto tiempo a volver incluso con el mismo.

Los aztecas y zapotecas daban muerte a la adúltera y al amante, pena que podía aplicar el esposo ofendido, el cual, si lo prefería, podía cortarle la nariz, las orejas y la boca al hombre. Este delito era el que más castigaban los aztecas. Si sorprendían a los adúlteros y había testigos, los prendían, y si era necesario les daban tormento, así, una vez confesado el delito les daban muerte a pedradas. Si estos eran principales, por consideración a su jerarquía,

eran ahorcados y emplumadas sus cabezas y quemados. El derecho de matar correspondía sólo al rey, quedando prohibida la justicia por propia mano, aplicando la pena de muerte a quien la ejerciera.

Entre los tarascos también se sancionaba con la muerte a los adúlteros. Si la relación era con alguna de las esposas del rey, se le daba muerte al hombre y a toda su familia, así como le eran confiscados sus bienes.

La mujer adúltera era entregada al gran sacerdote, quien la mandaba ejecutar; en cambio, si el adúltero era el hombre, la mujer era recogida por sus familiares y casada con otro.

Referente al aborto, los aztecas o mexicas lo penaban con la muerte, tanto a la madre, como a quien lo hubiere procurado mediante un abortivo. Únicamente permitían el aborto terapéutico.

Finalmente, por lo que respecta a la violación, los mayas, náhuatl y aztecas la sancionaban con la muerte. Los tarascos además, primero le rompían al infractor la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir.

Con esto queda de manifiesto la excesiva crueldad con la que eran sancionados los que cometían tales faltas.

## **1.2 ÉPOCA COLONIAL**

Durante los tres siglos de dominación española, la legislación especial que se aplicaba en la Nueva España siguió el mismo procedimiento que en España, esto es, a través de cédulas, ordenanzas, instrucciones, reales órdenes, pragmáticas, etc., medio por los cuales se pretendía solucionar asuntos de carácter particular, resolviendo un punto en especial, una situación determinada o arreglar determinado mal, lineamientos que en su mayoría fueron conjuntados en la Recopilación de Indias.

Este Derecho, tanto en su aspecto penal, como en otros sin homogeneidad, surge entre algunos, del Fuero Juzgo, el Fuero Viejo,

el Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales, las Leyes del Toro, Nueva Recopilación con sus añadiduras como los autos acordados y la Novísima Recopilación. Particularmente las dos últimas fueron muy importantes en la práctica penal de la Nueva España.

De esta forma, ante el sistema establecido de no crear leyes generales sistemáticas y completas, sino expedir las disposiciones a los casos particulares con base en las leyes anteriores, la legislación colonial no fue un cuerpo completo de leyes de la colonia, sino que fue un modelo de la española, aplicándose la ley en particular, en excepción de la ley general.

Así, desde 1530, Carlos I mandó que todo lo que no estuviera determinado en leyes propias para las indias, fueran aplicadas las de Castilla, así como para resolver y decidir los pleitos y negocios.

También se tomó como base del gobierno colonial, el criterio de que siendo los reinos de Castilla y de las indias de una sola corona, era lógico que su forma de gobierno y de leyes fueran lo más semejantes posible.

El órgano encargado de crear las leyes en la colonia era el Real Consejo de Indias, siempre en nombre del rey, representado en las colonias por el virrey, en cuya persona se reunían los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

La Recopilación de Indias está hecha en gran desorden, en la cual se conjuntan disposiciones de todo género, mezcladas y confundidas, en donde se compilan al mismo tiempo leyes derogatorias con las derogadas, así como leyes del siglo XV al XVII, algunas de las cuales ya no correspondían a la realidad de su actualidad, mismas que ya no podían ser aplicadas ni obedecidas en su totalidad, quedando severas lagunas en las leyes.

Por lo que respecta a las demás leyes no incluidas en la Recopilación de indias, éstas no quedaron derogadas, sino que eran vigentes, siempre y cuando no se opusieran a las recopiladas, continuando con el principio de que a cada ley formada no se le daba autoridad exclusiva, sino que cada una de ellas era un nuevo

elemento agregado a las anteriores, creando esto múltiples confusiones en criterios y aplicación.

Es bien sabido el interés de los reyes de España para la protección de los indios, ordenando así, que fuesen tratados como "vasallos libres", igual que los de Castilla, así como prohibiendo el abuso contra ellos, en las constantes cédulas que llegaban a la Nueva España en el sentido de respetar y conservar las costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; incluso hubo una ley que establecía que los delitos cometidos contra los indios fueren castigados con mayor severidad que los cometidos contra los españoles, pero todas estas leyes jamás fueron cumplidas debido a las aspiraciones de altos mandos y sueños de riqueza provocados por la conquista.

Las leyes de Indias distinguían y colocaban en distinta condición jurídica a los conquistadores y conquistados, separándolos por sus razas o castas, lo cual se refleja en las leyes penales, en donde frecuentemente se señalaba una pena para el español y otra para el indio.

El propósito era que los Españoles se rigieran por sus propias leyes; los indios por leyes proteccionistas que se juzgaban adecuadas y los negros y mestizos por rigoristas leyes encaminadas a prevenir frecuentes motines.

Los indios se encontraban sujetos a una jurisdicción especial y en México existía un juzgado general de indios, el cual era sostenido por cuotas obligatorias a los mismos.

En las modificaciones que se hacían al Derecho Español para su aplicación en las colonias, encontramos que las penas pecuniarias aplicadas en Castilla, se duplicaban en las Indias.

A los negros, mulatos y castas se les imponía un cruel sistema intimidatorio como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar en la calle de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajos en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios. A los indios les eran aplicadas penas más benevolentes por lo que podían ser condenados por delitos graves, a servicio personal



de conventos o pueblos, y tratándose de delitos leves como embriaguez o amancebamiento se les debía castigar conforme a su culpa, pero dejándolos vivir de su trabajo y junto a su familia, excusándoles de las penas de azotes y pecuniarias. De igual forma podían ser entregados a sus acreedores para pagarles con sus servicios por tiempo determinado, pero en ningún caso podían ser condenados para servir a particulares a título de pena, pero sí podían ser contratados para tales fines.

Así, en 1549, en el Cedulaario de la Nueva España se establece:

**"EN LO QUE RESPECTA CASTIGAR A LOS INDIOS"**

*"A lo que decís que vista la flaqueza de los naturales, la facilidad que tenían de cometer delitos, ni convenía por el presente ejecutar en ellos el rigor de las leyes ni quedasen sin castigo; os pareció que en los delitos que merecían muerte se les conmutase la pena en hacerlos esclavos y señalarlos con cierto hierro que para ello se tenía, lo cual consultado con su majestad lo aprobó, pareciéndole cosa conveniente y acertada. Pero como sucedió la nueva ley que prohíbe que por ninguna vía ni delito que cometan se hagan esclavos, se ha dejado aquella orden y manera de castigar. Basta consultarlo con su majestad que se ejecuta en ellos el rigor de la ley o se condenan a servicio temporal, sin echarles en el rostro señal alguna. Que lo uno pareció sobrado de rigor en gente tan flaca y lo otro no bastante castigo, porque como no se condenan por esclavos ni se les echa hierro, con qué eran conocidos y se volvían si se huyen. Se huyen casi todos los que se condenan a servicios; se cobran pocos. Que así los delitos quedan sin castigo y los que arrendaron el servicio quedan defraudados de lo que dieron, nos suplican les mandemos lo que en ella hagáis, y si se echara alguna señal a los que se condenaren a servicio temporal para que sean conocidos.*

*Acá parece que se guarde cerca de ello las leyes del Reino, y así lo haréis, y en lo que a ellas pudiereis arbitrar*

*menorando o creciendo, lo hagais conforme a dichas leyes calidad de las personas".*<sup>1</sup>

La pena de destierro solamente podía imponerse por casos muy graves, debiendo ser el rey informado de esto.

Por lo que hace a la moralidad cristiana implantada por los Españoles, con ideas de repulsa a todo lo sexual, no fue muy difícil convencer a los indios de respetar las leyes cristianas al respecto.

La santa inquisición debió haber aplicado terribles castigos a los pecadores sexuales, pero éstos, como sus procedimientos, quedaron en absoluto secreto.

Por lo que hace a la violación, ésta fue prevista y castigada a través de los siguientes ordenamientos:

**FUERO JUZGO** (libro III, título IV, ley XIV): Establecía que si el violador era libre, recibiría cien azotes y dado por ciervo a la mujer violada, al cual se le prohibía casarse con ella en ningún momento. Si el violador era esclavo, era castigado con la muerte por fuego.

**FUERO VIEJO DE CASTILLA** (libro II, título II, ley III): Establecía como requisitos para la acusación, si la violación era en despoblado, al llegar a la primera villa, que la mujer se arrastrara en la tierra, dando el nombre de quien la violó, si lo conocía, si no, su filiación. Si la mujer era virgen, debía demostrar su corrompimiento a las mejores mujeres que hallare, y una vez que éstas lo probaran, el acusado debía responder del hecho; pero si la víctima no lo hacía de esta forma, el acusado tenía derecho de defenderse, a menos que la mujer lo probara con dos varones como testigos o con un varón y dos mujeres. Si el hecho era cometido en lugar poblado, la mujer debía arrastrarse en el lugar del forzamiento, diciendo el nombre del violador, cumpliendo completamente con su acusación. Si la víctima no era virgen, aparte del procedimiento anterior, debía ser examinada para la comprobación del acto. Una vez comprobada la violación, se castigaba al violador con la muerte si estaba presente; si no lo estaba, se le daba a la mujer trescientos sueldos y al violador se le

---

<sup>1</sup> PUGA, VASCO DE. *CEDULARIO DE LA NUEVA ESPAÑA*. Centro de Estudios de Historia de México. CONDUMEX, México, 1985. Faximil del impreso original de 1563.

consideraba malhechor y enemigo de los parientes de ella, y cuando capturaran al violador, le daban muerte.

**LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO X EL SABIO** (séptima partida, título XX): Este ordenamiento distingue en su ley I, las distintas formas en que se podía presentar la violación; en su ley II, las personas que podían denunciar la violación y ante qué autoridades; y, en su ley III, las penas aplicables a los violadores y a los que los ayudaren, y

**ORDENAMIENTO DE ALCALÁ** (Título XXI, ley II): También estableció la pena de muerte a los violadores.

Todas estas leyes que generalmente fueron mal calculadas, no en intenciones, sino en tiempo, produciendo efectos contrarios a los deseados, ya que provocaron una falta de garantía de las mismas, mal que sólo podía ser remediado con la independencia del país.

### **1.3 ÉPOCA INDEPENDIENTE**

Una vez consumada la independencia, fue imperante la necesidad de crear nuevas disposiciones legislativas, principalmente las de organización de policía, portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, vagancia y mendicidad, salteadores de caminos y ladrones. Posteriormente se fueron creando algunas referentes a la organización sobre turno de los juzgados penales, reglamento de cárceles, ejecución de sentencias, etcétera.

La Constitución de 1824, de tipo federal, requería que cada entidad tuviera su legislación propia, pero la fuerza de la costumbre y la necesidad de resolver de inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en 1838 se tuvieran por vigentes en todo el territorio las leyes de la colonia. <sup>2</sup>

Se ensayaron algunos Códigos Penales en algunos Estados, como es el caso del Código Penal para el Estado de Veracruz, de

---

<sup>2</sup> VILLALOBOS, Ignacio. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General*. P. 113. México, 1990.

1835. Posteriormente en la capital de la República se nombró una comisión, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa. en 1868 se volvió a integrar una nueva comisión, la cual adoptó en 1871 como patrón el Código español de 1870, basado en la escuela clásica, para dar vida al Código Penal para el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y en toda la República sobre delitos contra la Federación.

En este Código el delito de violación se contempla dentro del título sexto "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", junto con los delitos de estupro y atentados al pudor.

El artículo 795 definía al delito de la violación como: *"Al que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo"*.

*En su artículo 796, equiparaba a la violación, la cópula con persona que se encontrara sin sentido o sin tener expedito el uso de razón, a pesar de ser mayor de edad.*

Se señalaba una pena de seis años de prisión y multa de segunda clase, siempre y cuando la víctima fuera mayor de catorce años. Si era menor, la pena se aumentaba a diez años; penas que se encontraban establecidas en el artículo 797.

En el caso de que la violación fuera precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observaban las reglas de acumulación para los delitos que resultaran.

Las penas señaladas anteriormente se aumentaban cuando el reo era ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, o si la cópula era contra el orden natural, con dos años más; si era hermano del ofendido, un año más; si ejercía autoridad sobre el ofendido, o era su tutor, maestro, criado, asalariado, de alguno de éstos o del ofendido o realizaba el hecho delictivo abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o ministro de algún culto, con seis meses más, quedando inhabilitados para ser tutores, o en su caso, suspendiéndolos desde

uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión a los profesionistas citados.

Si el delito era cometido por un ascendiente o descendiente, además de las penas señaladas, se le privaba al culpable de todo derecho a los bienes del ofendido, así como de la patria potestad respecto de sus descendientes. Si era hermano, tío o sobrino del ofendido, no podía heredar a éste.

Además, si como resultado de la violación, resultaba enfermedad a la persona ofendida, se le imponía al violador la pena mayor entre las que le correspondieran a la comisión del delito y por la lesión, considerando el delito como ejecutado con circunstancia agravante de cuarta clase. Pero si muriera la víctima, se le imponía la pena de homicidio simple.

En 1925 se creó otra comisión para formular un nuevo Código Penal, basado esta vez en la escuela positivista, el cual fue expedido el 30 de septiembre de 1929, en donde se aprecian muy pocos cambios en relación con el Código de 1871.

En este Código, el delito de violación se encontró dentro de los "Delitos contra la libertad sexual", en el título decimotercero, capítulo I, del artículo 860 al 867.

En su artículo 860, se estipulaba: *"Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo"*. Misma definición que se encontraba establecida en el Código Penal de 1871.

Según el artículo 861, se equiparaba a la violación, la cópula realizada sobre persona que se encontrara sin sentido o sin expedito uso de la razón.

Las penas que se imponían si la víctima era púber, eran de seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad; pero si era impúber, la segregación se aumentaba hasta diez años. Estas sanciones aumentaban cuando el reo era ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula fuera contra el orden natural, de dos a cuatro años; si ejercía

autoridad sobre la víctima o era su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público, de uno a tres años, éstos quedaban inhabilitados para ser tutores o curadores y el juez podía suspenderlos hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión cuando éstos hubieren cometido el delito abusando de sus funciones.

Cuando la violación a que se refería el artículo 860 era cometida por un ascendiente o un descendiente, se le privaba al culpable de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad de todos sus descendientes, e inhabilitada para ser tutor o curador. Si el reo era hermano, tío o sobrino de la víctima, no podía heredar a ésta ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido.

Para entonces, cuando se perseguía el delito de violación, se investigaba de oficio si existía contagio al ofendido, de alguna enfermedad, a efecto de imponer al delincuente, la sanción mayor a las que correspondían para la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase, añadiendo que se observaría lo mismo cuando se causara la muerte.

Finalmente, en 1931 se creó nuestro Código Penal vigente, mismo que reconoce la estructura y nueva orientación del Código de la Dictadura española, con modificaciones como la individualización de las sanciones (transición de la pena a la medida de seguridad); efectividad de la reparación del daño y la sujeción a los menores en una política tutelar y educativa, dejándolos con esto, al margen de la función penal represiva.

Este Código ya no establece una sanción especial o agravante para el ascendiente o descendiente que cometiera el delito, ni se menciona su comisión por funcionario público o por maestro, o algunos de los que se establecían en los Códigos anteriores.

De igual forma, tampoco se establece la inhabilitación en el ejercicio de su profesión de los médicos, dentistas, cirujanos, comadrones o ministros de algún culto, actores del delito.

Tampoco se indica la pérdida de la patria potestad o para ser tutores o curadores a los ascendientes o descendientes, padrastros o madrastras, que cometieran la violación.

Atinadamente, a través de las subsecuentes reformas, se retoman las sanciones adicionales de la pérdida de la patria potestad o tutela; la destitución del cargo o empleo, o la suspensión en el ejercicio de la profesión.

El delito de violación se encuentra en el título decimoquinto de este Código "Delitos sexuales", en el capítulo I, artículos 265 y 266.

En el primero de los artículos citados, se definía: *"Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años."*

En el segundo de los artículos, se establecía la violación equiparada, cuando se realizara cópula con persona privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistirla.

Mediante decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991, se reforma el artículo 265 del Código Penal, en lo que se refiere al delito de violación, para quedar: *"Para los efectos de este Artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".*

Derivado de esto, se reforma el segundo párrafo del artículo 265, el cual pasa a ser el tercer párrafo, a efecto de establecer la sanción para la violación derivada de la introducción en el cuerpo de la víctima, de cualquier instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal o anal.

Igualmente se adicionó el artículo 266 Bis, en donde se establecen circunstancias agravantes de la violación.

Finalmente, mediante publicación realizada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 30 de diciembre de 1997, se adiciona el artículo 265 Bis, que considera la violación a la esposa o concubina y establece su persecución a petición de parte ofendida. También se reforman los artículos 265 y 266, a efecto de sancionar más severamente la introducción de cualquier instrumento distinto al miembro viril por vía vaginal o anal en el cuerpo de la víctima; considerados, en el primer artículo citado como violación, y en el segundo como violación equiparada, estableciendo el párrafo tercero del artículo 265:

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

El artículo 266 se reforma de la siguiente manera: *"Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:*

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

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

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

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



# CAPÍTULO II

## MARCO CONCEPTUAL

### 2.1 POLÍTICA CRIMINAL

#### 2.1.1 CONCEPTO

El concepto de política criminal es atribuido a Kleinsrod, quien lo utilizó por primera vez en el año de 1793, en su obra *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*. Posteriormente fue utilizado por Feuerbach y Henke, en 1801 y 1823, respectivamente.

Existen diversas opiniones acerca del contenido de la política criminal, existiendo quienes la consideran una ciencia, un arte, una disciplina, parte de otra ciencia, etc. Por lo anterior, citaremos algunas de las definiciones más modernas.

Goppinger la basa en los principios de reforma y lucha, definiéndola en sentido amplio como la ciencia encargada de la política de reforma del Derecho Penal y de la ejecución de la lucha contra el crimen por medio de la misma rama de Derecho.

Filippo Gramática, no sólo se basa en los principios de reforma y lucha a través del Derecho Penal, sino que también incluye la prevención y la antisociedad, considerando como finalidad de la política criminal, la de reprimir o impedir la criminalidad, mejor conocida como antisocialidad, a través de mejores actuaciones prácticas.

Marc Ancel la define como la reacción social contra el crimen a través de la organización en un Estado y en un momento dado.

Para Grispigni es la doctrina que estudia la actividad que debe desarrollar el Estado para prevenir y reprimir los delitos.

Bataglini la concibe estrictamente como la disciplina que estudia los canales por los que el Estado debe prevenir la delincuencia por medio del derecho, entendiéndose, a través de las penas y medidas de seguridad.

Liszt la conjunta en los principios sistematizados que el Estado debe conducir hacia la lucha contra el delito por medio de la pena y sus efectos e instituciones afines.

Según Hippel, plantea la cuestión de la aplicación de lo existente y de su posible desarrollo adecuado a las necesidades del porvenir.

Mezger la define como la consideración del Derecho Penal y su aplicación desde el punto de vista de una eficaz lucha contra el delito; constituye también un medio indispensable para la investigación de la criminalidad; de esta forma, en amplio sentido la política criminal significa todo género de actividad estatal encaminada a la prevención y a la lucha contra el delito.

Para Castellanos Tena, la política criminal es el aprovechamiento práctico, por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos de las ciencias penales, a efecto de emitir las disposiciones pertinentes para lograr preservar el objetivo primordial del derecho penal, el orden social. <sup>3</sup>

Por último, Versele nos dice que la política criminal es el conjunto armónico de acciones destinadas a alcanzar la justicia social.

### **2.1.2 ACEPCIONES**

Según lo afirma el Doctor Luis Rodríguez Manzanera en su obra denominada *La Criminalidad en México*, el crimen es una amenaza para la salud pública, y por crimen no entendemos única y exclusivamente a aquellos hechos tipificados por un código penal,

---

<sup>3</sup> Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 29.

sino por el contrario, lo entendemos en el sentido más amplio, como conducta antisocial.

Partiendo de esta denominación, debemos considerar el significado de la palabra *política*, que nos proporciona Versele dentro de este contexto, como la ciencia, arte y virtud del bien común, siendo necesario vincular la prevención y lucha contra el crimen con la acción política, en la cual se postulan metas que realizar por el Estado.

Por otro lado, para Lukic, la política es el conjunto de actividades socialmente encaminadas a conseguir metas determinadas, y en sentido estrecho, estas actividades son realizadas en el Estado o por intermedio del mismo, concluyendo que la ciencia explora la realidad, mientras que la política evalúa la oportunidad.

El término *criminal* es utilizado como sinónimo de criminoso y en la actualidad, también es conocida como *patología social* en sentido más amplio y a efecto de estructurar una estrategia global, ya que la política no sólo se nutre de las disciplinas criminológicas, aunque estas pudieran ser el eje, tomándose últimamente en consideración al respecto, todo el marco político y socioeconómico que la rodea.

La política criminal nos da el camino a través del cual ha de alcanzarse una meta deseada, cuya aplicación es trazada en los procedimientos del combate a la criminalidad, considerando cómo el fin ha de ser alcanzado de la mejor forma posible, de acuerdo a las singulares características del caso.

Básicamente a la política criminal le corresponde actualizar la legislación penal a las necesidades de la sociedad actual.

Ernst Seelig distingue entre una política criminal que se ocupa de problemas utilitarios que presenta la realidad en su lucha contra el delito, y una comprensión político criminal relativa al conocimiento de cuáles son las soluciones legislativas más adecuadas a una situación concreta; siendo la primera perteneciente a la criminología y la segunda inseparable del derecho penal.

Para Jescheck, la política criminal se refiere a las causas del delito, trata de constatar las formas de realización de las sanciones

jurídico-penales, examina hasta qué límite puede el legislador extender el Derecho penal a fin de poder prevenir con eficacia las lesiones del Derecho; discute cómo las características de los tipos penales tienen que ser comprendidas de modo correcto para que correspondan a la realidad del delito.

La proyección funcional de la política criminal se orienta a la selección de los medios más eficaces para la solución justa en el Derecho penal.

Actualmente algunos autores utilizan el término de política de defensa social en vez de política criminal, en el sentido de que esta última se limita al concepto de delincuencia, mientras que la política de defensa social se encuentra dirigida al futuro de la sociedad.

Partiendo de la anterior definición, Filippo Gramática define a la política de defensa social como la actuación de un conjunto de leyes que, partiendo de la observación científica de los fenómenos, puedan llegar a ofrecer las medidas oportunas y a proporcionar con éstas una fórmula y una regla de vida mejor.

En conclusión, podemos observar que la política criminal nos proporciona las directrices de la reforma penal, basadas en el estudio del delincuente, de la delincuencia, de las penas y de las demás medidas de seguridad contra el delito, así como la necesidad social.

## **2.2 ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS**

### **2.2.1 MATRIMONIO**

El matrimonio, ha sido estudiado y considerado por diversos tratadistas, desde distintos puntos de vista:

**1.- Como Institución:** Se refiere al conjunto de normas que rigen al matrimonio, como una institución jurídica, reguladora de las finalidades del matrimonio.

Para Bonnacase, la institución del matrimonio, atiende no sólo a la celebración del mismo, sino también a los efectos jurídicos que se producen de dicho acto. Ésta institución del matrimonio se forma por un conjunto de normas de Derecho, esencialmente imperativas, dirigidas a dar una organización moral y social a la unión de los sexos, de acuerdo a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las directrices impuestas por el Derecho.

El mismo autor define al matrimonio como un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, creando un vínculo permanente, pero disoluble por disposición de los cónyuges o por disposición de la ley.

De esta forma la institución organiza y dirige las finalidades que impone la misma.

**2.- Como Acto Jurídico Condición:** Según León Duguit, el matrimonio es el acto jurídico que determina la aplicación permanente de un estatuto jurídico, a un individuo o a un grupo de éstos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, ya que no se agotan por la realización de las mismas, sino que se renuevan por sí mismas.

En tal virtud, en el matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto rector permanente de la vida entre los consortes.

Un sistema de Derecho en su totalidad se pone en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

**3.- Como Acto Jurídico Mixto:** Ubica al matrimonio como una mezcla de Derecho público y privado en virtud de que se realiza con la intervención de la voluntad de los particulares, así como la del Oficial del Registro Civil como funcionario público, el cual legitima el matrimonio desde el punto de vista jurídico.

**4.- Como Contrato Ordinario:** Se le ha considerado tradicionalmente como un contrato, ya que en el mismo se reúnen todos los elementos esenciales y de validez del mismo, ya que los

contrayentes deben manifestar su voluntad ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio, y como en todos los contratos, el elemento esencial es el acuerdo entre las partes.

**5.- Como Contrato de Adhesión:** Parte del criterio de que toda vez que los consortes no tienen la libertad de estipular derechos y obligaciones distintos de los establecidos por la ley, el matrimonio presenta las características de un contrato de adhesión, en el cual el Estado, por razones de interés público impone el régimen legal del mismo; en el cual los consortes se adhieren a los términos del estatuto, por medio de su voluntad.

**6.- Como Estado Jurídico:** El matrimonio se presenta como un estado de derecho nacido de un acto jurídico, produciendo efectos jurídicos permanentes que originan consecuencias por la aplicación del ordenamiento legal en todas las situaciones que se van presentando en la vida matrimonial.

**7.- Como Acto de Poder Estatal:** Se basa en el entendido que la voluntad de los consortes para contraer matrimonio no es sino un requisito o condición para el pronunciamiento del matrimonio, y dicha voluntad debe ser dada al Oficial del Registro Civil, y ser recogida por éste en el momento de prepararse para el pronunciamiento; y que cualquier otra contratación o contrato celebrado por los contrayentes, no tiene ningún valor jurídico.

De las anteriores concepciones podemos definir en términos generales al matrimonio como el nacimiento de un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges, compuestas por deberes, facultades, derechos y obligaciones, tendientes a la protección de los hijos y la mutua ayuda y colaboración entre los cónyuges, intereses fundamentales de la familia.

El Derecho eleva al matrimonio jurídicamente, para sancionarlo y organizarlo por medio de las disposiciones legales pertinentes, tendientes a la realización de sus fines primordiales.

El estado de matrimonio, por medio de la seguridad que le proporciona el Derecho, fortalece al grupo familiar, permitiéndole con

esto, cumplir con sus finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

## **2.2.2 CONCUBINATO**

El Derecho también reconoce efectos a la vida en común permanente, que de hecho, sin alguna solemnidad jurídica, tiene lugar entre un hombre y una mujer.

El concubinato es la cohabitación por un tiempo prolongado, como marido y mujer, sin estar casados entre sí y ser célibes, produciéndose con esto, ciertos efectos jurídicos.

La disolución del vínculo matrimonial en nuestra legislación, sólo puede llevarse a cabo por medio del divorcio, y pronunciado por el órgano judicial competente; mientras que la disolución del concubinato puede llevarse a cabo en cualquier momento por la simple voluntad de cualquiera de los concubinos, sin que el Derecho deba intervenir para procurar el mantenimiento de dicha relación.

Anteriormente, el Código Civil solamente se ocupaba de algunas de las consecuencias derivadas de estas uniones irregulares, protegiendo algunos intereses particulares de los concubinos y de los hijos habidos del mismo, pero a partir del primero de junio del año 2000, se adicionan al ordenamiento jurídico los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 291 Quintus, en los cuales se encuentran regulados los efectos del concubinato.

Para que la unión sea considerada concubinato, la permanencia de esta vida en común debe prolongarse por un periodo mínimo e ininterrumpido de dos años, tiempo en el cual debe existir la cohabitación (disfrute de una vivienda en común entre los concubinos) o en cualquier momento del concubinato si han sido procreados hijos durante el mismo, y que ninguno de los concubinos sea casado.

Las reformas al Código Civil, establecieron claramente los derechos y obligaciones derivados del concubinato, en los siguientes articulados:

**“Artículo 291 Ter.-** *Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables”.*

**“Artículo 291 Quáter.-** *El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes”.*

**“Artículo 291 Quintus.-** *Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.*

*El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato”.*

En las anteriores circunstancias nace el derecho de los concubinos a heredar entre sí (art. 1635 del Código Civil), así como de la obligación de prestarse alimentos (art. 302 del C.C.). Se presumen hijos del concubinario y la concubina, los concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos y los nacidos dentro de los 300 días después de que cesó la cohabitación entre éstos (art. 383 C.C.).

Una vez establecida la paternidad a través del ejercicio de investigación de paternidad, concede a los hijos de los concubinos, el derecho a llevar el apellido del padre y de la madre; el de percibir los alimentos que fija la ley, y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión del concubinario (artículos 389, 1607 y ss. del C.C.).

Para que el concubinato surta los efectos citados, se requiere:

1. Que los concubinos hayan permanecido solteros durante todo el tiempo que duró el concubinato.
2. El concubinario y la concubina tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió en concubinato si el acreedor alimentario carece de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, siempre



que no hubiere demostrado ingratitud, o no viva en concubinato ni contraiga nupcias (art. 1368, fracción V del C.C.).

3. La concubina y el concubinario tienen derecho a la sucesión legítima y en la proporción de la herencia que señala el artículo 1635 del Código Civil, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge.

Como otros efectos, la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, establecen que a falta de cónyuge superviviente e hijos menores de 16 años, la concubina o el concubinario tienen derecho a la indemnización por muerte del trabajador.

### **2.2.3 UNIÓN LIBRE**

Es importante observar cómo el derecho interviene y regula las relaciones conyugales y Familiares.

Refiriéndose a la familia, esta surge por el matrimonio como la forma legal y moral de constituirla.

Pero no es la única, hay otros hechos humanos que como consecuencia de la misma surge la familia, como son: el concubinato, la madre o el padre soltero, el delito de violación, estupro o privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales y la unión libre simple y llana.

En las relaciones familiares encontramos fundamentalmente deberes que hacen referencia a lo íntimo, a lo personal y que no tienen un contenido económico pero también se integran por obligaciones. Y como la relación es permanente, estas responsabilidades se viven en forma dinámica cuya intensidad pueden favorecer la integración de los cónyuges o concubinos.

Entre las relaciones interpersonales se encuentra precisamente la de la unión libre, aunque conservando su identidad propia que la distingue de los demás, pero donde también se percibe la vinculación

de unos seres con otros, porque ninguno se desarrolla si no es en relación con otros.

En el universo hay un orden, hay armonía que regula la relación de manera ineludible o determinista porque son materia; la relación entre los animales se obtiene por el instinto y forman manadas o grupos según su especie. Por ser el hombre racional y libre, añade en el orden de relaciones del universo un tipo de relaciones peculiares: las humanas.

Nos relacionamos con los seres del universo por medio de nuestro conocimiento. Penetrando el mundo con nuestro espíritu.

Así es que por nuestra libertad podemos establecer nuevas relaciones entre nosotros y las cosas. Este enorme poderío, que nos da la inteligencia y la libertad se proyecta en las relaciones sociales y nos impone la responsabilidad moral, por la inteligencia y la libertad poseemos una especial dignidad ante los demás seres irracionales y podemos relacionarnos con ellos para ponerlos a nuestro servicio.

Cuando Aristóteles sentó la premisa especulativa de que el hombre es un ser social por naturaleza, introdujo en el ámbito de las ciencias humanas la idea de relación como necesaria vinculación, ya fuere intelectual, emocional, volitiva o legal entre personas.

Por lo tanto, la relación significa conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra. Pueden haber relaciones, entre otras, de amistad, amorosas, familiares, económicas, políticas y jurídicas.

Por ser el hombre sociable y la convivencia un hecho necesario, todas las relaciones son importantes para su desarrollo, pero especialmente destacan las de familia, las económicas, las políticas y las jurídicas.

Las de familia surgen de la propia naturaleza de la persona y constituyen la unión de las mismas pero de sexos opuestos, creando así a la familia como comunidad de vida con sus relaciones interpersonales, algunas de las cuales son también jurídicas, esto es porque a pesar de que las personas vivan en unión libre y su instancia

no sea totalmente jurídica, su relación conlleva a instancias jurídicas, ya que al no creer en un matrimonio legal, sí registran el nacimiento de sus hijos.

Las económicas se refieren a los bienes que se requieren para satisfacer las necesidades corpóreas de alimentos, de vestido, de vivienda, etc., de donde surgen las necesarias relaciones de los hombres respecto de lo relativo a la apropiación, uso, disfrute y dominio de los bienes.

Las relaciones políticas surgen también de la sociabilidad como tendencia humana. Para sobrevivir primero y luego desarrollarse, el grupo debe de estar unido y para ello requiere de jefes. Independientemente del criterio para constituir la jerarquía que puede ser la fuerza del guerrero, la sabiduría, la experiencia, la competencia o inclusive el aspecto religioso. Evidentemente en los grupos humanos se encuentra una relación de unidad social.

La relación humana adquiere dimensión moral cuando es percibida como una necesidad y obligación para lograr el desarrollo del ser humano, atendiendo a la moral como la razón, la rectitud de los actos humanos, en relación del fin último del hombre o a las normas que se derivan de nuestro último fin.

Las relaciones económicas y políticas pueden tener o no dimensión moral; carecerán de la dimensión moral, cuando sean consideradas como simples hechos, ya sea de la realidad económica, ya de la política, hechos que se imponen y que el hombre tal vez podrá encauzar, pero no ignorar ni violar.

Vínculo en general significa lazo, atadura, unión y se refiere al vínculo que se establece entre dos o más personas para formar relaciones interpersonales que pueden ser de amistad culturales o familiares, que reflejan el interés o motivo por el cual se unen cuando tienen propósitos comunes.

En otro sentido, la unión libre se da entre dos personas que desean estar juntas y con posibilidades de una familia sin ningún vínculo jurídico. Esta conducta que entrelaza a las personas, las une

por un supuesto amor sin compromisos ni relaciones jurídicas, que aparte del amor las obligue a estar juntas.

Se trata de la vida del hombre y la mujer que hacen como si fueran cónyuges, sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer cuya significación propia y concreta no se limita solo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin el matrimonio legal.

El acto carnal no es el único propósito de la unión libre, ya que ésta se equipara con el concubinato, pero sin sus efectos jurídicos, o con el amasiato. Dentro de este efecto los unidos deben estar libres de toda atadura matrimonial para que de ella pueda nacer posteriormente la relación concubinaria. Para aquella unión libre en la que los integrantes se comportan como marido y mujer en todos los aspectos, lo único que faltaría para llegar a ser concubinato sería darle a esa unión la formalidad exigida por la ley. Es por ello que la relación debe ser tan parecida al matrimonio que inclusive llegue a originar confusión en la sociedad que los rodea.

La relación sexual aunada a la cohabitación, es el toque que convierte una convivencia o relación cualquiera en una unión libre y con el paso del tiempo o procreación de los hijos, en concubinato.

## **2.3 DELITO Y SUS ELEMENTOS**

El término delito proviene del verbo *delinquere*, que significa apartarse del buen camino, abandonar, alejarse del camino señalado por la ley.

No existe un criterio unificado de la definición de delito, toda vez que algunos autores lo clasifican en función de los elementos que lo conforman. De esta forma, encontramos criterios que lo señalan con determinado número, algunos otros lo configuran con más elementos, surgiendo de esta manera concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

Por ejemplo, Mezger considera al delito como una acción típicamente antijurídica y culpable. Esta concepción tetratómica, considera como elementos del delito a la acción, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Según Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Criterio pentatómico que abarca la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Para Jiménez de Asúa es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Esta concepción heptatómica del delito abarca la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, y a la punibilidad. <sup>4</sup>

De las anteriores concepciones surge la crítica de los términos *acción* y *acto*, como hacer positivo del agente, ya que existen delitos que también pueden ser producidos por una omisión.

Nuestro Código Penal en su artículo 7, subsana esta laguna al admitir la acción y la omisión, definiendo al delito como sigue:

***“ARTÍCULO 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.***

*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 omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.*

*El delito es:*

---

<sup>4</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Parte General. pp. 129-130, México, 1987.

1. *Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;*
2. *Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y*
3. *Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."*

Por lo que toca a los elementos esenciales del delito, la mayoría de los tratadistas niegan ese carácter a la imputabilidad, atendiendo a que para que un sujeto pueda ser culpable, es obvio que se trata de un sujeto consciente y capaz, es decir imputable.

De igual forma se niega ese carácter a las condiciones objetivas de punibilidad, y a la punibilidad, ya que las primeras son condiciones ocasionales para que la conducta delictiva pueda ser castigada, esto es, posterior al delito y la segunda es consecuencia inmediata del delito, y no una parte integrante del mismo.

Derivado de ello, consideraremos como elementos esenciales del delito la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; sin menoscabo de que en el capítulo respectivo, y con fines teóricos, se hará el análisis correspondiente atendiendo la teoría heptatómica del delito.

En lo que se coincide a grandes rasgos, es en la consideración del delito como el injusto penal, la infracción a la ley penal, cuya realización tiene establecida la amenaza de la pena por parte del Estado.

### **2.3.1 CONDUCTA**

Partiendo del entendimiento del delito como una conducta humana voluntaria, debemos realizar la definición de los presupuestos que supone la conducta en todos sus sentidos.

Coincidiendo con el concepto de la mayoría de los tratadistas, la conducta es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo. El comportamiento positivo constituye acción en sentido estricto, el acto, y el negativo es la llamada omisión. Esta última, a su vez se divide en omisión simple o propia, y en comisión por omisión u omisión impropia.

El artículo 7 del Código Penal, establece el acto u omisión, como los únicos modos de conducta penalizable; y en su artículo 8, que dichas conductas delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Dado que para el Derecho penal, sólo la conducta humana tiene relevancia, el sujeto de la conducta debe ser el hombre, ya que éste es el único ser capaz de voluntariedad.

López Gallo sostiene: La conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria (o no voluntaria en los delitos culposos por olvido), que produce un resultado con violación: a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos; b) de una preceptiva en los omisivos; y c) de ambas en los delitos de comisión por omisión. Posteriormente se realizará la crítica al la consideración de los delitos culposos por olvido.

La acción consiste en el movimiento corporal voluntario capaz de modificar el mundo exterior o de ponerlo en peligro. Es un hacer, una actividad voluntaria cuyo resultado es la violación de la norma prohibitiva.

Hacemos referencia también de la existencia de un elemento físico (movimiento corporal) y uno psíquico (voluntad), con lo que podemos afirmar que la acción consta de tres elementos, a saber:

- = Una manifestación de voluntad,
- = Un resultado, y
- = Una relación de causalidad o nexo causal, que se traduce como la relación existente entre la voluntad del obrar típico del agente y su resultado.

El sujeto al actuar voluntariamente, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse a obedecer el mandato de no hacer, por lo que en estos delitos se viola una norma prohibitiva.

Nos ocuparemos ahora de la omisión, la cual se entiende como la inactividad voluntaria, frente al deber de obrar determinado en la norma penal.

Por lo que se refiere a los delitos de omisión involuntaria o por olvido, citados anteriormente al definir la conducta, nuestra legislación positiva los sanciona como culposos, por lo que indudablemente no se encuentra ausente el factor volitivo, subsistiendo la voluntad en tales delitos, bajo el criterio de que fue voluntaria la conducta antecedente que produjo la inactividad.

Se deduce que los elementos de la omisión son la voluntad y la inactividad, y que consiste en la abstención de realizar lo ordenado por la norma.

La omisión, a su vez puede presentar dos formas:

= La omisión simple o propia: Se produce cuando se omite la acción exigida o esperada, violando una norma preceptiva penal, ocasionando un resultado meramente formal, es decir, sin una mutación en el mundo externo.

La omisión simple se produce por el incumplimiento a mandatos de hacer, establecidos en los tipos penales. Es la simple omisión la que integra el delito.

= La comisión por omisión, omisión impropia o falso delito de omisión: Es la inactividad voluntaria violatoria de un mandato penal o de otra rama del Derecho y otra de abstención o prohibitiva, produciendo tanto un resultado típico o formal, como uno material.

En la comisión por omisión, se produce un resultado material, una mutación en el mundo externo, derivado de la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer, es decir, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva



de naturaleza estrictamente penal. Es el resultado material lo que hace que se actualice el tipo punible.

### **2.3.2 TIPICIDAD**

Como ya ha sido expuesto, para la existencia de un delito se requiere de una conducta o hecho humanos, pero no toda conducta o hecho son delictuosos, sino que también deben ser típicos.

Para poder comprender la tipicidad, es necesario definir lo que es el tipo.

Según la opinión de la mayoría de los tratadistas, el tipo penal es la descripción legal de una conducta en abstracto, considerada como delictiva. La hipótesis conductual establecida por el legislador en los preceptos legales. La definición de los delitos.

Otras opiniones lo catalogan como el injusto descrito de manera concreta en la ley, cuya realización acarrea una sanción penal. La descripción del acto o hecho injusto o antisocial.

El tipo, como presupuesto o hipótesis del delito, normalmente es presentado como la mera descripción de la conducta humana, conteniendo como elementos esenciales:

1. **SUJETO ACTIVO:** El sujeto activo es la persona que realiza la conducta típica. En ocasiones el tipo exige cierta calidad en el sujeto activo, el cual excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto, denominándoseles delitos propios, particulares o exclusivos, como lo serían los delitos cometidos por servidores públicos, en donde se requiere la calidad en el sujeto activo, de servidor público; para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente, como en el robo, que puede ser cometido por cualquier persona. Algunos tipos penales exigen para su adecuación, la participación de dos o más sujetos activos como lo es el tipo de incesto, llamados también delitos plurisubjetivos, por los sujetos que intervienen en su realización.

Es oportuno aclarar que en el derecho penal, independientemente de estas calidades, el único que puede ser sujeto activo del delito, es la persona física, ya que el ser individual es el que actúa con voluntariedad propia; a diferencia de las personas jurídicas o morales, ya que en éstas, la conducta es llevada a cabo por el representante o por los asociados, independientemente de que sea en representación de la empresa o utilizándola para tales fines o aún a favor de ella, ya que es la persona física la única que puede desplegar conductas activas u omisivas en cualquier grado de participación, y no la persona moral.

2. **SUJETO PASIVO:** El sujeto pasivo es la persona sobre la que recae el daño ocasionado por la conducta delictiva. En ocasiones, la ley exige calidad de sujeto pasivo en ciertos delitos, como en el delito de adulterio, exigido el cónyuge ofendido como sujeto pasivo. Otros tipos exigen la cantidad en el sujeto pasivo, como lo es el genocidio.

Por lo que hace a las personas físicas y morales o jurídicas, ambas pueden ser sujetos pasivos del delito.

3. **OBJETO JURÍDICO:** Es el bien jurídico tutelado por la ley (vida, patrimonio, etc.). Algunos tipos, como el de robo, hablan de cosa ajena mueble, o en el despojo, de cosa ajena inmueble.

4. **OBJETO MATERIAL:** Se identifica como la persona o cosa sobre la cual recae la conducta, es decir, el objeto material o corporal de la acción, como lo sería en el despojo un bien inmueble, o en el homicidio la víctima.

5. **CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO, LUGAR U OCASIÓN:** En algunos delitos se exigen alguna o algunas de estas circunstancias para que la conducta sea típica, como lo es en la violación, cuya obtención debe ser de modo violento; el aborto, en cualquier momento de la preñez; allanamiento de morada, en vivienda habitada; fraude, aprovechándose del error, etc.

En ocasiones, los tipos contienen ciertas particularidades para considerar el carácter injusto de algunas conductas o determinar ciertas modalidades en su comisión, por lo que es menester distinguir

estos elementos considerados como básicos del tipo, que permiten la integración de los mismos, los cuales pueden ser de naturaleza objetiva, normativa, subjetiva.

1. ELEMENTOS OBJETIVOS: Son aquellos susceptibles de ser apreciados y entendidos por el simple conocimiento, cuyo objeto es el de describir la conducta considerada como delictiva.

El núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión, expresado generalmente a través de un verbo y excepcionalmente un sustantivo (poseer, traficar, privar, etc.).

2. ELEMENTOS NORMATIVOS: Son aquellos presupuestos del delito contenidos en el tipo, que son determinados por una especial valoración de ellos por el aplicador de la ley, necesaria para poder captar su sentido. Esta valoración puede ser jurídica, atendiendo al sentido objetivo de la ley, o cultural, cuando se debe realizar un criterio extrajurídico ("adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo").

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS: En ocasiones, la conducta delictiva se clasifica en razón del *ánimus*, es decir, del propósito del agente, atendiendo al motivo y al fin de la conducta, en orden a lo injusto, implicando con esto, el dolo con el que se actúa, como lo es el fraude, el allanamiento de morada, etc.

Por último, existen múltiples clasificaciones de los tipos penales, por lo que sólo mencionaremos las más importantes, de acuerdo al criterio de Castellanos Tena: <sup>5</sup>

#### 1.- POR SU COMPOSICIÓN.-

**NORMALES:** Contienen la sola descripción objetiva de la conducta o hecho. Las palabras utilizadas tienen un significado apreciable por los sentidos. Tales vocablos son elementos objetivos del tipo ( homicidio simple intencional).

---

<sup>5</sup> Op. Cit. pp. 173-174.

tratar a personas y lucrar con ellas mediante el comercio carnal.

**AMPLIOS:** En ellos se describe únicamente una hipótesis, de forma genérica, en donde caben todos los medios de ejecución, es decir, la acción típica se verifica mediante cualquier medio idóneo, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como en el homicidio.

## 5.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.-

**DE DAÑO O DE LESIÓN:** Tutelan los bienes frente a su destrucción o su disminución (lesiones, fraude, etc.).

**DE PELIGRO:** Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (abandono de personas).

La tipicidad es un elemento esencial del delito, y su ausencia impide su integración, tal y como lo establece y expresa nuestra Constitución Federal en el párrafo tercero de su artículo 14: *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*. Lo cual se traduce que no existe delito sin tipicidad.

El vocablo tipicidad proviene del latín *tipus*, lo que para el derecho penal significa, según Jiménez Huerta, símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

Algunos autores dan diferentes definiciones de tipicidad; así para Celestino Porte Petit, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

Soler la entiende como el encuadramiento o la adecuación del hecho en la figura legal.

tratar a personas y lucrar con ellas mediante el comercio carnal.

**AMPLIOS:** En ellos se describe únicamente una hipótesis, de forma genérica, en donde caben todos los medios de ejecución, es decir, la acción típica se verifica mediante cualquier medio idóneo, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como en el homicidio.

## 5.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.-

**DE DAÑO O DE LESIÓN:** Tutelan los bienes frente a su destrucción o su disminución (lesiones, fraude, etc.).

**DE PELIGRO:** Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (abandono de personas).

La tipicidad es un elemento esencial del delito, y su ausencia impide su integración, tal y como lo establece y expresa nuestra Constitución Federal en el párrafo tercero de su artículo 14: "*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*". Lo cual se traduce que no existe delito sin tipicidad.

El vocablo tipicidad proviene del latín *tipus*, lo que para el derecho penal significa, según Jiménez Huerta, símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

Algunos autores dan diferentes definiciones de tipicidad; así para Celestino Porte Petit, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

Soler la entiende como el encuadramiento o la adecuación del hecho en la figura legal.

Según Jiménez de Asúa, es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción.

Carrancá y Trujillo dice que la tipicidad señala la adecuación de la conducta al tipo legal concreto.

Jiménez Huerta afirma que es una expresión propia del derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político *nullum crimen sine lege*.

En opinión personal la podemos resumir como la actualización y adecuación de una conducta concreta, a la misma hipótesis conductual señalada en el ordenamiento legal.

Una vez definidos el tipo y la tipicidad, debemos ubicarlos, el primero, como antecedente necesario del delito, y el segundo como uno de sus elementos constitutivos.

### **2.3.3 ANTIJURIDICIDAD**

La antijuridicidad es uno de los elementos del delito, que se traduce como la valoración de lo injusto de una conducta contradictoria a lo exigido por la ley.

Existen diversos conceptos de la antijuridicidad, por parte de los tratadistas, coincidiendo comúnmente en la referencia de ser lo contrario al Derecho.

Una vez definida a grandes rasgos la esencia de la antijuridicidad, mencionaremos algunas definiciones de los más destacados estudiosos del Derecho:

Según Javier Alba Muñoz, el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es la contradicción objetiva de los valores estatales; en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado, el cual valora el proceso material de la realización prohibida implícitamente.

Para Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada. <sup>6</sup>

Sebastián Soler habla de la dualidad consistente a la adecuación de la conducta externa, violatoria del Derecho. <sup>7</sup>

Porte Petit define la conducta antijurídica, como aquella que siendo típica no se encuentra amparada por alguna causa de justificación.

Normalmente se definía a la antijuridicidad como la violación de la ley del Estado. Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino la conducta que se adecua a lo previsto por la ley; por lo que se aprecia que no se vulnera la misma, aunque sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el orden jurídico. Afirmaba al respecto, que la ley valoriza y la ley describe.

Ernesto Mayer le da un contenido específico, concreto, a la antijuridicidad, definiéndola como la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado; comprendiendo las normas de cultura, para él, costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc., pretendiendo darle un contenido ético a un bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Fernando Castellanos Tena la define como la violación del valor o llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta (en su fase material) y la escala de valores del Estado. <sup>8</sup>

Mariano Jiménez Huerta, en su obra "*La antijuridicidad*", menciona que la mayoría de los autores coinciden en que ésta, es un desvalor jurídico, una contradicción o un desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.

---

<sup>6</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. *DERECHO PENAL*. Tomo I. Pág. 284, España, 1986.

<sup>7</sup> SOLER, Sebastián. *DERECHO PENAL ARGENTINO*. TOMO I. Argentina, 1953.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pág. 178 y 179.

Hans Welzel, manifiesta que frecuentemente se precisa la antijuridicidad como un juicio de valor negativo o juicio de desvalor del Derecho sobre la conducta humana o el hecho (acción), aclarando que la antijuridicidad no es un mero juicio de desvalor, sino que la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, con base en una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora, a saber la acción, es en cambio una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos).

Mezger señala que el juicio que afirma que la acción contradice al Derecho, al ordenamiento jurídico, a las normas del Derecho, la caracteriza adjetivamente como acción injusta o antijurídica; y que el proceso fáctico como tal, y en su caso el estado creado por él, es substancialmente, un injusto, una antijuridicidad.

Atendiendo a la valoración objetiva de la conducta, esta debe ser posterior al hecho, pues si dicha valoración estuviera presente al momento de la conducta, estaríamos ante una valoración subjetiva.

Ante esto, debemos examinar los criterios subjetivos y objetivos de la antijuridicidad, existiendo doctrinas opuestas al respecto.

Algunos tratadistas como Welzel, Jiménez de Asúa, Mezger, Franco Guzmán y Villalobos, entre otros, sostienen lo objetivo de la antijuridicidad, al relacionar la conducta o hecho con la contrariación al Derecho, es decir, las normas determinan lo que es conforme al orden jurídico y lo que lo contradice, valorando la conducta-resultado, en virtud de su contradicción con el orden jurídico, sin atender a las causas que influyeron en el agente, prescindiendo de todo elemento subjetivo.

Afirman que la valoración de los actos es netamente objetiva. Dejando que la culpabilidad se encargara del aspecto subjetivo de la ilicitud.

Esta teoría es sustentada por Villalobos, al afirmar que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración y que nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, ya



sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, refiriéndose con esto a que la conducta es antijurídica.

En oposición a los objetivistas, se encontraron autores como Fernek, Aldo Moro, Petrocelli, Antolisei, etc., que sostienen un criterio subjetivo de la antijuridicidad en algunos hechos delictivos, que contienen una específica actitud psicológica, dirigida a un fin determinado, basando su criterio en la contradicción subjetiva entre la conducta y la norma, ya que el Derecho es la voluntad impuesta a la voluntad del sujeto, de tal manera que el acatamiento a las normas, así como su violación, son procesos de voluntad, resultando que la acción para ser ilícita, forzosamente debe provenir de un sujeto imputable y por ende, culpable, ya que en los inimputables puede encontrarse la base del elemento psicológico contrario a la esencia ordenadora del Derecho.

Para los subjetivistas, el núcleo de todo el orden jurídico está constituido por la obligación, partiendo de la teoría de los imperativos, considerando al Derecho como una voluntad que como fuerza psicológica, con la ayuda de la amenaza de la pena, actúa sobre la voluntad del hombre, quien por lo tanto, está obligado a no quebrantar el orden de la ley; de tal manera que su cumplimiento, así como su incumplimiento son forzosamente procesos voluntarios.

Bajo este criterio, sostenían que no puede valorarse una antijuridicidad, sin la sustancia subjetiva que la integra, debiéndose valorar, tanto con sus elementos objetivos, como subjetivos, ya que independientemente de que la conducta externa sea contraria a Derecho (carácter objetivo), también debe ser valorado el sentido que el agente atribuye a su conducta, según la disposición anímica con que lo realice (carácter subjetivo).

La presencia de estos rasgos subjetivos de la conducta, concurren cuando se trata de los delitos llamados de tendencia o de intención, en los que la conducta sólo será delictiva cuando el agente obra con el ánimo específico, constituyendo con esto, el tipo delictivo.

Igual división de opiniones existen entre las llamadas antijuridicidad formal y material. Algunos autores sostienen que

únicamente existe una antijuridicidad formal, como la mera violación a la norma.

Otros admiten sólo la antijuridicidad material, consistente en la lesión o puesta en peligro, comprobando la oposición al Derecho, en su consecuencia o en su proyección, a lo que el Derecho quería evitar.

Finalmente, los que sostienen una teoría dualista respecto a la antijuridicidad, atribuyéndole el carácter de formal y material, bajo el criterio de que la antijuridicidad formal se producirá cuando el acto implique una trasgresión a una norma establecida por el Estado; la infracción a las leyes; la rebeldía contra la norma jurídica. Y existirá una antijuridicidad material cuando esta oposición signifique daño o perjuicio a los intereses colectivos, violando los intereses vitales de la organización social, intereses que al ser protegidos constituyen los llamados *bienes jurídicos*.

### **2.3.4 CULPABILIDAD**

Antes de entrar en el estudio de la culpabilidad, es menester señalar que manejaremos la imputabilidad como presupuesto de la misma, atendiendo al criterio de que para que a un sujeto le pueda ser reprochada una conducta típica y antijurídica, éste debe ser también culpable.

Para que un sujeto sea culpable, forzosamente debe ser imputable, ya que para que el individuo pueda conocer el carácter de la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad. De lo anterior, entendemos a la imputabilidad como la capacidad de querer y entender dentro del campo de Derecho Penal. El conjunto de condiciones mínimas de

salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de realizar la conducta típica, que lo capacitan para responder del mismo. <sup>9</sup>

Encontramos que de esta capacidad de imputable como presupuesto, se valorará la culpabilidad del sujeto, haciéndose acreedor de las consecuencias señaladas por la Ley, derivadas de su conducta delictuosa.

Una vez analizada la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y continuando con un proceso de consecución lógica, la conducta será delictiva, no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino también culpable. Esto nos precisa el carácter de la culpabilidad como elemento constitutivo del delito, soportado por el principio fundamental del Derecho penal moderno de *"nulla poena sine culpa"*.

Por culpabilidad debemos entender, según el criterio común de los tratadistas, la relación subjetiva entre el autor, y el resultado de su acto, que es el conjunto de presupuestos fundamentales de la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

Son muchas las definiciones de la culpabilidad, por lo que sólo mencionaremos las más importantes:

Para Cuello Calón, una conducta es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

En su obra *La ley y el delito*, Jiménez de Asúa escribe: *"Al llegar a la culpabilidad, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"*. <sup>10</sup>

Porte Petit la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

---

<sup>9</sup> CASTELLANOS TENA. *Op. cit.*, Pág. 218

<sup>10</sup> Citado por Castellanos Tena. *Op Cit.* Pág. 231

Villalobos sostiene en su libro *Derecho penal mexicano*: "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo; desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".<sup>11</sup>

Para Welzel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

Soler hace notar que concebida la culpabilidad como reprochabilidad, forman parte de ella, como elementos, las condiciones que hacen reprochable la acción, como lo es el carácter imputable del sujeto, por su voluntariedad.

Según lo manifiesta Castellanos Tena, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La estructuración del concepto acerca de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, se divide doctrinariamente, principalmente en dos teorías: la psicologista y la normativista.

Para la teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración objetiva a la antijuridicidad; ya que la esencia de la culpabilidad es el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

Para esta corriente, el estudio de la culpabilidad requiere indagar el psiquismo del agente, para determinar concretamente, cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso, es decir, consiste en el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado.

El elemento volitivo o emocional, indica la suma de dos querer (de la conducta y del resultado); y el intelectual se refiere al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

---

<sup>11</sup> VILLALOBOS. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General, México, 1990. Pág. 272.

Para los psicólogos, la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico, en el entendido de que esta corriente trabaja dentro del campo normativo, como es el Derecho, único donde puede hablarse de delito.

Sintéticamente, Pavón Vasconcelos, resume la tendencia de esta corriente, conceptualizando la culpabilidad, como la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

La segunda corriente es la teoría normativa o normativista de la culpabilidad, que al igual que la psicológica, presupone, para estructurar su concepto de culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico.

La esencia de la culpabilidad está constituida por el juicio de reproche; es decir, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

Reinhart Frank sintetiza las críticas hechas a la teoría psicológica al señalar que, si la culpabilidad consistiera tan solo en un vínculo psicológico entre el acto y su autor, habría imposibilidad de medirla, pues se actúa con dolo o culpa o sin ellos, pero no con más o menos dolo o más o menos culpa o sin ellos, y no obstante, pertenece a la cultura popular el criterio de que una persona puede ser más o menos culpable, criterio de medición que puede hacerse en función del vínculo psicológico señalado, por su inmutabilidad, por lo que dolo y culpa no agotan el recinto de la culpabilidad, al cual pertenece otro elemento susceptible de alteraciones cuantitativas, conclusión a la que también se llega si se contempla el asunto desde otro ángulo: los inimputables, los que obran por coacción o bajo miedo insuperable actúan indudablemente con dolo o culpa, pues un niño, un loco o una persona aterrada pueden conocer el hecho típico y encaminar su voluntad a su realización, o bien incurrir en una imprudencia, a pesar de lo cual se niega en tales casos la culpabilidad. Si ésta fuera puro vínculo psicológico, tal conclusión es inadmisibles, ya que en las situaciones propuestas el vínculo de referencia permanece inalterable. Además, el criterio psicológico de la culpabilidad es inepto para

explicar la naturaleza de la culpa inconsciente, en la cual no existe dicha vinculación entre el autor y el resultado.

Lo anterior, lo lleva a definir a la culpabilidad como la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica. Por lo tanto, actúa culpablemente aquél a quien puede reprocharse por haber obrado de modo contrario al Derecho, en circunstancias en que podía adecuar a él su conducta. De esta definición se extraen como elementos de la culpabilidad: la imputabilidad (capacidad de culpabilidad); el vínculo psicológico (dolo o culpa), que no son sino formas de reproche; y la normalidad de las circunstancias concomitantes, que permiten al sujeto actuar conforme al Derecho, y que da base para reprocharle a éste el no haber escogido tal alternativa. Este último elemento, la normalidad de las circunstancias, puede ser más o menos completa, y de ella depende la magnitud del reproche, que puede disminuir cuando la anormalidad sea mayor y, en casos extremos, en que al sujeto no le sea posible adaptarse a las exigencias del Derecho, no se le podrá reprochar el hecho, pues no habrá lugar a exigirle una conducta distinta.

De esta definición aportada por Frank, se entiende a la culpabilidad como un juicio normativo que requiere de apreciaciones axiológicas.

Fernández Doblado define la culpabilidad, como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

Maurach escribe en su *Tratado de Derecho penal*: "*Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho, cuando podía decidirse en favor del Derecho*". Continúa afirmando que la culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. "*Este juicio normativo está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en*

*el último se le hace patente que, por descuido ha infringido las exigencias impuestas por la vida social".*<sup>12</sup>

En esta corriente se parte de un hecho psicológico concreto, precisando los motivos del actuar del agente (dolo o culpa), y una vez determinados estos motivos, si el hecho es o no reprochable, de acuerdo al las circunstancias concomitantes y determinar si le era exigible una conducta diversa o acorde con el Derecho.

Una vez analizadas las teorías anteriores, encontramos que en la psicológica, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado, y en la normativista, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

La culpabilidad, según los motivos del autor, es decir, según la voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o por la causación de ese resultado por negligencia o imprudencia, puede revestir dos formas: *el dolo y la culpa*.

Nuestro Código Penal, en su artículo 8, nos menciona que la acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Según el artículo 9 del mismo Código, en su párrafo primero señala: *"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley"*.

Dentro de la concepción del dolo, existen quienes lo basan en el elemento psicológico de la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación; así como en el elemento ético, como conciencia del quebrantamiento del deber; por lo que encontramos diferentes teorías al respecto, las cuales referiremos brevemente:

**Teoría de la voluntad:** Priva entre los "clásicos", principalmente representados por Carneluti y Carmignani, los cuales sostienen que el dolo se basa en la voluntad del sujeto, de dirigir su conducta a la producción de un resultado típico. De esta definición

---

<sup>12</sup> Citado por Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 234 y 235.

se desprende que identifican a la voluntad con la intención, lo cual sería la base de las críticas formuladas por la teoría de la representación.

**Teoría de la representación:** Su principal exponente, Reinhart Frank, la fundamenta en la sustitución de la voluntariedad o intención, por el concepto de previsión o representación; basándose en la disparidad del dolo con la intención, ya que si actuar intencionalmente es dirigir la voluntad a un fin concreto, cuya realización ha sido perseguida, se traduce en la imposibilidad de imputar como doloso un hecho producido cuando no existió la intención de causarlo.

Esta corriente como mencionamos, se basa en el concepto de la previsión o representación, el cual lo entiende como el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, lo cual agota la noción del dolo, sin importar la dirección del querer. Lo que intentan es poder fundamentar el juicio de que en la conducta voluntaria, se supone querido lo representado.

**Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada:** Ésta es una postura ecléctica, en la cual no basta integrar al dolo la sola voluntad o la sola representación, siendo ambas indispensables, bajo el criterio de que obra dolosamente quien no sólo ha representado el hecho o sus consecuencias, sino también encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la producción del resultado; encontrando dos elementos del dolo: la previsión (o representación del resultado), y la volición de él.

Según Luis Jiménez de Asúa, el dolo consiste en la producción de un resultado antijurídico, con la conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.



Para Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

El dolo, contiene dos elementos constitutivos:

- = El elemento intelectual, representado por la conciencia de que se quebranta el deber. La representación del hecho y su significación, y,
- = El elemento volitivo, emocional o psicológico, consistente en la voluntad de realizar el acto típico.

Entendemos con lo anterior, coincidiendo con la definición de Castellanos Tena, que el dolo es un actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. El sujeto, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla.

Existen múltiples clasificaciones de dolo, por lo que señalaremos las de mayor importancia práctica: <sup>13</sup>

**DOLO DIRECTO:** Es aquel en donde el agente se representa el resultado típico y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y el querer el resultado. Esto es, cuando el resultado coincide con el propósito del agente.

**DOLO INDIRECTO:** También conocido como dolo de consecuencia necesaria, en donde el agente actúa buscando un resultado típico, con la certeza de que seguramente surgirán otros resultados típicos no buscados, derivado del resultado concreto que busca inicialmente, pero esto no lo hace desistir de su conducta.

**DOLO INDETERMINADO:** Se presenta cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin buscar un resultado delictivo en especial. Existe la seguridad de causar un daño intencionalmente, sin saber cuál será.

---

<sup>13</sup> CASTELLANOS TENA. *Op. cit.*, pág. 240-241

**DOLO EVENTUAL:** Existe cuando el agente, buscando un resultado delictivo, se presenta como posible, la producción de otro resultado típico no buscado directamente, pero aún con esta representación de posibilidad, no renuncia a su conducta delictiva. Por lo tanto encontramos que existe la voluntad de la conducta con la eventualidad o incertidumbre del resultado típico, el cual no se quiere directamente, pero que se menosprecia, por lo que obviamente se acepta.

La segunda forma de la culpabilidad es la culpa, cuya naturaleza ha tratado de ser definida por diversas teorías:

**Teoría de la previsibilidad:** Destaca en ella Carrara, para quien la culpa se produce por la falta de previsibilidad por parte del agente. La culpa radica esencialmente en la omisión de los deberes de precaución, exigidos por el Derecho, siendo éstos previsibles.

**Teoría de la imprudencia o negligencia:** J. J. Haus, su principal exponente, sostiene que la culpa es la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados.

Ignacio Villalobos expresa que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación típicamente antijurídica, no querida directamente, ni consentida por su voluntad, pero prevista por el agente o siendo previsible y cuya realización era evitable por él mismo.

**Teoría de la causalidad eficiente:** Stopato la sustenta en dos criterios de naturaleza diversa. El primero consistente en la causalidad eficiente, refiriéndose a la voluntariedad de la actividad como causa, al escoger el hombre en forma libre los medios de acción; de forma que responderá por haber escogido libremente su acción. El segundo criterio, cuya conjugación con el primero conforma la culpa, consiste en que la conducta sea realizada con medios no conformes al Derecho.

Teoría del error evitable: Para Kostlin, la negligencia equivale a culpa, considerándola como el no haber evitado el error de la conducta culposa, causante de una conducta dañosa. Para esta corriente, en el error de no evitar, estará la esencia de la conducta dañosa.

Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia: Sus principales exponentes, Almendingen, Tosti y Cívoli, desechan en la culpa un vicio o defecto de la voluntad. Aceptando la teoría de la previsibilidad, considerando la culpa del autor en razón a su voluntad y conciencia, le dan a los actos culposos el carácter de vicios de la inteligencia por falta de reflexión; otorgándole a la culpa, un estado defectuoso de las facultades intelectuales del sujeto.

De las corrientes enunciadas, Pavón Vasconcelos, en su obra *Manual de Derecho Penal Mexicano*, define a la culpa como: *"aquél resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres"*.<sup>14</sup>

Para Cuello Calón, existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Mezger manifiesta que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

Nuestro Código Penal, en su segundo párrafo del artículo 9 expresa: *"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud a la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales"*.

---

<sup>14</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General*. Pág. 397. México, 1991.

La culpa puede presentarse en dos formas: culpa consciente, (con previsión o con representación) y culpa inconsciente (sin previsión o sin representación).

- = Culpa consciente: Se presenta cuando derivado de una conducta voluntaria, se produce un resultado típico no querido. Esto es, existe la voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no solamente no se quiere, sino se abriga la posibilidad de que no se producirá.
- = Culpa inconsciente: Se produce cuando no se prevé un resultado previsible, por falta de cuidado. Existe voluntariedad de la conducta, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Se traduce en una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce un resultado típico.

Encontramos que mientras el dolo requiere de una intención del resultado típico querido, en la culpa no existe esa intención de buscar el resultado, el cual se produce por la omisión del deber de cuidado. Aunque en los delitos culposos, al igual que en el dolo, existe menosprecio por el orden jurídico, al actuar voluntariamente, omitiendo las cautelas debidas, con lo cual se entiende que se acepta el resultado.

Es de suma importancia hacer breve referencia al iter criminis, a efecto de poder estar en posibilidades de conocer la naturaleza y consumación de los delitos, y por ende, a los aspectos colaterales de los mismos, como la tentativa y el concurso que podría existir en ellos.

El iter criminis o camino del delito es el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su iniciación hasta su consumación, dividiéndose tradicionalmente en dos fases:

**Fase Interna o Subjetiva.-** El delito se encuentra en su fase interna o subjetiva cuando aún permanece en la mente de su autor, es decir, no ha sido exteriorizado. En esta fase Interna encontramos la ideación, la deliberación y la resolución.

Ideación.- Es el simple nacimiento de la idea criminosa en la mente del sujeto. Como una simple idea, ésta podrá ser rechazada inmediatamente, o caso contrario, retomada para su deliberación.

Deliberación.- Una vez que la idea criminosa ha sido concebida en la mente del sujeto y no ha sido desechada, el mismo se encuentra en el debate psicológico sobre la posibilidad de exteriorizar o no su idea criminosa. *“En la idea deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias”*.<sup>15</sup>

Resolución.- Posterior al conflicto psíquico de abrigar o no la idea criminosa mediante la deliberación, el sujeto toma la resolución de delinquir, permaneciendo únicamente como propósito en la mente.

La fase interna no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminosa, en actos o en palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido, por virtud de que el Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque. <sup>16</sup>

Fase Externa u Objetiva.- Se presentará la fase externa, en cuanto la resolución criminal se exteriorice a través de la realización de actos materiales, o bien conocido por algunos autores como el proceso ejecutivo del delito, y comprende desde que el delito se hace manifiesto y hasta su culminación, abarcando la manifestación, la preparación y la ejecución.

Manifestación.- Surge cuando la idea criminosa, antes contenida en la mente del autor, es exteriorizada simplemente como pensamiento exteriorizado, y esta manifestación tampoco es incriminable, a excepción de aquellos delitos cuyo tipo de agota con la sola manifestación ideológica, tales como el hostigamiento sexual, amenazas, entre otros.

---

<sup>15</sup> CASTELLANOS TENA. *Op. cit.*, P. 276

<sup>16</sup> PAVÓN VASCONCELOS. *Op. cit.*, P. 436

Preparación.- Los actos preparatorios para la comisión del delito podrán ser realizados con fines lícitos o delictuosos, caracterizándose por ser en sí mismos, de naturaleza inocente, ya que no revelan de manera evidente la posibilidad de delinquir. *"El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo"*.<sup>17</sup> Tales actos tampoco serán incriminables, al no ser integrantes del tipo delictivo como preparatorios, a excepción de aquellos actos que por sí mismos constituyan delito.

Ejecución.- Posterior a la idea criminoso, su deliberación, resolución, manifestación y en su caso preparación de los actos encaminados a delinquir, surge la ejecución, que es la plena ejecución del delito, misma que podrá derivar en su consumación(delito perfecto) o tentativa (delito imperfecto).

Pasando a la tentativa, el artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, hace referencia a la tentativa como *"la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"*.

En la tentativa o delito tentado, a diferencia de los actos preparatorios, existe ya un principio de ejecución del delito, es decir, se ha penetrado al núcleo del tipo, que estriba en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.

Jiménez de Asúa la define como la ejecución incompleta de un delito. <sup>18</sup>

Para Castellanos Tena, la tentativa consiste en todos o algunos actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. <sup>19</sup>

De las anteriores concepciones, encontramos que en la tentativa el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, traduciéndose esto en una imperfección del delito que se pretendía,

<sup>17</sup> CASTELLANOS TENA, op. Cit., P. 278

<sup>18</sup> CITADO POR PAVÓN, op. Cit., P. 436

<sup>19</sup> CASTELLANOS TENA, Op. Cit., p. 279

por no haberse producido el requisito más importante del tipo, el resultado; pero sí se encuentra debidamente consumado y perfecto el delito tentado, al haberse transgredido la norma jurídica, ya que al sustituir el resultado por el peligro, se verifica el actuar punible en donde se encuentra ausente el resultado.

Para Ramón Palacios las acciones inconsumadas carecerían de carácter delictuoso de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto que tiende a la lesión sin obtenerla, requiriéndose para tal efecto de una norma específica que prevea la actividad para poder incriminarla; que dicha norma es accesoria a la principal y representa un grado menor de ésta, pero al mismo tiempo es un título autónomo (tentativa, frustración), pero jamás tiene vida por sí, y, en nuestro régimen jurídico la tentativa debe recibir previsión legal. <sup>20</sup>

Según Maggiore la tentativa es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por irrealización del resultado; conteniendo los siguientes elementos: I. La intención dirigida a cometer un delito; II. Un acto idóneo, es decir, la manifestación de la voluntad dirigida a cometer el ilícito, mediante actos externos, con eficacia causal para producir el resultado que se ha propuesto el agente, y III. Una acción no realizada o resultado no verificado. <sup>21</sup>

Como elementos integrantes de la tentativa, la mayoría de los autores coinciden en los siguientes:

Elemento Moral o Subjetivo.- Se integra con la intención dirigida a cometer un delito. Se encuentra presente el ánimo del agente, de cometer el delito resuelto.

Elemento Material u Objetivo.- Compuesto por los actos realizados por el agente y que son de naturaleza ejecutiva. A diferencia de los actos preparatorios, los cuales no penetran en el núcleo del tipo y en su mayoría ni siquiera revelan el propósito delictivo, en la tentativa los actos encaminados a cometer el ilícito, son ejecutivos del mismo, es decir, que han penetrado en

<sup>20</sup> CITADO POR PAVÓN, *op. Cit.*, P. 442

<sup>21</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *DERECHO PENAL. Parte Especial. Volumen IV. Pp. 77 y ss., Colombia, 1989.*

el núcleo del tipo y por ende han comenzado el intento de cometer el delito.

**Ausencia de Resultado.-** El resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, elemento básico en la tentativa punible, ya que si bien es cierto que el delito de que se trate no se produce, esto será ajeno a la voluntad del agente, siendo punible la conducta que atenta en contra del bien jurídico tutelado.

Como formas de la tentativa, encontramos dos tipos:

**Tentativa Acabada o Delito Frustrado.-** Se presentará cuando el agente, habiendo realizado todos los actos encaminados a delinquir, el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad; como lo sería el caso de la intervención de un tercero que, una vez agotada la conducta, interviene oportunamente, evitando que se produzca el resultado que el agente buscaba.

**Tentativa Inacabada o Delito Intentado.-** Cuando se realizan los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas el sujeto omite uno o varios actos, lo cual evita que el evento no surja, ya que existe una incompleta ejecución. A diferencia del delito frustrado, en la tentativa inacabada no se ejecutan todos los actos, que de haberse ejecutado en su conjunto, producirían el resultado deseado.

Analizada la tentativa y sus elementos debemos distinguirla del delito imposible y el delito putativo o imaginario.

En el delito imposible, al igual que en la tentativa, el resultado tampoco se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, pero por ser imposible, ya que en este no existe infracción a la norma, ya sea por imposibilidad material, por inexistencia del objeto del delito o por inidoneidad de los medios empleados.

Mientras que en el delito imposible el resultado no se producirá por imposibilidad material, en el delito putativo no existe infracción a la ley penal, ya que la norma no existe. El sujeto cree erróneamente que su conducta es punible sin serlo.



Es conveniente aclarar que la tentativa punible solamente podrá presentarse en los delitos dolosos, siempre y cuando éstos estén integrados por un proceso ejecutivo; sean materiales, complejos, o de comisión por omisión.

Al contrario, no se podrá presentar la tentativa en los delitos culposos; en los de omisión simple (los cuales surgen al omitir la conducta esperada, por lo que no es posible hablar de un antes en que pueda empezarse a omitir la conducta esperada); o en aquellos en los que la pura exteriorización de la idea consuma el delito (amenazas, hostigamiento sexual, etc).

Referente a la punibilidad de la tentativa, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 63 establece:

*“Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.*

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

*En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”.*

La razón de la punición a la tentativa, se debe a que no obstante la no verificación del resultado buscado por el agente, con su conducta puso en peligro el bien jurídico tutelado.

La excepción a la punibilidad de la tentativa, se encuentra establecida en el párrafo final del artículo 12 del Código Penal, el cual señala que *“si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de*

*seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos”.*

De lo anterior, se derivan dos formas de impunidad en la tentativa:

**Desistimiento.-** Es la interrupción voluntaria del agente, de la actividad ejecutiva realizada, abandonando el propósito delictivo que se había propuesto. <sup>22</sup>

Es importante aclarar que para que este desistimiento sea considerado como voluntario, el agente abandona su conducta, aún en posibilidad de producir el resultado, y no en virtud de determinar que no sería posible aunque quisiera; y

**Arrepentimiento Activo.-** Este tipo de arrepentimiento, únicamente podrá presentarse en la tentativa acabada, en la cual, una vez ejecutadas todas las conductas tendientes a la producción del resultado delictivo, es el mismo autor el que por causas propias impide la consumación del delito, interrumpiendo el proceso causal de la acción.

La tentativa será punible, aún en el caso de que el agente se arrepienta de la conducta desplegada, si no le fue posible evitar el resultado.

Cabe hacer mención de que no obstante la impunidad de la tentativa en las hipótesis planteadas anteriormente, sí serán punibles aquellas conductas que por sí solas constituyan delitos.

Por último, uno de los aspectos colaterales del delito, es el concurso de delitos, el cual se presentará cuando un mismo sujeto activo, con unidad o pluralidad de conductas, comete varios delitos.

El artículo 18 de nuestro Código Penal clasifica el concurso de delitos, en concurso ideal o real, por lo que es necesario definirlos.

<sup>22</sup>

PAYÓN VASCONCELOS. *Op. cit.*, p. 458

**CONCURSO IDEAL O FORMAL.**- Se produce cuando con una sola actuación del agente se realizan dos o más delitos, existiendo así una doble o múltiple infracción a las disposiciones, es decir, que hay unidad en la acción y pluralidad en los resultados.

**CONCURSO REAL O MATERIAL.**- Se presentará cuando un mismo sujeto comete dos o más delitos mediante diversas actuaciones, traspasando de esta manera diversas disposiciones penales, es decir, que existe pluralidad en las acciones, así como en los resultados.

El artículo 19 establece que “*no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado*”; es decir cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Para Pavón Vasconcelos, “*en el concurso real de delitos, como en el delito continuado, existe una pluralidad de conductas (acciones), que constituyen la nota común entre ambos, en la primera figura se dan tan variados designios o propósitos delictivos como conductas o acciones en concurso se presenten, en tanto en el delito continuado, a pesar de la referida pluralidad, no exista mas que un solo propósito criminal (unidad de propósito)... En el concurso ideal existe compatibilidad entre las normas, lo que origina un auténtico concurso; se presenta como unidad de acción con necesaria pluralidad de tipos.*

*Son elementos o requisitos de concurso ideal o formal:*

*Una conducta (acción u omisión).*

*Una pluralidad de delitos, y*

*El carácter compatible entre las normas en concurso.*

*La identidad o diversidad de las lesiones jurídicas distinguen el concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo. En el primero la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto en el concurso ideal heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales”.<sup>23</sup>*

<sup>23</sup> PAVON VASCONCELOS. Op. Cit., p. 494 y 497

En opinión del maestro Castellanos Tena, "un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales;...sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas".<sup>24</sup>

## 2.4 VIOLACIÓN

### 2.4.1 CONCEPTO.

Para una mejor comprensión del concepto de violación, debemos tomar en consideración las diversas conductas sexuales de las personas, por lo que es menester incluir aquí una serie de comportamientos sexuales, algunos de los cuales se catalogan como perversiones, y otros como meras variantes del comportamiento sexual. Unas y otras tienen importancia, pues algunas constituyen delitos, mientras que otras sólo pueden hacer comprender los distintos tipos de las conductas humanas en este terreno, pero todas son necesarias para el estudio del Derecho Penal.<sup>25</sup>

**MASTURBACIÓN Y ONANISMO.-** Es la manipulación de los órganos sexuales que realiza el propio sujeto u otra persona, con el propósito de producir el orgasmo. En opinión de algunos médicos, se trata de una actividad normal, que no revela ninguna anomalía del comportamiento de la persona; sobre todo, es explicable en la infancia y la adolescencia.

Dicha conducta no tiene trascendencia penal, pues incumbe sólo a la esfera de competencia del propio individuo, a menos que la persona obligue a otro a realizarlo, en cuyo caso se tratará del delito de abuso sexual.

**FROTAMIENTO.-** Es el acto que realiza una persona con el propósito de lograr placer sexual, al estrujar o rozar a la persona deseada. Si la pareja consiente, no interesará al Derecho penal,

<sup>24</sup> CASTELLANOSTENA. Op. Cit., p. 307.

<sup>25</sup> GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. DELITOS EN PARTICULAR II Y DELITOS ESPECIALES. Antología. Pp. 122-125. Universidad Nacional Autónoma de México, Sistema de Universidad Abierta de Derecho, México, 1995.

pero si dicha actividad se ejecuta contra de la voluntad de la persona, también se tratará del delito de abuso sexual.

**ALGOMANÍA.**- Es el placer sexual consistente en dañar a la pareja sexual; puede manifestarse en dos formas: sadismo, cuando el que daña es el sujeto activo, y masoquismo, cuando el dañado es el sujeto pasivo.

**SADISMO.**- El placer sexual se obtiene al hacer sufrir a la pareja, mediante la causación de dolor (físico o moral). Como consecuencia pueden surgir diversos resultados típicos, como lesiones, violación (cuando la persona no ha consentido), homicidio, etc.

**MASOQUISMO.**- El placer sexual lo obtiene la persona al ser lastimada por el compañero sexual.

Generalmente suelen coincidir el sadismo con el masoquismo, lo cual da lugar al sadomasoquismo.

**SADOMASOQUISMO.**- Ocurre cuando la persona obtiene el máximo placer sexual al hacer sufrir a su compañero y, simultáneamente, al ser sujeto pasivo de sufrimientos.

**TRANSVESTISMO O EONISMO.**- Para lograr el goce sexual, la persona usa prendas que corresponden al sexo contrario.

**EXHIBICIONISMO.**- Para obtener el placer, la persona se exhibe desnuda o muestra sus genitales.

**NUDISMO.**- Es un uso social, consistente en que un grupo de personas conviven completamente desnudas en lugares determinados, donde todos comparten y observan las mismas reglas.

**VOYERISMO, FIGONEO, ESCOPOFILIA O MIXOSCOPIA.**- El placer sexual se logra al ver a otras personas realizar el acto sexual o a personas desnudas. A veces es excitante sólo mirar, y en otras ocasiones el sujeto se masturba al tiempo que mira.

En dicho comportamiento, el placer que causa la contemplación del cuerpo desnudo de la pareja sexual se considera totalmente normal.

**TROILISMO.-** Consiste en que la persona se excita hasta el punto de lograr el orgasmo, cuando comparte al compañero sexual con otra persona y contempla su actividad erótica.

**TRANSEXUALISMO O INVERSIÓN.-** Ocurre cuando existe incompatibilidad entre la anatomía del individuo y sus inclinaciones sexuales. Generalmente se presenta en hombres.

El transexual siente que se encuentra en un cuerpo que no le pertenece. Son casos típicos de personas que optan por someterse a operaciones quirúrgicas para cambiar de sexo; pero no se trata de hermafroditas (personas que de nacimiento tienen ambos sexos anatómicamente).

**HOMOSEXUALIDAD.-** Es la predilección por tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo. Puede ser entre hombres, llamada propiamente homosexualidad, o entre mujeres, en cuyo caso se denomina lesbianismo.

**ANALISMO, SODOMÍA O PEDERASTÍA.-** Es la tendencia a copular por vía anal o rectal. Se trata de una variante del comportamiento sexual que, conforme a ciertos criterios médicos, suele ser aconsejable en las parejas, para romper el comportamiento rutinario, como medio para prevenir el embarazo, etc.

**AMBISEXUALIDAD.-** Consiste en sentir apetencia sexual por personas de ambos sexos.

**BESTIALIDAD O ZOOFILIA.-** El placer sexual se obtiene mediante la relación sexual con animales.

**PAIDOFILIA O PEDOFILIA.-** Consiste en la tendencia a sostener relaciones sexuales con niños. Al respecto, existen diversos grados: algunos sujetos sólo realizan exhibicionismo ante los niños, otros ejecutan actos de tocamiento o manoseo (abuso sexual),

otras más llevan a cabo el coito, a veces, incluso mediante violencia física (actos constitutivos de violación equiparada ficta).

**NECROFILIA.-** Consiste en obtener el placer sexual mediante la realización de la cópula en cadáveres.

Algunos sujetos primero matan a la víctima para posteriormente realizar el acto de necrofilia, mientras que otros aprovechan los cuerpos sin vida para copular en ellos. Otros más, después de realizar la cópula, descuartizan el cuerpo del cadáver, y otros incluso efectúan actos de canibalismo (comer restos de cadáveres humanos). El Código Penal para el Distrito Federal contempla el delito de profanación de cadáveres, entre cuyos supuestos se encuentra la necrofilia.

**GERONTOFILIA.-** Es el placer sexual derivado de copular con ancianos.

**OBSCENIDAD.-** Son manifestaciones groseras, relativas a la sexualidad (escritos, sonidos, ademanes, etc.).

**PORNOGRAFÍA.-** Es el material gráfico impreso o audiovisual que trata de despertar el apetito sexual.

**FETICHISMO.-** El sujeto se excita con un objeto sexual específico que sustituye al idóneo.

**SALIROMANÍA.-** Consiste en que el placer lo logra el sujeto al ensuciar el cuerpo y las prendas de la pareja o compañero sexual.

**BASCOMANÍA.-** Similar a la anterior, consiste en el placer sexual que logra la persona al realizar la actividad sexual en un lugar sucio y repugnante. Existen algunas variantes y combinaciones de este comportamiento.

**VAMPIRISMO.-** Consiste en que el sujeto goza sexualmente al chupar sangre de la pareja sexual o víctima de su comportamiento. Según el lugar de donde provenga la sangre o de la sustancia o materia, puede ser hemofagia o menofagia, cuando la sangre que bebe el sujeto es la menstrual.

**URODIPSOMANÍA O UROFILIA.-** Es la satisfacción sexual que obtiene la persona al beber orines.

**COPROFAGIA.-** Es el placer sexual logrado al comer excremento.

**NARCISISMO.-** Es el placer sexual que se produce en la persona que goza de su propia contemplación y autotocamiento.

**FLUCTUACIÓN.-** Consiste en el goce sexual derivado del intercambio de parejas.

**CLISMAFILIA.-** Es la obtención del placer sexual mediante la aplicación de enemas en el cuerpo; generalmente de origen pretérito, su motivación se remonta a la época de la infancia del sujeto.

**EROTOMANÍA.-** Es la obsesión por realizar actividades sexuales, de modo que otras pasan a segundo plano. Según quien la padezca, puede denominarse de dos maneras diferentes: ninfomanía o satiriasis.

**NINFOMANÍA.-** Se llama así cuando se refiere a la mujer. Se trata de una inclinación enfermiza y obsesiva por el sexo; la persona, a pesar de tener frecuentes actividades sexuales, se muestra insaciable.

**SATIRIASIS.-** Este fenómeno ocurre en el hombre.

**PROSTITUCIÓN.-** Es el ejercicio o actividad de las personas que comercian con su cuerpo, como medio de obtención de ingresos. Existe prostitución femenina o masculina y se ejerce en la calle, prostíbulos, por cita telefónica o de manera disfrazada en negocios como estéticas o establecimientos de masajes.

**PROMISCUIDAD.-** Es la participación de muchas personas en las relaciones sexuales. Generalmente ocurre en las llamadas orgías o bacanales (fiesta romana en la que se compartía vino y sexo, en honor de Baco, dios del vino).



**INCESTO.-** Es la predilección por realizar relaciones sexuales entre familiares, preferentemente entre ascendientes y descendientes o hermanos. En la legislación penal mexicana existe como delito. Antiguamente y en algunos pueblos no se consideraba ilícito e incluso era una costumbre.

**SATANISMO.-** Es la práctica sexual realizada por grupos o sectas, en culto al demonio. Se practican relaciones sexuales voluntarias, no voluntarias e incluso se ofrecen y llevan a cabo sacrificios humanos, tras determinados rituales eróticos.

**VIOLACIÓN.-** Es la cópula por medio de violencia. También es delito en la legislación penal mexicana. Para muchos este comportamiento revela problemas de tipo psicológico o psiquiátrico, pues se considera que ninguna persona con salud mental gozaría con una cópula violenta, ni por parte del sujeto activo ni del pasivo. Para otros, cualquiera, en un momento dado, y en determinadas circunstancias puede cometer este ilícito.

Como se podrá observar, de los delitos, es el de violación uno de los más graves, debido al daño ocasionado, principalmente psicológico, ya que las secuelas de esta índole, en muchas ocasiones son irreparables.

El diccionario jurídico mexicano define la violación como "*cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo*".<sup>26</sup>

Propiamente, por violación debemos entender que es la cópula que realiza el sujeto activo sobre una persona de cualquier sexo, sin la voluntad de ésta, ya sea mediante violencia física o moral.

En este concepto, podemos observar que para la realización de la violación, se requiere que concurren en su realización los siguientes elementos:

- I.- **CÓPULA.-** Misma que debe ser entendida como el ayuntamiento carnal; la introducción del miembro viril en el

---

<sup>26</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, TOMO VIII, P. 405, MÉXICO, 1985.

cuerpo de la víctima, ya sea por vía vaginal, anal u oral. Como podemos observar, únicamente hace referencia a la introducción del miembro viril, sin hacer referencia a que también deba haber eyaculación.

II.- VIOLENCIA.- Es la coacción ejercida sobre la víctima que en circunstancias normales no otorgaría su consentimiento para la cópula. Esta violencia puede ser de dos tipos:

**FÍSICA:** Implica un dominio que es ejercido materialmente sobre la persona, misma que no forzosamente se traduce en golpes o lesiones, sino también en un avasallamiento de la persona ejerciendo violencia sobre el cuerpo de la víctima; y

**MORAL:** Es la amenaza psicológica que ejerce el sujeto activo sobre la víctima, con causarle un daño de cualquier naturaleza si se opusiere a la cópula, por lo que ésta al verse inminentemente en riesgo, accede sin su voluntad, tratando de salvaguardar sus intereses. Ejerce violencia sobre la voluntad del pasivo para la obtención de la cópula.

Esta concepción de la violación, la propia únicamente admite como sujeto activo del delito al varón, toda vez que se refiere a la introducción del miembro viril. Sin embargo, existen algunas variantes en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo o a la penalidad, por lo que a efecto de sancionar esas conductas que son equiparables al delito aludido, podemos considerar diversas modalidades, como la violación equiparada, impropia o ficta, entre otras, las cuales analizaremos más adelante.

#### **2.4.2 DOCTRINA.**

A continuación enunciaremos algunos conceptos de violación aportados por diversos tratadistas, así como de los elementos que constituyen este delito.

Para Maggiore, el delito de violación es obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencia o amenazas. <sup>27</sup>

Según González de la Vega es la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral. <sup>28</sup>

Celestino Porte Petit dice que es la cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva. <sup>29</sup>

Díaz de León expresa que la violación es un delito cometido por quien utilizando la fuerza física o moral obliga a la víctima a copular, a yacer o a tener acceso carnal. <sup>30</sup>

Para Cuello Calón, se comete violación yaciendo con una mujer usando fuerza o intimidación; cuando ésta se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa; o cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias antes mencionadas. <sup>31</sup>

Según Rafael de Pina, es el acceso carnal obtenido por la violencia con persona de cualquier sexo, y sin su voluntad. <sup>32</sup>

Para González de León, es el delito cometido por el que yace con una mujer usando de fuerza o intimidación, o hallándose ella privada de razón o sentido. También comete este delito el que tiene acceso carnal con menor de doce años, o con mujer casada si finge que es su marido. <sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> MAGGIORE GIUSEPPE, DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, VOLUMEN IV P. 56., COLOMBIA, 1989.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, DERECHO PENAL MEXICANO, LOS DELITOS, TOMO II, PAG. 440. MÉXICO, 1994.

<sup>29</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN, PAG. 12. MÉXICO, 1973.

<sup>30</sup> DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS, PAG. 440. MÉXICO, 1994.

<sup>31</sup> CUELLO CALÓN, EUGENIO, DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, TOMO II, VOLUMEN SEGUNDO, PAG. 584. ESPAÑA, 1980.

<sup>32</sup> DE PINA, RAFAEL, CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO FEDERALES, PAG. 174. MÉXICO, 1960.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ DE LEÓN, GONZALO, DICCIONARIO JURÍDICO, TOMO IV. ARGENTINA, 1972.

López Betancourt afirma que comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral, impone cópula a persona de cualquier sexo. <sup>34</sup>

### 2.4.3 DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Una vez analizados los antecedentes históricos de la violación en México, procederemos a señalar los artículos del Código Penal que tipifican tanto a la violación como a las conductas equiparables a ellas, así como las agravantes y las punibilidades.

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

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

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

Encontramos que este artículo hace referencia a la cópula como la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, considerándose doctrinariamente como violación propia por ser el miembro viril el que es introducido por vía idónea (vaginal) o no idónea (anal u oral), independientemente del sexo del ofendido.

Igualmente, se contempla la introducción de cualquier instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal o anal, conocida también como violación impropia, por no ser el miembro viril el que es introducido en el cuerpo de la víctima.

<sup>34</sup>

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. DELITOS EN PARTICULAR- TOMO II. PAG. 175. MÉXICO. 1997.

Referente a la concepción de la configuración de la cópula, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene la siguiente tesis:

**“VIOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE.** *La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el solo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación.*”<sup>35</sup>

Con esto queda claro que únicamente se requiere de la introducción del miembro viril en cualquier grado por cualquiera de las vías señaladas para que la violación se consume, sin ser necesario por consiguiente, agotar el acto fisiológico.

Por lo que hace a la violencia referida en el citado artículo y en cuanto a sus formas de comprobación, sostiene:

**“VIOLACIÓN. EL ELEMENTO VIOLENCIA NO FORZOSAMENTE TIENE QUE OCASIONAR ALTERACIONES FÍSICAS A LA PASIVO, SINO CUALQUIER TIPO DE ACCIONES QUE IMPLIQUEN UN DOMINIO MATERIAL.** *En el delito de violación, el elemento violencia física no forzosamente implica que se ocasionen alteraciones a la pasivo, sino también otro tipo de acciones que revelen un dominio material contra la agredida, que la obliguen a copular sin su voluntad.*”<sup>36</sup>

**“VIOLACIÓN. VIOLENCIA MORAL.** *El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral, la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto.*”<sup>37</sup>

**“VIOLACIÓN, FORMA DE COMPROBAR EL ELEMENTO VIOLENCIA MORAL EN EL DELITO DE.** *Es cierto que en el delito de violación la imputación de la ofendida es de relevancia singular, pues por naturaleza su consumación es privada o*

<sup>35</sup> Tesis 383. Página 211. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Sexta Época.

<sup>36</sup> Tesis 759. Página 488. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte TCC. Octava Época. NOTA: Tesis XX/J/17. Gaceta número 52. p g. 63; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo IX-Abril, pág. 384.

<sup>37</sup> Tesis 385. Página 212. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Sexta Época.

*secreta, pero siendo que la violencia moral no es fácilmente comprobable, como la violencia física, por otros medios cognoscibles, tales como la fe de lesiones o el certificado médico ginecológico, la declaración de la ofendida aduciendo que fue objeto de violencia moral por el agresor para lograr la cópula sin su consentimiento, debe ser verosímil y apoyada con elementos suficientes que de manera indudable hagan manifiesto el peligro actual e inminente a que se vio sujeta la agraviada por virtud de los amagos y amenazas graves que le infirieron, y que le intimidó de tal forma que le imposibilitó resistirse a la cópula; debiendo entenderse como peligro actual e inminente el estado presente que amenaza con un riesgo cercano de manera tan grave, que se sienta descargarse irremediabilmente sobre la víctima, más no puede ser el peligro que se presiente, el conjeturar que puede o no acaecer, sino el cierto indubitable que llena de temor y desquicia psicológicamente.*"<sup>38</sup>

Del ordenamiento legal y su interpretación, se desprende claramente que la violación se podrá imponer por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva.

Actualmente, nuestra legislación penal eliminó el criterio de la supuesta obligación del débito carnal entre cónyuges, aceptando con esto también la violación propia a la cónyuge e incluyendo de igual forma a la concubina; con la modalidad de que para su persecución se requerirá de la querrela de parte.

*"Artículo 265 Bis.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.*

*Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida."*

Por lo que hace a aquellas conductas que, sin adecuarse cabalmente a los medios comisivos de la violación prevista en el artículo 265, atentan de igual manera a la libertad y el normal

---

<sup>38</sup> (SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. 8ª ÉPOCA. TOMO VIII. NOVIEMBRE. 2º. P. 516.

desarrollo psicosexual del ofendido, en el artículo 266 se hace mención a las mismas que son equiparables y su sanción.

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

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

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

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

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

Este último párrafo se refiere a la agravante de dicho delito, ya que, si en condiciones normales el hecho es reprobable, mucho más lo será efectuarlo con violencia.

Estas conductas, obedecen básicamente o la falta de capacidad por parte del sujeto pasivo para resistir el hecho, como se demuestra en la siguiente tesis de jurisprudencia:

**"VIOLACIÓN, DELITO EQUIPARADO A LA.** Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático funcional, anomalía mental o cualquiera otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente

*uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual, o carencia de volición consciente para copular.”* <sup>39</sup>

Finalmente, se establecen las agravantes del delito:

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

- I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;*
- II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;*
- III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y*
- IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada”.*

Observamos que amén de la gravedad del delito de violación, el Estado reacciona aun más violentamente contra aquellos que lo cometen valiéndose o encontrándose en las circunstancias señaladas en el artículo anterior, las cuales proporcionan al sujeto activo alguna

<sup>39</sup>

Tesis 374. Página 207. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Sexta Época.



ventaja extraordinaria para su realización, ya sea física, psicológica o en razón de la confianza en él depositada.

## **2.5 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD**

### **2.5.1 CONCEPTO**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, alude como requisitos de procedibilidad, la denuncia, o la querrela; mismas que son indispensables para la preparación del ejercicio de la acción penal, realizada en la averiguación previa, etapa en la que Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar previamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Igualmente, el artículo 21 Constitucional, establece: *“la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”*. Con lo cual se faculta su actividad investigadora, de auténtica averiguación, la cual requiere de una constante búsqueda de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Este inicio de la investigación, es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, ya que obviamente, para excitar al órgano jurisdiccional correspondiente, el Ministerio Público debe estar enterado previamente de la situación, a través de la noticia criminal recibida, así como por todas las diligencias practicadas para tal efecto.

La iniciación de la función persecutoria no queda al arbitrio del órgano investigador, siendo menester para iniciar la investigación, el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación, mismos a los que hace referencia el aludido artículo 16 constitucional, y que permiten el conocimiento del delito, ya sea en forma directa e inmediata; por conducto de los particulares; por la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por la autoridad judicial al ejercer sus funciones, cuando aparezca la probable

comisión de un hecho delictuoso en la secuela procesal (civil o penal); y por querrela.

Para darnos una visión más amplia del tema, mencionaremos enseguida algunos conceptos de los requisitos de procedibilidad, por parte de algunos tratadistas:

Gillermo Colín Sánchez define los requisitos de procedibilidad como las condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de Derecho penal. Mencionando que en el Derecho mexicano, los requisitos de procedibilidad son la querrela, la excitativa y la autorización.<sup>40</sup>

Osorio y Nieto los define como *"las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal en contra del probable responsable de la conducta típica. Toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito; tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policiaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia."* Para este autor, en el Derecho mexicano, los requisitos de procedibilidad son la denuncia, la acusación y la querrela.<sup>41</sup>

Para Rivera Silva *"son los que ha de menester llenar para que se inicie el procedimiento"*. Menciona la denuncia y la querrela como únicos requisitos, pero junto con ellos, a la excitativa y la autorización. Explica que la excitativa consiste en la solicitud que hace un extranjero para que se persiga al que ha proferido ofensas en contra de la nación que representa o en contra de sus agentes diplomáticos, siendo ésta una querrela acerca de la cual la ley fija quién representa a los ofendidos. La autorización es el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder contra

---

<sup>40</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Pp. 240 y 241, México, 1980.

<sup>41</sup> OSORIO Y NIETO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA. P. 21, México

algún funcionario que la propia ley señala, por la comisión de un delito del orden común. <sup>42</sup>

Zamora-Pierce, afirma que nuestra Constitución autoriza como únicos medios lícitos de provocar la actividad investigadora del Ministerio Público, la denuncia y la querrela, argumentando que el propio artículo 16, utiliza los términos acusación y querrela, como sinónimos. <sup>43</sup>

Según González Bustamante, son *"requisitos que deben reunirse para que los funcionarios de la Policía Judicial y los del Ministerio Público, procedan al levantamiento de las actas con que da principio el procedimiento penal"*. menciona como requisitos, la denuncia y la querrela. <sup>44</sup>

Oronoz Santana, utiliza como sinónimo de los requisitos de procedibilidad, el principio de iniciación de la función persecutoria, como necesario para que el Ministerio Público pueda abocarse al conocimiento de los delitos. *"Se denominan requisitos de procedibilidad los que son menester que se den para que se inicie el procedimiento, tal es el caso de la querrela y de la denuncia, pero también se consideran dentro de estos requisitos la excitativa, que consiste en la solicitud que hace un país extranjero para que se persiga al que ha injuriado a dicha nación; y por último, la autorización, que es el permiso concedido a una autoridad para que pueda proceder en contra de algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de un delito de orden común"*. <sup>45</sup>

Mancilla Ovando escribe: *"...el requisito de procedibilidad es el que viene a dar validez a todo acto de autoridad que afecta la esfera jurídica de quien ha delinquido"*. Para este autor, en los requisitos de procedibilidad, el legislador incluyó a la acusación en la denuncia, significándolos como términos sinónimos; y a la querrela una figura jurídica independiente; y con base en su significado, creó la

<sup>42</sup> RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. P. 121, México.

<sup>43</sup> ZAMORA-PIERCE, Jesús. GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. P. 14, México.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. México.

<sup>45</sup> ORONÓZ SANTANA. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. México.

clasificación de los delitos con fundamento en la atribución para perseguirlos. <sup>46</sup>

De las anteriores definiciones, podemos concluir que los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones que provocan que se ponga en marcha la función investigadora a cargo del Ministerio público, por medio de la noticia criminal.

## 2.5.2 DENUNCIA

Una vez ubicada la denuncia, la entendemos como el medio informativo para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe de un delito, que no requiere de querrela, ya sea por el ofendido o por un tercero, ya que ésta puede ser presentada por cualquier persona.

Para Colín Sánchez, la denuncia de los delitos es del interés general, ya que a todos interesa que las sanciones sean impuestas como ejemplaridad al quebranto del orden jurídico, y prevenir de esta forma el delito. Lo que tal vez justifique que la mayoría de los delitos se persigan de oficio. <sup>47</sup>

En nuestro Derecho mexicano encontramos que cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, tiene la obligación de denunciarlo, *"pudiendo ser la víctima del delito o un tercero, un particular o un empleado o funcionario público, un procesado, un reo, un nacional o un extranjero, un mayor o un menor de edad e incluso el propio autor del delito (auto denuncia)."* <sup>48</sup>

Aunque existen autores como Colín Sánchez <sup>49</sup>, Arilla Bas <sup>50</sup>, Rivera Silva <sup>51</sup>, entre otros, quienes afirman que la denuncia no es obligatoria, ya que no se encuentra establecida una pena por su

<sup>46</sup> MANCILLA OVANDO. GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL. México.

<sup>47</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. P.236. México, 1980.

<sup>48</sup> ZAMORA-PIERCE. Op. Cit. P. 15

<sup>49</sup> COLIN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES., P. 237, México, 1980.

<sup>50</sup> ARILLA BAS. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. P. 52.

<sup>51</sup> RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Pp. 102-104, México

omisión, salvo el caso del artículo 400 del Código Penal en su fracción V, ya que sólo hace alusión a los casos de no procurar la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se estén cometiendo, sin incluir a los ya consumados. Esta denuncia deberá hacerse ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía.<sup>52</sup> Una vez teniendo la noticia, el agente del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquél, están obligados a proceder de oficio. <sup>53</sup>

Hemos aludido al Ministerio Público como el órgano competente para recibir la denuncia, aún cuando el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: *"Cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, sólo cuando por las circunstancias del caso la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantará un acta, de la cual informará inmediatamente el Ministerio Público, en la que consignará:*

*El parte de la policía, o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otra;*

*Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia de los elementos del tipo o a la probable responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores; y*

*Las medidas que dictaren para completar la investigación."*

Con lo anterior se entiende que la relación de los hechos delictuosos a la policía, no constituye jurídicamente la denuncia, la cual se constituirá propiamente cuando el agente de la policía la haga del conocimiento del Ministerio Público, ya que el agente de policía será únicamente el receptor de la denuncia, teniendo la obligación de dar cuenta de inmediato al Ministerio Público.

---

<sup>52</sup> Artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>53</sup> Artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Para Rivera Silva <sup>54</sup> y Oronoz Santana<sup>55</sup>, los elementos de la denuncia son:

Relación de actos que se estiman delictuosos. Lo cual consiste en la simple expresión de lo que ha acaecido, sin que en esta exposición intervenga el deseo de la persecución del autor de esos actos. Esta relación puede hacerse en forma oral o escrita.

Hecha ante el órgano investigador. Tomando en cuenta que el representante social es el encargado de conocer el quebranto sufrido por la sociedad por la comisión del hecho delictivo, es obvio que dicha relación debe ser llevada a cabo ante el propio representante; y

Hecha por cualquier persona. En contra de quienes afirman que debe ser realizada por un particular. Efectivamente, la denuncia puede ser presentada por cualquier persona, tal y como lo establecen los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De lo expuesto, observamos que a través de la denuncia, basta que el Ministerio Público tenga conocimiento del delito por cualquier medio, para que esté obligado a realizar las diligencias tendientes a comprobar si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal, así como quién es el probable autor, sin que en estos delitos se admita el perdón del ofendido.

### **2.5.3 QUERELLA.**

A diferencia de la denuncia, la querella es un derecho potestativo que tiene el ofendido por un delito no perseguible de oficio, de hacerlo del conocimiento del Ministerio Público, para que se persiga al responsable y manifestar su deseo de que se castigue al mismo.

---

<sup>54</sup> RIVERA SILVA. *Op. Cit.*, pp. 98-100.

<sup>55</sup> ORONoz SANTANA. *Op. Cit.*, p. 66.

La institución de la querrela atiende fundamentalmente a la ausencia de interés directo por parte del Estado para perseguir determinados delitos, dando prioridad a la voluntad de la víctima o del ofendido, debido a que se lesionan intereses particulares y no colectivos. Asimismo, en múltiples ocasiones, el ofendido no desea querrellarse simplemente por falta de interés o debido a que en múltiples ocasiones es mayor el daño al sujeto pasivo, ya sea psicológico o de otra especie, derivado de la persecución del delito.

Mientras que los delitos perseguibles de oficio pueden ser denunciados por cualquiera, el Código de Procedimientos Penales, señala claramente a las personas que pueden interponer la querrela, estableciendo: *"Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad manifieste verbalmente su queja..."*; la cual también puede ser presentada por escrito. *"Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal.*

*Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o de Accionistas ni poder especial para el caso concreto.*

*Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a las que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo."* <sup>56</sup>

Rivera Silva distingue tres elementos en la querrela:

---

<sup>56</sup> Artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Una relación de los hechos delictivos, esto es, no sólo acusar a una persona determinada por la comisión de un delito y pedir que se castigue, sino que se exige la exposición de los hechos delictivos.

*Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, ya que "se estima que en los delitos de querrela necesaria no sería eficaz actuar oficiosamente, porque con tal proceder se podrían ocasionar a un particular daños mayores a los que experimenta la sociedad con el mismo delito. Así, por ejemplo, en el adulterio hay quien estima que en la averiguación pública que requiere el procedimiento, puede ocasionar en la víctima de él más daños que el propio adulterio, por hacer del conocimiento de todos el honor maculado."*

Que se manifieste la queja; es decir, el deseo de que se persiga al autor del delito, ya que el hecho de que se formule querrela, pone de relieve que no hay perdón ni expreso ni tácito. <sup>57</sup>

Ornoz Santana coincide con Rivera Silva, y agrega además como elemento de la querrela, que ésta debe ser realizada ante el órgano investigador, quien es el facultado para recibir dicha acusación. <sup>58</sup>

La querrela tiene la facultad de ser divisible, ya que el titular del derecho potestativo, en un solo hecho delictivo en donde aparezcan como responsables dos o más sujetos, podría querrellarse contra uno de ellos y no contra otro u otros. Igualmente si mediante una sola conducta realizada por un único sujeto se producen varios resultados delictivos, el ofendido podría querrellarse por uno de los delitos y no por los demás. Ambas hipótesis, a voluntad del sujeto pasivo.

En estos delitos, se extingue la acción penal por el perdón del ofendido; pero la abstención de querrellarse ante el órgano investigador no implica un perdón, ya que para que opere éste, previamente debe existir una querrela. Por lo que no puede actuar un perdón donde no se ha formulado una imputación.

---

<sup>57</sup> RIVERA SILVA. *Op. Cit.* Pp. 112 y ss.

<sup>58</sup> ORONOZ SANTANA. *Op. Cit.* P. 68.



Por lo anterior se estima que en los casos reales y concretos en los que se pretende extinguir la acción penal en figuras típicas perseguibles por querrela, en virtud de la ausencia de interés por parte de la persona titular del bien jurídico protegido o de su legítimo representante, es necesario que se formule querrela y de inmediato se otorgue el perdón, de tal manera que queda expresamente asentada la voluntad de perdonar, ya que en caso contrario subsiste el derecho de querellarse en tanto no transcurra el término de la prescripción, ya que la legislación no regula la sola manifestación de no querellarse, en todo caso se regula la abstención de querellarse más el transcurso del tiempo. <sup>59</sup>

Finalmente, en los delitos perseguibles por querrela, se entiende que el ofendido al hacer dar conocimiento al Ministerio Público del hecho delictivo, hace patente su voluntad de que se persiga y castigue al responsable. A falta de este requisito, el ministerio público está impedido para ejercitar la acción penal, por ser éste indispensable para la iniciación de la averiguación previa respectiva.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

---

<sup>59</sup> OSORIO Y NIETO. *Op. Cit.* Pp. 27 y 28.

## CAPÍTULO III

### VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y CONCUBINOS

#### 3.1 DOCTRINA

División de opiniones encontramos entre los tratadistas con respecto a si puede configurarse o no el delito de violación a la cónyuge o concubina.

Aquellos que sostienen que no se configura el delito de violación sustentan su posición en los siguientes criterios:

Según Manzini, no es punible el hecho de que el cónyuge obligue al coito al otro cónyuge mediante violencia o amenaza, si la cópula se realiza en condiciones normales, ya que entre los fines del matrimonio está el débito carnal.

Carrancá y Trujillo estima que no existe la violación del marido a su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando la violencia, pues ello es ejercicio de un derecho.

Pannain afirma que no existirá violación del marido que obligue al coito a su mujer, ya que la prestación carnal es obligatoria entre los cónyuges, los cuales no pueden rehusarse, salvo que existan graves razones; por lo que de producirse lesiones, responderá el cónyuge de éstas, pero no de violación.

Porte Petit nos dice que *“El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuridicidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene*

*derecho a la cópula aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación".*<sup>60</sup>

Carrara expresa que no es configurable la violación, en virtud de cualquier acto que autorice la cópula, como lo es el matrimonio.

Soler afirma que la violación dentro del matrimonio no existe, excepto cuando la oposición del cónyuge renuente a realizar la cópula se funda en que ésta pretende llevarse a cabo en forma anormal o en la necesidad de evitar el contagio de un mal.

Para Abarca no existe tal violación, ya que, siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho de ejecutarlo con su esposa, salvo el caso de que el marido lo intentare *contra naturam* o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan.

Cuello Calón opina que la cópula normal ejecutada por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquel, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho; por lo que éste podrá ser responsable de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. Caso contrario, será ilícita la cópula cuando la mujer tenga derecho a resistirla, por evitar un mal o cuando constituye un acto lesivo para el pudor.

Maggiore indica que no existe violación cuando un cónyuge obligue al otro al coito, a menos que se trate de una cópula contraria a la naturaleza o peligrosa para la salud de la pasivo.

---

<sup>60</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. ENSAYO OOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN, México, 1973, Pp. 52 y 53.

Para Garraud, el marido que toma a la mujer por la fuerza no cometería el delito de violación, pero sí tendría que responder por las lesiones que pudieran ser cometidas.

De las opiniones enumeradas encontramos que se sustentan en la supuesta obligación del débito carnal entre los cónyuges, al ser la procreación uno de los fines primordiales del matrimonio.

Entre aquellos que afirman su configuración, encontramos a los siguientes tratadistas:

Gómez hace notar que aquellos que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de que la licitud de la cópula emana del derecho a la misma que al marido pertenece, y es innegable tal derecho, que tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde, pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada, pues lo que sus defensores han debido mostrar 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, y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, y señala que por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que por medio de la violencia física o moral tenga acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación, al igual que en el concubinato.

López Betancourt sostiene que sí se configura el delito de violación, debido a que todos los seres humanos tienen la libertad sexual de elegir con quién y cuándo efectuar las relaciones sexuales.

Los licenciados Granados Atlaco afirman que puede configurarse el delito de violación entre cónyuges y concubinos, *"pues el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, independientemente del vínculo matrimonial o de cualquiera otra circunstancia"*.<sup>61</sup>

Jorge R. Moras tampoco acepta que el marido pueda tener legalmente la cópula mediante violencia, pues en todo momento ello

---

<sup>61</sup> GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. *Op. Cit.*, Pág. 116.

constituiría el delito de violación. La violación no se acepta ni justifica en virtud del matrimonio, del concubinato, ni de la prostitución.

González Blanco dice que la cópula obtenida por medios violentos, aún dentro del matrimonio, constituye delito de violación.

Jiménez Huerta acepta que puede haber violación tanto entre concubinos o entre amasios, ya que no se cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre; validando la misma afirmación con respecto a los cónyuges.

Para Marcela Martínez, la cópula obtenida por medios violentos, tipifica el delito de violación, sea dentro del matrimonio, del concubinato, del amasiato, o incluso de la prostitución.

Garona indica que la cópula impuesta por medios violentos dentro del matrimonio, integra el delito de violación.

Por último, González de la Vega manifiesta que la cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos.

Estos autores sustentan su postura en el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo en un momento determinado o por circunstancias específicas personales o con quien no fuere su voluntad, negándole al matrimonio y al concubinato el carácter de autorizaciones u obligaciones del débito carnal, independientemente de ser parte de tales convivencias.

De los criterios mencionados, encontramos que la mayoría coincide en la posibilidad de la violación, cuando la cópula impuesta por el cónyuge se realiza en contra de la naturaleza, cuando represente un mal grave para la esposa o se realice en condiciones que la ofendan.

### 3.2 TESIS DE JURISPRUDENCIA

Una vez analizados los criterios doctrinales de diversos tratadistas, ubicaremos de igual forma la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir las tesis de jurisprudencia respectivas.

*"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación."* <sup>62</sup>

*"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público, en contra de la voluntad del pasivo, ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación, pues no hay duda de que el cónyuge ofendido, puede negarse a la práctica de la relación en tales condiciones."* <sup>63</sup>

*"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. El derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en esos*

<sup>62</sup> Tesis 378. Página 209. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.8/94, Gaceta número 77, p. g. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

<sup>63</sup> Tesis 376. Página 208. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.8/94, Gaceta número 77, p. g. 17. véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe; por lo que si es sometido a realizar la cópula violentamente, aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.”<sup>64</sup>

*“VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. El artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal, establece las hipótesis del delito de violación equiparada, previéndose en una de ellas, que se incurre en ésta, cuando se impone la cópula a persona que por cualquier causa no pueda resistirlo; por lo que si se tratara de una mujer imposibilitada para sostener relaciones sexuales, como sería el caso de quien sufra parálisis, a la que se someta con ese fin en contra de su voluntad, indudablemente se integraría el tipo precisado, no obstante que fuera su propio cónyuge el sujeto activo, en virtud de que la disposición penal citada protege ampliamente a los que se encuentran en las hipótesis señaladas.”*<sup>65</sup>

De las anteriores tesis podemos encontrar que el criterio sostenido, fue el de considerar únicamente como violación, a la cópula impuesta a la esposa, en condiciones que atentaran al orden natural; cuando represente un mal grave para la esposa, o se realice en condiciones que la ofendan.

Derivado del criterio anterior, de igual forma, se llegó a sostener que la cópula impuesta a la cónyuge, violentamente, pero de manera normal, no constituía un delito, sino el ejercicio indebido de un derecho, ya que, supuestamente al contraer matrimonio, los consortes adquirirían un deber carnal entre ellos, lo que propiciaba que el esposo ejerciera indebidamente su derecho al reclamarlo por medio de la violencia.

<sup>64</sup> Tesis 377. Página 208. Instancia Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.6/94, Gaceta número 77, p g. 16; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, p. 77.

<sup>65</sup> Tesis 382. Página 211. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.7/94, Gaceta número 77, pág. 17; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 78.

**"EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.** La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular." <sup>66</sup>

**"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.** El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercer indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que la impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, mas no limitativo." <sup>67</sup>

<sup>66</sup> Tesis 142. Página 80. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.12/94. Gaceta número 77, p. g. 19; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 63.

<sup>67</sup> Tesis 381. Página 210. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.10/94, Gaceta número 77, pág. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 78.



Amén de las tesis de jurisprudencia que consideraban como violación a la esposa, la imposición de la cópula cuando ésta atentara al orden natural; cuando representara un mal grave para la esposa, o se realizara en condiciones que la ofendieren, también se hizo la distinción de considerar como violación a la esposa, cuando hubiere sido decretada judicialmente la separación de la pareja, cesando con esto la obligación de cohabitar, y por ende, el derecho a la prestación carnal.

*“VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE. A virtud de que uno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, el artículo 267 en relación al 277 del Código Civil para el Distrito Federal, permite a su pareja que no desee divorciarse, el solicitar se suspenda judicialmente su obligación de cohabitar; por lo que si estando decretada, el cónyuge enfermo le impusiere violentamente la cópula aunque fuera normal, se integraría el delito de violación, porque ya no tiene derecho al débito carnal, además de poner en peligro la salud del cónyuge inocente y de la descendencia que pudiera procrearse en esas circunstancias.”*<sup>68</sup>

*“VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETÓ JUDICIALMENTE SU SEPARACIÓN PROVISIONAL, DELITO DE. Si durante el trámite del juicio de divorcio, el juez decretó la separación provisional de los cónyuges, a que se refiere el artículo 275 del Código Civil del Distrito Federal, es lógico que cesó la obligación de cohabitar entre ambos; por ende, si el marido forzara a la mujer a efectuar el acto carnal en ese lapso, incurriría en el delito de violación, por tratarse de una cópula ilícita, pues al estar suspendido el derecho al débito carnal con base en una disposición civil, éste ya no se puede ejercitar.”*<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Tesis 380. Página 210. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.11/94, Gaceta número 77, pág. 19; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

<sup>69</sup> Tesis 379. Página 209. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a./J.5/94, Gaceta número 77, pág. 16; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

No obstante lo anterior, existió una tesis aislada, en donde se sostuvo atinadamente la existencia de la violación dentro del matrimonio, atendiendo a la libertad inherente a cada ser humano.

### **3.3 DERECHO POSITIVO MEXICANO**

Como hemos podido apreciar de las tesis de jurisprudencia citadas en el punto anterior, el Derecho Positivo Mexicano ha ido adecuando los criterios aplicables al delito en estudio, criterios que han tenido que ser modificados de acuerdo a la ideología y costumbres de la época, ya que como se mencionó anteriormente, se consideraba que el matrimonio traía inherente la obligación de la copula, motivo por el cual el hecho de que el esposo reclamara tal derecho por la fuerza, no era considerada una violación.

Lo anterior, en opinión personal, probablemente era tomado con base en el prototipo que guardaba la mujer en la familia y en la sociedad, ya que por tradición, gozaba de menos derechos y libertades que el varón.

Posteriormente, al irse fortaleciendo las agrupaciones que pugnan por los derechos de la mujer, la sociedad comienza a reconocer la igualdad de la mujer en la sociedad, tanto como miembro productivo en todos los aspectos, así como en la familia, reconociéndoles ideológicamente las mismas capacidades y derechos que el varón, aunque de derecho, esta igualdad había existido, pero la costumbre, tradición e ideología no habían podido lograr esta transición.

Derivado de lo anterior, aunque se seguía sosteniendo el criterio de la obligación de la cópula dentro del matrimonio, se reconoce que el hecho de imponer la cópula a la esposa en condiciones que fueren en contra del orden natural; cuando representase un mal grave para la esposa, o se realizara en condiciones que la ofendieran, sí era posible considerar tal hecho como delito de violación, atendiendo únicamente al mal físico que se le pudiera ocasionar a la mujer, o a la ofensa de su realización pública, sin atender a la libertad de voluntad de la esposa.

Posteriormente comienzan a surgir tesis aisladas respecto a la imposición de la cópula normal violenta a la esposa, las cuales afirmaban que tal hecho no era suficiente para ser considerado como delito de violación, basándose en el criterio de que si bien es cierto que se realizó con los medios previstos por el artículo 265, el cónyuge tiene el derecho de la relación sexual con su pareja, siempre y cuando subsistiera la obligación de cohabitar, sosteniendo que tampoco podía permitirse obtenerlo violentamente, por lo que el hecho de observar tal conducta, debía ser considerado como el ejercicio indebido de un derecho, por lo cual, al haber sido decretada judicialmente la obligación de cohabitar, y por ende la obligación de la prestación carnal, sí era posible configurar el delito de violación.

Amén de lo anterior, comenzaron a surgir criterios que sostenían la existencia de la violación dentro del matrimonio, por principio a que nuestro derecho tutela la libertad y el libre desarrollo psicosexual, así como a la libertad inherente a cada ser humano, surgiendo tesis aisladas que sostenían la posibilidad de la violación a la cónyuge.

*“VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES. PUEDE EXISTIR, PORQUE EL EJERCICIO DEL DERECHO A COPULAR NO PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA VIOLENCIA. En el delito de violación, el bien jurídico tutelado es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo en un momento determinado o por circunstancias específicas personales o con quien no fuere su voluntad, resultando de lo anterior que el objeto jurídico protegido es la libertad sexual y el consentimiento que los cónyuges convienen al contraer matrimonio, en particular la mujer para cohabitar con su marido, no es un consentimiento absoluto sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección de esposo, y consumada la unión matrimonial, ésta no la priva de su libertad frente al marido, de acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea, resulta pues que cada copulación matrimonial debe de ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito; y, 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 y dicha*

*conducta no puede ser considerada como el ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar un derecho", por lo que el acceso carnal violento aun dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violencia, ya que la esposa tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la cópula. Debe señalarse además que el delito analizado no hace distinciones sobre la relación jurídica contractual existente entre los cónyuges, por lo que el ilícito puede coexistir en el matrimonio, dado que dicha institución no puede autorizar los actos violentos entre los cónyuges, máxime que la violencia entre éstos va en contra de los fines primordiales del matrimonio."* <sup>70</sup>

Con esta última tesis de jurisprudencia, atinadamente el juzgador comienza a distinguir entre la libertad inherente a las personas, desligando esa libertad del contrato de matrimonio, que contrario a otros criterios, estima que no es posible atropellar la libertad de las personas por las supuestas "obligaciones" en el matrimonio, precisando la ilicitud de tal conducta al violentarse la libertad sexual de la cónyuge, independientemente de la prestación carnal que normalmente se espera dentro del matrimonio como fin primordial de la preservación de la especie, sin que ello signifique una obligación.

Finalmente, mediante publicación realizada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 30 de diciembre de 1997, se adiciona el artículo 265 Bis, que considera la violación a la esposa o concubina y establece su persecución a petición de parte ofendida.

<sup>70</sup>

*Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII-julio. Página 328. Octava Época. Amparo Directo 1104/92. Ángel Ulises Mendoza Tovar. 16 de octubre de 1992. Unanimidad de votos.*

## CAPÍTULO IV

### ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 265 BIS

A efecto de realizar el análisis del artículo 265 Bis, referente a la violación a la cónyuge o concubina, es menester citar además el delito de violación previsto en el artículo 265:

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

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

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

*"ARTÍCULO 265 BIS.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.*

*Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida."*

Como lo señalamos en la concepción del delito, se realizará el estudio dogmático del artículo que nos ocupa, con base en la teoría heptatómica, que conceptúa siete elementos integrantes del delito, los cuales, de acuerdo al Dr. Castellanos Tena, desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez; por lo que suele afirmarse que estos elementos no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Pero en un plano estrictamente lógico, se debe observar inicialmente si existe *conducta*;

después verificar su amoldamiento al tipo legal: *tipicidad*; posteriormente, si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la *antijuridicidad*; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: *imputabilidad*, así como indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica que es imputable, obró con *culpabilidad*. Esto aunado a que concurren, en su caso, las *condiciones objetivas de punibilidad*, a efecto de castigar la conducta delictiva, de acuerdo a su *punibilidad*. <sup>71</sup>

Como lo hemos mencionado, entre los elementos integrantes del delito, no existe prioridad temporal, pero sí indudablemente una prelación lógica.

De acuerdo a esta prelación lógica realizaremos el estudio dogmático del delito, incluyendo elementos esenciales y no esenciales para tener una visión completa de la materia, atendiendo los aspectos positivos y negativos del mismo, cuyo orden es el siguiente:

#### **ASPECTOS POSITIVOS**

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condiciones Objetivas de Punibilidad
- g) Punibilidad

#### **ASPECTOS NEGATIVOS**

- Ausencia de Conducta
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Inimputabilidad
- Inculpabilidad
- Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad
- Excusas Absolutorias

<sup>71</sup> CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* P. 132.

## 4.1 CONDUCTA Y SU AUSENCIA

### CONDUCTA:

Como fue expuesto en el capítulo correspondiente, la conducta es un hacer o no hacer voluntario, es decir un actuar positivo o negativo; omisión que a su vez reviste dos formas: omisión simple y comisión por omisión.

Acción      Consistente en un hacer voluntario  
(resultado material)

### CONDUCTA

Omisión Simple.- Dejar de hacer  
voluntario  
(resultado formal)

Omisión

Comisión por Omisión.-Dejar de hacer  
voluntario  
(resultado formal y  
material)

De lo anterior, podemos concluir que el delito de violación a la cónyuge o concubina únicamente podrá producirse mediante la acción; ya que tanto la violencia física como moral requieren de una conducta positiva, al igual que la acción de copular.

### \*AUSENCIA DE CONDUCTA:

El elemento o aspecto negativo de la conducta, consistente en la ausencia de la misma, se produce cuando se actúa o deja de actuar involuntariamente, por las siguientes hipótesis:

ACTO REFLEJO: Son ciertos actos corporales involuntarios del agente, ya que en caso de ser controlables o previsibles no constituirían una ausencia de conducta. Estos movimientos se

producen cuando la excitación de los nervios no está sometida a un control anímico, sino que se presenta como consecuencia de un estímulo fisiológico, dando lugar con esto a los movimientos reflejos.

FUERZA MAYOR O VIS MAIOR: Se presenta cuando el agente actúa constreñido por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. Dicha fuerza obliga a que la conducta de la persona forzada carezca de la voluntariedad.

FUERZA FÍSICA O VIS ABSOLUTA: Es el constreñimiento físico que obliga al agente a actuar impulsado por una fuerza humana externa, superior e irresistible; aniquilando con esto la voluntad de actuar de la persona violentada.

Diversos tratadistas han considerado también como ausencia de conducta el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

SUEÑO: Es el descanso, relajación del cuerpo humano y letargo de algunas funciones fisiológicas, de manera regular y periódica. La persona dormida no tiene dominio sobre sí misma, por lo tanto, no existe la voluntad de ésta, motivo por el cual se considera una ausencia de conducta.

Poret Petit señala que al respecto se pueden plantear algunos problemas:

I.- ¿Es responsable el durmiente cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificados en la ley penal?

En este caso el sujeto no es responsable, porque estamos frente a una hipótesis de ausencia de conducta.

II.- ¿Es responsable el durmiente cuando busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo para realizar una conducta o hecho tipificados en la ley penal?



Es indudable que en el caso de que el sujeto se coloca intencionalmente en estado de sueño, el sujeto debe responder de la conducta o hecho cometidos. <sup>72</sup>

**SONAMBULISMO:** Se trata de un estado de inconsciencia psíquica, en donde el sujeto realiza actos involuntarios e inconscientes bajo ese sueño anormal, los cuales no recuerda al despertar.

El sonambulismo es considerado como una enfermedad del sistema nervioso, o una manifestación parcial de otras neuropatías, que se presenta principalmente en personas jóvenes en la etapa de pubertad y frecuentemente dura algunos años. En ocasiones, se presenta casi todos los días y en horas determinadas, precedidas siempre del sueño.

Durante el sonambulismo, derivado de ese sueño anormal, el sujeto actúa inconsciente e involuntariamente.

**HIPNOTISMO.-** Es un procedimiento empleado para producir un adormecimiento de tipo magnético, ocasionado por la influencia personal, mediante procedimientos especiales.

Para Pavón Vasconcelos en su Manual de Derecho Penal Mexicano *"el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de la causación de daños por el hipnotizado, en virtud del mandato impuesto por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, por no ser aquél sino un mero instrumento de éste a través de la sugestión hipnótica."* <sup>73</sup>

Jiménez Huerta comparte este criterio al afirmar que la persona que se encuentra bajo sugestión hipnótica por simple pasatiempo o

<sup>72</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. PORRÚA.MÉXICO, 1993. PAG. 325

<sup>73</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Op.Cit. P. 262

con fines terapéuticos es utilizada por el hipnotizador como una especie de instrumento material.

Existen tres corrientes que tratan acerca de la cuestión acerca de que si en estado hipnótico se pueden realizar o no las órdenes dadas por el hipnotizador:

**Escuela de París:** Sustenta que el hipnotizado puede resistir las órdenes dadas por el hipnotizador, ya que conserva la capacidad para ello, por lo que no podrán existir actos automáticos, carentes de voluntad.

**Escuela de Nancy:** Sostiene la posibilidad de que los actos ordenados sean ejecutados, con la sola repetición por parte del hipnotizador, e insiste en ella, aumentando con esto el grado de sugestión en el hipnotizado, logrando la realización de un acto automático e involuntario del mismo.

**Escuela Ecléctica o Intermedia:** Para esta corriente, las personas que se encuentran en estado hipnótico pueden ocasionalmente resistirse a ejecutar la orden, pero existen otras que excepcionalmente no lo pueden hacer, efectuando el acto automáticamente, lo cual se presentará sobre todo en los sujetos con una notoria debilidad mental o partidarios del delito.

Una vez analizadas las hipótesis de ausencia de conducta, podemos observar que ninguna de ellas podrá presentarse en el delito que nos ocupa, toda vez que para que estas hipótesis se configuren, es indispensable la falta de voluntad del sujeto activo para realizar la conducta típica, por lo que, ante un delito doloso por excelencia como lo es la violación, sería imposible hablar de una falta de voluntad en la conducta.

## **4.2 TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD**

### **\* TIPICIDAD:**

La tipicidad constituye el segundo elemento positivo del delito, entendida como la adecuación de la conducta al tipo penal,

entendiéndose este último como la hipótesis conductual descrita por el legislador en las leyes penales.

Analizaremos ahora los elementos esenciales del tipo previsto en el artículo 265 Bis, en donde se contienen ciertas exigencias:

**SUJETO ACTIVO:** El sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica. En la hipótesis del artículo 265 Bis, el tipo exige la calidad en el sujeto activo, que forzosamente debe ser el cónyuge o el concubinario, ya que la conducta delictiva debe recaer sobre la cónyuge o concubina; lo cual excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto. Esta es la razón por la cual se les denomina delitos propios, particulares o exclusivos, a diferencia de los delitos de sujeto común o indiferente, que puede ser cometido por cualquier persona. Por lo que hace a la cantidad, sólo admite la posibilidad de un sujeto activo, ya que legalmente, únicamente puede haber un cónyuge o concubinario.

**SUJETO PASIVO:** El sujeto pasivo es la persona sobre la que recae el daño ocasionado por la conducta delictiva. En el delito que nos ocupa, la ley exige la calidad en el sujeto pasivo, quien deberá ser la cónyuge o concubina. Al igual que el sujeto activo, se exige un solo sujeto pasivo por las razones expuestas en el inciso anterior.

**OBJETO JURÍDICO:** Es el bien jurídico tutelado por la ley. Este delito se encuentra comprendido en el título decimoquinto del Código Penal, en los *"Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual"*, entendiéndose que el objeto jurídico tutelado es preferentemente la libertad sexual, y con las reservas del caso, el normal desarrollo psicosexual tratándose de los menores de edad.

**OBJETO MATERIAL:** Se identifica como la persona o cosa sobre la cual recae la conducta delictiva, es decir, el objeto material o corporal de la acción. En este caso, observamos que el objeto sobre el que recae la conducta delictiva es la propia cónyuge o concubina, por lo cual bajo esta circunstancia, el objeto material se identifica con el sujeto pasivo.

**CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO, LUGAR U OCASIÓN:** En este delito se plantea la violación a la cónyuge o concubina, observando que para que exista violación se exige la circunstancia de modo, que será la violencia física o moral. Igualmente se plantea la circunstancia de tiempo, toda vez que al exigir el tipo penal que el hecho delictivo recaiga sobre la cónyuge o concubina, es lógico que tal conducta deberá ser desplegada durante el matrimonio o una vez que se haya configurado el concubinato y éste continúe. En cuanto a las circunstancias de lugar y ocasión, éstas no son exigidas.

Por lo que hace a los elementos básicos del tipo, que nos permiten determinar las particularidades para considerar el carácter injusto de la conducta descrita en el artículo 265 Bis, encontramos lo siguiente:

**ELEMENTO OBJETIVO:** Es la simple descripción del ilícito (copular a la cónyuge o concubina), que se puede apreciar y entender por el simple conocimiento.

**ELEMENTO NORMATIVO:** El tipo que nos ocupa contiene elemento normativo, ya que requiere de la especial valoración del aplicador de la ley para poder captar su sentido, como lo es el criterio del juzgador para deducir la violencia moral.

**ELEMENTO SUBJETIVO:** Este tipo, no lo contiene expresamente, claramente podemos deducir que se requiere del elemento subjetivo, ya que la conducta delictiva se deriva en razón del *ánimus*, es decir, del propósito del agente, atendiendo al motivo y al fin de la conducta, en orden a lo injusto, es violentar moral y/o físicamente, implicando con esto, el dolo con el que se actúa.

#### **\*ATIPICIDAD:**

Como aspecto negativo de la tipicidad, encontramos a la atipicidad, entendida esta como la no adecuación de la conducta al tipo penal abstracto.

Para que una conducta sea típica, debe adecuarse exactamente al tipo establecido con anterioridad al hecho. A falta de esta exacta adecuación, la conducta será atípica.

Algunos tratadistas afirman que ante una conducta atípica, no habrá delito; pero en ocasiones la conducta podrá ser atípica en cuanto a determinado tipo penal; pero la misma conducta será delictiva al encuadrarse cabalmente en otro tipo penal.

A continuación haremos referencia a las hipótesis de atipicidad que se pueden presentar para el caso del artículo 265 Bis, observando que tales conductas se podrán adecuar a tipos penales diversos:

**FALTA DE CALIDAD DE SUJETO ACTIVO:** La falta de calidad se presenta cuando la violación es cometida por persona que no es el cónyuge o concubinario del ofendido, en cuyo caso la violación es tipificada por el artículo 265, en donde no se exige calidad en el sujeto activo, en cuanto a que sea cónyuge o concubinario.

**FALTA DE CALIDAD DE SUJETO PASIVO:** Esta falta de calidad se presentará cuando la conducta sea desplegada sobre persona distinta a la cónyuge o concubina, adecuándose con esto a la hipótesis de violación prevista en el artículo 265, en donde el sujeto pasivo es indiferente.

**FALTA DE OBJETO JURÍDICO:** Cuando se haya ausente el bien jurídico tutelado por la ley, como lo sería el caso de la cópula con el cadáver de la esposa o concubina, en donde ya no existe la tutela de la libertad sexual; no obstante, se configuraría la necrofilia, tipificada en el artículo 281.

**FALTA DE OBJETO MATERIAL:** En virtud de que el sujeto pasivo se identifica con el objeto material, la falta del primero conlleva a la falta del segundo.

**FALTA DE CIRCUNSTANCIAS DE MODO Y TIEMPO:** Se presentará la primera de ellas cuando no se ejerza violencia física o moral exigida en la violación; y la segunda, cuando la violación se realice una vez decretado judicialmente el divorcio, o una vez que

ha cesado el concubinato o antes de configurarse ambos. A falta de la circunstancia de modo, no existirá el ilícito de violación; pero a falta de la circunstancia de tiempo, sí se configurará la violación prevista en el artículo 265. Por lo que hace a las circunstancias de lugar y ocasión, éstas no constituirán atipicidad por no ser exigidas por el tipo.

### 4.3 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

#### **\*ANTI JURIDICIDAD:**

El tercer elemento o aspecto positivo del delito es la antijuridicidad misma que se entiende como la trasgresión al Derecho, lo contrario a las normas.

Continuando con el estudio dogmático del artículo 265 Bis, ubicaremos su antijuridicidad atendiendo a los diversos criterios que enunciamos en el capítulo dos:

**Antijuridicidad Objetiva:** Se produce al actualizar la hipótesis prevista en el artículo 265 Bis. La conducta externa es contraria a Derecho, lo que le atribuye el carácter objetivo.

**Antijuridicidad Subjetiva:** Se produce por el *ánimus* del agente para realizar la cópula con su cónyuge o concubina por medio de la violencia, ya que el sentido que el agente atribuye a su conducta, por su disposición anímica, se traduce en el carácter subjetivo, ya que obra con el ánimo específico.

**Antijuridicidad Formal:** Se produce cuando el acto implica una transgresión a una norma establecida por el Estado; la infracción a las leyes; la rebeldía contra la norma jurídica; en este caso realizar la hipótesis conductual establecida en el artículo 265 Bis.

**Antijuridicidad Material:** Se produce con el juicio de desvalor de la conducta desplegada sobre la cónyuge o concubina al comprobar la oposición a lo que el Derecho quería evitar, toda vez que dicha

oposición significa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley penal, que en este caso sería la libertad sexual.

Independientemente de que la conducta sea típica, también deberá ser antijurídica, es decir, contraria a Derecho, ya que en contraposición a la antijuridicidad, se pueden dar las causas de justificación.

### **\*CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:**

Las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuridicidad, las cuales son aquellas que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Estas causas de justificación también llamadas causas de licitud, causas eliminatorias de la antijuridicidad o justificantes, son aquellas conductas que el mismo Derecho permite en determinadas circunstancias, mismas que normalmente serían antijurídicas. Ante estas circunstancias las conductas realizadas, a pesar de su apariencia, resultan conforme a Derecho.

Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, señala estas causas de justificación, en su artículo 15, fracciones III, IV, V y VI, como consentimiento del ofendido, defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Anteriormente se contemplaban también la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo, mismas que fueron derogadas el 10 de enero de 1994.

**Consentimiento del Ofendido:** Se actúa con el consentimiento tácito o expreso del titular del bien jurídico afectado, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

Que el bien jurídico sea disponible, es decir, que para que pueda operar el consentimiento del ofendido, debe ser sobre bienes jurídicamente disponibles, entendidos estos como aquellos que su destrucción o puesta en peligro no afectan a

la sociedad, es decir, de interés particular, entre los cuales se excluye obviamente la vida;

Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, ya que deberá gozar tanto de capacidad física y mental, como no tener impedimento legal para ello; y

Que el consentimiento sea expreso o tácito, sin que medie algún vicio, o que se realice el hecho, presumiendo fundadamente que de haber consultado al titular del bien, este hubiera otorgado su consentimiento. Para este requisito se requiere que el titular del bien no se encuentre en error o coaccionado física o psicológicamente para tal fin; o que en circunstancias en que no se le haya podido solicitar el consentimiento, se actúe a efecto de salvaguardar sus bienes jurídicos tutelados.

**Defensa Legítima:** La ley permite la repulsa a una agresión real, actual o inminente y sin derecho, sobre bienes jurídicamente tutelados, propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados, siempre que no medie provocación dolosa suficiente por parte del agredido o de la persona a la que se defiende.

Analizaremos los elementos que integran la defensa legítima, a efecto de poder comprenderla correctamente:

**Repeler:** Significa rechazar algo, evitar, no permitir que algo ocurra, eludir. Rechazar la agresión.

**Agresión:** Es atacar, embestir, acto mediante el cual se pretende dañar o causar un mal a alguien o a algo.

**Agresión Real:** Que sea cierta, no imaginada, que no se trate de una **simple** suposición o presentimiento.

**Agresión Actual:** Que ocurra en el mismo instante, es decir, que la agresión y la repulsa se realicen en el mismo espacio de tiempo.



Agresión Inminente: Que esté a punto de ocurrir, próxima o cercana a cometerse e inevitable.

Sin Derecho: La agresión debe carecer de derecho o consentimiento.

En Defensa de Bienes Jurídicos Propios o Ajenos: Que la repulsa tienda a conservar bienes jurídicos tutelados por la ley, sin importar que sean propios o ajenos.

Necesidad Racional de la Defensa Empleada: La defensa empleada debe ser de igual o menor magnitud a la agresión que pretende causar el daño. Para que opere la defensa legítima jamás deberá exceder la magnitud de la repulsa a la agresión.

Que no medie provocación: El agredido no debe haber provocado al agresor suficiente y dolosamente, inmediato a la agresión.

**Estado de Necesidad**: Excluye el carácter de injusto de la conducta. Se caracteriza por ser una colisión de intereses jurídicamente protegidos, pertenecientes a distintos titulares. *"Es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio de un interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio"*.<sup>74</sup>

La fracción V del Código Penal, define al estado de necesidad como: *"Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."*

Respecto al valor del bien jurídico sacrificado, si éste es menor que el salvaguardado, estaremos ante una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente no por anularse la antijuridicidad sino en función de una causa de

<sup>74</sup> PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. P. 321

inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria; cuestiones que trataremos posteriormente.

Ante el conflicto de intereses que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos, en función del interés preponderante, salvaguardando un bien jurídico de mayor valor, lesionando o aniquilando otro de menor valía; obrando jurídicamente, ya que es preferible salvar uno o parte de uno, que en este caso es el de mayor valor, a sacrificar ambos. <sup>475</sup>

Para que el estado de necesidad se configure, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

Situación de peligro actual, real o inminente, es decir, que se actúe en presencia de un peligro que se esté actualizando en ese momento; sea cierto, no imaginado, o necesariamente se vaya a producir inmediatamente.

Peligro sobre bienes jurídicos. El peligro deberá ser sobre bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

Que el peligro no haya sido causado dolosamente por el agente. El peligro no debe ser causado intencionalmente, ya que ante esta situación se excluye el funcionamiento de la justificante, por haber causado el agente la situación de peligro mediante una acción consciente y voluntaria.

Que se lesione o aniquile un bien jurídico de menor valía, preservando el de mayor valor.

Siempre y cuando el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. La lesión o aniquilación del bien jurídico debe ser el último recurso, aplicado por quien no esté obligado jurídicamente a hacerlo.

---

<sup>75</sup> CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* P. 204-205)

**Cumplimiento de un deber:** Ante esta justificante, no se ejecuta un delito, por realizar una conducta o hecho típicos, por acatar un mandato legal.

Podemos identificar que se ejecutan conductas típicas, que se autorizan en virtud de un expreso mandato de la ley, excluyéndoles el carácter de antijurídicas.

Comúnmente estos deberes son impuestos a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, obligando o facultando a los mismos para actuar en determinado sentido, pero conservando la licitud de la conducta mediante el precepto legal aplicable al caso concreto. Excepcionalmente corresponde al particular el cumplimiento de algunas exigencias, como la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio y que sabe se van o están cometiendo.

Para la configuración del cumplimiento de un deber, podrán concurrir los siguientes elementos:

Que esté determinado por una ley. El mandato se encuentra plasmado con anterioridad al hecho en una norma jurídica.

Derivado de una orden de la autoridad. El mandato proviene de un órgano revestido de imperio, mediante el cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, de acuerdo a la forma prescrita por la ley.

**Ejercicio de un Derecho:** La fracción VI del artículo 15 del Código Penal, establece que esta conducta deberá realizarse siempre que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho, y que éste no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

Estos derechos son ejercitados en función de instituciones, cargos, profesiones o determinadas actividades que se encuentran legalmente reglamentadas.

Para que sea operante el ejercicio de un derecho, éste debe ser legítimamente ejercido, es decir, por la vía autorizada por la ley. <sup>76</sup>

La facultad o autorización concedida requiere que sea derivada de una autoridad, misma que obviamente deberá actuar dentro del marco de su competencia; autorización que además reunirá los requisitos legales procedentes. De manera que tales actividades serán lícitas cuando se realicen mediante autorización especial, extendida por la autoridad competente y conforme a los requisitos fijados por las leyes.

Normalmente encontramos que estas justificantes por derecho, legitiman las conductas típicas como las lesiones y homicidio que se producen en los deportes, en donde se actúa bajo una reglamentación específica, la cual es establecida a efecto de evitar al mínimo el daño a los bienes jurídicos de los participantes; por lo que la producción de esos daños, dentro de las leyes establecidas, será meramente fortuita.

De igual forma se podrá ejercer el derecho en las lesiones o el homicidio originados en tratamientos médicos quirúrgicos, bajo el criterio de que esa actividad corresponde a un alto interés social. Con esto, el Estado motiva, disciplina y favorece la actividad médica.

Una vez definidas las causas de justificación, encontramos que la hipótesis prevista en el artículo 265 bis, únicamente podrá admitir el consentimiento del ofendido, al consentir la esposa o concubina la cópula por vía idónea o no idónea, incluso aceptando la violencia, la conducta queda excluida de antijuridicidad, toda vez que el agente obtuvo el consentimiento de quien es titular del bien jurídico y también puede disponer libremente de él, como lo es la libertad sexual.

## **4.4 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD**

### **\* IMPUTABILIDAD**

Continuando con la prelación lógica en el estudio dogmático del artículo 265 bis, para que a un sujeto se le pueda atribuir la

---

<sup>76</sup> Citado por PAVON. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. P. 337)

culpabilidad de su conducta, forzosamente debe ser imputable, tal y como fue mencionado en el capítulo respectivo.

Entendemos a la imputabilidad como la capacidad de querer y entender dentro del campo de Derecho Penal. El conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de realizar la conducta típica, que lo capacitan para responder del mismo. <sup>77</sup>

Para que el individuo pueda conocer el carácter de la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

El maestro Pavón Vasconcelos considera que *" la imputación lígase íntimamente al juicio de culpabilidad, dado que imputar equivale a poner algo a cargo de alguien,... es un juicio sobre un hecho ya sucedido, en tanto imputabilidad es la expresión técnica para denotar la capacidad penal..."* <sup>78</sup>

Encontramos entonces que la imputabilidad implica salud mental por parte del agente del delito y la misma está condicionada estrechamente por razones de la edad; derivando esto, que el sujeto activo primeramente tendrá que ser imputable para posteriormente ser culpable.

Los sujetos de responsabilidad penal, a quienes van dirigidas las normas penales aplicables en el Distrito Federal, son aquellos individuos mayores de dieciocho años, con la capacidad de querer y entender dentro del Derecho Penal, es decir, imputables.

Como lo hemos expuesto, para efectos de responsabilidad penal, al momento de la realización de la conducta típica, el sujeto activo debe ser imputable; pero en ocasiones éste comete algún ilícito derivado de que se colocó intencional o imprudencialmente en un estado transitorio de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, como lo es el estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes,

<sup>77</sup> CASTELLANOS TENA. Op. Cit. P. 218.

<sup>78</sup> PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. P 372

conductas que son conocidas como *acciones liberae in causa*, mismas que no excluyen de responsabilidad, siendo determinadas en cuanto a su efecto.

El criterio del maestro Castellanos Tena respecto a estas acciones, se sustenta en que *"si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena".*<sup>79</sup>

Respecto a las acciones libres en su causa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

**"ACCION LIBRE EN SU CAUSA. SU REGULACIÓN Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.** Lo que la doctrina ha definido como *"actio liberae in causa"* consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al señalar que *"son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente"*, por tanto, es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquel aspecto negativo de la culpabilidad, no lo releva, exime o atenúa de su responsabilidad,

<sup>79</sup> CASTELLANOS TENA. Op. Cit: P. 222

*si éste previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.*<sup>80</sup>

Una vez analizada la imputabilidad, encontramos que en el delito que nos ocupa, será imputable el cónyuge o concubinario mayor de dieciocho años, consciente del alcance de sus conductas dentro del Derecho Penal; independientemente de que al momento de cometer el delito, se encuentre en un estado de inimputabilidad transitoria o imputabilidad disminuida, provocada dolosa o culposamente.

### **\* INIMPUTABILIDAD**

Como aspecto negativo de la imputabilidad, encontramos a la inimputabilidad, la cual consiste en la falta de capacidad para querer y entender dentro del Derecho Penal.

Nuestro Código Penal, establece en la fracción VII del artículo 15, como causa de exclusión del delito, el supuesto de que *"al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado."*

En la doctrina se han establecido como causas de inimputabilidad las siguientes:

**Inmadurez mental:** Se considera en la legislación penal vigente para el Distrito Federal a los menores de dieciocho años de edad como inimputables, derivado de su inmadurez mental, cuestión que ha provocado la polémica con diversos tratadistas, ya que existen algunos que afirman que algunos menores de edad en ciertos casos son capaces de querer y entender, y por el hecho

---

<sup>80</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Tesis 766. Página 497. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Octava Época. NOTA: Tesis I.2o.P./J9, Gaceta número 25, pág. 65; Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-2, pág. 659.

de ser menores de edad no cometen delitos, sino infracciones a la ley penal, encontrándose en un régimen distinto al de los adultos.

**Trastorno Mental:** Es una perturbación de las facultades psíquicas consistentes en alteraciones o mal funcionamiento de las mismas, como lo serían las producidas por algún trastorno patológico o el consumo habitual de enervantes o bebidas etílicas, que ocasionan un estado de incomprensión permanente.

**Desarrollo Intelectual Retardado:** Consiste en la disminución de las facultades de querer y entender o la disminución de la inteligencia. Las causas que pueden dar lugar a este desarrollo intelectual retardado pueden ser la sordomudez o la ceguera, aunque para que estas puedan ser consideradas como causas de inimputabilidad, deberán ser congénitas y ocasionar un estado de incomprensión total, ya que en el caso de que a estas personas se les haya enseñado el alcance de su responsabilidad, mediante el discernimiento de lo que es bueno y lo que es malo, se les considerará con un desarrollo intelectual suficiente para no ser considerados como inimputables y determinarles responsabilidad penal, por tener la capacidad de querer y entender el hecho delictivo.

De las anteriores consideraciones, encontramos en el caso de existir matrimonio, que serán inimputables aquellos cónyuges varones menores de dieciocho años de edad, ya que nuestra legislación civil establece en su artículo 148 que la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciséis años; lo mismo, por padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, siempre y cuando éstas se produzcan con posterioridad al matrimonio, ya que de existir anterior al matrimonio, serán causales de impedimento de la celebración del mismo, según lo establece el Código Civil en su artículo 156, fracción IX, en relación con el 450, fracción II del mismo ordenamiento.

En estos casos no existe responsabilidad penal, y únicamente se podrá aplicar la legislación civil por ser causales de divorcio.

En cuanto a los concubinos, se podrán presentar cualquiera de las causas de inimputabilidad, toda vez que como fue mencionado en



el capítulo respectivo, sin que el Derecho intervenga para procurar el mantenimiento de dicha relación, que para su configuración únicamente se requiere de la cohabitación de los concubinos durante dos años, o en cualquier momento si se han procreado hijos, y su disolución puede llevarse a cabo en cualquier momento por la simple voluntad de cualquiera de los concubinos.

## **4.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD**

### **\* CULPABILIDAD**

La culpabilidad es considerada como uno de los elementos esenciales del delito, ya que la conducta será delictiva, no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino también culpable. La relación subjetiva entre el autor, y el resultado de su acto, que es el conjunto de presupuestos fundamentales de la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

Recordemos que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, tal y como fue explicado en el capítulo respectivo.

De lo anterior, encontramos como elementos de la culpabilidad:

La normalidad de las circunstancias concomitantes, que permiten al sujeto actuar conforme al Derecho, y que da base para reprocharle a éste el no haber escogido tal alternativa.

El vínculo psicológico, que no son sino formas de reproche derivados del actuar con dolo o culpa.

Por lo que hace al dolo, este contiene dos elementos constitutivos:

- = El elemento intelectual, que no es sino la conciencia de que se quebranta el deber. La representación del hecho y su significación.

= El elemento volitivo, emocional o psicológico, consistente en la voluntad de realizar el acto típico.

La culpa, puede presentarse en dos formas:

Culpa consciente: Una conducta voluntaria produce un resultado típico previsto con anterioridad al hecho, no querido, pero abrigando la posibilidad de que éste no se produjera.

Culpa inconsciente: Se produce cuando no se prevé un resultado típico previsible, por falta de cuidado, precaución o negligencia.

Encontramos que mientras el dolo requiere de una intención del resultado típico querido, en la culpa no existe esa intención de buscar el resultado, el cual se produce por la omisión del deber de cuidado.

Una vez entendida la culpabilidad y sus formas, encontramos que el artículo 265 bis únicamente acepta el dolo directo, ya que el hecho de que el cónyuge o concubinario obtenga la cópula de su cónyuge o concubina por medio de la violencia física o moral, implica forzosamente que el sujeto activo tenga conciencia del hecho y encamine su voluntad directamente a la producción del resultado delictivo. Siendo ilógico pensar que aún habiendo la voluntad de cometer un delito distinto, se produzca la violación como consecuencia necesaria o eventual del delito principal, o por imprudencia.

El reproche de la conducta dependerá de las circunstancias en que actúe, pudiendo disminuir cuando la anormalidad sea mayor.

### **\* INCULPABILIDAD**

Es el elemento negativo de la culpabilidad, la cual excluye la reprobabilidad de la conducta por carecer el agente del conocimiento o la voluntad de delinquir, o por no existir el nexo intelectual que lo ligue con su acto, que se presenta en casos extremos en que al sujeto no le sea posible adaptarse a las exigencias del Derecho, no siendo reprochable el hecho, por no podersele exigir una conducta diversa.

El Código Penal vigente, manifiesta en sus fracciones VIII, IX y X del artículo 15, como causas de exclusión del delito:

*VIII "Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:*

*A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*

*B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.*

*IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho; o*

*X El resultado típico se produce por caso fortuito."*

Doctrinalmente son consideradas causas de inculpabilidad las siguientes:

Error esencial e Invencible de Derecho: Se presenta cuando el agente tiene una falsa concepción de la realidad sobre alguno de los elementos esenciales del derecho, siempre que este error sea invencible. El agente actúa ignorando la existencia de la ley o error en la misma.

Error de Hecho: Se traduce en la conducta bajo un error sobre la esencia del hecho que realiza, creyendo que se encuentra en un actuar diverso. Este error de hecho a su vez se subdivide en dos:

= Error Esencial: Debe ser invencible, y se presentará cuando el sujeto actúa antijurídicamente, pensando que su conducta es lícita.

= Error accidental: Este tipo de error no produce efectos de eximente, ya que no recae sobre las circunstancias esenciales del hecho, sino en circunstancias secundarias. Este error se subdivide en tres especies:

\* *Aberratio ictus*.- Es el error en el golpe. El resultado no es el querido, pero sí a él equivalente.

\* *Aberratio in persona*: El error versa sobre la persona sobre la que recae el delito, la cual es distinta a la que originalmente sería objeto del delito.

\* *Aberratio in delicti*: Se produce un resultado distinto al deseado.

Temor fundado: Esta es una circunstancia externa que coacciona psicológicamente al agente, a actuar contrario al Derecho, derivado de antecedentes que fundadamente hacen presumirle la presencia de una amenaza.

No Exigibilidad de Otra Conducta: Se presenta cuando se produce un resultado típico por circunstancias especialísimas. El Derecho no le puede exigir al sujeto una conducta diversa, excusando su comportamiento.

Como circunstancias que originan la no exigibilidad de otra conducta encontramos:

Estado de Necesidad: Como ya fue explicado, dentro de las causas de justificación el estado de necesidad se produce al salvar un bien jurídico de mayor valor, sacrificando uno menor. La diferencia con el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, estiba en que ante la presencia de dos bienes jurídicos de igual jerarquía, que no pueden subsistir al mismo tiempo, se opta por salvar cualquiera de ellos, en lugar de que ambos se aniquilen, siendo perfectamente comprensible que no se puede en estos casos exigirle al sujeto un actuar diverso; a diferencia del estado de necesidad como causa de justificación, en donde sí le es exigible salvar el bien jurídico de mayor valor.

Vis compulsiva: Esta circunstancia es una coacción psicológica externa originada por el hombre, mediante la amenaza real, actual e inminente, que violenta su voluntad, obligándolo a una conducta delictiva, ya que en circunstancias normales el sujeto no hubiera dirigido su voluntad al resultado típico. Observamos que el Derecho establece la inculpabilidad en tal situación, bajo el criterio de que no se puede obligar al sujeto a sacrificarse, ya que podrá salvaguardar los bienes jurídicos propios o ajenos que se encuentran bajo la amenaza, cumpliendo con el mandato a que se le constriñe. Para que esta circunstancia sea operable los bienes amenazados deberán ser de menor o igual jerarquía que los obligados a dañar.

Caso Fortuito: En ocasiones, se causan daños por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. *“En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado... el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concusa extraña y por eso se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirse al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.... el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible”.*<sup>81</sup>

Anterior a la adición del artículo 265 bis, se admitía el error esencial de derecho en la cópula impuesta violentamente a la esposa por parte de su cónyuge, excluyendo la culpabilidad de la conducta en el delito de violación, pero sí lo encuadraban en la hipótesis del artículo 226, como ejercicio indebido del propio derecho, que a la letra dice: *“Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses*

<sup>81</sup> CASTELLANOS TENA. Op. Cit. P. 250 Y 251

a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se podrá proceder por querrela de la parte ofendida." Lo anterior, bajo el siguiente criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercer indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que la impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, mas no limitativo."* <sup>82</sup>

De esto se observa que sólo se configuraba la violación en las circunstancias que fueran contra el orden natural:

*"VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la*

<sup>82</sup> Tesis 381. Página 210. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. NOTA: Tesis 1a./J.10/94, Gaceta número 77, pág. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 78.

*moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación.”*<sup>83</sup>

*“VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público, en contra de la voluntad del pasivo, ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación, pues no hay duda de que el cónyuge ofendido, puede negarse a la práctica de la relación en tales condiciones.”*<sup>84</sup>

Explicado lo anterior, en el análisis del delito a que hemos hecho referencia, únicamente se podrá presentar como causa de inculpabilidad la vis compulsiva, ya que sólo se podrá coaccionar psicológicamente al cónyuge o concubinario a copular sin el consentimiento de su esposa o concubina, mediante las amenazas de causar un daño a los intereses jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando estas amenazas sean reales, actuales o inminentes, y los bienes jurídicos amenazados sean de igual o mayor jerarquía que la libertad sexual de la ofendida.

## **4.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA**

### **\* CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**

Como sexto elemento positivo dentro del análisis del delito, encontramos las condiciones objetivas de punibilidad, cuya definición

<sup>83</sup> Tesis 378. Página 209. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a/JJ.9/94, Gaceta número 77, p. g. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

<sup>84</sup> Tesis 376. Página 208. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Octava Época. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos. NOTA: Tesis 1a/JJ.8/94, Gaceta número 77, p. g. 17, véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Mayo, pág. 77.

y elementos que las integran han sido temas muy discutidos entre los tratadistas.

Algunos como el Doctor Castellanos Tena, afirman que son aquellas condiciones ocasionalmente exigidas por el legislador para que una conducta típica, pueda ser penada. <sup>85</sup>

Estos requisitos son conocidos como condiciones objetivas de punibilidad, condiciones objetivas de penalidad o requisitos de procedibilidad.

La diferencia en su clasificación estiba básicamente en que hay quienes las conciben desde el punto de vista teórico, como condiciones objetivas de punibilidad, y otros desde el punto de vista procesal como requisitos de procedibilidad, para poder proceder a ejercitar la acción penal y sancionar una conducta delictiva, es decir, se requiere de la excitación al órgano jurisdiccional correspondiente mediante la denuncia o la querrela. En nuestro análisis consideraremos las enunciadas para efectos prácticos.

La denuncia puede ser presentada por cualquier persona, la cual hace del conocimiento del Ministerio Público lo que sabe de un delito que no requiere de querrela, ya sea por el ofendido o por un tercero.

La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido, para que se persiga al responsable de un delito no perseguible de oficio, haciéndolo del conocimiento del Ministerio Público, y manifestar su deseo de que se castigue al mismo, dando prioridad con esto a la voluntad de la víctima o del ofendido, debido a que se lesionan intereses particulares y no colectivos, quedando con esto al arbitrio del ofendido su interés de que se castigue al responsable. A falta de este requisito, el ministerio público está impedido para ejercitar la acción penal, por ser éste indispensable para la iniciación de la averiguación previa respectiva.

Explicadas estas condiciones o requisitos, apreciamos que el segundo párrafo del artículo 265 bis, exige como requisito previo, la querrela de la esposa o concubina, excluyendo con esto, su



persecución de oficio, como en la violación o su equiparable, previstas en los artículos 265 y 266 del Código Penal.

### **\*AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**

La ausencia de las condiciones citadas anteriormente, producirá que la conducta delictiva no pueda ser sancionada, en virtud de carecer el Ministerio Público de la excitación respectiva para ejercitar la acción penal, y en consecuencia, la imposibilidad de llevar a cabo un procedimiento para dictar una sentencia y aplicar la pena correspondiente.

La conducta delictiva prevista en el artículo 265 bis no podrá ser penada en virtud de la ausencia de la querrela por prescripción del derecho a formularla o por falta de interés de la esposa o concubina del sujeto activo; o una vez formulada la misma, si sobreviniere la muerte o el perdón de la esposa o concubina, o la muerte del esposo o concubinario.

Cabe aclarar que la abstención de querrellarse únicamente se traduce en que no se ha cubierto el requisito previo para sancionar la conducta, lo que no implica un perdón, por lo que una vez colmado el requisito, se iniciará la averiguación previa respectiva en contra del sujeto activo del delito.

## **4.7 PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

### **\* PUNIBILIDAD**

Una vez analizados los aspectos positivos del estudio dogmático del delito, encontramos por último a la punibilidad, misma que algunos tratadistas le otorgan el carácter de elemento integrante del delito, y otros lo consideran como una consecuencia del mismo.

Con respecto a la punibilidad relacionada con el delito, nuestro Código Penal define al delito como *"el acto u omisión que sancionan las leyes penales."*

Entre los tratadistas que consideran a la punibilidad como elemento integrante del delito se encuentran Pavón Vasconcelos, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Von Liszt, Betiol, Porte Petit, entre otros, bajo el criterio de que el delito, en sentido amplio, constituye una conducta punible prevista en las leyes penales, ya que se establece el tipo penal concreto, cuya actualización acarrea el merecimiento de la pena establecida con anterioridad al hecho.

Porte Petit aclara que el artículo 7 del Código Penal *"exige explícitamente la pena legal, y no vale decir que sólo alude a la garantía penal 'nula poena sine lege', pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal"*.<sup>86</sup>

Pavón aclara que quien comete un ilícito realiza actos condicionantes de la pena, ya que las normas que lo sancionan establecen una relación entre la conducta prevista y el acto coactivo del Estado. Menciona que es correcto afirmar que la pena es consecuencia del delito, pero que no se le debe confundir con la punibilidad, que es elemento constitutivo del delito por ser el fundamento de la obligación del Derecho.<sup>87</sup>

El criterio que siguen respecto a las conductas que no son penadas por circunstancias especiales, es que, al no ser punible, dicha conducta no encaja en la definición de delito del artículo 7 del Código Penal.

Castellanos Tena, Soler, Villalobos, Raúl Carrancá, entre otros, le niegan el carácter de elemento esencial del delito, afirmando que tan solo se trata de una reacción del Estado en contra del delincuente; reacción posterior a la conducta típica.

---

<sup>86</sup> CITADO PDR CASTELLANOS TENA. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. P. 268

<sup>87</sup> PAVÓN VASCONCELOS. Op. Cit. P. 426

Sustentan su posición, basados en que basta que concurren aquellas circunstancias señaladas en la ley penal para que una conducta delictiva no sea punible, derivándose de ello que no forzosamente toda conducta típica sea punible; lo cual excluye a la punibilidad como elemento esencial del delito.

Villalobos estima que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad) como subjetivamente (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la sociedad y por ello, externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria. <sup>88</sup>

Para Porte Petit, *"cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad concurre una conducta o hechos típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento, sino una consecuencia del delito."* <sup>89</sup>

La punibilidad, según Pavón Vasconcelos, es *"la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."* <sup>90</sup>

La punibilidad consiste el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. Una conducta es punible cuando por su naturaleza amerita ser penada, engendrándose con esto, una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *ius puniendi*). La punibilidad, para Castellanos Tena es: a) merecimiento de penas; b) amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley. <sup>91</sup>

<sup>88</sup> CITADO POR PAVÓN VASCONCELOS. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. P. 423

<sup>89</sup> CITADO POR CASTELLANOS TENA. LINEAMIENTO ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. P. 270

<sup>90</sup> PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. P. 421

<sup>91</sup> CASTELLANOS TENA Op. Cit. P. 267

Amén de atribuirle o no el carácter de elemento esencial del delito, podemos apreciar que en las concepciones citadas anteriormente, se utilizan términos tales como:

**Punibilidad:** Es la amenaza por parte del Estado en contra del delito, fijando los parámetros de sanción al caso en concreto, delimitando la actuación del juzgador al determinar los límites y el criterio para la aplicación de la sanción correspondiente. El artículo 52 del Código Penal señala: *"El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:*

*La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que hubiere sido expuesto;*

*La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;*

*Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;*

*La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;*

*La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*

*El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y*

*Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".*

De lo anterior, observamos que el juzgador no puede determinar a su libre arbitrio la pena que crea conveniente, ni su aplicación por analogía; sino que se deberá ajustar a los límites establecidos en la propia ley para tal efecto.

**Penas:** Una vez determinados los parámetros de sanción al delito en particular, y determinadas las circunstancias concomitantes al mismo, el juzgador determinará la pena correspondiente al caso concreto. La pena no es sino el merecimiento de una sanción como consecuencia de la conducta delictiva.

**Punición:** Se traduce como el *ius puniendi*, que es la facultad que posee el Estado para imponer concretamente las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa. Esto es, una vez que el juzgador determinó la pena al caso en particular de acuerdo al parámetro y criterios de aplicación, el Estado, a través del órgano competente, se encargará de cumplimentar la aplicación de dicha pena.

Por lo que hace al artículo 265 bis, su punibilidad será la misma que la prevista para la violación, citada en el artículo 265, que establece prisión de ocho a catorce años.

Como agravante de la punibilidad del artículo 265 BIS, únicamente será aplicable lo previsto en la fracción I del artículo 266 bis, que establece la posibilidad de aumentar la pena hasta en una mitad en su mínimo y máximo, al cometer el delito el cónyuge o concubinario con intervención directa o inmediata de otra u otras personas, por lo que la punibilidad podrá ser mayor de ocho años de prisión y hasta 21 años como máxima, a criterio del juzgador.

De lo anterior, observamos que la única forma en que se podrá encuadrar esta fracción dentro de la violación equiparada con o sin violencia, será solamente entre casados, siempre y cuando la esposa padezca de alguna de las incapacidades señaladas en la fracción II del artículo 450 del Código Civil, ya que derivado de ello se encontrará bajo la tutela de su cónyuge.

Pasando al plano de la tentativa, encontramos que solamente se puede presentar la tentativa inacabada de violación a la cónyuge o

concubina, en virtud de tratarse de un delito doloso, que requiere para su integración, de un proceso ejecutivo, como lo sería el proceso de coacción física o moral para la imposición violenta de la cópula.

## **\*EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

Una vez explicada la punibilidad como la consecuencia del delito, encontramos como su aspecto negativo a las excusas absolutorias.

El legislador, por razones de justicia y equidad social, de acuerdo a una prudente política criminal, ha establecido que en ocasiones no será aplicable pena alguna a ciertas conductas delictivas.

Estas circunstancias especiales son conocidas como excusas absolutorias, causas de impunidad, circunstancias excluyentes de responsabilidad o ausencia de punibilidad, las cuales, si bien es cierto dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta, impedirán la aplicación de la pena al agente del delito.

Castellanos Tena afirma que derivado de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, ya que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, ya que en presencia de alguna de ellas, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables, solo se excluye la posibilidad de punición. <sup>92</sup>

López Betancourt afirma que éstas son circunstancias específicas señaladas en la ley, motivo por las cuales no se sanciona al agente del delito.

Para Carrancá y Trujillo, dichas excusas dejan subsistente el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena.

---

<sup>92</sup> Op. Cit. P. 278

Según Pavón Vasconcelos, las excusas absolutorias originan la inexistencia del delito.

Explicaremos enseguida algunas de las excusas absolutorias que recoge nuestra legislación penal sustantiva para el Distrito Federal:

**Excusas en razón de graves consecuencias sufridas o por su senilidad o precario estado de salud.**- El artículo 55 del Código Penal señala que *“cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad”*.

Observamos que el razonamiento de esta excusa, se debe a motivos de indulgencia y humanidad, así como en función de los verdaderos fines de la pena; independientemente de la actual mínima temibilidad del sujeto, siendo comprensible la innecesidad de la aplicación de la pena privativa de libertad.

El artículo 139 declara impunes a aquellos que habiendo tomado parte en una rebelión, depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubieren cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 138.

De lo anterior se observa que dicha excusa absolutoria tiene sus motivos en el arrepentimiento efectivo y espontáneo del sujeto activo.

**Excusa en razón de los móviles afectivos revelados.**- El artículo 151 del Código Penal señala respecto a que si los que favorecen la evasión de algún detenido, procesado o condenado, son los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, parientes por afinidad hasta el segundo grado, están exentos de toda sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Igualmente, el artículo 400 del mismo ordenamiento, exime de la pena a los ascendientes, descendientes consanguíneos o afines, cónyuge, concubinos, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, así como a los que estén ligados al delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles; que oculten o favorezcan el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe, o requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

De igual forma, el artículo 280 establece en su fracción II, que no se impondrá sanción alguna a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio, que oculten, destruyan o sin la licencia correspondiente sepulten el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía de esta circunstancia.

Encontramos que estas excusas absolutorias atienden a los motivos nobles que determinan la actuación del agente, derivado de los lazos afectivos que los unen con el delincuente, siendo esto una actitud comprensible, no violenta, y por ende falta de temibilidad del agente, cuya actuación se justifica al favorecer a quienes están unidos a él por las circunstancias señaladas.

Otra excusa constituida en el artículo 154 del Código Penal, es la referente a la no aplicación de pena alguna al preso que se fugue, a menos que obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos, o ejerciere violencia en las personas.

Atenta a las circunstancias de la actuación del agente, esta excusa se deriva en razón de la mínima temibilidad del mismo, al obrar individualmente y sin violencia, lo cual no provoca un daño mayor en su actuar.

**Excusa en razón de la maternidad consciente.**- El artículo 333 señala que no será punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. El artículo 334 establece que tampoco se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o



el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Para el caso del aborto ocasionado por imprudencia de la mujer embarazada, la excusa atiende a que siendo la mujer la primera víctima de su imprudencia, sería irracional e inhumana la aplicación de la pena.

La excusa del aborto cuando el embarazo es motivo de una violación, se deriva precisamente de cómo poder obligar a la mujer cuya concepción del producto fue impuesta violentamente por una violación, ya que en la mayoría de las veces, tanto el embarazo, así como el nacimiento del hijo, constantemente recordarían a la madre el hecho y en mayor parte su desprecio como producto de la violación, afectando con esto también al hijo nacido, al ser sujeto de desprecio y repugnancia.

**Excusa en razón del interés preponderante.**- El artículo 351 establece que no se aplicará sanción al acusado de difamación, en el caso de que probare su imputación realizada ante depositario o agente de la autoridad, o a cualquier otra persona que haya obrado con carácter público, si la imputación fuere relativa al desempeño de sus funciones, o cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivo de interés público o por interés privado, pero legítimo, y sin el ánimo de dañar.

De igual forma, el artículo 352, señala que *“no se aplicará sanción alguna como reo de difamación ni de injuria:*

*Al que manifieste técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial;*

*Al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público, o que con la debida reserva lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciera a sabiendas calumniosamente; y*

*Al autor de un escrito presentado o un escrito pronunciado en los tribunales, pues si hiciere uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las sanciones disciplinarias de las que permita la ley.*

*Las anteriores excusas, se derivan precisamente de las manifestaciones realizadas, con el propósito de emitir opiniones o expresiones de interés público y sin el ánimo de injuriar o calumniar, a excepción de la fracción III del artículo 252, en la cual, si bien es cierto que existe el ánimo de hacerlo, no se aplicará sanción alguna por tales delitos, sin perjuicio de que los jueces apliquen alguna de las sanciones disciplinarias que permita la ley”.*

**Excusa en razón de la mínima temibilidad.**- El artículo 375 establece que “cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia”.

Encontramos en esta excusa, su aplicación derivada de la mínima temibilidad del agente, al obrar sin ejercer violencia, así como por su arrepentimiento, al restituir espontáneamente lo robado o su valor y pagar todos los daños y perjuicios causados, siempre y cuando éste sea con anterioridad a que la autoridad tome conocimiento del delito, traduciéndose esto en una ausencia absoluta de peligrosidad.

**Robo de famélico.**- No se aplicará sanción alguna al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente necesarios para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, según lo establece el artículo 379.

Encontramos en esta excusa igualmente la ausencia absoluta de peligrosidad del agente, al actuar sin engaño ni ejercer violencia, con el único fin de satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Pero existe una circunstancia muy particular en esta excusa, ya que se establece que ésta operará por una sola vez, por lo que inicialmente podemos entender que nos encontramos ante el conflicto de intereses jurídicos, en los que con el propósito de salvaguardar unos, se sacrifican otros; y nos preguntaríamos, ¿qué sucedería si lo hiciera por segunda o subsecuentes ocasiones?. Indudablemente que al existir conflicto de intereses, el hecho sería considerado como un verdadero estado de necesidad, ya sea, dependiendo del caso y circunstancias concretas, como excusa absolutoria o como causa de inculpabilidad.

Una vez analizadas las excusas absolutorias, encontramos que únicamente podría presentarse con las reservas del caso, la excusa establecida en el artículo 55 del Código Penal por graves consecuencias sufridas o precario estado de salud del cónyuge o concubinario en el delito de violación a la cónyuge o concubina.

Por lo que hace a la impunidad a la tentativa de violación a la cónyuge o concubina, ésta se podrá presentar únicamente en el desistimiento por parte del autor, al omitir voluntariamente su actuar, evitando con esto la imposición de la cópula sin consentimiento, que seguramente se produciría en caso de no haberse desistido.

En cambio, no es posible hablar de un arrepentimiento activo en el mismo supuesto, ya que la violación prevista en el artículo 265 bis, se consumará cuando se realiza la cópula por los medios descritos en el artículo 265, por lo que tratándose de un delito de consumación instantánea, es decir, cuyo resultado se produce al momento de ejecutar todos sus elementos constitutivos, resulta imposible intentar evitar un resultado que ya se produjo al momento de imponer a la cónyuge o concubina la cópula sin su consentimiento.

Por último, atendiendo a uno de los aspectos colaterales del delito en estudio, no sería posible hablar de un concurso de delitos en los siguientes casos:

**= VIOLACIÓN Y LESIONES:** Una de las consecuencias de la violación, generalmente son las lesiones causadas a la víctima en la región genital, como la ruptura de himen, laceraciones y escoriaciones, así como aquellas provocadas en la región inguinal; las

cuales son consideradas lesiones leves, resultado lógico del delito de violación, a menos que se produzcan lesiones anormales a la realización normal del delito, lo cual analizaremos más adelante.

= **VIOLACIÓN Y AMENAZAS:** No sería posible tampoco hablar de un concurso entre estos delitos, en virtud de que uno de los requisitos exigidos en el delito de violación, es la violencia moral, misma que se constituiría en amenazas a la víctima, ya sea anterior o durante la violación y por lo tanto, en un elemento integrante del tipo penal que nos ocupa.

= **VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL:** Se considera que si el abuso sexual se produce antes o durante la violación, éste último delito absorbe al primero como consecuencia lógica de su realización.

En cambio sí podrá configurarse el concurso de delitos en los siguientes casos:

Existirá concurso ideal o formal:

= **VIOLACIÓN Y CONTAGIO VENÉREO:** Con una sola conducta (violación), se produjo también un contagio venéreo a la víctima.

= **VIOLACIÓN Y LESIONES MENOS GRAVES:** Provocadas por ataduras o mordazas para someter a la víctima.

Existe concurso real o material:

= **VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL:** Cuando con posterioridad a la violación, el sujeto activo ejecute sobre su cónyuge o concubina un abuso sexual.

= **VIOLACIÓN Y LESIONES:** Existirán autónomos ambos delitos, siempre y cuando, el autor del delito infiera lesiones a la cónyuge o concubina, las cuales podrían ser causadas antes, durante o con posterioridad a la violación, pero tales lesiones fueron provocadas intencionalmente por el sujeto activo, con motivo de actos diversos a la cópula, tal y como son los golpes, mordeduras, cortaduras, entre otras.

**= VIOLACIÓN Y HOMICIDIO:** Podrá existir el concurso de delitos en ambos tipos penales, siempre y cuando el homicidio se presentare con posterioridad a la violación, subsistiendo ambos delitos. Incluso el artículo 315 bis de nuestro Código penal para el Distrito Federal establece penas más severas para el homicidio en los siguientes casos: *“Se impondrá la pena del artículo 320 de este Código, cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas. También se aplicará la pena a que se refiere el artículo 320 de este Código, cuando el homicidio se cometiera intencionalmente en casa-habitación, habiéndose penetrado en la misma de manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo.”*

En caso de ocurrir en orden inverso, es decir, ocurriendo primero el homicidio y posterior a éste la cópula, no concurriría el concurso de delitos entre el homicidio y la violación, sino entre el primero y la necrofilia.

**= VIOLACIÓN Y OTROS DELITOS:** Subsistirá el delito de violación a la cónyuge o concubina y otros delitos, tal y como lo es el daño en propiedad ajena, como lo sería el caso de dañar propiedad ajena, ya sea mueble o inmueble, con motivo de intimidar a la sujeto pasivo. Igualmente se presentará el allanamiento de morada, cuando el sujeto activo ingresare sin derecho y sin autorización al domicilio en donde se encuentra la cónyuge o concubina, para obtener la cópula sin consentimiento.

Particular atención merece el concurso entre los delitos de violación y violencia familiar, en virtud de que se podrá presentar ya sea ideal o real, ya que el propio artículo 343 BIS establece:

*“Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.”*

*Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario....., que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave.*

*A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá....., independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte...”*

El artículo citado anteriormente establece una pena por el hecho de ejercer violencia en contra de un miembro de la familia, diversa a la que corresponda por cualquier otro delito que se tipifique al ejercer esa violencia, por lo que podemos apreciar que es admisible hablar de concurso de delitos, ya sea ideal o real, entre la violencia familiar y la violación a la cónyuge o concubina, en donde es indispensable la violencia física o moral a la pasivo.

## CONCLUSIONES

**Primero** Los mayas, náhuatl y aztecas sancionaban la violación con la muerte. Los tarascos además, primero le rompían al infractor la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir.

**Segundo** Por lo que hace a la violación, en la época colonial, esta fue prevista y castigada a través del FUERO JUZGO que establecía que si el violador era libre, recibiría cien azotes y dado por siervo a la mujer violada, al cual se le prohibía casarse con ella en ningún momento. Si el violador era esclavo, era castigado con la muerte por fuego; el FUERO VIEJO DE CASTILLA que establecía como requisitos para la acusación, si la violación era en despoblado, al llegar a la primera villa, que la mujer se arrastrara en la tierra, dando el nombre de quien la violó, si lo conocía, si no, su filiación. Si a mujer era virgen, debía mostrar su corrompimiento a las mejores mujeres que hallare, y una vez que éstas lo probaran, el acusado debía responder del hecho; pero si la víctima no lo hacía de esta forma, el acusado tenía derecho a defenderse, a menos que la mujer lo probara con dos varones como testigos o con un varón y dos mujeres. Si el hecho era cometido en lugar poblado, la mujer debía arrastrarse en el lugar del forzamiento, diciendo el nombre del violador, cumpliendo completamente con su acusación. Si la víctima no era virgen, aparte del procedimiento anterior, debía ser examinada para la comprobación del acto. Una vez comprobada la violación, se castigaba al violador con la muerte si estaba presente; si no lo estaba, se le daba a la mujer trescientos sueldos y al violador se le consideraba malhechor y enemigo de los parientes de ella, y cuando capturaran al violador, le daban muerte; LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO X EL SABIO, el cual distingue en su ley I, las distintas formas en que se podía presentar la violación; en su ley II, las personas que podían denunciar la violación y ante qué autoridades; y, en su ley III, las penas aplicables a los violadores y a los que los ayudaren, y el ORDENAMIENTO DE ALCALÁ que también estableció la pena de muerte a los violadores.

**Tercero** Una vez consumada la independencia, se adoptó en 1871 como patrón el Código español de 1870, basado en la escuela clásica, para dar vida al Código Penal para el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y en toda la República sobre delitos contra la Federación y que en su artículo 795 definía al delito de la violación como: *“Al que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo”*.

**Cuarto** El 30 de septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal, basado esta vez en la escuela positivista, y que en cuanto a su artículo 860 definía la violación de igual manera que su antecesor, el de 1871.

**Quinto** El Código Penal de 1931, en un principio establecía en el artículo 265 que *“Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años”*. Y fue mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991, que se reforma dicho artículo para quedar: *“Para los efectos de este Artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo”*; derivado de esto se reforma el segundo párrafo del artículo 265, el cual pasa a ser el tercer párrafo,, a efecto de establecer la sanción para la violación derivada de la introducción en el cuerpo de la víctima, de cualquier instrumento distinto al miembro viril, por vía vaginal o anal. Con fecha 30 de diciembre de 1997, se incrementan las penas para la violación en todas sus modalidades y se adiciona el artículo 265 Bis, que considera la violación a la esposa o concubina y establece su persecución a petición de parte ofendida.

**Sexto** La política criminal nos proporciona las directrices de la reforma penal, basadas en el estudio del delincuente, de la delincuencia, de las penas y de las demás medidas de seguridad contra el delito, así como la necesidad social.



**Séptimo** La conducta como primer elemento positivo del delito, es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo: El comportamiento positivo constituye acción en sentido estricto, el acto, y el negativo es la llamada omisión. Esta última, a su vez se divide en omisión simple o propia, y en comisión por omisión u omisión impropia; la conducta consta de tres elementos: una manifestación de voluntad, un resultado, y una relación de causalidad o nexo causal, que se traduce como la relación existente entre la voluntad del obrar típico del agente y su resultado.

**Octavo** La tipicidad es un elemento esencial del delito, y su ausencia impide su integración, tal y como lo establece y expresa nuestra Constitución Federal en el párrafo tercero de su artículo 14: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*. Lo cual se traduce en que no existe delito sin tipicidad.

**Noveno** La antijuridicidad es uno de los elementos esenciales del delito, que se entiende como la valoración de lo injusto de una conducta contradictoria a lo exigido por la ley.

**Décimo** Para que un sujeto sea culpable, forzosamente debe ser imputable, pues para que el individuo pueda conocer el carácter de la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de querer y entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

**Undécimo** La culpabilidad, según los motivos del autor, es decir, según la voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o por la causación de ese resultado por negligencia o imprudencia, puede revestir dos formas: *el dolo y la culpa*.

**Duodécimo** Por violación debemos entender que es la cópula que realiza el sujeto activo sobre una persona de cualquier sexo, sin la voluntad de ésta, ya sea mediante violencia física o moral.

**Decimotercero** División de opiniones encontramos entre los tratadistas con respecto a si puede configurarse o no el delito de violación a la cónyuge o concubina; sin embargo consideramos que si existe la violación en agravio de la cónyuge o concubina.

**Decimocuarto** El delito de violación a la cónyuge o concubina únicamente podrá producirse mediante la acción; ya que tanto la violencia física como moral requieren de una conducta positiva, al igual que el hecho de copular.

**Decimoquinto** De las hipótesis de ausencia de conducta, podemos observar que ninguna de ellas podrá presentarse en el delito objeto de estudio; esto, al ser indispensable se presenta la falta de voluntad del sujeto activo para realizar la conducta típica, por lo que, ante un delito doloso por excelencia como lo es la violación, sería imposible hablar de una falta de voluntad para "*querer y buscar el resultado deseado*".

**Decimosexto** En cuanto a la tipicidad, esta es la adecuación de la conducta al tipo; en el caso de la violación del 265 Bis, se exige calidad específica en los sujetos activo y pasivo, ya que en el primero deberá ser hombre, sea cónyuge o concubinario, y en el pasivo ser mujer cónyuge o concubina; el objeto jurídico es preferentemente la libertad sexual y el objeto material se identifica con el propio sujeto pasivo, siendo las modalidades la violencia física o moral y la estadia de matrimonio o concubinato.

**Decimoséptimo** Como causa de justificación solo es dable el consentimiento del ofendido, descartando el ejercicio de un derecho, ya que aceptar la existencia de esta excluyente aniquilaría el bien jurídico tutelado llamado libertad sexual.

**Decimoctavo** La violación dentro del campo de la culpabilidad es doloso pues el mismo tipo requiere de este carácter para su consumación, esto amén de lo dispuesto por el artículo 60, segundo párrafo, bajo un entendimiento *contrario sensu*.

**Decimonoveno** En el análisis del delito en estudio, únicamente se podrá presentar, como causa de inculpabilidad la vis compulsiva, ya que sólo se podrá coaccionar psicológicamente al cónyuge o concubinario a copular sin el consentimiento de su esposa o concubina, mediante las amenazas de causar un daño a los intereses jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando estas amenazas sean reales, actuales o inminentes, y los bienes jurídicos amenazados sean de igual o mayor jerarquía que la libertad sexual de la ofendida.

**Vigésimo** La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido, para que se persiga al responsable de un delito no perseguible de oficio, haciéndolo del conocimiento del Ministerio Público, y manifestar su deseo de que se castigue al mismo, dando prioridad con esto a la voluntad de la víctima o del ofendido, debido a que se lesionan intereses particulares y no colectivos, quedando con esto al arbitrio del ofendido su interés de que se castigue al responsable. A falta de este requisito, el Ministerio Público está impedido para ejercitar la acción penal, por ser éste indispensable para la iniciación de la averiguación previa respectiva.

## PROPUESTA BIBLIOGRÁFICA

\* ACHÁVAL, Alfredo. DELITO DE VIOLACIÓN. Estudio Sexológico, Médico, Legal y Jurídico. 2a edición, editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1980.

\* ARILLA BAS. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1990.

\* CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Parte General. 24a edición, editorial Porrúa, México, 1987.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 6ª edición, editorial Porrúa, México, 1980.

\* CUELLO CALÓN, Eugenio. DERECHO PENAL. Tomo I. 14ª edición, editorial Bosch, España, 1980.

\* CUELLO CALÓN, Eugenio. DERECHO PENAL. Tomo II. 14ª edición, editorial Bosch, España, 1980.

\* DE PINA, Rafael. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO FEDERALES. 5ª edición, editorial Porrúa, México, 1960.

\* DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Editorial Porrúa, México, 1994.

\* DÍAZ PALOS, Fernando. LA JURISPRUDENCIA PENAL ANTE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y LA POLÍTICA CRIMINAL. Editorial Colex, España, 1991.

\* DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo VIII. Editorial Porrúa, México, 1985.

- \* ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES. LA REFORMA PENAL EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO. Memorias del Congreso Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.
- \* FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. DICCIONARIO JURÍDICO. Tomo IV. 3ª edición, ediciones Contabilidad Moderna, Argentina, 1972.
- \* FONTÁN BALESTRA, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo V, Parte Especial. 2a edición, editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.
- \* GALINDO GARFIAS, Ignacio. DERECHO CIVIL. Parte General. 3a edición, editorial Porrúa, México, 1979.
- \* GASPAR GASPAR. NOCIONES DE CRIMINALÍSTICA E INVESTIGACIÓN CRIMINAL. Editorial Universidad, Argentina, 1993.
- \* GONZÁLEZ BUSTAMANTE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. 10ª edición, editorial Porrúa, México.
- \* GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Los Delitos. Tomo II. Editorial Porrúa, México, 1994.
- \* GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. DELITOS EN PARTICULAR II Y DELITOS ESPECIALES. Antología. Universidad Nacional Autónoma de México, Sistema de Universidad Abierta de Derecho, México, 1995.
- \* HASSEMER, Winfried. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL. Editorial Bosch, España, 1984.
- \* KVITKO, Luis Alberto. LA VIOLACIÓN. Peritación Médicolegal en las Presuntas Víctimas del Delito. 2a reimpresión, editorial Trillas, México, 1991.
- \* LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. DELITOS EN PARTICULAR. Tomo II. 3a edición, editorial Porrúa, México, 1997.

- \* LÓPEZ-REY y ARROYO, Manuel. COMPENDIO DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL. Editorial Tecnos, España, 1985.
- \* MACEDO, Miguel S. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Cultura, México, 1931.
- \* MAGGIORE, Giuseppe. DERECHO PENAL. Parte Especial. Volumen IV. 3a edición, editorial Temis, Colombia, 1989.
- \* MANCILLA OVANDO. GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL. 4ª edición, editorial Porrúa, México.
- \* MARGADANT S., Guillermo Florís. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. 4a edición, editorial Esfinge, México, 1997.
- \* MARTÍNEZ ROARO, Marcela. DELITOS SEXUALES. Sexualidad y Derecho. 2a edición, editorial Porrúa, México, 1982.
- \* ORONoz SANTANA. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Limusa, México.
- \* OSORIO Y NIETO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA. 2ª edición, editorial Porrúa, México.
- \* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. 10ª edición, editorial Porrúa, México, 1991.
- \* PÉREZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. MANUAL DE MEDICINA LEGAL PARA PROFESIONALES DEL DERECHO. Editorial Comares, España, 1990.
- \* PETROCELLI, Biagio. LA ANTIJURIDICIDAD. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.

- \* PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. ENSAYO DOGMÁTICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN. 2a edición, editorial Jurídica Mexicana, México, 1973.
- \* PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL I. 15a edición, editorial Porrúa, México, 1993.
- \* PUGA, Vasco de. CEDULARIO DE LA NUEVA ESPAÑA. Centro de Estudios de Historia de México. Condumex, México, 1985. Faxímil del impreso original de 1563.
- \* RANIERI, Silvio. MANUAL DE DERECHO PENAL. Tomo I. Parte Especial. 4a edición, editorial Temis, Colombia, 1974.
- \* RANIERI, Silvio. MANUAL DE DERECHO PENAL. Tomo V. Parte Especial. 2a edición, editorial Temis, Colombia, 1974.
- \* REYES ECHANDÍA, Alfonso. CRIMINOLOGÍA. 8a edición, editorial Temis, Colombia, 1991.
- \* RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 25ª edición, editorial Porrúa, México.
- \* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. CRIMINOLOGÍA. 3a edición, editorial Porrúa, México 1982.
- \* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. VICTIMOLOGÍA. Estudio de la víctima. Editorial Porrúa, México, 1988.
- \* ROJINA VILLEGAS, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I. 15a edición, editorial Porrúa, México, 1978.
- \* ROMERO SOTO, Luis Enrique. DERECHO PENAL. Volumen II. Editorial Temis, Colombia, 1969.
- \* SÁINZ CANTERO, José A. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Parte General. 3a edición, editorial Bosch, España, 1990.

- \* SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO. TOMO I. Argentina, 1953.
- \* SOLÍS QUIROGA, Héctor. SOCIOLOGÍA CRIMINAL. 2a edición, editorial Porrúa, México, 1977.
- \* TIEGHI, Osvaldo N. TRATADO DE CRIMINOLOGÍA. 2a edición, editorial Universidad, Argentina, 1996.
- \* VASCONCELOS, José. BREVE HISTORIA DE MÉXICO. 18a edición, editorial Continental, México, 1975.
- \* VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. 5a edición, editorial Porrúa, México, 1990.
- \* ZAMORA-PIERCE, Jesús. GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. 6ª edición, editorial Porrúa, México.



## LEGISLACIÓN

- \* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- \* Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal.
- \* Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- \* Tesis de Jurisprudencia 372, sexta época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 206.
- \* Tesis de Jurisprudencia 374, sexta época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 207.
- \* Tesis de Jurisprudencia 376, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 208.
- \* Tesis de Jurisprudencia 377, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 208.
- \* Tesis de Jurisprudencia 378, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 209.
- \* Tesis de Jurisprudencia 379, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 209.
- \* Tesis de Jurisprudencia 380, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 210.
- \* Tesis de Jurisprudencia 381, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 210.
- \* Tesis de Jurisprudencia 382, octava época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 211.
- \* Tesis de Jurisprudencia 383, sexta época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 211.

\* Tesis de Jurisprudencia 384, séptima época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 212.

\* Tesis de Jurisprudencia 385, sexta época, primera sala, apéndice de 1995, tomo II, pág. 212.