

20721
45

1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN"



"ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 273 DEL
CÓDIGO PENAL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO,
QUE CONTEMPLA EL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS
DIVERSOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

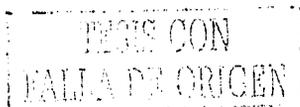
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MA. EUGENIA CARBAJAL CELIS

ASESOR: LIC. MOISÉS MORENO RIVAS.

ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO. MARZO DE 2003.





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.

SEÑOR.

No encuentro las palabras correctas para agradecerte tantas bendiciones que has derramado en mi vida; por que con tu bondad e infinito amor, me has permitido llegar a esta etapa de mi vida en la que se ven realizadas mis metas y aspiraciones

Dios es fortaleza en el día de la angustia; y conoce a los que en Él confían.
(Nahum 1:7)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mis padres.

Quienes con sus consejos y sus regaños me supieron conducir por el sendero correcto, brindándome todo el esfuerzo y el apoyo que solamente un padre puede dar a un hijo, para lograr este éxito, que también es suyo.

A mis hermanos:

Quienes también han contribuido con su apoyo incondicional para llegar a este fin.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Dedicación Especial.

*Con todo mi amor para ti, MARIO;
que me has acompañado en mis
triumfos y fracasos, hasta llegar a
este momento tan especial para los
dos.*

Gracias amor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*A la Universidad Nacional
Autónoma de México*

*Por la oportunidad que nos brinda a cada
una de las personas que hemos tenido la
gran satisfacción de egresar de sus aulas
triunfantes y victoriosos. Muchas Gracias*

*A cada uno de los integrantes de la planta
docente que de manera incondicional me
transmitieron sus conocimientos, los cuales
han sido indispensables en mi vida
profesional. Gracias.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE DEL ESTADO DE MÉXICO, QUE CONTEMPLA EL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS DIVERSOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO I.- LA TEORÍA DEL DELITO.

1.1 Generalidades acerca de la teoría del delito.....6

1.2 El delito.....9

A) Concepto.....9

B) Los presupuestos del delito.....12

C) Clasificación de los delitos.....14

D) Elementos del delito y su aspecto negativo.....22

CAPÍTULO II.- ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y DE LOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXIQUENSE.

2.1 El Código Penal de 1875.....47

2.2 El Código Penal de 1937.....51

2.3 El Código Penal de 1956.....54

2.4 El Código Penal de 1961.....57

2.5 El Código Penal de 1986.....58

CAPÍTULO III.- ESTUDIO DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.

3.1 El delito de violación.

A) Historia.....62

B) Elementos constitutivos.....65

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C) Clasificación del delito de violación.....72

3.2 Delitos equiparados a la violación.

A) Historia.....74

B) Elementos constitutivos.....75

C) Clasificación de estos delitos.....79

3.3 Estudio de los elementos positivos y aspectos negativos del delito de violación y los delitos equiparados a la violación.

A) El delito de violación.....81

B) Los delitos equiparados a la violación.....87

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1 Análisis del bien jurídicamente tutelado.....96

4.2 Análisis de los elementos del tipo penal del delito de violación, que contempla el artículo 273 del Código Penal vigente en el Estado de México.....98

4.3 Análisis de los elementos de los tipos penales de los delitos equiparados a la violación, que contempla el artículo 273 del Código Penal vigente en el Estado de México.....102

4.4 Estudio comparativo con las legislaciones penales de otras entidades federativas y la legislación penal federal.....106

4.5 Jurisprudencias relacionadas.....118

4.6 Propuestas de reforma a este artículo.....125

CONCLUSIONES.....127

BIBLIOGRAFÍA.....129

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN.

Dentro de la sociedad en la que vivimos, cada vez es más alarmante el índice de nuevas y sofisticadas formas de comisión de los delitos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos de un individuo en particular o de toda una sociedad en general, observándose que paulatinamente se incrementa la degeneración y la perversidad de los delincuentes, lo que obliga a los Legisladores a crear continuamente nuevos tipos penales que impongan penas más severas, todo esto en su esfuerzo por asegurar la prevención de los delitos, lo que en realidad no acontece.

Sin embargo, la inclusión de nuevas figuras delictivas dentro de los ordenamientos penales no puede hacerse a capricho del Legislador, sino que éste debe asegurar la eficacia de las medidas que propone, tomando como punto de apoyo los principios establecidos por el derecho en general y los resultados aportados por otras disciplinas auxiliares del derecho penal, ya que en numerosas ocasiones se advierte que en la creación de nuevas leyes, el Legislador se ve influenciado por diversas cuestiones que arrojan como resultado la creación tipos penales que no garantizan plenamente la seguridad de los habitantes, o bien que pueden ser deficientes o contradictorios en su contenido. Ejemplo claro de ello es el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, conjunto de normas jurídicas que fue promulgado en el mes de marzo del año dos mil, donde en su afanosa tarea de brindar una mayor seguridad a la población, el Legislador de la entidad referida, introdujo un tipo tipo penal que puede calificarse de absurdo, porque incluía elementos que de manera alguna vulneraban el bien jurídicamente tutelado; nos referimos en forma específica al delito de violación, que aún cuando fue reformado al poco tiempo de su creación, en la actualidad continúa siendo erróneo en determinados aspectos, como se expondrá en el apartado referente al análisis de esta disposición legal. Atendiendo a este motivo, es por lo que se ha considerado necesaria una reforma a dicho ordenamiento en lo relativo a las figuras típicas de violación y los delitos equiparados a la misma.

La importancia de esta reforma radica en que tanto en el Estado de México como en otras entidades federativas, la comisión de los delitos sexuales ha ido aumentando con gran frecuencia, esto puede que suceda como consecuencia de diversos factores, entre algunos de ellos se encuentran la falta de educación sexual, la desintegración familiar, la miseria y el hacinamiento,

entre otros, que pueden provocar desequilibrios emocionales en los sujetos que los conduce a la satisfacción de sus instintos sexuales, esto puede suceder tal vez, porque la persona con inestabilidad emocional se sienta inferior o marginada, teniendo en su interior instintos de venganza o de envidia en contra de otros, induciéndolo por tanto a cometer conductas ilícitas en contra de los demás.

Todo esto es demasiado preocupante, por lo que debemos hacer una reflexión en materia de delitos sexuales, que después del homicidio, constituyen uno de los más graves delitos dentro de cualquier ordenamiento penal que atentan en contra de las personas, siendo además, uno de los temas de mayor controversia a través de los años por la forma tan diversa en que se ha legislado en otros países y aún dentro del nuestro.

Por lo que atendiendo a la relevancia que tienen los delitos sexuales, y en especial como se hace mención en este trabajo, el delito de violación y los delitos equiparados a la violación, se ha realizado un análisis exhaustivo del dispositivo legal 273 del Código Punitivo del Estado de México, y para tal efecto, este trabajo se divide en cuatro capítulos, cuyo contenido es el siguiente:

De conformidad con la técnica del método inductivo, este trabajo en su primer capítulo contempla lo relativo a la teoría del delito, abarcando cada uno de sus elementos constitutivos, tales como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad, haciendo una breve referencia además al aspecto negativo de cada uno de ellos; se incluye también el concepto formal del delito, los presupuestos que son necesarios para su existencia como son los sujetos activos, los sujetos pasivos, el objeto material y el objeto jurídico; estableciendo al final la clasificación de los delitos conforme a la opinión de diversos tratadistas.

El segundo capítulo contiene cada uno de los Códigos Penales que han tenido vigencia en el Estado de México, con la finalidad de comparar el contenido de cada uno de éstos en materia de delitos sexuales, comenzando por la primera codificación penal de 1875 que contenía un gran articulado regulando tanto los delitos, cuasidelitos, faltas, las penas en general y donde el delito de violación se incluyó dentro de los delitos que atentaban contra el pudor; el código penal de 1937,

con la peculiaridad de que fuera expedido por el entonces gobernador del Estado de México, en uso de las atribuciones que le confiriera el congreso del Estado, el cual reguló ya de manera específica, los delitos sexuales; el código penal de 1956, con una técnica más sofisticada dividió el título relativo a los delitos sexuales en siete capítulos, regulándolos en forma individual; el código penal de 1961 alude tanto a la libertad como a la inexperiencia sexuales como bien jurídicamente tutelados, a diferencia de los códigos precedentes y del actual; por último, se encuentra el código penal de mil novecientos ochenta y seis, que siguió la misma línea del código anterior, regulando únicamente como delitos sexuales a los actos libidinosos, el estupro y la violación.

El capítulo tercero, referente al estudio del delito de violación y los delitos equiparados a la misma; incluye en primer lugar de manera concisa, la historia de cada uno de estos delitos desde la época del hombre primitivo y en algunos ordenamientos de la antigüedad, de manera más específica se incluye la historia del delito de violación, ya que en cuanto a los delitos equiparados a la violación, éstos no cuentan con un antecedente histórico propiamente dicho; continúa el estudio de los elementos constitutivos de cada figura típica tomando como punto de partida los conceptos doctrinales de los tratadistas del derecho penal, primero, los constitutivos del delito de violación, como son la cópula, la imposición de ésta mediante uso de violencia física o moral, y que la conducta puede recaer en persona de cualquier sexo; en segundo término, los de los delitos equiparados a la violación, como son la penetración de objetos diversos en el cuerpo de la víctima, el uso de la violencia, el elemento relativo a que el ofendido puede ser cualquier persona, o en un segundo supuesto, cuando la conducta se efectúa en persona privada de razón, de sentido, o que por enfermedad o cualquier otra causa no pueda resistir el ataque, o cuando tenga menos de catorce años.

Finalmente, en el capítulo cuatro se expone un análisis de los elementos de cada uno de los tipos penales de referencia, tal como el Legislador Mexiquense los ha redactado dentro del artículo 273 del Código Penal de la entidad, la razón de ser de este análisis es por que se considera que algunos de los elementos constitutivos de los ilícitos en comento no son del todo correctos, existiendo por tanto, contradicciones con el contenido de la propia ley además de que no se adecuan a los principios de la jurisprudencia y la doctrina. Se expone como ejemplo, la tipificación de una conducta como delito de violación, cuando lo que se introduce en el ofendido es un objeto

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

diverso al miembro viril, faltando el elemento cópula; o bien, el cuestionamiento relativo al bien jurídico tutelado, el cual se considera que es incompleto. Más de estos argumentos se contienen de manera detallada en el capítulo correspondiente.

En conclusión podemos decir, que con este análisis se propone reformar el tipo penal de violación y los tipos penales de los delitos equiparados a la violación, con la finalidad de perfeccionar los conceptos legales que contiene, logrando que su redacción sea más completa y acorde al contenido de la propia ley, los criterios de los Tribunales de la Federación y la doctrina.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-5-

CAPÍTULO I:
LA TEORÍA DEL DELITO.

1.1 GENERALIDADES ACERCA DE LA TEORÍA DEL DELITO.

La teoría del delito "es aquella parte de la ciencia del derecho penal que se encarga de explicar el concepto y contenido del delito, a partir de cada una de las características que lo integran." ¹

Parte de la doctrina ha considerado que la teoría del delito surge como un elemento que garantiza los derechos de los individuos respecto de sus gobernantes, toda vez de que trata de evitar los abusos y la arbitrariedad por parte de las autoridades en ejercicio de sus funciones, como puede darse el caso de los agentes del Ministerio Público que son los encargados de integrar el cuerpo de cada delito en particular, reuniendo todos los elementos que tiene a su alcance dentro de la etapa de averiguación previa para estar en la posibilidad de ejercitar acción penal ante los Juzgadores; es por ello que si existe negligencia de su parte al hacer esta integración de los elementos que conforman un delito, causaría detrimento a la persona del indiciado que se traduce en la privación de su libertad o en la afectación de patrimonio.

Celestino Porte Petit, nos dice al respecto: "La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse del mismo. Consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y su aparición". ²

Conforme a la definición del citado autor, la teoría del delito permite delimitar la presencia de los elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos del tipo, de los que se desprende la existencia de un delito, o en su caso, la imposibilidad de determinar la responsabilidad de su autor; o bien, si aún existiendo la conducta y el autor de la mismo, no es posible aplicar una pena, por razones de política criminal.

Eduardo López Betancourt, define la teoría de delito de la siguiente manera: "La teoría del delito es una parte de la ciencia del derecho penal, que comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo". ³

Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni, establece que "La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto". ⁴

Estas definiciones transcritas con antelación, vienen a reafirmar los argumentos vertidos respecto

¹ Malo Camecho Gustavo, Derecho Penal, página 239.

² Porte Petit Cendaup, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, página 195.

³ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 3.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, página 333.

de la finalidad que persigue la teoría del delito, que es primordialmente el análisis de cada uno de los elementos del delito y sus aspectos negativos, instrumento valioso para los órganos encargados de la administración y aplicación de la justicia que les permite determinar en cada caso concreto, la existencia o inexistencia de la conducta delictiva.

De lo anterior se puede deducir, que la teoría del delito no se encarga de estudiar las circunstancias en que se cometió el mismo, (esto sería objeto de estudio de la criminalística), ni tampoco estudia a cada delito en forma específica, sino que su estudio consiste en analizar las partes comunes de todo hecho delictivo para determinar la existencia del mismo y poder imputarle un hecho delictivo a un sujeto.

"La teoría del delito es la parte medular del Derecho Penal. Conocerla, adentrarse en ella,, constituye el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental dentro del universo jurídico".

En relación a la teoría del delito, existen dos teorías:

Teoría de la totalidad o unitaria.-

Los seguidores de este pensamiento totalizador o unitario consideraron al delito como un bloque monolítico, presentándose como "una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos", ⁶ por lo que no es factible descomponerlo o fragmentarlo.

Los sustentadores de esta postura, identifican el delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra en su unidad y no se puede dividir.

Gustavo Malo Camacho nos dice: "... el derecho penal es una parte o rama del derecho en general y que en consecuencia, su análisis debe ser referido al carácter preceptivo de la norma en su conjunto y al de la coercibilidad, como un todo único, el que aplicado al delito, lleva a entenderlo como un todo único, que no requiere de análisis o disección que rompa esa unidad conceptual". ⁷

Para aquellos que postulan por esta teoría, el delito es un todo orgánico que puede presentar diversos aspectos o formas de manifestación, pero que de ninguna manera es divisible.

Algunos autores consideran que esta teoría es equívoca, argumentando que no brinda una solución práctica ni una forma accesible de estudiar el delito como fenómeno, lo que no brinda seguridad y certeza en la aplicación del derecho.

⁵ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página IX.

⁶ Concepto utilizado por el tratadista Bettioli, citado por Celestino Porte Petit en la obra Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Torno I, página 197.

⁷ Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal, página 241.

Teoría analítica o atomizadora.-

En ella se estudia el delito desintegrándolo en diversos elementos que tienen conexión entre sí, formando una unidad, es decir, considera que el delito se compone de diferentes elementos que tienen una vinculación estrecha.

Esta teoría no niega que el fenómeno del delito tenga una existencia conjunta, porque ya se trate de un robo, un homicidio, una violación, o cualquier otro delito, constituye en sí mismo una sola unidad, una sola figura delictiva, pero debe tomarse en consideración que para efectos de su estudio o análisis es menester desintegrarlo en diversos elementos, como un medio de llevarlo a cabo.

Celestino Porte Petit, en su obra "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", se refiere al autor mexicano Martínez Licona, al argumentar que si el método unitario o sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo su análisis de los diversos elementos, incurre en una limitación semejante a que si la de la teoría atomizadora se dejara llevar por el análisis o descomposición de todo, olvidando la síntesis funcional que el concepto del delito implica.⁸

En otras palabras, el autor Malo Camacho argumenta: "la línea del análisis estratificado que, a diferencia de la posición anterior, reconoce y estima necesario el análisis del delito desde la perspectiva de los diversos "aspectos", "elementos" o momentos" que lo caracterizan e identificar",⁹ esta apreciación la proporciona con el fin de determinar con mayor precisión la existencia o inexistencia del delito, sin embargo considera que "el delito, en cuanto fenómeno jurídico, como también fenómeno social, es solo uno y que conceptualmente hablando es así como debe de ser entendido".¹⁰

Los autores que defienden esta teoría, argumentan que no se trata de desnaturalizar la unidad conceptual del delito, sino que se trata de favorecer un sistema de análisis que permita reconocer los comportamientos que se constituyen en su objeto de estudio, para determinar la posible existencia del delito a partir de la lesión que causa a un bien jurídico, y una vez estudiados todos sus componentes a la luz de los elementos que integran el tipo, se debe concluir si esos comportamientos son atribuibles o no al contenido normativo de alguno de los tipos delictivos previstos en la ley penal.

En opinión personal considero que la teoría más acertada es aquella que estudia al delito en una forma estratificada, porque de esta manera resulta más accesible su análisis, permitiendo con ello una adecuada integración de los tipos penales a efecto de determinar la situación jurídica de una persona, por lo que es de vital importancia para la sociedad en general, porque a través de ésta, se puede establecer con precisión si las conductas realizadas por los individuos constituyen

⁸ Porte Petit Candaup, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, página 197.

⁹ Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal, página 241.

¹⁰ Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal, página 241.

efectivamente un delito y si el Juzgador está en aptitud de imponer una sanción, en caso contrario absolverlo por falta de alguno de sus elementos constitutivos.

Dentro de esta teoría analítica, existen diversas concepciones a las que se les ha designado con los nombres de dicotómica o bitómica, tritómica o triédica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica; estas designaciones se atribuyen en relación con el número de elementos que se estiman como constitutivos de un delito, los cuales pueden ser desde la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad, mismos que serán objeto de estudio de un apartado posterior.

1.2 EL DELITO.

A) CONCEPTO.

El estudio del delito es una parte fundamental dentro de la rama del Derecho Penal, por lo que se considera necesario establecer una definición al respecto, previo al estudio de cada uno de los elementos que lo constituyen.

Algunos autores estiman innecesaria la definición de lo que es el delito porque consideran que no es indispensable que en los ordenamientos penales se incluya una definición, ya que esto no nos conduce a nada; sin embargo, para efectos de este trabajo y con fines puramente teóricos, se ha procurado obtener un concepto de lo que es delito.

Pero es el caso que las doctrinas penales que coinciden en que se debe establecer una definición sobre el delito, aún no han logrado ponerse de acuerdo para obtener un concepto preciso, ya que en algunas de ellas se contienen aspectos diversos a otras. Esta imposibilidad de definir de una manera uniforme lo que es el delito, se debe a que en cada época y en cada lugar, determinadas conductas antisociales no son contempladas de la misma forma, es decir, que si en alguna época, cierta conducta se consideró como antijurídica, existe la posibilidad de que en la actualidad no tenga el mismo carácter; asimismo, en cada país, o incluso, en las legislaciones penales de los estados de la República Mexicana, los delitos difieren unos de otros; algunas legislaciones contemplan figuras típicas que en otros ordenamientos jurídicos no son consideradas como delitos.

Por mencionar algunos ejemplos, encontramos el delito de amenazas, el delito de abigeato, o el delito de vagancia y malvivencia, que no son contemplados en todos los Códigos Penales de las entidades federativas, sino sólo en algunos, o puede suceder que si estuvieron regulados en la ley, pero solo tuvieron vigencia en cierta época.

En las legislaciones punitivas de otras naciones se toman en cuenta factores diversos para efectos de imponer una sanción ante la comisión de un ilícito, toda vez que los grados de desarrollo cultural y tecnológico son diferentes, siendo diferentes también las costumbres y las normas morales, por lo que no es posible producir una definición de delito que tenga una validez en forma universal para todos los tiempos y lugares.

"El delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos".¹¹

Aún cuando no existe un concepto preciso de lo que es el delito que tenga validez universal para todos los tiempos y lugares, se sabe que la palabra **delito**, deriva de la voz latina **delinquere**, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

A partir de su etimología, se podemos entender al delito como toda conducta que va en contra de las normas establecidas en el Derecho positivo vigente, que rige en una época y lugar determinado, por lo que es menester que exista una ley que lo prevea y que la conducta vaya en contra de lo establecido en la propia ley.

Francisco Carrara, como exponente de la Escuela Clásica, perfeccionó su doctrina al definir al delito como un ente jurídico; de acuerdo a su definición *el delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*. De acuerdo con el concepto que proporciona Carrara, "el delito se considera como una infracción a la ley del Estado, lo que presupone que dicha ley debe ser promulgada previamente y creada con la finalidad de proteger la seguridad de los individuos; la conducta sólo adquiere el carácter de delito cuando vulnera o se contrapone con lo establecido en la ley; afirma que la infracción debe ser resultado de una conducta externa del hombre, presuponiendo que sólo las conductas humanas pueden constituir un delito, sólo el hombre puede ser sujeto activo de un delito, asimismo, considera que el acto u omisión debe ser moralmente imputable, por estar el hombre sujeto a las leyes penales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente de la imputabilidad política."¹² Para este autor, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia radica precisamente en la violación a las normas jurídicas. Carrara pensaba que su doctrina era inatacable, sin embargo la revolución del pensamiento positivista lo enterró.

El máximo exponente del positivismo, Rafael Garófalo, estableció la teoría del delito natural, en donde afirma que hasta el más terrible delito no siempre fue considerado de tal forma. Garófalo analiza los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, especialmente en los de naturaleza altruista, los de piedad y probidad, con lo que encuentra las bases de su definición: *El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adopción del individuo a la sociedad*. Concebía el delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre, sin embargo, esta doctrina es combatida por otros autores que consideraron que en la comisión de un delito, no sólo se ven afectados los sentimientos de piedad y probidad, ya que existen delitos que afectan otro tipo de sentimientos.

Concepto Jurídico del delito.

¹¹ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 125.

¹² Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de Derecho Penal, página 130.

De acuerdo con la teoría atomizadora o analítica del delito, éste se concibe de diversas maneras, en atención a los elementos que lo componen. Algunos autores consideran que existe una noción jurídico-formal del delito que proporciona la propia ley, mediante la amenaza de aplicar una pena como consecuencia de la ejecución u omisión de ciertos actos, pues se piensa que el delito se caracteriza por su sanción penal, es decir, si no existe sanción no existe delito. Dentro de los defensores de esta postura se encuentra Edmundo Mezger, quien considera que el delito es una acción punible, esto es, el conjunto de presupuestos de la pena.

Eugenio Cuello Calón, por su parte considera que el delito "es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible".¹³

Zaffaroni, a su vez estima que existe el delito en *estricto sensu* y delito *lato sensu*, refiriéndose al primero de ellos como el que contiene la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y al citado en segundo término, como el que comprende la conducta típica o la conducta típica y antijurídica, que es a lo que se ha denominado *injusto penal*, es decir, la conducta que no es delito en sentido estricto porque le falta algún elemento, ya sea la antijuridicidad y la culpabilidad o solamente ésta.¹⁴

Luis Jiménez de Asúa, considera desde el punto de vista jurídico, que el delito es un acto u omisión típico, antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. En suma, argumenta que las características de un delito son: una actividad, la adecuación típica de ésta, la antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, la condición objetiva de punibilidad. Asimismo establece este autor, que el delito a través de la historia ha sido un ente antijurídico y que en un principio únicamente importaba el resultado dañoso producido, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos del delito, sino que éstos elementos aparecen posteriormente a través de los siglos, donde incluso se cuestiona ya el hecho de castigar los homicidios culposos, que en nuestra actualidad existen en todas las codificaciones penales. Concluye este autor, diciendo que independientemente de la tipicidad, la conducta es el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas no siempre aparecen, por tanto, la esencia jurídica de la infracción penal estriba en tres elementos: la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.¹⁵

Celestino Porte Petit, afirma que es válido el concepto del delito en que se incluyen todos sus elementos, aportando una concepción dogmática del delito, que establece: "...descubrimos además de una conducta o hecho, a la tipicidad, a la antijuridicidad, a la imputabilidad, a la culpabilidad y a veces, alguna condición objetiva de punibilidad y a la punibilidad".¹⁶

¹³ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, página 287.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III*, página 12.

¹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, página 133.

¹⁶ Porte Petit Candaup, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I*, página 203.

Por su parte, el autor Carrancá y Trujillo, establece: "Podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito según el Código Penal son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, de una acción, de una conducta humana; y estar sancionado por las leyes penales".¹⁷

En las codificaciones penales de nuestro sistema federal, el delito se conceptualiza de diversas formas, como a continuación se describe: El Código Penal Federal lo define como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, definición que adoptaron otras legislaciones penales como es el caso de los Estados de Morelos, Durango, Puebla, Sonora y Chiapas, entre otros; el Código Penal del Estado de México, establece que el delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, este criterio también se contiene en los ordenamientos punitivos de los Estados de Tamaulipas y Yucatán (con ciertas modificaciones), por mencionar algunos; por otra parte, algunas codificaciones penales no establecen una definición de delito, esto puede atribuirse a que tal vez el Legislador no consideró necesario establecer una definición del mismo, como sucede en los casos del Estado de Colima y Baja California.

B) LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Para que un delito pueda existir, se considera necesaria la concurrencia de determinados sujetos y circunstancias a los que se les ha denominado presupuestos del delito; al respecto, existen dos corrientes dentro de la doctrina penal mexicana.

La primera corriente niega la existencia de los presupuestos del delito y la otra los acepta, dentro de esta última corriente se denomina a los presupuestos del delito, como aquellos "elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho y dependiendo de la existencia o inexistencia de éstos, está condicionada la configuración del delito que se trate".¹⁸

Para la corriente de pensamiento que acepta la existencia de los presupuestos del delito, éstos se dividen en dos grupos: los generales y los especiales.

Presupuestos generales: Son aquellos comunes a todos los delitos, es decir, son las circunstancias que deben concurrir para la configuración de cualquier delito. Dentro de ellos podemos señalar los siguientes.

1.- La norma penal.- Uno de los principales presupuestos del delito es el precepto penalmente sancionado, es decir, aquella parte de la norma penal que prescribe bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta. Por lo que deducimos que la norma penal comprende tanto el precepto como la sanción.

2.- El sujeto activo.- La capacidad de delinquir únicamente reside en los seres humanos que somos los únicos capaces de razonar. De esta forma, se establece que el ser humano se

¹⁷ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal, Tomo I, página 177.

¹⁸ Concepto del autor Manzini, citado por López Belancourt en la obra Teoría del Delito, página 33.

convierte en sujeto activo de un delito cuando realiza la conducta delictuosa, o cuando participa en la comisión del mismo, ya sea contribuyendo a su ejecución, proponiendo, instigando o auxiliando al autor. De acuerdo con los tratadistas seguidores de la escuela clásica y de la escuela positiva, el delito tiene como primer elemento, un sujeto activo que es el ser humano.

Dentro del estudio del sujeto activo del delito, se incluye el estudio de la participación de los sujetos y de la persona moral como agente del delito.

Participación de los sujetos.

A la participación de los sujetos en la realización de un delito se le da diferentes denominaciones, como la de coparticipación y codeincuencia, entre otras; otros autores prefieren el término de autoría y participación, (de igual manera se establece en la redacción del Código Penal del Estado de México y del Código Penal del Distrito Federal). También a la participación de dos o más personas se le ha llamado concurso de personas.

Zaffaroni ha señalado que "la participación tiene dos sentidos diferentes: en uno completamente amplio podemos hablar de participantes, es decir, denomina participación al fenómeno que se opera cuando una pluralidad de personas toman parte en el delito en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; en un sentido limitado o restringido hablamos de partícipes, llamando participación al fenómeno por el que otras personas toman parte en el delito ajeno, sentido en el cual son partícipes sólo los cómplices y los instigadores, quedando fuera del concepto los autores".¹⁹

Se puede observar que este autor hace una diferencia ente el autor y el partícipe, coincidiendo en lo personal con este criterio, ya que conforme a su definición, los partícipes pueden surgir en una forma eventual o después de haberse iniciado el delito sin que éstos hayan planeado la comisión del hecho delictuoso, sino que únicamente colaboran para llevarlo a cabo o para concluirlo.

La persona moral como sujeto activo del delito.

La persona jurídico colectiva, no es un ente físico, sino ficticio, creado por el derecho para facilitar las actividades de un grupo de personas que se reúnen para lograr un fin común, por lo que no es posible que la persona moral pueda ser sujeto activo de un delito, ya que sólo lo puede ser la persona humana de manera individual, y en el supuesto caso de que la persona moral cometiera un ilícito, los sancionados serían sus miembros como personas, más no la colectividad como ente ficticio. Dentro del sistema jurídico mexicano no se establece responsabilidad para las personas colectivas porque se ha determinado que las entidades, corporaciones, institutos o personas jurídicas, no pueden ser sujeto activo del delito, sino tan sólo los individuos.

3.- El sujeto pasivo.- El sujeto pasivo del delito es quien sufre directamente la acción, sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o que se pone en peligro únicamente.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, página 288.

La persona humana es el titular del mayor número de bienes jurídicos tutelados, ya que el sistema jurídico penal lo protege durante toda su vida y aún, antes de su nacimiento. Algunos autores niegan esta postura, así como la del hecho que el cadáver pueda ser sujeto pasivo del delito, porque consideran que lo que se afecta son los derechos de las personas a las que están unidas en razón del parentesco.

Existen diversos supuestos donde hay confusión respecto del sujeto pasivo, como es el caso del delito de robo en donde el sujeto pasivo es el titular del derecho de propiedad y de manera subordinada el titular del derecho de posesión; otro supuesto es el caso de que el sujeto pasivo y el perjudicado por la comisión de un delito, no recaiga en la misma persona, como sucede en el homicidio.

En conclusión, de conformidad con la definición establecida del sujeto pasivo, se puede decir que lo es el hombre individual, las personas morales, el Estado o toda la sociedad. En este caso, la persona moral o jurídica sí puede ser sujeto pasivo del delito, ya que puede ser titular de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

4.- El objeto material.- Se define como la persona o cosa sobre la que recae la ejecución del delito, por lo que pueden ser las cosas inanimadas o los animales mismos. La cosa puede ser la realidad corpórea e incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico.

5.- El objeto jurídico.- Se refiere al bien jurídicamente tutelado que es el bien o el derecho protegido por la leyes penales, el cual puede ser la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la propiedad privada, entre otros.

Los presupuestos especiales.

Se refieren a determinadas situaciones que únicamente requieren algunos tipos penales. Por ejemplo, tenemos la relación de parentesco que une a los sujetos activos y pasivos, en el homicidio en razón del parentesco; encontramos también la calidad de funcionario que debe tener el agente del delito de peculado; otro caso es el de la falta de preñez que impide la configuración del delito de aborto. Sin estas condiciones, no puede integrarse alguno de los delitos en mención, arrojando como consecuencia su inexistencia, o en su caso, el cambio de la figura típica por otra diversa.

C) CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

Dentro del estudio del delito se manifiesta la preocupación de diversos autores por querer explicarlo en forma sencilla y amplia, surgiendo de esta manera la clasificación del delito. Para este efecto, se han proporcionado diversas clasificaciones acerca del delito, dentro de las más sobresalientes se encuentran las que a continuación se exponen.

I.- CLASIFICACIÓN DE LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

De acuerdo a la conducta del sujeto.- Este autor establece que el acto abarca tanto el hacer como el omitir; antiguamente únicamente existían los delitos de acción y los delitos de omisión, sin

embargo esta concepción se completó con los llamados delitos de omisión impropia o también conocidos como delitos de comisión por omisión.

Acción.- Son los delitos en los que se requiere que el sujeto activo realice movimientos corporales para la ejecución del mismo.

Omisión.- Esto depende de la naturaleza de la norma, si la misma es prohibitiva o en su caso, si es imperativa.

De acuerdo al resultado.- "No existe delito sin resultado", concluye este autor; el resultado no es solamente el daño cometido por el delito, tampoco el cambio material en el mundo exterior, sino también comprende los cambios de orden moral.²⁰

Formales.- Son delitos de simple actividad o meros delitos de acción.

Materiales.- Son delitos que requieren de un resultado externo.

Por el daño que causan.

De lesión.- Los constituyen la mayoría de los delitos ya que son los más frecuentes en las legislaciones penales, la lesión a los bienes jurídicos se establece regularmente en el tipo penal.

De peligro.- En este tipo de delitos sólo se exige que se haya puesto en riesgo el bien jurídicamente protegido por el derecho penal, entendiéndose al peligro como la posibilidad inmediata de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

De acuerdo al elemento interno.

Preterintencionales.- Son aquellos en cuya realización se da la fórmula de no haber tenido la intención de un mal de alta gravedad como el que produjo; el medio empleado traduce o niega esa falta de dolo del grave resultado.²¹

Dolosos.- Estos surgen cuando el delito "produce resultados típicamente antijurídicos, con la conciencia de quebrantar un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".²²

Culposos.- Cuando se realiza un acto que pudo y debió haber sido previsto, y que por la falta de esa previsión, se produce un daño.

En cuanto a la participación de los sujetos.

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, página 214.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, página 216.

²² Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, página 216

En el ilícito penal no siempre hay intervención de un sólo agente, sino que puede haberse cometido por varios individuos que acuerdan y dividen su esfuerzo para llevar a cabo la conducta ilícita. También existen los delitos con la característica de que en estos participan una multitud de personas sin que exista un acuerdo previo entre ellos.

De acuerdo a la duración.

Delito instantáneo: Se consume en un momento con una sola actuación del delincuente. (constituye la mayor parte de los delitos).

Delitos permanentes o continuos: Implican una persistencia en el resultado del delito durante la cual se mantiene la voluntad criminal

Delito que crea un estado: "La permanencia no depende de que la voluntad persista, sino que una vez consumado su ejecución por un acto instantáneo, crea una situación antijurídica que no está en la voluntad del autor el cancelar".²³

De acuerdo a su estructura.

Complejo: Son aquellos delitos en los que la ley crea diversos tipos y cada uno de ellos puede constituir una conducta ilícita diversa, formando así un delito compuesto.

Colectivo: El delito se constituye por varios actos del sujeto activo.

II.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS, SEGÚN LÓPEZ BETANCOURT.

En función de la gravedad.

Existe una división bipartita que comprende los delitos y las faltas; los primeros son sancionados por la autoridad judicial y los segundos, por la autoridad administrativa. La división tripartita, estima que existen los delitos, las faltas y los crímenes.

Según la conducta del agente.

Se dividen en delitos de acción, que son los que requieren el movimiento del sujeto para que se cometa el ilícito; y en delitos de omisión, que son los que requieren de una inactividad por parte del sujeto, dejando de hacer lo que estaba obligado. Asimismo, dentro de estos últimos, encontramos a los delitos de omisión simple en los cuales la simple inactividad origina la comisión del delito, independientemente del resultado, así como a los delitos de comisión por omisión, en los que necesariamente debe existir un resultado.

Por el resultado.

Se dividen en formales y materiales: Formales son los que para su configuración no requieren de ningún resultado. Materiales, son los que requieren de un resultado.

²³ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, página 225.

Por el daño que causan.

Pueden ser de lesión, cuando causan una disminución en el bien jurídico tutelado, o de peligro, cuando sólo lo ponen en riesgo.

Por su duración.

"Pueden ser instantáneos cuando se consuman en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan; permanentes, cuando su efecto negativo se prolonga a través del tiempo; o bien, continuados, cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica, es decir, varios actos y una sola lesión".²⁴

Por el elemento interno o culpabilidad.

Son dolosos los delitos "cuando existe plena y absoluta intención del agente para cometer el delito". Son culposos "cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza". Son preterintencionales, cuando "el resultado va más allá de la intención del sujeto".²⁵

Por su estructura.

Simple: Si solo causan una lesión jurídica.

Complejos: Si causan dos o más lesiones jurídicas.

Por el número de actos.

Unisubsistentes: Cuando es suficiente un solo acto para cometer el delito.

Plurisubsistentes: Cuando necesariamente requieren dos o más lesiones jurídicas.

Por el número de sujetos.

Unisubjetivos: Cuando se conforma con la participación de un solo sujeto.

Plurisubjetivos: Si el tipo penal requiere la intervención de dos o más personas.

Por su forma de persecución.

De oficio: "Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona lo puede efectuar, en este caso, el Ministerio Público tiene la obligación de perseguir el delito".²⁶

De querrela: Llamados también de petición de parte ofendida, en los que sólo la persona ofendida

²⁴ López Belancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 292

²⁵ López Belancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 293

²⁶ López Belancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 294

o sus legítimos representantes tienen el derecho de denunciarlo.

En función de su materia.

Delitos comunes, son los delitos que se sancionan de acuerdo al ordenamiento penal que rige en determinada circunscripción territorial.

Delitos federales, son los que tienen validez en todo el territorio mexicano y conocen de ellos solo los jueces federales.

Delitos Militares, son los referentes al fuero militar, aplicables únicamente a los órganos de este tipo y a todos sus miembros.

Clasificación legal.

Es la que se establece en la ley o en los códigos penales, en atención al bien jurídicamente protegido.

III.- CLASIFICACIÓN DE CASTELLANOS TENA.

En función de su gravedad.

Los delitos se clasifican tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales; de acuerdo con la corriente de pensamiento que se siga, se hace la distinción entre *delitos* y *faltas*; o bien, se habla de *crímenes*, *delitos* y *faltas o contravenciones*; "crímenes son los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre, delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social como puede ser el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones en contra de los reglamentos de policía y buen gobierno".²⁷

En la legislación penal mexiquense, únicamente se hace mención a los delitos en general, aunque algunos son considerados como delitos graves por atacar en contra de los valores fundamentales de la sociedad, sin hacer otro tipo de distinción.

Según la conducta del agente.

De acuerdo con la manifestación de la voluntad del agente del delito, éste puede ser de *acción* y de *omisión*.

Los de acción se cometen a través de un comportamiento positivo, violando una ley de carácter prohibitivo.

"En los delitos de omisión, el objeto prohibido es la abstención del agente, consisten en la no

²⁷ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 135.

ejecución de algo ordenado por la ley" ²⁸.

A su vez, este autor divide a los delitos de omisión en delitos de *omisión simple* y delitos de *comisión por omisión* o también llamados de *omisión impropia*. Los delitos de simple omisión, consisten en la falta de una actividad ordenada en la propia ley, con independencia del resultado material que produzcan; los delitos de comisión por omisión, son aquellos en que el agente no actúa, y debido a esa falta de actuar, se produce un resultado material. En delitos de omisión simple, se afecta una ley dispositiva, en los de omisión impropia, se viola una ley dispositiva y una prohibitiva, además de que en los primeros, el resultado que se produce es puramente formal, en los segundos, el resultado es de carácter material.

Por el resultado.

De acuerdo con el resultado que producen, los delitos se clasifican en *formales* y *materiales*. Los primeros suelen llamarse también delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les conoce como delitos de resultado o de resultado material.

"Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, sin que se necesite que se produzca la alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material, son delitos de mera conducta, en los que se sanciona la acción (u omisión) en sí misma". ²⁹

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere de la destrucción o alteración de la estructura o funcionamiento del objeto material.

Por la lesión que causan.

En atención al efecto que producen en los bienes jurídicos, los delitos se dividen en delitos de *daño* y de *peligro*. Los primeros causan un daño directo y efectivo en los intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada; los segundos no causan daño directo a tales intereses sino únicamente los ponen en peligro, entendiéndose éste como la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causar de un daño.

Por su duración.

Se dividen en *instantáneos*, *instantáneos con efectos permanentes*, *continuados* y *permanentes*, aunque sólo algunas legislaciones contemplan tres tipos de ellos, como la legislación penal federal que reconoce los delitos instantáneos, permanentes y continuos o continuados, o la legislación mexicana que distingue entre delitos instantáneos, permanentes y continuados.

Instantáneos: Se refiere a aquellos delitos en los que la acción se consume en un solo momento. Este tipo de delitos puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. "El delito instantáneo se caracteriza por la unidad de la acción, es decir, si con ella

²⁸ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 136.

²⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 137.

se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples, en éstos, existe una acción y una lesión jurídica que se producen en un solo instante".³⁰
Instantáneo con efectos permanentes: Se refiere a las conductas típicas que destruyen o disminuyen el bien jurídicamente tutelado de manera instantánea, sin embargo, sus consecuencias permanecen.

Continuado. - En este tipo de delito, existen varias acciones y una sola lesión jurídica; se requiere la unidad de resolución, pluralidad de las acciones, unidad de lesión jurídica y unidad del sujeto pasivo. Puede resumirse como continuado en la conciencia, pero discontinuo en la ejecución. Aunque este delito se ejecuta por medio de varias acciones, cada una importa una sola forma de violar la ley.

Permanente. - En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución, persistencia del propósito, no sólo del efecto del delito sino de su ejecución.

Por elemento interno o culpabilidad.

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en *dolosos* y *culposos*; algunas legislaciones contemplan los delitos preterintencionales, como en el caso del Estado de México, dicha figura fue suprimida con la creación del Código Penal del veinte de marzo del año dos mil.

El delito doloso surge cuando la voluntad conciente se dirige a la realización del hecho, mientras que en la culpa no se quiere el resultado, sino más bien el delito surge por actuar sin la precaución debida; por su parte, la preterintencionalidad consiste en que el resultado sobrepasa a la intención del activo del delito.

Delitos simples y delitos complejos.

Esta clasificación se da en relación a la estructura o composición de cada delito. "Llámesen delitos simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única... Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura jurídica nueva, superior en gravedad a las que la componen"³¹.

El delito complejo es diferente al concurso de delitos, ya que el primero de ellos se establece en la ley como un delito único, pero en la descripción del tipo pueden existir dos o más delitos por separado. Por su parte, el concurso de delitos tiene lugar cuando las infracciones no son una misma, sino independientes, pero es un mismo sujeto el que las ejecuta.

Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

Los delitos adquieren alguna de estas características en relación con el número de actos que los integran. Los primeros se forman por un solo acto; los segundos constan de varios actos.

³⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 139

³¹ Concepto del autor Sebastián Soler, citado por Castellanos Tena, en su libro *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, página 141

El delito plurisubsistente se distingue del complejo en que cada uno de los actos integrantes de una sola figura, no constituye a su vez un delito autónomo. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos.

Algunos tratadistas refieren que el delito plurisubsistente se identifica como "de varios actos", sean idénticos o no, algunos otros autores consideran que el delito plurisubsistente es aquel cuyo elemento objetivo se conforma con la repetición de conductas similares que en forma aislada no son delictuosas.

Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.

Esta clasificación se da en atención a los sujetos que intervienen en la ejecución del hecho. Para la integración de determinado tipo penal se requiere la participación de más de un solo sujeto activo, como es el caso del adulterio o la asociación delictuosa.

Por la forma de su persecución.

Existen delitos que solo pueden perseguirse si así lo expresa el ofendido o sus legítimos representantes, éstos son los llamados *delitos privados o de querrela necesaria*, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo que es la querrela de la parte ofendida. Los delitos perseguibles previa denuncia, o conocidos también como *perseguibles de oficio*, son aquellos en los que cualquier persona puede hacerlos del conocimiento de las autoridades correspondientes y éstas están obligadas a actuar por mandato de la ley, por lo que no es susceptible el perdón otorgado por el ofendido.

Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

Los delitos comunes son aquellos contemplados en las legislaciones penales locales; por su parte, los delitos federales son los que se encuentran contenidos en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, es decir, los contenidos en una ley que tiene el carácter de federal, o bien, los que prescribe el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Los delitos de carácter militar, afectan únicamente la disciplina del ejército, de conformidad con el artículo 13 Constitucional. "Los delitos políticos, no tienen una definición satisfactoria, sin embargo, puede decirse que son aquellos que afectan la organización del Estado en sí misma, en sus órganos o en sus representantes." ²⁷

Clasificación legal.

Existe otra clasificación de los delitos que es de carácter legal, en atención a la enumeración que nos proporciona la ley penal y que se basa en el bien jurídico afectado. En este apartado se listan los delitos previstos en la Ley Penal Sustantiva Local que es en la que se basa el presente trabajo.

²⁷ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 145.

El Código Penal del Estado de México, establece los siguientes títulos:

- ▶ Delitos contra el Estado.
Delitos contra la seguridad del Estado.
Delitos contra la administración pública.
Delitos contra la administración de justicia.
Delitos contra la fe pública.
- ▶ Delitos contra la colectividad.
Delitos contra la seguridad pública.
Delitos contra la seguridad de las vías de comunicación y los medios de transporte.
Delitos contra la economía.
Delitos contra la moral pública.
Delitos contra la familia.
Delitos contra el respeto a los muertos y violaciones a las leyes de inhumación y exhumación.
Delitos contra el ambiente.
- ▶ Delitos contra las personas.
Delitos contra la vida y la integridad corporal.
Delitos de peligro contra las personas.
Delitos contra la libertad y la seguridad.
Delitos contra la libertad sexual.
Delitos contra la reputación de la persona.
- ▶ Delitos contra el patrimonio.
- ▶ Delitos contra el proceso electoral.

D) ELEMENTOS DEL DELITO Y SU ASPECTO NEGATIVO.

“La palabra elemento, deriva de la voz latina *“elementum”*, que significa fundamento; elemento del delito es todo componente indispensable para la existencia del delito, en general o especial”.³³

La palabra “elemento”, significa la condición necesaria para la existencia de un fenómeno; es un componente esencial que entra en la estructura de un objeto y se obtiene de la descomposición del mismo.

En atención a estas definiciones se puede deducir que un elemento del delito es una parte esencial del mismo. Como se observó en apartados anteriores, existe una parte de la doctrina que considera al delito como un fenómeno único e indivisible, que sin embargo, para efectos de su estudio y mejor comprensión del mismo, se hace necesaria su descomposición en diversos elementos; siendo precisamente en esta corriente en la que me apoyo para el estudio de cada uno de los elementos

³³ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apunamientos de la Parte General del Derecho Penal*, página 217.

del delito.

Atendiendo a la corriente *heptómica* en que se apoyan algunos autores como Jiménez de Asúa y Castellanos Tena, se considera que son siete los elementos que conforman la figura delictiva: La conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

De estos elementos, algunos autores consideran con el carácter de esenciales a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, resultando por tanto que la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad no lo son. "Nos adherimos, sin reserva, a quienes niegan el carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad".³⁴

En opinión personal, considero que efectivamente siete son los elementos que constituyen un delito, aunque solo unos de estos elementos tengan el carácter de esenciales, porque a falta de uno de éstos, el delito no existe, además de que son comunes a todas las figuras delictivas. Por otro lado, los demás elementos no son indispensables y solo se requieren en determinadas figuras típicas, pero se les ha dado el carácter de elemento constitutivo precisamente, porque cuando el tipo los requiere y éstos no se actualizan, por ende, no hay integración del delito.

A) LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

LA CONDUCTA.

El primer elemento del delito consiste en la conducta, que es el común denominador en los diversos esquemas de la teoría del delito y sobre el cual aparece construido el análisis de los restantes elementos constitutivos del delito.

Algunos tratadistas de la materia penal, han establecido que más bien el término que se debe utilizar es el de acto, otros por su parte consideran que debe hablarse de acción o de hecho. Dentro de los que defienden la postura de que el primer elemento del delito es el acto, se encuentra Luis Jiménez de Asúa, quien nos dice: "El acto es el primer carácter del delito. Se emplea la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta"; "... el acto es una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo **acción** y del negativo **omisión**".³⁵

Opinión contraria es la de Celestino Porte Petit, quien es partidario de designar el primer elemento

³⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 130

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, página 136.

del delito como *conducta o hecho*, cuando expresa que no es la conducta únicamente el elemento objetivo del delito, sino también hecho, según la descripción del tipo. "La conducta o hecho, según el caso, vienen a constituir el elemento esencial, general, materia de todo delito",³⁶ coincidiendo con el autor Malo Camacho, quien establece que "el primer elemento del delito es la conducta o el hecho".³⁷

Para estos autores el elemento objetivo del delito es la conducta si se describe una acción o una omisión en el tipo, y se habla de hecho, cuando la ley requiere además, la producción de un resultado material producido por ese acto u omisión. La conducta por sí misma contiene el elemento objetivo del delito, como sucede en los delitos de mera actividad que no producen resultado material; se habla de un hecho, cuando es menester la producción de un resultado material.

Castellanos Tena, refiere que "dentro del término conducta se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo",³⁸ por lo que considera que el término correcto que debe emplearse es el de conducta, entendida como comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Zaffaroni, considera que no se puede hablar de conducta sino de hecho, como en los casos en que el delito se produce por inconciencia o debido a una fuerza física irresistible, toda vez de que el individuo obra como un mero agente físico sin que intervenga su voluntad. "La conducta en el proceso constructivo del concepto dogmático del delito constituye su carácter genérico, y en la averiguación de la delictuosidad de un "hecho" conforme una selección primera, a la que corresponde descartar todos los hechos que no son conductas".³⁹

Anteriormente se consideró que la acción podía ser tanto positiva como negativa, pero la acción debe entenderse como toda conducta humana o manifestación del hombre, independientemente de su contenido jurídico o no, además de que el concepto de acción no puede abarcar ambos conceptos (acción y omisión) porque sería contradictorio, ya que sólo podría definir las características de la acción y no las de la omisión; por lo que en consideración personal y coincidiendo con lo que afirma Castellanos Tena, el término que se debe utilizar es el de conducta, porque dentro de su significado se encuadra tanto la acción o conducta positiva y omisión o conducta negativa. López Betancourt, al igual que el anterior autor, nos dice que la conducta es el primer elemento básico del delito y lo define como el comportamiento humano voluntario encaminado a un propósito, pudiendo ser este comportamiento positivo o negativo, estando de acuerdo con los conceptos de ambos autores.

El Código Penal mexicano al referirse a los delitos, designa a la *conducta* como uno de sus elementos constitutivos, estableciendo en su artículo 6 que *el delito es la conducta típica*,

³⁶ Porte Petit Candeudap, *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*, página 230.

³⁷ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal*, página 375.

³⁸ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 147.

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo I*, página 53.

antijurídica, culpable y punible, asimismo, en el numeral 15 fracción primera, se establece como una causa que excluye el delito y la responsabilidad penal, la ausencia de **conducta**, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible.

La conducta abarca dos aspectos: el positivo que se traduce en un hacer, y el negativo que se traduce en un no hacer, siendo voluntarios ambos aspectos; al aspecto positivo se le ha designado como *acción* y al segundo aspecto se le denomina *omisión*.

ACCIÓN: Es la actividad o movimiento voluntario que realiza el sujeto que produce consecuencias en el mundo jurídico, ya sea modificándolo o poniéndolo sólo en peligro.

Elementos de la acción.- De acuerdo con Celestino Porte Petit, son tres sus elementos: la manifestación de la voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

La voluntad es la facultad que tienen en forma exclusiva los seres racionales de gobernar en forma libre y conciente sus actos; es el querer la acción. El movimiento corporal es el cambio de posición del cuerpo que realiza el sujeto, existiendo siempre el elemento psíquico de la voluntad. En cuanto al resultado, éste se considera como consecuencia de la acción, es la modificación del mundo exterior; "El resultado no es solo daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también las mutaciones en el orden moral".⁴⁰

En la conducta se debe establecer la relación de causalidad que existe en la acción y el resultado externo, para que pueda ser atribuible al sujeto, es decir, debe existir un nexo entre el comportamiento humano voluntario y el resultado material, por consiguiente este nexo causal es un elemento de la conducta y no un elemento del delito, como afirman algunos autores.

Existen diversas teorías en relación a la causalidad de la conducta y el resultado; una de ellas es la *generalizadora* (denominada también como teoría de la equivalencia de las condiciones), la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, de tal manera que si falta una de las condiciones, el resultado no se produciría; y la teoría *individualizadora*, que considera sólo una de las condiciones como la que produce el resultado.

OMISIÓN: La omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada en forma pasiva como una inactividad. Una persona puede cometer una infracción a la ley penal aún cuando no mueva un solo músculo de su cuerpo, por lo tanto, para que la omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

Elementos de la omisión:

Son cuatro los elementos que la conforman: Una manifestación de voluntad, una conducta pasiva (inactividad), un deber jurídico de obrar y un resultado típico.

La no realización de la conducta debe ser en forma voluntaria y no coaccionada, produciendo el resultado típico al no realizar lo que tiene el deber jurídico de hacer y con ello producir un cambio

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, página 214.

en el mundo exterior o ponerlo solamente en peligro, como sucede con la acción.

La omisión consiste en abstenerse de obrar, es una abstención, un dejar de hacer lo que se tenía que realizar. Cuello Calón considera a la omisión como "una inactividad voluntaria cuando la ley impone el deber de ejecutar un hecho determinado".⁴¹

En los delitos de acción se hace lo que prohíbe la norma, por lo que se infringe una norma prohibitiva; en los delitos de omisión se deja de hacer lo mandado en forma expresa, infringiendo una norma dispositiva.

Dentro de la omisión se comprende tanto la *omisión simple*, llamada también omisión propia, y la *omisión por omisión*, llamada también omisión impropia. En los primeros no se requiere la producción de un resultado material, sino solamente la falta de actividad; en los segundos sí se produce una mutación en el mundo exterior como consecuencia de la inactividad del agente, en ellos se violan dos tipos de normas, una preceptiva y una prohibitiva.

De acuerdo con algunos autores, existen también los llamados delitos de olvido en los cuales la omisión no tiene un carácter voluntario, la inactividad por parte del sujeto es involuntaria, sin embargo, es voluntaria la conducta precedente y que produce el estado de inactividad. En relación con estos delitos, el delito se integra sólo si el autor no procuró por falta de cuidado, recordar la acción debida; por lo que son considerados siempre como delitos culposos o imprudenciales.

LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta y abarca tanto la ausencia de la acción o de la omisión misma, según sea el caso.

Para Eduardo López Betancourt, la ausencia de conducta se puede presentar por tres situaciones:

- 1.- La vis absoluta o fuerza física humana irresistible.
- 2.- Vis maior o fuerza física irresistible, proveniente de la naturaleza.
- 3.- Los movimientos reflejos.

Solo algunos autores consideran otros aspectos como el sueño profundo, el hipnotismo y el sonambulismo como aspecto negativo de la conducta.

La vis absoluta.- En ella, el sujeto activo del delito realiza una acción o una omisión la cual no quería ejecutar, por lo tanto, en esta situación no hay voluntad de su parte y al no existir este elemento esencial, la conducta no puede existir. La fuerza que obliga al sujeto activo a llevar a cabo la conducta debe ser física y no moral, porque no la puede dominar o resistir, sino que es vencido por la misma y lo obliga a actuar en contra de su voluntad; por lo tanto, al no existir el primero de los elementos integrantes del delito, surge la imposibilidad de su integración, tal como lo establece el Código Penal vigente en el Estado de México, en su artículo 15 fracción I, que

⁴¹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Tomo I, página 271

determina como una causa excluyente del delito la ausencia de conducta.

La vis maior.- Esta tiene lugar cuando el delito se presenta como consecuencia de una fuerza mayor, es decir, si la conducta se ejecuta siendo obligado o coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. Cabe aclarar que la conducta a la que puede ser obligado el activo a realizar puede ser en sus dos sentidos, positivo y negativo.

La diferencia entre la vis absoluta y la vis maior, es que en la primera, la fuerza física irresistible proviene del hombre, y en el segundo supuesto, proviene de la naturaleza.

Los movimientos reflejos.- En ellos tampoco existe voluntad por parte del sujeto activo, sin embargo, se considera la posibilidad de su culpabilidad cuando haya previsto el resultado o cuando no lo haya previsto. "Los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta si se pueden controlar o retardar".⁴²

Como ya se dijo con anterioridad, algunos tratadistas consideran al sueño como aspecto negativo de la conducta; la persona durmiente que comete en ese estado una conducta tipificada en la ley, no es penalmente responsable. Pero sí se le puede fincar responsabilidad al sujeto cuando busca intencionalmente el sueño para realizar un hecho delictuoso; de igual manera es responsable de un delito culposo cuando no previó lo previsible o previendo el resultado confió en que no sucediera, y asimismo, el durmiente es responsable cuando se le impone vigilar como un deber u obligación y no lo hace por causa del sueño. En cuanto al hipnotismo, que es un procedimiento utilizado para producir el sueño magnético, en este caso el sujeto sólo es responsable de un delito cuando se coloca con su consentimiento en este estado para cometer el mismo.

En cuanto al sonambulismo que es el estado psíquico inconsciente, la persona que estando bajo un sueño anormal, tiene aptitud para levantarse, hablar, andar y ejecutar otras cosas sin que al despertar recuerde algo. En este caso tampoco existe la de conducta.

B) LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.

EL TIPO PENAL

En la vida diaria se presentan una serie de hechos que son contrarios a la ley y que por dañar en gran manera la convivencia social, son sancionadas con una pena. Es así, que las leyes penales describen y definen estas conductas y una vez que son concretadas por los sujetos, son castigadas.

Esa descripción legal es lo que constituye el tipo penal, por tanto se define al tipo como "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito."⁴³

⁴² López Belancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 108.

⁴³ Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de Derecho Penal, página 154.

"Tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias".⁴⁴

"El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)".⁴⁵

LA TIPICIDAD.

Por otra parte, la mayor parte de la doctrina coincide en definir a la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo penal establecido en la ley. Se afirma que la conducta es típica cuando encuadra exactamente a lo que la ley prevé. En este sentido, la ley es la que delimita la responsabilidad en que puede incurrir un individuo, otorgándole a su vez, la seguridad de que sólo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo, será posible sancionarlo, de otro modo no sería posible. De lo anterior, se deduce que el tipo cumple con las siguientes funciones:

- Una función sancionadora, represiva de las conductas que se ubican dentro del tipo penal.
- Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas pueden llegar a ser sancionadas.
- Una función preventiva, porque se pretende que la prohibición contenida en la ley, sea suficiente para lograr que se evite la realización de la conducta tipificada en la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que "para que la conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo se subsuma en un tipo legal...".⁴⁶

La tipicidad es fundamental en la integración de un delito, ya que si no existe una precisa adecuación de la conducta del sujeto activo del delito a la descripción que la ley contiene, simplemente no existe delito alguno.

La diferencia entre tipicidad y tipo estriba en que, el primero de los conceptos se refiere a la conducta desplegada, y segundo de los conceptos pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador de un hecho ilícito.

De acuerdo con la teoría que se aplique, el tipo penal cuenta con determinados elementos; aquí se hace referencia de que son tres los elementos que integran el tipo penal: los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos.

Elementos Objetivos: Se refieren a la descripción de la conducta antijurídica desde su aspecto externo. Es decir, son los elementos susceptibles de ser percibidos mediante la simple actividad cognoscitiva.

⁴⁴ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho Penal, Parte General, página 177.

⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo I, página 167.

⁴⁶ Semanero Judicial de la Federación, CXVII, página 173.

Por regla general, los tipos penales describen estados o procesos de naturaleza externa que se determinan en tiempo y espacio, siendo perceptibles por medio de los sentidos. También encontramos en la ley que dentro del elemento objetivo de un delito, se puede hacer mención de la persona o cosa sobre la cual recae la conducta; sin embargo, existen otros tipos penales en los que la conducta se describe como una mera actividad.

Elementos Subjetivos: "Los elementos subjetivos atienden a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, atienden a las circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor".⁴⁷ Los tipos dolosos implican la causación de un resultado, pero también se requiere de la voluntad de realizarlo, que sería el elemento subjetivo. Regularmente existe congruencia entre los aspectos subjetivos y objetivos del tipo penal, aunque puede darse el caso en que sólo concurra uno de ellos. Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la naturaleza humana, toda vez que el único ser pensante; este elemento radica en el conocimiento que tiene el activo de la realidad de las cosas, o en el deseo que tiene de llevar a cabo la conducta.

Elementos Normativos: Son aquellos que ofrecen libertad al Juzgador ya que requieren que dé una valorización de los conceptos jurídicos que el legislador ha introducido en el tipo penal. Solo en ciertos casos es necesario para tipificar una conducta, que se inserten juicios normativos con la finalidad de realizar una evaluación especial de la conducta plasmada. Cortés Ibarra, refiere que los elementos normativos se captan mediante un proceso intelectual; implica un juicio valorativo de carácter jurídico.

LA AUSENCIA DE TIPICIDAD.

Esta ausencia de tipicidad tiene lugar cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal; en este caso estamos ante la presencia de otro de los aspectos negativos del delitos, la atipicidad, y por ende, si la conducta no es típica, no existe delito alguno.

La ausencia de tipicidad o atipicidad es diferente a la ausencia del tipo; en este último caso, el legislador no ha incluido una conducta en la ley; es decir, no existe descripción de la conducta o hecho en la norma penal. Mientras el primer supuesto supone una conducta que no contiene alguno de los elementos descritos en el tipo, el segundo presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley. Jiménez de Asúa, afin con esta opinión conceptúa que existe ausencia de tipicidad, cuando no concurren todos los elementos del tipo descrito en la ley en la realización de una conducta y habrá ausencia del tipo penal cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se presente. Considerando en forma personal con esta afirmación, porque puede darse el caso que la ley sí prevea la conducta, (existencia el tipo) pero no haya una adecuación exacta por parte del sujeto activo del delito, (ausencia de adecuación de la conducta).

Por su parte Edmundo Mezger determina que las causas de atipicidad son: 1.- La falta del sujeto que la ley exige; 2.- La falta del objeto; 3.- Ausencia del medios de ejecución; 4.- Falta de referencial local o espacial exigida por la ley.⁴⁸

⁴⁷ López Belancour Eduardo, Teoría del Delito, página 134.

⁴⁸ Citado por López Belancourt, en la obra Teoría del Delito, página 141.

C) LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

LA ANTIJURIDICIDAD.

Como se ha visto con anterioridad, el delito requiere de una conducta (ya sea en sea en forma positiva o negativa), y que además esa conducta se encuentre prevista en una ley penal que así la considere, pero además se requiere que la conducta sea antijurídica.

Algunos autores conceptúan a la antijuridicidad como lo contrario a derecho o a la ley, apoyándose en que el vocablo "*anti*", significa *contrario a*; por lo que al ser un concepto negativo resulta difícil su definición. Como argumento Gustavo Malo Camacho, la antijuridicidad es la "contradicción de la conducta y, en su caso del resultado, con todo el orden jurídico en general."⁴⁹

El autor Celestino Porte Petit, ha definido a la conducta como antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. Coincidiendo con el autor López Betancourt quien estima: "La antijuridicidad es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación".⁵⁰ Jiménez de Asúa estima que esta definición es insuficiente porque se complementa con negaciones; es decir, será antijurídico el hecho que no está protegido por alguna causa de justificación, sin que se defina propiamente el concepto de antijurídico.

Al no existir un concepto uniforme acerca de la antijuridicidad, me adhiero a la postura que considera que la conducta tiene el carácter de antijurídica, cuando siendo típica, no se encuentra amparada por alguna causa de justificación que de manera expresa se contienen en la ley, esto con la finalidad de enlazarla con su aspecto negativo, en el cual los autores sí coinciden en afirmar que las causas de justificación son el aspecto negativo del elemento del delito en cuestión.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Son las circunstancias que excluyen la antijuridicidad de un hecho, sin embargo, la conducta existe y es típica. Las causas de justificación son situaciones que la ley permite y por tanto no están provistas de una sanción. Dentro de las causas de justificación, el agente actúa con voluntad conciente, pero su conducta no es delictiva por ser justa conforme a derecho.

"Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, es decir, la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación."⁵¹

⁴⁹ Malo Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, página 250.

⁵⁰ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, página 150.

⁵¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, página 110.

Como ya se dijo en líneas precedentes, la antijuridicidad de una conducta únicamente puede ser eliminada por una declaración expresa por parte del legislador, quien considera que ésta se excluye cuando no existe el interés que se trata de proteger, y cuando existiendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos, sino que se opta por conservar el más valioso para el orden jurídico.

Haciendo alusión a la entidad federativa que es objeto de estudio de este trabajo, las causas de justificación se encuentran reguladas dentro del artículo 15 del Código Penal vigente, en el capítulo denominado "Causas Excluyentes del Delito y de la Responsabilidad", identificándose con el nombre de "Causas permisivas", dentro de las cuales se encuentra las siguientes:

- 1.- Consentimiento del titular de bien jurídico afectado. (Artículo 15 fracción III, inciso a) C.P.E.M.).
- 2.- La legítima defensa (Artículo 15 fracción III, inciso b) C.P.E.M.).
- 3.- El estado de necesidad (Artículo 15 fracción III, inciso c) C.P.E.M.).
- 4.- Cumplimiento de un deber (Artículo 15 fracción III, inciso d) C.P.E.M.).
- 5.- Ejercicio de un derecho (Artículo 15 fracción III, inciso d) C.P.E.M.).

Una vez delimitadas cuáles son las causas de justificación, pasamos al estudio de cada una de ellas.

"LEGÍTIMA DEFENSA.

Esta causa de justificación que impide la existencia del delito, de acuerdo con el Código Penal mexicano y el Código Penal Federal, tiene lugar cuando "se repela una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados, y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido y de la persona a quien se defiende. Asimismo, se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho, al hogar de aquel que repele la agresión, al de su familia, dependencias o de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en estos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

La Escuela Clásica, consideró que la legítima defensa se presenta ante la imposibilidad de la presencia del Estado para repeler la agresión y proteger al injustamente atacado, por su parte; la Escuela Positiva consideró que esta causa de justificación representa el ejercicio de un derecho y todo cuanto se haga por rechazar la agresión constituirá un acto de justicia social.

Jiménez de Asúa nos dice que el fundamento de la legítima defensa consiste en la preponderancia de intereses, pues debe considerarse de mayor importancia el interés agredido que el del injusto agresor.

Elementos de la legítima defensa.

²²Código Penal del Estado de México, editorial Sista, página 25.

La doctrina ha exigido como requisitos de la legítima defensa, los siguientes:

- a) Que se trate de una agresión a los intereses jurídicos de quien se defiende, o los de otra persona. (Sin que se defina cuáles son esos bienes o intereses jurídicos).
- b) Que el ataque sea actual e inminente, pues antes de que el peligro aparezca, no es necesaria la defensa, pero el afectado no necesita esperar que sean dañados sus intereses.
- c) El ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrarios a derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. Si la agresión es justa, la defensa no puede quedar amparada, por tanto, no cabe la legítima defensa contra actos de autoridad a menos de que se trate de un abuso.
- d) La defensa debe ser necesaria, es decir, agotar los medios no violentos antes de recurrir a ésta, además de que debe existir racionalidad en los medios empleados.
- e) La agresión no debe ser provocada por la conducta del agredido.

Tratándose de una riña, no existe legítima defensa, pues requiere como un elemento propio que la agresión sea antijurídica, y en este caso los contendientes dirimen sus diferencias en forma ilegal. Tampoco existe la legítima defensa contra una legítima defensa, por que el acto que dio origen a esta segunda repulsa o rechazo es una conducta apegada a derecho, tampoco se acredita el elemento que da origen a la legítima defensa, que es una agresión sin derecho.

Exceso en la legítima defensa.

Todas las legislaciones de las entidades federativas consideran como eximente a la legítima defensa, pero ha sido reglamentada en forma diversa, es así que el Código Penal Sustantivo del Estado de México, no contempla la hipótesis en que una persona pueda incurrir en el exceso de la legítima defensa al repeler una agresión. Caso contrario es el del Código Penal Federal que determina en su artículo 16, que a quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

Por ende, se puede definir al exceso en la legítima defensa como "intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada"⁵³ el agredido, que rebasa los límites de su comportamiento para repeler la agresión y se coloca así en el ámbito antijurídico.

EL ESTADO DE NECESIDAD.

Von Liszt define esta causa de justificación como una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no hay otro remedio que violar los intereses de otra persona, pudiéndose originar directa e inmediatamente en un fenómeno natural, caso fortuito o fuerza mayor, dicha definición es la que se ha considerado como la más correcta dentro de la doctrina.

El autor Porte Petit hace el siguiente comentario: "Estamos frente al estado de necesidad cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona

⁵³Concepto de Sebastián Soler, citado por Castellanos Tena. Lineamientos Elementales del Derecho Penal página 198.

otro bien, igualmente amparado por la ley".⁵⁴

Es así, que en el estado de necesidad existe un conflicto entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes protegidos por las leyes, encontrándonos ante dos supuestos:

- 1.- Que el conflicto se presente entre bienes de valor desigual.
- 2.- Que el conflicto se presente entre bienes de idéntica estimación.

El primer caso no ofrece ninguna dificultad, debido a que "si dos intereses que son protegidos jurídicamente se encuentran en peligro de perecer, es permisible la destrucción del menos importante y la manutención del más trascendente; el estado siempre exige la salvaguarda del bien que tenga mayor interés."⁵⁵ En el segundo caso, cuando el conflicto se presenta entre dos bienes de igual valor, no se puede recurrir al mismo razonamiento expuesto con antelación porque ambos bienes tienen igual valor.

Cuando una persona decide causar un daño a otro individuo sin pensar en la aplicación de un pena, la sanción pierde su carácter intimidatorio, por lo que numerosas teorías han determinado que en este segundo supuesto opera la exención del elemento punibilidad por razones de tipo social en donde no se le puede exigir al autor, un conducta contraria a su reacción natural.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa al manifestar: "el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposa por el agente".⁵⁶

Elementos del estado de necesidad.

- a) Al igual que en la legítima defensa, requiere la presencia de un peligro real, actual, inminente y no provocado por el autor.
- b) El peligro no debe ser provocado por quien invoca la excluyente.
- c) El peligro puede causar daños en bienes jurídicos protegidos, ya sean propios o ajenos, incluyéndose la salvaguarda de los intereses como la vida, la integridad corporal, el honor, libertad sexual, etcétera.
- d) El rechazo constituye la acción positiva que lesionan los bienes jurídicos y con el cual se logra la conservación del bien mayor.
- e) El que invoca la causa de justificación no debe estar obligado a soportar el mal o el peligro.

Como casos específicos del estado de necesidad que se encuentran regulados en la legislación

⁵⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de derecho Penal, página 431.

⁵⁵ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho penal, página 29.

⁵⁶ Semanario Judicial de la Federación, XLI. Sexta Época. Segunda Parte. Página 31

punitiva vigente, se encuentran el robo necesario y el aborto terapéutico:

El robo necesario consiste en que el sujeto activo del delito se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento (artículo 293 fracción I). En este caso se permite el sacrificio de intereses de inferior estima para conservar uno preponderante.

En el aborto terapéutico, la mujer embarazada se provoca el aborto por encontrarse en peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora (artículo 251 fracción III). La ley permite que ante el conflicto de bienes, se sacrifique una vida para que otra se conserve, considerando de mayor valía la vida de la madre, ya que de ella necesitan sus demás hijos o sus familiares.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Estas causas de justificación que privan a la conducta de antijuridicidad, se encuentran contempladas dentro del contenido del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, en su fracción III, inciso d), que prescribe como otra causa excluyente del delito y de la responsabilidad, cuando la acción o la omisión se realizan en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro, coincidiendo con la redacción de la legislación penal del Distrito Federal. En estos casos también se requiere que exista racionalidad en los medios empleados ya sea al cumplir con un deber jurídico o al ejercer un derecho. Si la acción o la omisión, están permitidas o en su caso ordenadas por la ley, el daño que se ocasione no será ilícito.

Lesiones en los deportes.

Esta causa de justificación procede en los casos cuando con motivo de la realización de algún deporte se cause alguna lesión, pues como es sabido, existen diversas actividades deportivas en las que intervienen varios sujetos y en los que existe el riesgo de resultar lesionados, sin embargo no existe responsabilidad de aquel que cause una lesión a su contrario debido a que precisamente existe la posibilidad de que esto suceda. Asimismo, en el caso de aquellos deportes en que precisamente la finalidad que se persigue es la de lesionar a la contraparte, no existe la antijuridicidad del hecho por que el Estado reconoce y permite la práctica de estos deportes.

Consentimiento del ofendido.

Dentro del contenido del numeral 15, fracción III, inciso a), del Código Penal vigente en la entidad, se determina como causa excluyente del delito y de responsabilidad, el que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídicamente afectado siempre y cuando se trate de un delito perseguible por querrela de parte interesada; para su operancia el pasivo debe tener la capacidad de disponer del mismo y el consentimiento debe ser expreso o tácito sin que medie algún vicio de la voluntad.

D) LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

LA IMPUTABILIDAD.

En el apartado 1.1 de este trabajo, se estableció que algunos autores consideran que el delito únicamente se compone de cuatro elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, (como también lo determina la legislación vigente del Estado de México), pero, siguiendo el pensamiento de aquellos que consideran la estructura heptómica del delito, la imputabilidad viene a ser otro de sus elementos constitutivos.

Para que un sujeto pueda ser considerado culpable, primero debe ser imputable, es decir que el individuo conozca la ilicitud del hecho y que quiera realizarlo, por lo que vendría siendo un presupuesto de la culpabilidad.

Como lo afirma Jiménez de Asúa, "la imputabilidad radica en el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó",⁵⁷

Generalmente se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de optar por actuar conforme a la ley o de violarla, y precisamente en esa posibilidad radica la imputabilidad, en la capacidad de entender y de querer, de determinarse con libertad de acción y de elección en función de aquello que conoce. Contrario a este pensamiento la Escuela Positiva argumentó que no existe la libertad de elección en la comisión de un delito, sino que éste sucede por diversas causas como la tendencia congénita al delito, la minoría de edad, embriaguez, etcétera, sin embargo preferimos seguir el primero de los pensamientos planteados.

"El querer consiste en estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión".⁵⁸ "La imputabilidad hace referencia a propiedades también de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar".⁵⁹

El concepto legal de este elemento del delito, queda comprendido en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal vigente del Estado de México, siendo uniforme con la legislación penal federal al establecer que la responsabilidad del delito se excluye cuando al realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de éste o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, por padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, siempre y cuando estas circunstancias no hayan sido provocadas en forma dolosa o culposa por el agente.

Acciones liberae in causa.

La imputabilidad del agente debe existir al momento de la ejecución criminal, porque suele acontecer que el actor de un delito se coloca en estado inimputable para realizar el ilícito, tal como lo afirma Luis Jiménez de Asúa, "es decisivo en la imputabilidad el momento en que ha tenido lugar la manifestación de la voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que

⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, página 326.

⁵⁸ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 180.

⁵⁹ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho Penal, página. 231.

se produce el resultado"⁶⁰. Esto es lo que se conoce como *actione liberae in causa* (acciones libres en su causa pero determinadas en sus efectos). La doctrina y la jurisprudencia han establecido que el sujeto activo tiene plena responsabilidad desde el momento en que el propósito criminal se origina en estado imputable, constituyendo la inimputabilidad sólo un pretexto o estado en el que voluntariamente se coloca el agente, por ende, si alguien para cometer un delito se ha puesto en estado pasajero de irresponsabilidad, esto no tiene influencia en su imputabilidad, y si no fue voluntario, sino culposo, el colocarse en tal situación, entonces será imputable.

LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad alude al aspecto negativo de la imputabilidad, que a contrario sensu significa, la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho Penal.

"Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad"⁶¹.

Para Jiménez de Asúa las causas de inimputabilidad son la falta de desarrollo y salud de la mente además de los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan al sujeto de la facultad de conocer el deber, en ambos casos, aún cuando la conducta es típica y antijurídica, el sujeto no está en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que realizó.⁶²

En la inimputabilidad, la capacidad de comprender la ilicitud del actuar, es inexistente por encontrarse gravemente alterada o inmadura.

La falta de desarrollo mental a que se refiere el citado autor supone una corta edad, que en el caso de los ordenamientos penales de nuestro país se reduce a los diez años, en otros a los doce años, otros más la establecen a los catorce años, otros a dieciséis años, y algunos más a dieciocho años, para ser sujeto del derecho penal. Sin embargo, de acuerdo al Código Penal del Estado de México, los menores de dieciocho años no son sujetos inimputables, sino que únicamente se encuentra excluidos de la ley penal, por lo que como medida de defensa social y a fin de prevenir futuros actos criminales, se creó la Ley de Prevención y Tratamiento de Menores Infractores de aplicación federal, y la ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores, para el Estado de México, en las que se determina el procedimiento aplicable en los casos en que algún menor de dieciocho años incurra en una falta o infracción a la ley penal.

En el caso de las enfermedades mentales, "son aquellas que producen alteraciones modificatorias de la personalidad psíquica del enfermo, que anulan su capacidad de entender y de querer"⁶³,

⁶⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, página 336.

⁶¹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 223.

⁶² Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal página 339.

⁶³ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho Penal, página 263.

entre ellas se encuentran la idiotez o imbecilidad, la epilepsia, la psicosis maniaco depresiva, en estos casos, cuando la enfermedad está muy avanzada anula las facultades de la mente convirtiendo por ende, al sujeto inimputable; de igual manera la paranoia donde la persona sufre transformaciones con relación al mundo que le rodea; algunas legislaciones consideran a la sordomudez como una enfermedad que convierte en inimputable a quien la padece, sin embargo no en todas las legislaciones del país es así, como sucede en la legislación penal federal donde se ha suprimido este supuesto; por su parte la Legislación penal local reconoce a los sordomudos bajo las circunstancias que la propia ley indica, asimismo a los enfermos mentales, como sujetos inimputables (artículo 16 fracción III C.P.E.M)

Con relación a la ebriedad, se puede decir que influye de sobremanera en la criminalidad, como se puede observar día con día se cometen diferentes conductas típicas bajo los efectos del alcohol. La ebriedad puede producirse de tres formas: intencional o voluntaria, culposa y fortuita. Es intencional cuando se ingiere con el propósito de llegar a la embriaguez, es culposa cuando se ingiere sin el propósito de emborracharse; es fortuita cuando no se desea la embriaguez pero que por morbo o por maniobra de terceras personas se cae en este estado.

La inconciencia originada por el alcohol, se le imputa directamente a su autor porque conociendo sus efectos tóxicos ingiere voluntariamente, y si bien es cierto que el delito no fue querido, el agente debió prever que la intoxicación podía colocarlo en estado de peligro para los demás, debido a que el alcohol destruye los frenos inhibitorios del sujeto poniendo al descubierto sentimientos de odio o enemistad que se encontraban ocultos, por lo que su acción criminal revista la forma culposa y no dolosa.

E) LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

LA CULPABILIDAD.

Se considera que la conducta es culpable cuando "a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".⁶⁴ "La culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁶⁵ Castellanos Tena la define como "el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"⁶⁶

En relación a este elemento constitutivo del delito, existen dos teorías que se ocupan de su naturaleza jurídica: La teoría psicológica y la teoría normativa.

⁶⁴ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Parte General, página 290.

⁶⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de Derecho Penal, página 234.

⁶⁶ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derechos, página 234.

1.- La teoría psicológica de la culpabilidad.- Para esta corriente la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual desarrollado en su autor.

2.- La teoría normativa de la culpabilidad.- Para esta teoría el ser de la culpabilidad se encuentra en el juicio de reproche, la conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, se le puede exigir por el orden normativo una conducta diversa a la realizada; por tanto la esencia de esta teoría radica en el juicio de reproche, en la exigibilidad dirigida a los sujetos capaces de comportarse de acuerdo al deber.

FORMAS DE CULPABILIDAD. La culpa reviste dos formas (el dolo y la culpa) según la voluntad del agente se dirija a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause el mismo resultado debido a su imprudencia. Para otros autores y aún para algunas legislaciones, existe una tercera forma de culpabilidad que es la preterintencionalidad.

1.- EL DOLO.

Para Jiménez de Asúa, el dolo requiere de la producción de un resultado previsto en la ley, con la plena conciencia de contravenir el deber. Cuello Calón nos dice al respecto "dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso".⁶⁷ López Betancourt la define como "el conocimiento de la realización de las circunstancias que pertenecen al tipo y voluntad o aceptación de realización del mismo".⁶⁸

Elementos del dolo:

El último de los autores citados afirma que los elementos del dolo son dos: a) El intelectual que implica conocimiento por parte del sujeto de que realiza las circunstancias pertenecientes al tipo; b) El emocional, que es la voluntad de la conducta o del resultado. De la misma forma, sólo que con diversa designación, Castellanos Tena establece que los elementos del dolo son uno ético y otro volitivo o emocional, coincidiendo en la descripción proporcionada por Betancourt.

Clases de dolo:

Se distinguen entre la doctrina actualmente, cuatro tipos de dolo.

Dolo Directo.- En este tipo de dolo se quiere la conducta o el resultado, desprendiéndose dos circunstancias: que el sujeto prevea el resultado y que lo quiera.

Dolo Eventual.- En éste existe representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo porque no se quiere el resultado, sino sólo se acepta en el caso en que se produzca, por lo que requiere del probable resultado y la aceptación del mismo.

⁶⁷ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, página 441.

⁶⁸ López Betancourt, Eduardo, página 218.

Dolo de consecuencia necesaria (denominado también dolo indirecto).- Se presenta cuando el agente actúa con la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue en forma directa, pero que previendo su resultado, lleva a cabo el hecho delictuoso.

Dolo indeterminado.- Esta clase de dolo es referida por Ignacio Villalobos, y el mismo tiene lugar cuando en el agente existe el propósito de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en específico.

2.- LA CULPA.

La culpa es la segunda forma de culpabilidad y tiene lugar cuando obrando sin intención y sin la debida diligencia se causa el resultado dañoso, que ha sido previsible y penado por la ley.

Pavón Vasconcelos, nos dice: "la culpa es aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntaria, y evitable si se hubieren observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejados por los usos y las costumbres".⁶⁹

"Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo en las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".

Clases de culpa:

Culpa consciente, llamada también culpa con representación o previsión.- En ésta, se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

Culpa inconsciente, llamada también culpa sin representación o previsión.- Existe cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

3.-LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Algunos autores la consideran como una tercera forma de culpabilidad y aún algunas legislaciones la contemplan como tal, como en el Estado de México, que fue suprimida hasta la reforma del año dos mil, al considerarse que generaba problemas en la ubicación de los delitos. Se determinaba como delito preterintencional cuando se causaba un daño que iba más allá de la intención y que no era ni previsto ni querido, siempre y cuando el medio empleado no fuera el idóneo para causar el daño

LA INCULPABILIDAD.

⁶⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, página 371.

⁷⁰ Jiménez de Asúa, Luís. Lecciones de Derecho Penal, página 247.

El aspecto negativo de la culpabilidad lo constituye la inculpabilidad, que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Distinguiéndose de la inimputabilidad en que en esta última, el sujeto es psicológicamente incapaz, en la primera, el sujeto sí es completamente capaz, pero no le es reprochada su conducta por existir una causa de error o no se le pueda exigir otra manera de obrar.

La inculpabilidad opera cuando por error o ignorancia, falte el conocimiento del individuo o su voluntad se vea forzada de modo que no actúa libremente. "La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad".⁷¹

"La inculpabilidad consiste en la absolción del sujeto en el juicio de reproche"⁷² Es decir, que para que un sujeto se considere culpable se precisan de la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo que, a falta de alguno de ambos elementos trae como consecuencia la inculpabilidad del mismo.

De igual manera, habrá inculpabilidad al faltar alguno de los elementos precedentes del delito, como son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad o la imputabilidad; o bien, cuando la conducta típica y antijurídica se haya realizado sin dolo ni culpa, es decir en caso fortuito.

Para la teoría psicologista de la culpabilidad, la base de este elemento radica en el **error esencial**, que elimina el conocimiento, y en la **coacción de la voluntad**, que elimina el segundo elemento, la voluntad.

Para la segunda teoría, la normativista, las causas de inculpabilidad son el **error esencial** y la **no exigibilidad de otra conducta**. En este caso, el error consiste en la idea falsa o equivoca respecto de un objeto, un sujeto o una situación. Algunas legislaciones prefieren utilizar el término *ignorancia*, ya que consideran que ésta abarca a su vez el concepto de error.

En el área psicológica, el error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto; la ignorancia por su parte es una falta completa de conocimiento. Sin embargo, en el área jurídica es irrelevante la distinción entre error e ignorancia, ya que ambos términos se equiparan en su significación, toda vez que se considera que todo error envuelve ignorancia; ambos términos son considerados como causas de inculpabilidad para denotar el desconocimiento o conocimiento falso que recae, ya sea sobre la norma jurídica o sobre las circunstancias del hecho tipificado sobre la norma.

En el caso de la legislación penal del Estado de México, se establece como causa de inculpabilidad cuando "*se realice la acción o la omisión bajo un error invencible...*" de lo que se aprecia que se utiliza el término "*error*" como la causa que anula la culpabilidad de la conducta. Se habla de error invencible cuando no puede atribuírsele a la negligencia de quien lo sufre, advirtiéndose que la legislación local adopta el criterio seguido por a teoría normativista de la culpabilidad, ya que considera que tanto el error y la no exigibilidad de otra conducta causas de inculpabilidad. (Artículo 15 fracción IV, incisos b y c).

⁷¹ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, página 238.

⁷² Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Pena, La Ley y el Delito, página 3.

Tipos de error.

El error se divide en error de hecho y error de derecho. "El primero recae sobre una regla de derecho... el segundo versa sobre hechos jurídicos..."⁷³

Error de Hecho: El error de hecho se subdivide a su vez en **esencial o accidental**. (El código Penal del Estado de México lo denomina como error invencible. Artículo 15 fracción IV, inciso b).

El **error esencial de hecho** recae sobre los elementos constitutivos del tipo penal; en este caso el autor no puede comprender la naturaleza criminosa de su actuar; el sujeto cree que su conducta es lícita por encontrarse amparada por una causa de justificación o por ser atípica, cuando realmente no es así. Es así, que se desprende otra subdivisión del error esencial en **error esencial de tipo, de prohibición o licitud**.

Existe **error esencial de tipo**, cuando recae sobre alguno de los elementos del tipo penal. El **error esencial de prohibición o licitud**, tiene lugar cuando el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o cuando cree que su conducta se encuentra justificada sin que realmente sea así, como sucede en el caso de la legítima defensa putativa.

En el caso del **error accidental de hecho**, éste no recae en elementos esenciales, sino secundarios y a su vez, la doctrina lo ha dividido en:

Error en el golpe - López Betancourt, nos dice que este tipo de error surge cuando hay desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente al propuesto por el sujeto, el sujeto activo enfoca sus actos a la realización del ilícito, pero no recae sobre ese objetivo por un error y sin embargo causa un daño diverso, en esta hipótesis el sujeto responderá a título doloso siendo indiferente para la ley que el delito recaiga sobre un bien jurídico distinto.

Error en la persona - Se da debido a una falsa representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona, creyendo equivocadamente que es otra.

Error en el delito - Se ha considerado este supuesto cuando el sujeto inexactamente piensa que realiza un acto ilícito determinado y en realidad se encuentra en otro supuesto.

En el error de hecho queda eliminada la intención de la acción, pudiendo subsistir la culpa cuando el error reúna características de vencible y la conducta implique ligereza, falta de atención o de cuidado necesario, por el contrario si el error es de carácter vencible y baste un normal cuidado o atención para conocer la ilicitud de la conducta, será imputable a su autor. En el segundo supuesto, que es el error accidental llamado también error inessential por algunos autores, tiene lugar cuando recae sobre circunstancias accidentales o secundarias del hecho.

Error de Derecho: Este constituye una ficción que no tiene fundamento real, toda vez que existe el principio de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha, se dice que es una ficción porque si se considerara como causa de inculpabilidad el desconocimiento de la norma jurídica, entonces

⁷³ Definición transcrita por el Autor Jiménez de Asúa, refiriéndose al tratadista Savigny, obra citada con antelación, página 390

ningún delito se penaría si los inculpaados invocaran ignorancia de la ley.

La no exigibilidad de otra conducta.

Conforme al contenido de la ley penal que rige en el Estado de México, una conducta no puede considerarse culpable cuando ante las circunstancias que concurren en la realización de la conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó. (Artículo 15 fracción IV, inciso c).

La doctrina aún no ha logrado determinar con precisión la naturaleza de la no exigibilidad de otra conducta por no haberse establecido cuál de los elementos de la culpabilidad (conocimiento y voluntad) queda anulado en presencia de ella. Asimismo, el Código Penal mencionado en líneas que antecede, habla de otra causa de inculpabilidad que es el caso fortuito, que tiene lugar cuando el resultado típico se produce cuando el activo haya ejecutado un hecho ilícito con todas las precauciones debidas. (Artículo 15 fracción IV, inciso c), parte final.

Las eximentes putativas.

Estas son un caso de error esencial que anulan la culpabilidad del sujeto, donde cree obrar conforme a una causa de justificación, cuando la ley en realidad prohíbe el acto. El agente actúa sin comprensión de criminalidad, recayendo el error en la significación antijurídica del hecho. Éstas operan en todas las causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho; la ilicitud de la conducta sólo se destruye cuando el error origina una conducta inculpada, es decir, sin conciencia delictiva.

F) LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad "no es la aplicación efectiva de la sanción al delincuente; es la amenaza que el Estado hace de aplicar una pena al autor del ilícito penal. Un hecho será punible cuando descrito abstractamente en la Ley se encuentra conminada su realización con la aplicación de una pena".⁷⁴

La punibilidad consiste en "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".⁷⁵

Castellanos Tena, afirma: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción".⁷⁶

Existe entre los tratadistas del derecho penal, la discusión respecto de considerar a este elemento del delito como esencial o sólo como su necesaria consecuencia. Así, el autor Sebastián Soler sostiene al igual que Francisco Pavón Vasconcelos, que la punibilidad no es un elemento esencial del delito y lo considera como una consecuencia del mismo.

⁷⁴ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho Penal, página 361.

⁷⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, página 365.

⁷⁶ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 275.

Una opinión diversa es la de Porte Petit quien sí le atribuye el carácter de elemento constitutivo del delito y estima que la punibilidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo.

En mi opinión personal estimo que la punibilidad no constituye un elemento del delito, porque la figura delictiva subsiste aun cuando no le sea aplicable una sanción; sin embargo, tomando como base la definición contenida en el artículo 6 del Código Penal del Estado de México, respecto del delito, estableciendo: "*el delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible*", se deduce que al carecer de este último elemento antes mencionado, la conducta no podría constituir un delito, ello atención a la redacción del propio Código Penal Mexiquense.

La punibilidad se compone por elementos subjetivos y elementos objetivos; los primeros exigen conocimiento por parte del autor respecto de las propiedades destacadas de las personas a las cuales se refiere la acción; los segundos se refieren a aquellas características que también se conocen como calificantes legales del contenido de la pena y que son totalmente independientes del saber del actor.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Se afirma que toda persona responsable de la comisión de un delito, es merecedora de la imposición de una pena, pero esto no siempre sucede; existen situaciones específicas en las que no se aplica la pena al autor de un delito, a las que la doctrina ha denominado excusas absolutorias, definiéndose como aquellas "causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de una pena." ⁷⁷ El Estado no sanciona determinadas conductas de acuerdo a una prudente política criminal, esto en función de ciertas razones de justicia o equidad. "La remisión de la pena obedece particular y principalmente a causas de utilidad pública." ⁷⁸

El citado autor, Raúl Carrancá y Trujillo, divide a las excusas absolutorias, en atención al aspecto subjetivo o la escasa temibilidad del sujeto que realiza la conducta. En el primer caso resultan las *excusas en razón de móviles afectivos*, como operan en el caso del encubrimiento y la evasión de presos previstos en los artículos 153 y 159 del Código Penal del Estado de México; en el segundo caso se encuentran las *excusas en razón de la copropiedad familiar*, como en el caso de un robo cometido por un ascendiente contra su descendiente; en el tercer caso, está las *excusas en razón de la patria potestad o de la tutela*, comprendiendo en ellas las lesiones, siempre y cuando fuera de las que no ponen en peligro la vida y tardar en sanar menos de quince días, cuando éstas se infieren en el ejercicio del derecho de corrección; en el cuarto supuesto están las *excusas en razón de la maternidad conciente*, cuando el aborto se causa por imprudencia de la mujer embarazada o el producto es consecuencia de una violación; en otro supuesto están aquellas *excusas en razón del interés social preponderante*, como sucede en el caso de la revelación de secretos en los casos que expresamente se prevé; otro supuesto encuadra las excusas en los casos de injurias, difamación o calumnia; y por último, *las excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada*, tratándose del robo de menor cuantía.

Malo Camacho, las divide en dos tipos: *Las causas personales que excluyen la pena*, que son aquellas que impiden que nazca la posibilidad de la coerción penal y se requiere que estén

⁷⁷ Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 279.

⁷⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo I* página 377

presentes desde el inicio de la realización del hecho delictuoso, mencionándose como ejemplos los citados con antelación. *Las causas personales que cancelan la punibilidad*, implican circunstancias posteriores al hecho, éstas también excluyen la penalidad, sin embargo se diferencian en que la exclusión es posterior y no desde un inicio; como ejemplo se encuentran el desistimiento o arrepentimiento en la tentativa; también se comprenden la muerte del delincuente, la amnistía, perdón del ofendido, etcétera.

F) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Ernesto Beling, nos dice en relación a este elemento del delito: "son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad".⁷⁹

Jiménez de Asúa, considera que estas condiciones objetivas de punibilidad no conforman un carácter más del delito, porque no son aplicables a todos los delitos, sino por el contrario son escasas. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, más bien se refieren a condiciones de procedibilidad (como la querrela en los delitos que la requieren), sin embargo, no pueden confundirse su naturaleza, porque tratándose de los presupuesto procesales, el proceso únicamente se detiene, sin embargo, ante la presencia de una condición objetiva de punibilidad, procede la absolución de la persona.

Para Porte Petit, tampoco son elementos constitutivos de delito, ya que no se requiere de su existencia. Opinión diversa es la establecida por el autor italiano Florian, que dice: "no se puede considerar la condición objetiva fuera del delito, si es precisamente tal condición la que determina la calidad delictuosa del delito, supuesto en el que no es posible considerar como ilícita una conducta humana desprovista de sanciones, esto es, antes de que sea punible".⁸⁰

Resumiendo, apreciamos que las condiciones objetivas de punibilidad son un elemento constitutivo del delito pero de carácter secundario, ya que no se presentan en todas las figuras delictivas sino solo en algunas. Si están contenidas en la descripción legal, entonces serán partes integrantes del tipo, pero si faltan en la descripción legal entonces serán meros requisitos ocasionales.

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

De acuerdo al criterio que se adopte, dependerá que se le considere como aspecto negativo de un elemento del delito, ya que si se niega la existencia de las mismas, por ende se negará el aspecto negativo del delito.

Cuando en la conducta falten las condiciones objetivas de punibilidad, constituirán formas atípicas produciendo la falta de tipicidad de la conducta delictuosa; ante la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente, se impide la adecuación a alguno de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse la conducta.

⁷⁹ Citado por Jiménez de Asúa en la obra *Lecciones de Derecho Penal*, página 279.

⁸⁰ Citado por López Betancourt en la obra *Teoría del Delito*, página 248.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO II:

**ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y DE LOS DELITOS
EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN
PENAL MEXIQUENSE.**

2.1 EL CÓDIGO PENAL DE 1875.

Si bien es cierto que en el año de 1831, se redactó un Bosquejo General de Código Penal, el cual constituyó el primer ordenamiento en materia penal del México Independiente, dentro de todo el territorio nacional, sin embargo éste no llegó a tener vigencia; por lo que en esencia, el primer antecedente legislativo relativo al Código Penal del Estado de México, se encuentra en el Decreto número uno, expedido por la Junta Legislativa creada por el Decreto número sesenta y cuatro de la Legislatura Extraordinaria, que textualmente dice lo siguiente:

Decreto número uno: "...El C. Licenciado Francisco M. De Olaguibel, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, a todos sus habitantes sabed:

Que en virtud de las facultades extraordinarias (SIC) que me concede la Ley número sesenta y tres del dieciséis de septiembre y de acuerdo con la Junta Legislativa, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Artículo 1º .- Se concede licencia al C. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado, Licenciado D. Mariano Villela, para que no asista al despacho del tribunal, hasta fines de Agosto del año entrante de 1848, en cuyo tiempo podrá radicarse en el lugar del Estado que le convenga y se dedicará a la formación de los proyectos del Código Penal y de Procedimientos en lo Criminal; con calidad de que presentará al Honorable Congreso en el mes de mayo, y el segundo en el mes de agosto del mismo año entrante.

Artículo 2º.- Dichos proyectos se redactarán en artículos en la misma forma que se hayan los Códigos Franceses....

Por lo tanto, mando circule y se le dé el debido cumplimiento. Dado en Toluca a veinte de noviembre de 1847".¹

Como resultado de los trabajos antes referidos, el día tres de noviembre de mil ochocientos setenta y tres, siendo Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, el Licenciado Alberto García, se promulgó el Decreto número cien, de fecha nueve de octubre del mismo año, por virtud del cual el Congreso de la entidad expidió el libro primero del Código Penal del Estado de México.

Este libro primero no entró en vigor por disposición expresa del Decreto número veintisiete, promulgado también por el propio Gobernador que derogó el anterior, cuyo artículo segundo autorizó al Ejecutivo para formar y expedir los Códigos Penal, Administrativo, Municipal y de Procedimientos en materia civil y criminal, asimismo, para ponerlos en observancia tan pronto como fueran concluidos todos los libros que lo integraran.

¹ Sánchez y Sánchez, Gerardo, *Panorámica Legislativa del Estado de México*, página 101.

Conforme a la autorización contenida en el Decreto antes referido, el doce de enero de mil ochocientos setenta y cinco, aún siendo Gobernador Constitucional del Estado de México, el Licenciado Alberto García, se expidió el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, siendo el primer ordenamiento legal que estuviera integrado por mil ochocientos dos artículos, los cuales estuvieran distribuidos en tres libros, regulando en forma amplia y detallada los siguientes aspectos:

LIBRO PRIMERO: Contenía las disposiciones generales sobre los delitos, cuasidelitos y faltas; personas responsables de ellos y penas en general. Dentro de este libro primero se encuentran inmersos dos títulos, el primero que trató sobre los delitos, cuasidelitos y faltas y de las circunstancias que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal, siendo pertinente resaltar el concepto de delito dentro de este ordenamiento: "Delito es la acción u omisión voluntaria, penada por la ley; y de la que alguno es responsable a sabiendas"; como se advierte este concepto ha ido cambiando a través del tiempo. El título segundo de este libro, contempló las penas, su enumeración, las reglas generales de su aplicación, agravación, atenuación y extinción.

LIBRO SEGUNDO: En un sólo título contempló los aspectos relativos a la responsabilidad civil, su extensión y a qué personas comprende.

LIBRO TERCERO: Reguló los delitos y las penas en tres títulos.

Dentro del título primero se encontraron los delitos públicos; este título se dividió en los siguientes capítulos: I.- Delitos oficiales, comunes a todos los empleados, autoridades y funcionarios públicos; Delitos oficiales, exclusivos de magistrados, jueces y demás empleados o funcionarios de la administración de justicia; II.- Delitos políticos; III.- Delitos comunes, que a su vez se dividen en dos grupos: Los que afectan directamente a la sociedad e indirectamente al individuo, y delitos que afectan directamente al individuo e indirectamente a la sociedad. Este segundo grupo se subdividió en diversas secciones que contenían los delitos tales como amenazas, homicidio, falsedad, incesto, adulterio, vagancia y malvivencia, aborto, atentados contra el pudor, duelo, robo, el plagio, el rapto, entre otros. IV.- Este capítulo se refirió a los delitos que sólo se persiguen a instancia de parte. El título segundo, estableció en un capítulo único los cuasidelitos. Por último, el título tercero, en un capítulo único, reguló lo relativo a las faltas.

En este trabajo hacemos referencia únicamente a los delitos de atentados contra el pudor, que se ubicaron en la sección treinta y cinco de los delitos comunes, considerados dentro de aquellos que atentan directamente al individuo e indirectamente a la sociedad.

Encontramos que este primer ordenamiento punitivo, denominó en general como "**atentados contra el pudor**", aquellas conductas que posteriormente se les denominó delitos sexuales. Las figuras típicas que atentaban en contra del pudor estaban regulados de los artículos 773 al 787 de dicho ordenamiento legal, que a continuación se transcriben:

"Artículo 773.- Se da el nombre de atentados contra el pudor; a todo acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y que se ejerce en la persona de otro, sin su voluntad, sea cual fuere su sexo.

Artículo 774.- Los simples ataques contra el pudor de que habla el artículo anterior, verificados

sin fuerza física ni coacción moral, siendo el agente mayor de catorce años y menor de esta edad el ofendido; serán castigados: en casos graves con prisión por dos meses y multa de doscientos pesos; doble pena en los muy graves y sólo multa de cien pesos si los casos no tuvieren gravedad.

Artículo 775.- En los ataques contra el pudor, verificados con menores de nueve años, siempre se considerará que hay fuerza moral y se castigarán según los casos; con doble pena de la marcada en el artículo anterior. Esto se entiende si no ha llegado a verificarse la cópula carnal, pues entonces debe observarse lo prevenido en la segunda parte del artículo 782.

Artículo 776.- Los ataques contra el pudor verificados con fuerza física o moral, no comprendidos en el artículo anterior, serán castigados; según que los casos sean leves, graves o muy graves, con prisión de un mes, seis meses o de un año.

Artículo 777.- El ataque contra el pudor se tendrá y se castigará siempre como delito consumado.²

*Los artículos 778 y 779, hacen referencia al delito de estupro y su penalidad, por lo que no se considera necesario transcribirlos.

Artículo 780.- Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 781.- Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 782.- La pena de la violación será de cinco años de prisión, si la persona ofendida pasare de catorce años, si fuere menor de esa edad, pero mayor de diez, la pena será de seis años de prisión; y teniendo nueve o menos años, se aumenta proporcionalmente un año de prisión, por cada año menos de nueve que tenga la ofendida.

Artículo 783.- Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas de la acumulación.

Artículo 784.- A las penas señaladas en los artículos 779, 781, 782 y 783, se aumentarán: Dos años cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido; o cuando la cópula sea contra el orden natural; un año cuando el reo sea hermano del ofendido; seis meses si el reo ejerce autoridad sobre el ofendido o fuere su tutor, maestro, criado, asalariado de alguno de éstos o del ofendido, o cometa violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón o ministro de algún culto.

Artículo 785.- Los reos de que habla la última fracción del artículo anterior quedarán inhabilitados para ser tutores y además, se impondrán dos años de suspensión en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista o maestro que haya cometido el delito

² Publicados en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de enero de mil ochocientos setenta y cinco.

abusando de sus funciones.

Artículo 786.- Cuando los delitos de que se habla en los artículos 780, 781 y 782 se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido por sucesión intestamentaria y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes. Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste ab-intestato.

Artículo 787.- Siempre que del estupro o violación resulte alguna enfermedad a la persona ofendida, se impondrán al estuprador la pena mayor entre las que corresponde por el estupro o violación y por la lesión, considerado el delito como ejecutado con circunstancia agravante de cuarta clase. Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 892". (la del homicidio calificado) ³

Es importante puntualizar ciertos aspectos con relación a estos delitos que se han descrito; el primero referente a que se denominaron como atentados en contra del pudor, todas aquellas conductas realizadas por el agente con fines lascivos sin hacer distinción entre ellas, sino que fueron reguladas bajo una misma denominación. No fue sino hasta en posteriores codificaciones, donde se les clasificó bajo el nombre de delitos sexuales, asignándolos en capítulos diferentes como figuras típicas independientes, ya que era una contradicción el que se contemplaran todos estos delitos como atentados en contra del pudor, si del mismo contenido del artículo 773 antes citado, se desprende que se consideraba como atentados contra el pudor, todo acto impúdico sin llegar a la cópula, lo cual sí acontece tanto en el delito de estupro como en el de violación.

El segundo de los aspectos es el referente a la imposición de las penas para estos delitos, las cuales eran muy leves, sobre todo la pena privativa de libertad, esto tal vez por la época en que se elaboró el Código; otros aspecto es que en su redacción, hace una innecesaria división de las sanciones aplicables al agente del delito respecto de la edad del pasivo, como se observa en el artículo 782 antes descrito, bastaría con decir que la penalidad se agravara tratándose de impúberes o de menores de cierta edad; deficiencia que fue superada en códigos posteriores.

La regulación para el delito de violación y el delito equiparado a la violación dentro de este código, fue deficiente al dejar a un lado diversos aspectos que también se fueron perfeccionando a través del tiempo, como sucedió en el año de 1892, donde se reformó la sección 35 del Código Penal de 1875, suprimiendo gran cantidad de artículos de su contenido.

Ahora, con estas reformas de mil ochocientos noventa y dos, el artículo 774 quedó como artículo 784, y en él se modificó la penalidad de los atentados contra el pudor; se suprimió la segunda parte del artículo 775 (con las reformas quedó como artículo 785). Se adicionó un nuevo artículo marcado con el número 788, referente a que los atentados al pudor se castigarán solo a instancia de parte ofendida o de la persona que conforme a la ley la represente en juicio criminal.

Por lo que hace al delito de violación, el anterior artículo 780 (con estas reformas quedó como artículo 791) se adicionó una parte final quedando de la siguiente manera:

³ Publicados en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de enero de mil ochocientos setenta y cinco.

"Artículo 791.- 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. La cópula habida con persona menor de diez años se reputa siempre como violación".⁴

Asimismo, el artículo 782 (con la reforma 793), se modificó en su parte final, ya no alude a la edad de nueve años, sino diez años, quedando así:

"Artículo 793.- La pena de la violación será de cinco años de prisión, si la persona ofendida pasare de catorce años, si fuere menor de esa edad, pero mayor de diez, la pena será de seis años de prisión; y teniendo diez o menos años, se aumenta proporcionalmente un año de prisión, por cada año menos de diez que tenga la ofendida".⁵

Quedando intactos los artículos precedentes, del 783 al 787 del Código Penal de 1875, (con las reformas de 1892, artículos de 794 al 798).

Dichas reformas antes citadas fueron realizadas por el Licenciado Antonio Inclán, Comisionado por el Supremo Gobierno del Estado de México, para la formación de las reformas al Código Penal vigente de esta época.

2.2 EL CÓDIGO PENAL DE 1937.

Respecto del Código Penal del Estado de México, vigente a partir del año de mil novecientos treinta y siete, podemos mencionar como antecedentes que el treinta de diciembre de mil novecientos treinta y seis, la XXXIV Legislatura Constitucional de la entidad, mediante el decreto número sesenta y dos, concedió facultades extraordinarias al Gobierno del Estado para que durante el período de receso de la propia legislatura, el cual quedó comprendido del uno de enero al treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y siete, procediera al estudio y expedición de los nuevos códigos penal y de procedimientos penales, tal como se desprende del inciso b) del referido decreto, el cual fue promulgado por el entonces Gobernador Eucario López Contreras el treinta de diciembre de mil novecientos treinta y seis y publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado, el día seis de enero de mil novecientos treinta y siete.

Como resultado del ejercicio de estas facultades extraordinarias, el entonces Gobernador antes mencionado, expidió el día veintiuno de julio de mil novecientos treinta y siete, el Código Penal para el Estado de México, el cual entró en vigor hasta el uno de agosto del mismo año.

Debido a esta particular situación, referente a las facultades extraordinarias que se le concedieron

⁴ Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de enero de mil ochocientos noventa y dos.

⁵ Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el doce de enero de mil ochocientos noventa y dos.

al Gobernador interino para la elaboración de un nuevo código penal, es por lo que no existió una exposición de motivos dentro del contenido de este ordenamiento penal, sino que en el decreto número sesenta y dos únicamente se contenía lo siguiente:

"El Estado de México ha quedado rezagado en lo que respecta a la relación que debió existir entre las normas jurídicas que rigen dentro de su territorio y el grado de evolución social que hemos alcanzado, teniendo en cuenta que en la actualidad tenemos en pleno vigor la legislación de fines del siglo pasado. Es por lo que me permito solicitar de la H. Legislatura que se sirva expedir el siguiente proyecto:

Artículo Primero.- Se conceden facultades extraordinarias al C. Gobernador del Estado para que dentro del receso de la Honorable XXXIV Legislatura que inicia el día 1° de enero y termina el 31 de agosto de 1937, proceda: a) Revisión y reforma en su caso de la Ley del Notariado que rige actualmente dentro del Estado; b) Al estudio y expedición de nuevos Códigos Civil y de Procedimientos Civiles; c) Estudio y expedición de nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales; d) Estudio y expedición de la Ley de Aparcería; e) Revisión y reforma en su caso de la Ley Agraria local para el aprovechamiento de tierras laborables no cultivadas de fecha trece de abril de mil novecientos dieciocho y para la regulación de la Ley Federal de Tierras Ociosas, del 23 de junio de 1920". "Gobernador Constitucional Interino del Estado de México, Licenciado Eucario López Contreras. Secretario General de Gobierno, Licenciado Carlos Pichardo".⁶

Por lo que en uso de las facultades extraordinarias que se le concedieran, el Gobernador interino expidió esta nueva Legislación Penal, la cual se dividió al igual que el anterior, en dos Libros, el primero de ellos que contiene la Parte General y el segundo, la Parte Especial, incluyendo diecinueve títulos, que son los siguientes:

Título Primero.- Delitos contra la seguridad interior del Estado;

Título Segundo.- Delitos contra la seguridad pública;

Título Tercero.- Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia.

Título Cuarto.- Delitos contra la autoridad;

Título Quinto.- Delitos contra la moral pública;

Título Sexto.- Revelación de secretos;

Título Séptimo.- Responsabilidad oficial;

Título Octavo.- Responsabilidad profesional;

Título Noveno.- Falsedad;

Título Décimo.- Delitos contra la economía pública;

Título Decimoprimer.- Delitos sexuales;

Título Decimosegundo.- Delitos contra el estado civil de las personas;

Título Decimotercero.- Violación a las leyes sobre inhumación y exhumación;

Título Decimocuarto.- Delitos contra la paz y la seguridad de las personas;

Título Decimoquinto.- Delitos contra la vida y la integridad corporal;

Título Decimosexto.- Delitos contra el honor;

Título Decimoséptimo.- Privación ilegal de la libertad y otras garantías;

⁶ Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado, el día seis de enero de mil novecientos treinta y siete.

Título Decimoctavo.- Delitos contra las personas en su patrimonio:

Título Decimonoveno.- Encubrimiento.

Interesándonos únicamente el contenido del título decimoprimeros que contempló los diversos delitos sexuales, donde se regularon propiamente bajo esta denominación y no como atentados contra el pudor, las figuras típicas que a continuación se mencionan:

En el capítulo I, se encuentran los delitos de atentados al pudor, estupro y violación.

En el capítulo II, se encuentra el delito de raptó.

En el capítulo III, se encuentra el delito de incesto.

En el capítulo IV, se encuentra el delito de adulterio.

Es de advertir que el encargado de la redacción de este código, como ya se dijo en líneas precedentes dejó a un lado la denominación "atentados contra el pudor" que contenía la anterior legislación, generalizando todos los delitos de carácter sexual, por lo que ahora el título undécimo acertadamente lo denominó "delitos sexuales" incluyendo todos los delitos de esta naturaleza, regulándolos en capítulos distintos cada uno de ellos.

Sin embargo, el Gobernador interino cometió el error de incluir dentro de los delitos sexuales al raptó, al adulterio y al incesto, porque el propósito del sujeto activo en estos tres últimos delitos no es la satisfacción de la lascivia mediante fines violentos o por medio del engaño.

En este apartado se hace referencia en especial a los artículos que contemplan el delito de violación y el delito equiparado a la violación, que se legislaron de la siguiente manera:

Artículo 241.- 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 2 a 6 años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de 4 a 8 años.

Artículo 242.- Se equipara a la violencia la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir".

En relación a este ordenamiento también es pertinente hacer algunas observaciones:

Con las reformas que sufrió el código Penal en este año, se suprimieron también algunos artículos, por lo cual, el artículo 791, que con la nueva reforma quedó como 241, se modificó y ahora establecía que al que por medio de la violencia física o moral, tuviera cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicaría la pena de dos a seis años de prisión y si la persona ofendida fuera impúber, la pena sería de 4 a 8 años de prisión; es decir, quedó eliminado el párrafo en donde se refutaba como violación la cópula habida con persona menor de diez años, y se adicionó el párrafo relativo a la sanción aplicable para los sujetos que cometieran el delito de violación, tanto en personas púberes como impúberes en general, sin hacer distinción

⁷ Publicado en el anexo a la Gaceta de Gobierno del Estado de México del día veintinueve de julio de mil novecientos treinta y siete.

a la edad del pasivo en este último caso.

Por lo que hace al anterior artículo 792, el cual quedó como 242 y que ha sido descrito en segundo término, también fue modificado, estableciendo que: "*se equipara a la violencia...*", en vez de decir "*se equipara a la violación...*", como anteriormente establecía; en consecuencia, el legislador fue equivoco al pretender describir el delito equiparado a la violación precisamente por la falta de violencia al ejecutar el acto sexual en una persona una incapaz ya sea física o mentalmente o con persona que no pudiera resistir, con lo cual se deduce que no existía en esencia una descripción legal para el delito equiparado a la violación.

En este mismo artículo también se modificó en lo referente a la equiparación de la violencia, la cópula con persona *privada de razón o de sentido*; ya que anteriormente como se describía en el artículo 791, se requería la realización de la cópula con persona que no tuviera *expedito el uso de razón*; se contempló además en esta nueva redacción, a las personas que por enfermedad o cualquier otra causa no pudieren resistir.

Todos los demás artículos relativos a la violación, fueron suprimidos con este nuevo código.

2.3 EL CÓDIGO PENAL DE 1956.

Este ordenamiento legal, fue la tercera disposición en materia penal que rigió en el Estado de México, y el cual fue promulgado el día dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, sustituyendo de esta manera al código anterior del año de mil novecientos treinta y siete.

El autor de este nuevo proyecto, fue el licenciado Antonio Huitrón H, el cual acoge las modernas teorías del Derecho Penal contemporáneo sin desatender las especiales necesidades colectivas de la entidad y las necesarias exigencias de defensa social, que ante el auge de la delincuencia en determinados aspectos, requiere mayor severidad para reprimirlos.

La reforma se debió a que el anterior código estaba lleno de remiendos, de figuras delictivas equivocadas e incongruentes, como ya se ha visto en otros apartados de este trabajo, existían disposiciones contradictorias, hablan diversas lagunas y vacíos en la ley penal anterior, por lo que el Legislador consideró necesario adecuar los tipos penales a las exigencias de la defensa social. Uno de los principales aspectos que fueron tratados es el relativo a las penalidades aplicables, las cuales con este nuevo código fueron más severas. Se pensó que esta nueva ley penal era más justa y más útil, al tener como propósito la protección de los valores supremos de la colectividad.

En su elaboración, se tuvo especial cuidado de no caer en peligrosas innovaciones que dieran como resultado una transformación total de la antigua legislación penal, lo cual daría como resultado la nulidad de la jurisprudencia y de las doctrinas que se habían elaborado sobre las disposiciones vigentes cerca de veinte años.

Se buscó eliminar las contradicciones, perfeccionar los conceptos legales, introducir nuevas figuras delictivas que era menester incluir. Con todos estos principios se fijó la meta de coordinar este Código Penal del Estado de México, con las disposiciones penales vigentes en el Distrito Federal, ya que se inspiró en un principio, en el Código Penal del Distrito Federal del año de mil novecientos treinta y uno, y sus reformas del año de mil novecientos cuarenta y nueve, así como en las legislaciones punitivas más destacadas y adelantadas del país, como fueron el código Penal de Veracruz, el Código de Defensa Social de Puebla, el Código de Defensa Social de Hidalgo, Código de Defensa Social de Sonora, Código de Defensa Social de Yucatán y el Código Penal de Morelos.

La expedición de este nuevo Código Penal, estuvo a cargo del Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México en turno, Ingeniero Salvador Sánchez Colln, mediante el decreto número setenta y uno de la XXXIX Legislatura, publicándose en la Gaceta de Gobierno del Estado de México de fecha siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis, entrando en vigor treinta días después; en éste se incluyeron dos libros, el primero que contenía disposiciones generales del delito y las penas aplicables, y el libro segundo, que contenía la redacción de cada uno de los tipos penales incluidos en dieciocho títulos.

Los títulos contenidos en esta legislación penal vigente hasta entonces, fueron los siguientes:

Título Primero. - Delitos contra la seguridad interior del Estado.

Título Segundo. - Delitos contra la seguridad pública.

Título Tercero. - Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia.

Título Cuarto. - Delitos contra la autoridad.

Título Quinto. - Delitos contra la administración de justicia.

Título Sexto. - Delitos contra la moral pública.

Título Séptimo. - Revelación de Secretos.

Título Octavo. - Responsabilidad profesional.

Título Noveno. - Falsedad.

Título Décimo. - Delitos contra la economía pública.

Título Décimo Primero. - Delitos Sexuales.

Título Décimo Segundo. - Delitos contra la integridad de la familia.

Título Décimo Tercero. - Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones.

Título Décimo Cuarto. - Delitos contra la paz y la seguridad de las personas.

Título Décimo Quinto. - De los delitos de peligro.

Título Décimo Sexto. - Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Título Décimo Séptimo. - Delitos contra el honor.

Título Décimo Octavo. - Privación ilegal de la libertad y otras garantías.

Título Décimo Noveno. - Delitos con las personas en su patrimonio.

Como se puede observar, este código penal que entró en vigor en el año de 1956 fue muy similar al anterior, en cuanto a que contiene el mismo número de títulos y las figuras típicas también son semejantes; se adicionó el título relativo a los delitos contra la administración de justicia; se modificó el título denominado "delitos contra el estado civil y bigamia", por el de delitos contra la integridad de la familia y se suprimió el título relativo al encubrimiento.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

-58-

Por lo que hace a los delitos sexuales, si hubieron cambios importantes; en primer lugar el título undécimo fue dividido en siete capítulos:

- Capítulo I, delitos de atentados contra el pudor.
- Capítulo II, delito de estupro.
- Capítulo III, delito de violación y el delito equiparado a la violación.
- Capítulo IV, delito de homosexualismo.
- Capítulo V, delito de rapto.
- Capítulo VI, delito de incesto.
- Capítulo VII, delito de adulterio.

Es importante el cambio que se realizó en este título porque cada delito es regulado de manera independiente en un capítulo distinto, no como era en códigos anteriores en donde los atentados contra el pudor, el estupro y la violación se contemplaron en uno solo.

Se incluyó un cambio radical en los delitos sexuales al incluir como tal al homosexualismo, que se consideraba el ejercer actos erótico-sexuales, o tener cópula o acceso carnal con persona del mismo sexo. El criterio para adoptar tal conducta como otro tipo penal, se debió a las normas religiosas, morales y sociales de la colectividad, que trataron de reprimir aquellas actividades que hirieran o lastimaran los valores de la sociedad, en especial los de la familia y las bases de la comunidad; se pensó en el delito como un acto que ofende la conciencia ética de un pueblo en determinado momento histórico y al causar este mismo daño el homosexualismo, afectando tanto a las normas de conducta como a la sociedad, fue por lo que se le incluyó como tipo penal. Por cuanto hace a los delitos materia de estudio de este trabajo, la redacción del artículo 241 que incluía el delito de violación, quedó intacto; únicamente se alteró el número del artículo, quedando como 205. El artículo 246, que con estas reformas quedó como artículo 206, sí sufrió algunas modificaciones para quedar de la siguiente forma:

"Artículo 206.- Se equipara a la violencia la cópula con persona privada de razón o de conocimiento o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir y cuando la víctima fuere menor de doce años".⁸

En este caso, se advierte la sustitución de la frase "*persona privada de razón o de sentido*", por la de "*persona privada de razón o de conocimiento*"; de igual manera se advierte la adición de la parte final del mismo artículo, al prescribir que se equipara a la violencia la *cópula con persona menor de doce años*.

Este ordenamiento al igual que el anterior, sigue utilizando el término "*se equipara a la violencia*"; que el Código Penal de 1936 también utilizó para designar al delito equiparado a la violación, por lo que en estricto sentido, se puede decir que tampoco existió esta figura típica.

⁸ Publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, del siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

2.4 EL CÓDIGO PENAL DE 1961.

El anterior Código penal del año de mil novecientos cincuenta y seis, estuvo vigente sólo por cuatro años, hasta que la XLI Legislatura de la entidad expidió un nuevo Código Penal, según se desprende del decreto número quince del veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta, publicado en la Gaceta de Gobierno número uno, Tomo XCI, correspondiente al día cuatro de enero de mil novecientos sesenta y uno, comenzando su vigencia a partir del día cinco de febrero del mismo año.

Este cuarto ordenamiento en materia penal que rigió en el Estado de México, se redactó siguiendo los principios formulados por el Primer Congreso de Orientación Penal celebrado en la Ciudad de Toluca, México, durante los días tres al diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho y forma parte de una sistemática completa en materia penal que comprende, además, un Código de Procedimientos Penales y un Código de Ejecución de Penas. El anteproyecto fue sometido a una revisión en reuniones de mesa redonda, celebradas en el Tribunal Superior de Justicia del Estado, en los meses, de abril, mayo, junio de mil novecientos cincuenta y ocho, y posteriormente, la Procuraduría General de Justicia integró una comisión encargada de redactarlo en forma definitiva, antes de pasarlo a la consideración de la Legislatura del Estado.

La división tradicional de los códigos penales que estableció Francisco Carrara, prevalece también en este Código, consignando en el Libro Primero la Parte General y en el Libro Segundo la Parte Especial. Además, otra característica propia de esta legislación es que no adoptó ninguna dirección doctrinal, ni el clasicismo, ni el positivismo, ni tampoco posturas eclécticas, al considerar que el Estado debe prohibir únicamente las conductas que resultaran lesivas a la convivencia pacífica de los individuos y la preservación del conglomerado social.

El proyecto del Código Penal en mención, fue elaborado durante el periodo del entonces Gobernador Gustavo Baz Prada, durante el año de 1959. Los redactores lo elaboraron procurando conjugar armónicamente tres principios: el histórico, inspirado en la tradición jurídica nacional y estatal; el técnico, inspirado en la opinión de los tratadistas de mayor autoridad y en los preceptos de derecho comparado; el social, que es la valoración por parte del legislador quien reduce a normas jurídicas, las realidades colectivas de la sociedad.

Se adoptó una clasificación cuatripartita de los delitos ubicándolos en cuatro títulos: Primero.- Delitos contra el Estado; Segundo.- Delitos contra la colectividad; Tercero.- Delitos contra las personas; y Cuarto.- Delitos contra el patrimonio; mismos que estuvieron divididos cada uno en diferentes subtítulos. En este apartado, se hace referencia únicamente al título tercero relativo a los delitos contra las personas, el cual contenía los siguientes subtítulos:

Subtítulo Primero: Delitos de peligro contra las personas;
 Subtítulo Segundo: Delitos contra la libertad y la seguridad;
Subtítulo Tercero: Delitos contra la libertad e Inexperiencia sexuales;
 Subtítulo Cuarto: Delitos contra la reputación de la persona;
 Subtítulo Quinto: Delitos contra la vida y la integridad corporal.

"Artículo 209.- Se equipara a la violación la cópula con persona privada de razón o de sentido; o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años".¹⁰

Se adicionó un nuevo artículo innovando así las anteriores disposiciones penales; este artículo alude a la situación de que intervengan dos o más personas en la comisión del delito de violación, agravando la penalidad del artículo 208.

"Artículo 210.- Cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas, la pena será de cuatro a doce años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos".¹¹

Esta nueva legislación penal, cambia totalmente el esquema de los delitos sexuales que venían imperando a través de los años modificando en gran manera la técnica jurídica utilizada por los anteriores legisladores, regulando cada figura típica en atención al bien jurídico protegido, pretendió además, reducir los índices de criminalidad aumentando las sanciones aplicables.

2.5 CÓDIGO PENAL DE 1986.

El último código penal que estuvo vigente hasta antes del que en la actualidad rige en el Estado de México, fue el expedido en el año de mil novecientos ochenta y seis, ocupando el quinto lugar en la lista de los ordenamientos penales que han existido en dicha entidad.

Su expedición estuvo a cargo de la XLIX Legislatura, mediante el decreto número cincuenta y tres, siendo Gobernador Constitucional el Licenciado Alfredo del Mazo González; fue aprobado el día treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, promulgándose el ocho de enero de mil novecientos ochenta y seis y fue publicado el día dieciséis de enero del mismo año, comenzando su vigencia cinco días después de su publicación en el periódico oficial del Gobierno del Estado de México.

Uno de los motivos primordiales que llevaron a la nueva expedición de un Código Penal, es porque se consideró que las leyes que regían en esa época, no eran acordes con los planteamientos y las necesidades de la sociedad que se enfrentaban a nuevas y diversas situaciones que no fueron contempladas en códigos anteriores, los cuales ahora se calificaban como obsoletos y rezagados en diversos aspectos.

Otro motivo para la nueva reforma del código penal, fue el tratar de introducir una nueva técnica jurídica que superara a la de las legislaciones precedentes, que por las reformas a que habían sido sujetas se habían ido debilitando. El Legislador consideró pertinente aumentar las penalidades aplicables en determinadas figuras típicas con el fin de evitar la comisión de nuevas conductas delictivas, ya que el grado de delincuencia ha ido en progreso a través de los años y se estimó que con esta medida se lograría brindar mayor protección y seguridad a los habitantes de la entidad.

¹⁰ Gaceta de Gobierno número uno, Tomo XCI, cuatro de enero de mil novecientos sesenta y uno.

¹¹ Gaceta de Gobierno número uno, Tomo XCI, cuatro de enero de mil novecientos sesenta y uno.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-59-

Como en los anteriores, este ordenamiento penal adopta la sistemática bipartita, incluyendo en la primera parte las normas que desarrollan conceptos fundamentales acerca del delito, la responsabilidad y la pena; por otro lado, la parte especial comprende la definición de los delitos en particular. Se conservaron las mismas penas, sin embargo, en contados casos se introdujo modificaciones en atención a la gravedad e importancia del ilícito y a los daños ocasionados.

Reformas importantes se advierten en este ordenamiento legal en relación a la clasificación de los delitos, incluyéndose los delitos preterintencionales; asimismo se aumentaron excluyentes de responsabilidad que no contenía en código anterior, como fueron la vis absoluta, el miedo grave y el temor fundado; con la finalidad de evitar confusiones, se usa un término común para denominar al sujeto activo del delito, llamándolo inculpaado; de igual manera, al título relativo a las penas, se adicionaron las medidas de seguridad.

Este nuevo código contiene los mismos cuatro títulos del libro segundo, pero se adicionó un título quinto relativo a los delitos electorales; y con referencia al título tercero, contiene los mismos subtítulos, únicamente cambiando el orden de los mismos, quedando así:

Subtítulo Primero: Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Subtítulo Segundo: Delitos de peligro contra las personas;

Subtítulo Tercero: Delitos contra la libertad y la seguridad;

Subtítulo Cuarto: Delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales;

Subtítulo Quinto: Delitos contra la reputación de la persona;

El subtítulo cuarto que se ha resaltado, contenía únicamente tres capítulos que eran:

Capítulo I.- Actos Libidinosos.

Capítulo II.- Estupro.

Capítulo III.- Violación.

Por lo que hace a los delitos que nos ocupan en este trabajo, los cuales se regularon en este Código de los artículos 279 al 282, también se observan importantes modificaciones:

"Artículo 279.- Se impondrán de tres a ocho años de prisión, y de cincuenta a setecientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta; se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días multa, si la persona ofendida fuera impúber".¹²

Podemos observar el cambio en lo que se refiere a la sanción pecuniaria, la cual ahora se determina con base a días-multa, que equivalen a la percepción neta del inculpaado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos, y que no puede ser menor que el salario mínimo vigente en el lugar donde se consumió.

El artículo 280 conserva la misma redacción del anterior artículo 209 del Código Penal de 1961, relativo al delito equiparado a la violación.

¹² Compilación de Leyes Penales del Estado de México, página 571.

Por otro lado, el artículo 281 aumenta considerablemente la penalidad en el caso de la violación en la que intervienen dos o más personas, imponiendo de cinco a quince años de prisión y de cien a mil días de multa.

El artículo que fue adicionado con este nuevo código penal es el marcado con el número 282, que la legislación anterior no contempló y el cual determinaba:

"Artículo 282.- Se impondrán de uno a tres años de prisión, además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, cuando el delito de violación fuere cometido, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido hasta por el término de cinco años en el ejercicio de su profesión." ¹³

Se advierte una igualdad en la redacción con los artículos 784, 785 y 786 contenidos en el primer Código Penal de 1875, en cuanto a la diferencia que hace de aquellas personas que tienen algún vínculo con el sujeto pasivo como son los padres o tutores y los padrastros, aplicándoles una sanción adicional de la contenida en el tipo básico. De igual manera hace referencia de aquellas personas que con motivo de alguna función pública o del ejercicio de su profesión, lleven a cabo el acto delictuoso, aplicándoles además la inhabilitación de su cargo o empleo o suspensión de su profesión como de manera semejante lo estableció el Código Penal referido en líneas precedentes.

Posteriormente a este último ordenamiento penal vigente hasta el año de mil novecientos ochenta y seis, se creó un nuevo Código Penal en el año dos mil, mismo que actualmente rige en el territorio del Estado de México y al cual se hará referencia en el último capítulo de este trabajo, por contener los elementos que son temas de análisis del mismo.

¹³ Compilación de Leyes Penales del Estado de México, página 572.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-81-

CAPÍTULO III:

*ESTUDIO DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS DELITOS
EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.*

3.1 EL DELITO DE VIOLACIÓN.

A) HISTORIA.

El delito de violación se ha sancionado de diferente manera en atención a la época y lugar de su comisión. En el presente apartado se hace referencia a la aparición de este delito desde sus orígenes, así como las penas y castigos con que fue sancionada esta conducta en las legislaciones y codificaciones de diversas culturas.

"Las relaciones sexuales, que como las sociales y económicas, presentan una naturaleza de interdependencia entre los hombres, originan intereses opuestos, los cuales al alcanzar la protección de la norma, en virtud del proceso valorativo, originan el nacimiento de los bienes jurídicos sexuales" ¹

El estado de promiscuidad sexual aparentemente surge en las hordas formadas por el hombre primitivo, la cual era conformada por individuos de ambos sexos unidos por lazos de compañerismo y en la que además no existía conocimiento de los vínculos de sangre.

Dentro de las hordas vivían tanto hombres como mujeres que tenían relaciones sexuales sin ninguna relación ética, ni condicionada a ciclos periódicos, lo que daba como resultado el desconocimiento de la paternidad y aún de la maternidad; no existía un núcleo familiar ya que al pertenecer tanto el padre como la madre al mismo grupo u horda, era irrelevante saber a qué grupo pertenecían los hijos.

A través de los años, al transformarse la horda en clanes surge la forma de organización denominada matriarcado, en el que la mujer tenía un lugar preponderante por ser a quien le correspondía la regulación de la economía del grupo al cuidar del hogar y al dedicarse a la agricultura, de aquí en adelante la mujer ocupó un lugar esencial dentro de la sociedad por lo que la descendencia era por la vía materna y todas aquellas prohibiciones de carácter sagrado se le confirieron a la mujer, como lo fue el caso del tabú del ciclo menstrual que constituyó para el hombre primitivo la esencia de la vida, por lo que existió la idea de que la mujer durante este periodo entraba en relación íntima con el núcleo familiar.

En consecuencia, al considerarse prohibido el hecho de tener relaciones con una mujer durante la menstruación, el hombre buscó fuera del clan a otras mujeres, dando paso al nacimiento de sociedades patriarcales, ya que los hombres compraban o raptaban a sus esposas de otros clanes.

La menstruación colocó a la mujer en un estado de impureza sexual,² de esta forma la mujer fue perdiendo gradualmente la estimación social, hasta quedar convertida en un objeto propiedad del hombre.

¹ González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales, página 47.

² Esta situación, se tradujo en una prohibición de tener ayuntamiento sexual con la mujer y la cual se encuentra plasmada en diversos estatutos como son las Leyes de Manú y en el Libro de Levítico, contenido en el Antiguo Testamento, capítulo 15, versículo 19.

Estos sucesos dieron lugar a la época en la cual el ejercicio de la función sexual se condicionaba a ciclos periódicos, donde las parejas satisfacían sus exigencias sexuales, de manera transitoria y violenta. Durante esta época, la hordas no tenían ningún tipo de valoración cultural respecto a las relaciones sexuales.

En una época posterior de la evolución humana, aún sin que la horda hubiese sido transformada, desapareció la periodicidad sexual, siendo sustituida por la libido, por lo que el hombre al no verse obligado a obedecer esa periodicidad, conquistó mayor libertad en la elección de la mujer y ésta a su vez dispuso de un mecanismo inhibitorio para rechazar los ataques sexuales, surgiendo así el primer objeto de valoración: la libertad sexual y con ello, el primer delito sexual: la violación, cuando el hombre comienza a agredir sexualmente a la mujer. Es en este tipo de sociedades patriarcales, donde la mujer fue valorada únicamente como un objeto sexual, completando así el cuadro de los delitos sexuales.

"El delito de violación surgía cuando al desaparecer la promiscuidad sexual y ser substituida por la libido en los albores de la humanidad, el hombre como sujeto sexual, poseyera a la mujer, violentamente, contra su voluntad".³

En diversas legislaciones antiguas fue regulado el delito de violación, distinguiéndose por las penalidades que le fueron impuestas según el lugar y el tiempo en que era cometido, las cuales coincidían en ser crueles y severas.

Así encontramos que en Egipto, la castración era la pena aplicable a quien cometía el delito de violación; en las leyes de los hebreos, la pena aplicable era la muerte o en su caso, una multa, si la mujer era casada o soltera.⁴

La Ley o Código de Manú, aplicaba al violador una pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, no prestara su consentimiento, pues en caso contrario el infractor no era sancionado.

En la antigua Grecia, el violador se castigaba con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, en el caso de que ésta estuviera de acuerdo, si no era así, se le condenaba a muerte.

La ley de los sajones, castigaba este delito con una multa que era disminuida si la mujer concebía.

En el Edicto Teodórico, se impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y si el hombre era rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes.

En Inglaterra se impuso la pena de castración y la ceguera. La Constitución Carolina estableció la pena de muerte.

En el Fuero Juzgo, se castigaba al forzador si era un hombre libre, con cien azotes, y la entrega de éste en calidad de esclavo a la mujer a quien forzaba; si era siervo se le quemaba; no podían

³ González Blanco, Alberto. *Delitos Sexuales*, página 51.

⁴ Previsto en el Antiguo Testamento en el quinto libro de la ley de Moisés (Deuteronomio), capítulo 2, versículo 25.

casarse la víctima y el delinciente, pues si lo hacían, ambos quedaban en calidad de siervos.

En el Derecho Canónico, se consideró la unión sexual violenta únicamente para el caso de que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, no obstante se estipulaba que en una mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

En el Fuero Viejo de Castilla, se castigaba al violador con pena de muerte o con la declaración de enemistad, con lo que los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del libro IV, Título X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionó con pena de muerte cuando se cometía en una mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social.

Es pertinente observar que en estas codificaciones y leyes, se consideraba como violación cuando se forzaba únicamente a la mujer a tener relaciones sexuales por medio de la violencia física, por lo que no se contempló la posibilidad de que el varón fuera también víctima de este delito.

Sin embargo, fue el Derecho Romano con la Lex Julia de Vis Publica, el que contempló esta posibilidad, ya que imponía la pena de muerte para aquellas personas que realizaban la unión sexual en forma violenta con cualquier persona.

Por lo que respecta a la historia de nuestro país, el delito de violación fue contemplado desde la época prehispánica por el pueblo Maya, donde se castigaba con lapidación donde participaba todo el pueblo. La severidad que caracterizaba a la pena aplicable para este delito, se determinaba por el gran respeto que se le tenía a la mujer, por lo que casi no se cometía éste delito entre el pueblo Maya.

Durante la época colonial se aplicaron en México las leyes que regían en España, como fueron las Leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, algunas de las cuales ya se mencionaron anteriormente, esto como consecuencia de la conquista por parte de ese país a nuestro territorio, época durante la cual aún no contábamos con legislaciones propias.

Como es de advertirse, en los pueblos antiguos la sanción que se estableció en el delito de violación, casi siempre consistió en la pena capital o en tormentos crueles, no fue sino hasta el año de 1822, cuando las leyes españolas optaron por sancionar al ilícito en estudio con privación de la libertad, siguiendo este mismo criterio la mayoría de los códigos penales modernos donde ha desaparecido la pena de muerte para el delito de violación, sin que esto haya significado que el delito que se comenta en esta apartado haya perdido su gravedad, sino por el contrario, con el paso del tiempo se ha ido perfeccionando su tipificación como sucedió en los Códigos Penales que han tenido vigencia en el Estado de México, tal como se observó en el capítulo anterior referente a la evolución que ha tenido este delito a través de los años, tratando de adecuarse a la realidad social de su población, ya que cada vez se cometen violaciones con mayor crueldad y perversidad, pero sin que en ningún caso se haya admitido la aplicación de la pena de muerte, esto en atención a lo establecido en el artículo 22 de la Carta Magna que prohíbe la pena capital, aceptándola solo en determinados casos, por lo que el delito de violación únicamente se ha sancionado en las legislaciones modernas con pena privativa de libertad, la cual puede verse aumentada con relación a las circunstancias en que se cometa.

De lo plasmado con anterioridad, podemos deducir que la evolución sociológica del delito de violación, estuvo condicionada tanto a la forma de organización social que existía en determinado momento histórico y a la valoración que se le otorgó a la libertad de las personas de conducirse en su vida sexual.

B) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

Las opiniones de la doctrina coinciden en determinar que el delito más grave que atenta contra la libertad sexual, es el de violación, toda vez que el ayuntamiento carnal impuesto por medio de la violencia, constituye el máximo ultraje que el sujeto activo realiza en el cuerpo del ofendido.

"Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta, surge el delito más grave de violencia carnal que absorbe a cualquier otro..."⁵

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación."⁶

En el delito de violación, la víctima sufre un ataque en su cuerpo el cual no ha deseado, por lo que atenta contra su persona al vulnerarse la libre determinación de su conducta erótica, consecuentemente, se convierte en la ofensa sexual más grave, debido a los medios por los cuales se obtiene.

El diccionario jurídico mexicano, define a la violación como "la cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo".⁷

El concepto de Díaz de León establece: "...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."⁸

Porte Petit, nos dice: "por violación propia debemos entender, la cópula realizada con persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva."⁹

De todas estas definiciones podemos deducir que la naturaleza o esencia de delito de violación, consiste en la imposición de la cópula por medio de la fuerza, ya sea física o moral, a diferencia del delito de estupro en donde el ayuntamiento carnal se obtiene a través de engaños o de la seducción.

Al quedar establecido el concepto del delito de violación, es pertinente hacer referencia a cada uno

⁵ Francisco Carrara, citado por el autor Mariano Jiménez Huerta, en la obra Derecho Penal Mexicano, página 250.

⁶ González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, página 379.

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, página 405.

⁸ Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, página 440.

⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, página 12.

de los elementos que lo conforman.

Tratándose de la entidad federativa sobre la cual versa este trabajo, el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, establece que: **"Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta..."; "Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido";** de acuerdo a la descripción legal que nos proporciona el Legislador del Estado de México, se desprenden dos supuestos en que se puede configurar el delito de violación, mismos que se analizan por separado.

El primer supuesto contiene los siguientes elementos constitutivos:

- I.- Una acción de cópula.
- II.- Que la cópula se efectúe con una persona, independientemente de su sexo.
- III.- Que ésta se realice sin la voluntad de la persona ofendida.

LA CÓPULA.

En relación al primero de los elementos constitutivos, el diccionario de la Academia Española, define cópula como atadura, ligamento de una cosa con otra; en su aspecto etimológico significa unión. El verbo copular, proviene de la voz latina *copulare*, que significa juntar o unir una cosa con otra. En su acepción sexual significa unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

Para nuestro máximo Tribunal de Justicia, la cópula consiste en cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyacuación o sin ella, sin importar el sexo de la persona ofendida. "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 aun cuando no haya eyacuación".¹⁰

En la parte final del dispositivo legal 273 del Código Penal del Estado de México, el Legislador ha establecido: *... 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, exista eyacuación o no.*

Este último concepto que el legislador proporciona, es más preciso al manifestar que se requiere de la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, constituyendo la esencia de la cópula esta introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la persona ofendida, por cualquiera de las vías que se mencionan: oral, vaginal o anal.

En opinión del autor Francisco González de la Vega, la cópula es entendida como todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna. Mariano Jiménez Huerta nos dice en relación con este elemento: "La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural

¹⁰ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V. Enero de 1997, Tesis: VI.2o. J/86, página 397

del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral".¹¹

López Betancourt distingue dos tipos de cópula, la normal y la anormal; la primera tiene lugar cuando el hecho se ejecuta mediante la introducción del miembro viril por vía vaginal a la víctima; y la segunda sucede cuando la introducción se realiza por una vía que fisiológicamente no está destinada para esta finalidad, como lo es la oral y la anal.¹²

Acorde con esta distinción, el autor González Blanco argumenta, que fisiológicamente existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales, "en su acepción erótica general, la acción de cópula comprende los ayuntamientos sexuales normales (de varón a mujer) precisamente por vía vaginal, y a los anormales, sean estos homosexuales masculinos, o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural".¹³

Por lo que se refiere al ayuntamiento sexual entre dos mujeres, no puede decirse que exista propiamente el delito de violación, en virtud de que al requerirse la introducción del órgano sexual masculino, es evidente que en este caso no acontece, caso distinto sería el que se introduzca un instrumento diverso a la víctima, sin embargo, esto daría lugar a la configuración de otro delito, como lo es el delito equiparado a la violación en una de sus modalidades.

Los autores Baledón Gil y Torres Torija, citados por González de la Vega en su obra "Derecho Penal Mexicano", coinciden en decir que debe entenderse por cópula, el ayuntamiento sexual entre varón y mujer, precisamente por la vía vaginal, es decir, el coito normal. Pero, ¿cómo quedarían protegidos entonces los derechos de aquellas personas en que por la perversión sexual del activo son atacadas sexualmente por la vía anal, cuando el sujeto pasivo sea un hombre, o bien tratándose de una mujer; o cuando se introduce el miembro viril en la boca de la víctima, tal vez con la intención de que no existan indicios que hagan evidente el hecho, como el desgarro o desfloramiento vaginal o anal?, por lo que no coincide con la opinión de estos autores.

Diversos tratadistas como González de la Vega, Mariano Jiménez Huerta, entre otros, han aceptado que la cópula puede tener lugar en dos supuestos: por vía normal (vaginal) y por vía anormal (anal y bucal), ya que tanto la vagina como el ano, son zonas que poseen glándulas de proyección erógena.

Ahora, por lo que corresponde al hecho de que el órgano sexual masculino se introduzca en la boca del pasivo, también ha sido una cuestión muy debatida entre la doctrina penal, porque para algunos tratadistas esto no constituye cópula; pero debe tomarse en consideración que la conjunción carnal debe ser entendida como toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del actor, que pueda representar el coito o una forma equivalente al mismo.

Uno de los autores que se contraponen a esta opinión es Eusebio Gómez, quien afirma que aun cuando la conjunción sexual puede tener lugar por la vagina o el ano, no acepta que la boca sea una cavidad idónea para la configuración del elemento cópula; pero adoptamos la posición de

¹¹ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, página 253.

¹² López Betancourt, Eduardo, Delitos en particular, página 180.

¹³ González Blanco, Alberto, Delitos Sexuales, páginas 147 y 148.

aquellos que sí aceptan que el acceso carnal pueda realizarse por vía oral ya que no se requiere que éste sea perfecto o completo, sino que es suficiente con que haya penetración; además que esta conducta, es de igual manera repugnante y vergonzosa para la persona que la sufre.

Aunado a lo anterior, el legislador mexicano no estableció ninguna restricción al aceptar la posibilidad de la cópula anormal realizada por la vía oral, como también se prescribe en el Código Penal Federal, donde se determina que la cópula por la vía oral sí es un elemento constitutivo del delito de violación.

Para concluir, es menester afirmar que para la integración de este primer elemento, no es necesario que exista eyaculación dentro del cuerpo de la víctima, toda vez que la acción copular subsiste y los derechos de la persona ofendida son lesionados, aun sin que ocurra este suceso. La cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción del miembro viril, aunque esta sea incompleta, y en el caso de cópula normal, tampoco es necesaria la rotura del himen de la mujer, ni que se produzcan lesiones en el pasivo.

REALIZACIÓN DE LA CÓPULA CON PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

En relación con el segundo de los elementos que conforman el delito de violación, que consiste en que la cópula, (elemento que se ha definido con antelación), se realice con una persona independientemente de su sexo de ésta, podemos decir que diversas legislaciones contemplaron este delito bajo la idea de que únicamente la mujer podría ser sujeto pasivo de la conducta típica y el hombre exclusivamente el sujeto activo.

Fue Martínez de Castro quien rompió con esta tradición al establecer en el Código Penal Federal de 1871, que el delito de violación podía cometerse en contra de cualquier persona, sea cual fuere el sexo de la misma, esta apreciación por parte del redactor del código penal en comento fue por demás acertada, porque cuántos casos existen en que niños, adolescentes y aún adultos del sexo masculino son objeto de vejaciones de una conducta carnal.

De igual manera, siguiendo el criterio del Código de Martínez de Castro, la redacción del Código Penal Italiano de 1889, estableció que se podía obligar a una persona, ya sea de uno u otro sexo, a tener una conjunción carnal, deduciendo que tanto la mujer como el hombre podían ser sujetos pasivos, criterio que siguieron posteriormente otras legislaciones penales como la de Argentina, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Uruguay, entre otros.

Acertadamente el autor Mariano Jiménez Huerta afirma: "...desde el instante en que el bien jurídico tutelado en este delito es la libertad sexual, todos los seres humanos pueden ser sujeto pasivo."¹⁴

Por lo que este segundo elemento no presupone ninguna diferenciación entre las personas que pueden constituirse en víctimas de este delito; lo pueden ser niños, hombres o mujeres, tampoco existe límite respecto a la edad, desarrollo físico, estado civil o la reputación del sujeto pasivo, por lo que pueden ser mujeres casadas, solteras, de buena o mala reputación, ya que ello no interesa para la adecuación de la conducta típica, sino únicamente interesa la salvaguarda del bien

¹⁴ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, página 255.

jurídicamente tutelado, por lo que al no existir ninguna de estas delimitaciones cualquier persona es susceptible de convertirse en sujeto pasivo del mismo.

Sin embargo, por cuanto se refiere a la aplicación de las sanciones, la calidad del pasivo si es importante, como sucede en el caso de menores impúberes, ya que la penalidad se agrava en este caso y generalmente en los códigos punitivos de otras entidades se ha establecido que el ofendido impúber lo puede ser un menor de catorce o de doce años, ya que un atentado sexual en contra de estas personas es de gravedad extrema por las consecuencias que produce tanto a nivel psicológico como físico, por las hemorragias o desgarramientos internos que pueden sufrir los menores, asimismo pueden producir trastornos psicológicos permanentes.

En cuanto al sujeto activo del delito, podemos mencionar que el hombre se considera como el sujeto primario, porque sólo él puede introducir su miembro viril en el cuerpo de otra persona, por cualquiera de las tres vías que la ley menciona, sin embargo, puede suceder que también una mujer pueda ser copartícipe del delito al cooperar en atar, sujetar, o auxiliar de cualquier otra manera al sujeto activo primario.

En relación a este punto, el autor González de la Vega establece tres hipótesis en las que puede cometerse el delito: a) Que la cópula se realice de hombre a mujer por la vía natural; b) Que la cópula se realice de hombre contra mujer por vía no idónea para tal fin; c) Que la cópula sea homosexual, de hombre a hombre.¹⁵ Coincidiendo personalmente con la opinión de este autor, toda vez que entre mujeres no puede existir el primer elemento configurativo del delito de violación, como es la cópula, consistente en la introducción del miembro viril en la víctima y al no haber este ayuntamiento, no existe la violación. En conclusión, el único que posee el órgano genital capaz de ser introducido en cuerpo ajeno es el hombre y sólo éste puede ser sujeto activo del mismo.

REALIZACIÓN DE LA CÓPULA SIN LA VOLUNTAD DE LA PERSONA OFENDIDA.

La cópula en general, "es un acto de la vida perfectamente lícito y que sólo adquiere relieve antijurídico y significación típica cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios..."¹⁶

En este supuesto, surge el tercer elemento constitutivo de la figura típica en comento, el cual consiste en que la cópula se realice sin la voluntad del ofendido.

En concepto de Jiménez Huerta, la realización impositiva de la cópula, constituye la esencia típica del delito de violación, tal como lo afirma en su obra Derecho Penal Mexicano : "Lo que en realidad, constituye la esencia típica del delito en examen es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta".¹⁷

En este elemento que se comenta pueden surgir dos situaciones; la primera consiste en que la obtención de la cópula sea a través de la violencia física -vis absoluta-, o bien, a través de la violencia moral -vis compulsiva. En cualquiera de estos supuestos, la víctima sufre en su cuerpo

¹⁵ González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, página 362.

¹⁶ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, página 259

¹⁷ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, página 259

un acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así su libre determinación de su conducta erótica.

Violencia física.

Ésta tiene lugar cuando se inmoviliza a la víctima, impidiéndosele que oponga resistencia a la conducta del sujeto activo, concluyéndose que es aquella fuerza material ejercida por el agente del delito sobre el cuerpo del pasivo, para obligarlo a someterse a la comisión de la cópula; es la supresión de la libertad en la persona contra la que se emplea.

"La violencia física es el medio utilizado para obtener el acceso carnal con la víctima, por lo cual debe ser ejercida de tal forma que logre vencer su resistencia, trayendo como consecuencia inmediata la realización de dicho acceso".¹⁸

"Referida al delito de violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir"¹⁹

La violencia física implica acciones ejecutadas en forma material en el pasivo para resistir su resistencia muscular, estas imposiciones pueden consistir en amordazamientos, sujeciones, ataduras, golpes, heridas con armas, entre otros.

Como se ha afirmado, la violencia física implica el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo a efecto de imponerle la cópula, pero su voluntad de rechazo hacia el ataque recibido debe de ser manifiesta, exteriorizando actos de resistencia que no dejen lugar a dudas sobre su oposición, como son los gritos o actos de protesta que evidencien su voluntad contraria a la agresión recibida. No es suficiente que la víctima manifieste que no quiere realizar el acto, sino que es necesario que oponga resistencia física, la cual al final es vencida por el autor del delito.

La resistencia ha de ser seria y constante, es decir, no debe ser fingida para tratar de demostrar honestidad, sino que realmente demuestre su actitud contraria y debe ser sostenida hasta el último momento del acto y no sólo al comienzo del ataque, pues "si el pasivo resistiere al principio y finalmente consintiere, no habrá violación".²⁰

Por último, la fuerza física empleada por el agente ha de ejercerse directamente en contra de la persona que se intenta violar; debe ser suficiente y adecuada para poder vencer la resistencia del ofendido, por lo que debe estar relacionada con su desarrollo físico.

La violencia moral.

Esta es la segunda hipótesis en que se puede ejercer la violencia en contra de la víctima del delito de violación. El primer supuesto se refiere a energía física consumada, este segundo supuesto se refiere a energía física simplemente anunciada.

¹⁸ Cuelo Calón, Eugenio, Derecho Penal, página 588.

¹⁹ González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, página 391

²⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, página 700.

La violencia moral consiste en los amagos o amenazas dirigidas a una persona, de sufrir un mal grave, presente o inmediato, que sea capaz de intimidarla. Es el poder intimidatorio que se ejerce sobre la voluntad de la persona con la que se quiere realizar la cópula sin su consentimiento, no siendo necesario que el amago o la amenaza de causar un daño se dirija directamente a su persona, sino que también se le puede intimidar con el anuncio de otros males que recaigan en personas ligadas a ella por tan estrechos vínculos afectivos o aún contra su reputación. El mal con que se amenaza a la víctima, puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal, como son su integridad corporal, su libertad, reputación, o de naturaleza patrimonial, siempre que se trate de bienes de gran valor.

En este segundo tipo de violencia, no se anula la total posibilidad de elección del pasivo como sucede en la vis absoluta, sino que actúa en la persona de tal forma que el paciente se ve obligado a sufrir en él, el mal que no ha querido, esto con el fin de evitar otros males de mayor relevancia. Es decir, aun cuando se coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa, no impide la resistencia.

Francisco Carrara considera necesario que el mal con que se amenaza a la víctima del delito, sea grave, presente e irreparable, sin embargo, admite que el efecto que producen estas amenazas se condiciona al carácter del ofendido.²¹ Por tanto, la gravedad de los amagos y amenazas no pueden ser generalizada, sino que es diferente en cada caso, en razón de los medios que se empleen o en atención a la psicología del pasivo.

Otros autores complementan este pensamiento de Carrara, al afirmar que los daños objeto de las amenazas o amagos, además de graves e injustos, deben ser determinados con el fin de que la víctima esté en condiciones de apreciarlo en toda su magnitud; deben ser posibles, ya que en caso de que fueran irrealizables, carecerían de eficacia intimidatoria; y por último, deben ser futuros, pues ningún efecto produce el hecho que ya ha acontecido.

Los anteriores elementos en estudio, se refieren a la imposición de la cópula por medio de la violencia, pero, como se transcribió al principio de este análisis, el dispositivo legal 273 del Código Penal vigente en el Estado de México, establece una segunda hipótesis en que según el Legislador Mexiquense, puede acontecer el delito de violación.

Este supuesto tiene lugar cuando el sujeto activo del delito introduce en la víctima **cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral**, sea cual fuere el sexo del ofendido.

A consideración propia estimo incorrecta esta apreciación, como se analizará en el capítulo precedente; sin embargo, en atención a la redacción actual del delito de violación estudiaremos los elementos constitutivos de este segundo supuesto en que puede darse el delito de violación, que son los siguientes:

- I.- La introducción de cualquier parte del cuerpo objeto o instrumento diferente al miembro viril.
- II.- El uso de la violencia física o moral.
- III.- En persona de cualquier sexo.

²¹ Citado por Jiménez Huerta en el libro Derecho Penal Mexicano, página 264.

INTRODUCCIÓN DE CUALQUIER PARTE DEL CUERPO OBJETO O INSTRUMENTO DIFERENTE AL MIEMBRO VIRIL.

Los instrumentos u objetos a que se refiere este elemento, puede estar conformado de cualquier material, ya sea de plástico, vidrio, metal, goma, etcétera, como también lo pueden ser las imitaciones que existen del órgano sexual masculino llamados vibradores, o cualquier objeto que sea susceptible de ser introducido en el cuerpo de la víctima, ya sea en el ano o en la vagina.

También puede abarcarse dentro de este supuesto, las manos o los dedos del sujeto activo del delito, aún cuando el tipo no encuentra limitación alguna y habla de cualquier parte del cuerpo sin hacer distinción alguna.

Este ilícito se caracteriza por la bestialidad con que puede ser cometido, es un ataque sexual de gravedad extrema por el tipo de consecuencias que puede causar en el cuerpo de la persona ofendida, las cuales pueden ser físicas, como es el caso de las lesiones, o mentales, como los trastornos psicológicos.

A diferencia del primer supuesto del delito de violación, en esta segunda hipótesis la mujer sí puede constituirse como sujeto activo del delito, ya que ella puede introducir en el cuerpo de otra persona los objetos, instrumentos o partes del cuerpo de los que ya se habló anteriormente, ya sea por sí misma o con ayuda de otras personas.

USO DE LA VIOLENCIA FÍSICA O MORAL Y REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA EN PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

Por lo que respecta a estos dos elementos, es aplicable lo que se comentó con antelación, en cuanto a la definición de violencia física y moral, asimismo, que no debe existir el consentimiento de la persona en la que se introduzcan los objetos o instrumentos antes referidos, para la configuración del delito.

De igual forma, es indistinto para la aplicación de la sanción, el sexo de la persona ofendida, lo puede ser cualquiera, sin hacer mención a su condición, de su edad, sus costumbres, etcétera, porque lo que se protege es la libertad sexual del individuo, sin importar cómo se conduce en su vida sexual.

La penalidad aplicable es la misma para ambos supuestos del artículo 273, sin embargo, considero que por la perversidad que existe en este segundo caso, la sanción debería aumentarse en relación con el daño físico y mental ocasionado a la víctima.

C) CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Una vez que se ha realizado el estudio de los elementos constitutivos del delito de violación en sus dos aspectos, se procede a clasificarlo tomando como base su descripción legal.

1.- En atención a la conducta del agente, la violación es un delito eminentemente de acción, porque en su ejecución necesariamente se efectúan movimientos corpóreos o materiales.

2.- Por el resultado que causa, se trata de un delito de resultado material, debido a que la conducta desplegada por el sujeto activo del delito se dirige a la obtención de un resultado material, como es la cópula, sin embargo, al respecto cabe mencionar que existen diversas opiniones, como es la de Celestino Porte Petit, quien considera que se trata de un delito que produce un resultado formal, toda vez que el tipo penal no requiere la producción de una mutación en el mundo exterior, sino únicamente la conducta se tipifica con la realización de la cópula normal o anormal, no siendo menester la producción de un resultado adicional.

3.- Por el daño que causa, la violación es un delito de lesión, debido a que produce un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado por la norma penal y no solamente lo pone en peligro, sino que efectivamente se ve afectado por la conducta del agente.

4.- Por su duración, el delito de violación es de realización instantánea, porque el acto delictivo se consume en el mismo momento de su ejecución. La acción cometida es única, o bien, compuesta por diversos actos que entrelazados producen el resultado. Atendiéndose esencialmente a la unidad de la acción.

En relación con este punto, la Jurisprudencia ha definido: "*Violación, delito no continuado.*- Aún cuando haya pluralidad de conductas de idéntica índole en el acusado al imponerle la cópula a la ofendida en distintas fechas y se haya violado el mismo precepto legal, es evidente que no existió unidad de propósito delictivo en el sentido que la ley dispone, además de que lo impide la naturaleza del delito de violación y, por ello, cada conducta debe estimarse constitutiva de un delito autónomo e instantáneo".²²

5.- Por el elemento interno o culpabilidad, el delito de violación es un ilícito puramente doloso, en donde el agente tiene la plena voluntad y conciencia para llevarlo a cabo; es decir, su voluntad está dirigida a efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, siendo evidente que desea el resultado del hecho delictivo.

6.- En función a su gravedad, dentro de la clasificación bipartita o tripartita del delito, está ubicado dentro de los delitos propiamente dichos, debido a que la aplicación de la sanción correspondiente está a cargo de la autoridad judicial y no de una autoridad administrativa; además, dentro del Código Penal del Estado de México y en la legislación Penal Federal, esta clasificado dentro de los delitos graves que no alcanzan libertad bajo caución, por el daño que producen en el bien jurídico tutelado.

7.- En función de su estructura, se trata de un delito simple porque en su contenido únicamente se tutela un sólo bien jurídico, el cual se ve afectado.

8.- Por el número de actos realizados para su ejecución, el delito de violación se clasifica como unisubsistente porque se ejecuta en un sólo acto, al realizar la cópula o la introducción de objetos o instrumentos en vía vaginal o anal, por medio de la violencia física o moral.

9.- De acuerdo al número de sujetos que intervienen en su ejecución, es unisubjetivo, porque el texto legal establece: "Al que...", entendiéndose que basta la sola participación de un solo sujeto

²² Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo VII, junio, tesis I. 3º. p19p, página 459.

para que se encuadre a la descripción típica, aunque nada impide que en el mismo intervengan dos o más personas pero este no es un elemento exigido por el tipo penal.

10.- En razón de la materia, el delito de violación puede tener dos aspectos, ser un delito del orden común, cuando se realiza por cualquier persona y será sancionado por el ordenamiento penal vigente en el lugar donde se haya cometido; o bien, puede ser del orden federal, de conformidad con lo prescrito en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, incisos f) y g), cuando se cometa por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, o bien, cuando se cometa en contra de un servidor público o empleado federal en ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas.

11.- Por su forma de persecución, tratándose de la Ley Penal Sustantiva del Estado de México, es un delito que se persigue de oficio, por lo cual el órgano persecutor de los delitos y la autoridad judicial, tienen la obligación de proseguirlo aún en contra de la voluntad del ofendido, por ende, tampoco opera el perdón del agraviado.

Haciendo alusión al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, encontramos que el artículo 265 bis, refiere que si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, el delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

12.- En cuanto a la clasificación legal, el Código Penal vigente del Estado de México lo ubica dentro del libro segundo, título tercero, subtítulo cuarto, relativo a los delitos que atentan contra la libertad sexual. Por su parte la legislación penal federal, lo encuadra en el libro segundo, título décimo quinto, relativo a los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

3.2 DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.

A) HISTORIA.

Al llevar a cabo una revisión de las bibliografías de autores diversos, nos podemos percatar que no existe un antecedente histórico propio del origen de los delitos equiparados a la violación, esto se debe a que se ha considerado por la mayoría de los estudiosos del derecho penal, que tanto el delito de violación como el delito equiparado a la violación, constituyen un mismo ilícito y que tienen una misma naturaleza

Dentro de los autores que niegan que el delito equiparado a la violación sea una figura típica independiente, se encuentra Mariano Jiménez Huerta, quien considera que únicamente es una ampliación de la descripción del delito de violación, y que al carecer de una penalidad propia y un bien jurídico tutelado propios, no puede considerarse como figura típica autónoma e independiente; sin embargo seguimos el criterio de aquellos que estiman a la violación impropia, o delito equiparado a la violación como una figura jurídica independiente.

De acuerdo al contenido del tema relativo a la historia del delito de violación, que fue transcrita en el inciso A) del tema 3.1 de este trabajo, no se desprende de ninguno de los ordenamientos jurídicos que se mencionaron, que se regulara la violación impropia, violación ficta o violación equiparada, sino sólo se refirieron a las penas aplicables para la unión sexual violenta en general.

Consecuentemente, podemos afirmar que primeramente surgió el delito de violación en su tipo básico y posteriormente, de acuerdo a las necesidades sociales de cada época, se fueron creando otras figuras típicas, que aún cuando no reunían todos los elementos del tipo penal de violación, sino diversos elementos que se equiparaban a la misma, vulnerando así los mismos bienes jurídicos tutelado por la norma penal, como lo es la libertad sexual o en su caso, el normal desarrollo psicosexual.

Tal como se ha mencionado en apartados que anteceden, la evolución de los delitos de carácter sexual, ha sido extensa y difiere de acuerdo al lugar o a una época determinada, por lo que se ha ido adaptando a las condiciones y necesidades sociales de cada pueblo, surgiendo con ello nuevas conductas que no habían sido contempladas por la ley en otros tiempos.

En el caso de México, como país independiente, el primer antecedente legislativo para el delito equiparado a la violación, aparece por primera vez en el Código Penal para el Distrito Federal del año de 1871, ubicándolo dentro de los delitos que atentaban en contra del orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres, en el artículo 796, que establecía: *Se equipara a la violencia y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad, cabe también aquí el comentario realizado cuando se analizó el Código Penal del Estado de México de 1936, donde se habló de la equiparación a la "violencia", en lugar de equiparar a la "violación", por lo que podemos decir que tampoco existió en estricto sentido el delito equiparado a la violación, que por un error fue mal redactado, lo que fue subsanado con posterioridad en los códigos penales que le precedieron.*

B) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

La mayor parte de las legislaciones designan como una especie del delito de violación, la figura conocida por la doctrina como violación presunta, cuya esencia la constituye la acción de tener cópula con personas incapaces de resistir el acto, ya sea por enfermedades mentales, por sus condiciones físicas, o por su corta edad.

Por su parte el autor González de la Vega, estima: "Creemos, sin embargo, que como estas hipótesis delictivas no implican para su existencia el uso de la violencia y como los bienes jurídicos comprometidos o lesionados por la acción a veces son distintos a la libertad sexual, más bien constituyen un delito especial, provisto de su propia descripción legislativa y distinto a la verdadera violación, su nombre adecuado, más que el de violación presunta, debe ser el de *delito que se equipara a la violación o violación impropia*".²³

²³ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, página 380.

Estimo que lo manifestado por este tratadista del Derecho Penal, es una apreciación más certera de lo que es el delito equiparado a la violación, por lo que siguiendo este criterio es en donde me apoyo para el análisis de algunos puntos este trabajo.

Retomando el texto legal del artículo 273 del Código Penal del Estado de México, encontramos que el delito equiparado a la violación se regula de la siguiente manera: **Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de catorce años.** La frase **a que se refiere el párrafo anterior**, alude a aquellos objetos o instrumentos que sean distintos al miembro viril y que se introducen en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o anal, como ya se ha mencionado.

LA CÓPULA Y LA INTRODUCCIÓN DE CUALQUIER PARTE DEL CUERPO, OBJETO O INSTRUMENTO DIFERENTE AL MIEMBRO VIRIL.

En relación a este primer elemento, podemos decir que de igual manera es aplicable lo expuesto en el apartado 3.1., relativo a los elementos constitutivos del delito de violación propiamente dicha.

La cópula que el delito equiparado a la violación requiere, consiste como ya se mencionó, en la introducción del órgano genital masculino ya sea por vía oral, vaginal o anal, pero en una persona la cual por sus condiciones físicas o mentales en que se encuentra, no puede resistir el ataque, o bien, no comprende los alcances del hecho delictivo, lo cual distingue este delito del tipo penal de violación propiamente dicha.

Por otro lado, este tipo penal alude a la introducción de objetos diferentes al órgano sexual masculino que son aquellos aparatos, objetos o instrumentos de cualquier material, incluyéndose partes del cuerpo del activo, que por su conducta bestial depravada, se introducen vía anal o vaginal en el ofendido.

EN PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

El tipo penal no refiere expresamente que la víctima pueda ser varón o mujer, sino que habla en general, de cualquier persona que por sus condiciones no pueda resistir el ataque, o bien consiente en la realización del mismo.

Existe la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito equiparado a la violación, cuando penetra en otra persona por medio de la violencia física o moral, otros objetos diferentes al órgano sexual masculino, por la cavidad vaginal o anal.

En el delito equiparado a la violación, sí importa la calidad del sujeto pasivo, es decir, la conducta típica no recae sobre cualquier persona, sino sólo en aquellas que se encuentren en alguno de los casos señalados expresamente por la ley y que son los que a continuación se presentan.

PERSONA PRIVADA DE RAZÓN.

Como lo determina el autor González Blanco, "Aquí se incluyen las personas que sufren alguna anomalía mental, sea congénita o adquirida, permanente o transitoria..."²⁴ Se refiere a aquellas personas que padecen enajenación mental, alteración de sus facultades mentales o que se encuentran en determinado estado psiquiátrico, que les impida darse cuenta o conocer el acto que se realiza en su cuerpo, por lo que no pueden otorgar con toda lucidez su consentimiento para el ayuntamiento sexual. El autor Cuello Calón, afirma que no es condición necesaria que la carencia de razón sea completa, sino que basta la anormalidad o la deficiencia mental que únicamente la disminuye.

En el caso de las personas privadas de razón o enfermos mentales, no es condición indispensable para la configuración de este delito, que no se otorgue el consentimiento o se niegue su voluntad para el ayuntamiento carnal, porque aún en el caso de que exista, éste estará viciado.

En relación con este punto, el autor González de la Vega, nos dice: "...no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el concubito, porque, aún en el caso de consentimiento, éste se estima como no apto jurídicamente..."²⁵

La Suprema Corte de Justicia ha pronunciado al respecto: "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, anormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impidan 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".²⁶

La doctrina no acepta la existencia del delito equiparado a la violación cuando la cópula se efectúa en el enfermo durante el estado lúcido, pues no puede decirse que en ese momento esté privado de razón.

PERSONA PRIVADA DE SENTIDO.

En este caso se está ante la presencia de aquellas personas que no obstante de poseer el pleno ejercicio de sus facultades mentales y físicas, se encuentran en un estado de inconciencia el cual es excepcional, como puede ser un desvanecimiento, un desmayo, un síncope, un ataque de sueño o sueño hipnótico, que son poco frecuentes pero no imposibles de que acontezcan; en todos estos

²⁴ González Blanco, Alberto, *Delitos sexuales*, página 167.

²⁵ González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, página 404.

²⁶ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. *Sexta época, segunda parte, volumen XIX*, página 180.

estados la víctima carece de la capacidad para poder darse cuenta del alcance que tiene el acto sexual y por tanto, se convierten en víctima del mismo.

También se contemplan aquellas situaciones en donde las personas están privadas de sentido, debido al efecto de determinados narcóticos o enervantes y en estas circunstancias se produce el ilícito, como puede suceder en el caso de los médicos que suministran a sus pacientes algunas sustancias como cloroformo o éter, o cuando el paciente se encuentra bajo los efectos de anestesia con objeto de una intervención quirúrgica, aprovechándose de la situación para llevar a cabo el acto delictivo.

Puede darse el caso también, de que el ofendido se encuentra en un estado de embriaguez completa o bajo el influjo de enervantes, por lo que si en el estado en que se haya, consiente en el ayuntamiento carnal o en que se le introduzcan objetos en su cuerpo por alguna de las vías ya mencionadas, este consentimiento no tiene ninguna relevancia y por ende, se configura el delito equiparado a la violación. En concepto de Cuello Calón, cuando se adquiere el estado de embriaguez en forma voluntaria por parte de la víctima, en cierto modo acepta las consecuencias de sus actos, aceptando por tanto, la cópula realizada en ese estado de inconciencia, sin embargo, no me adhiero a esta opinión porque como ya quedó establecido, no interesa que la persona ofendida se haya embriagado voluntariamente, sino su libertad para conducirse en su vida sexual.

PERSONA QUE POR ENFERMEDAD O POR CUALQUIER OTRA CAUSA NO PUDIERE RESISTIR.

Se incluyen en esta modalidad, aquellas personas que sufren alguna anomalía orgánica, tales como ciertas parálisis o mutilaciones, anemias exhaustivas, etcéte, que aún cuando por su naturaleza no afectan la conciencia del sujeto pasivo para darse cuenta del acto sexual, sí producen en ella la imposibilidad de oponer la resistencia debida. En concepto de Alberto González Blanco, los sujetos seniles deben incluirse en este apartado.

PERSONAS MENORES DE CATORCE AÑOS.

Dentro de este caso quedan comprendidas tanto las cópulas normales o anormales pero siempre y cuando se efectúen en una persona menor de catorce años; en este caso el legislador mexicano, no precisó el uso de la violencia física o moral, por que considera que existe un consentimiento por parte de los sujetos impúberes para la realización de la cópula, o para que permitan que se les penetre en su cuerpo con otros de objetos e instrumentos de los que alude el código.

Se ha establecido en el Código Penal del Estado de México como delito equiparado a la violación, en razón del consentimiento viciado del activo, pero debe precisarse que la conducta ilícita se realizó mediante la aceptación del pasivo, sin hacer uso de la violencia en su doble aspecto, para que falte precisamente el elemento de la violencia constitutivo del tipo básico del delito de violación,

porque en este caso, debido a la edad del ofendido se suple su voluntad al ser incapaz de conducirse en su vida sexual.

Este delito en donde los impúberes prestan su aparente voluntad, no configura el delito de estupro, sino el delito más grave que se equipara a la violación, toda vez que la pubertad es aquella temprana edad en el que sujeto aún no es apto para la vida sexual y menos para los fenómenos reproductores. Este estado le impide al menor de edad resistir psíquica y corporalmente las pretensiones lúbricas cuyo verdadero significado, alcances y posibles consecuencias, ignora.

USO DE LA VIOLENCIA FÍSICA O MORAL.

Como se observa de la lectura del artículo 273 del Código Penal vigente, en este delito no se determina de manera expresa que el ofendido se niegue a tener relaciones sexuales, o en su caso, que impida que se le introduzcan objetos o instrumentos por vía vaginal o anal, es decir, no alude a la ausencia de la violencia física o moral por parte del sujeto activo para la comisión del delito, siendo imprescindible para la configuración de este tipo penal, porque precisamente lo que permite la configuración del delito equiparado a la violación tratándose de menores o de sujetos incapaces mentalmente, es que habiendo otorgado su consentimiento para la realización del acto de naturaleza lúbrica, éste no tiene relevancia jurídica; aunque nada impide que también pueda ejercerse la violencia tanto física como moral.

Contrario al Código Penal Sustantivo del Estado de México, el Código Penal Federal, sí contempla esta posibilidad cuando estatuye en su artículo 267, que si además se ejerciera violencia física o moral, la sanción aplicable debe ser agravada.

C) CLASIFICACIÓN DE ESTOS DELITOS.

Una vez que se ha realizado el estudio de los elementos constitutivos que conforman el delito equiparado a la violación como lo ha regulado el Código Penal mexiquense, se procede a su clasificación, sin embargo, nos referimos en plural tomando en consideración que es más de un tipo penal el que debe ser contemplado por la ley como delito equiparado a la violación; esta situación se precisa con mayor detalle en el capítulo posterior.

- 1.-Estos delitos, por la conducta del agente, se clasifican como delitos puramente de acción, porque en su ejecución necesariamente se efectúan movimientos corpóreos.
- 2.- Por el resultado producido, son delitos de resultado puramente material, por lo que cabe hacer mención de los argumentos que se expusieron en el capítulo que antecede.
- 3.- Por el daño que causan, los delitos equiparados a la violación son delitos de lesión, debido a que producen efectivamente existe un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado por la norma penal y no sólo lo ponen en peligro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-80-

- 4.- Por su duración, son de realización instantánea, porque el acto delictivo se consume en el mismo momento de su ejecución. La acción cometida es única, o bien, compuesta por diversos actos que entrelazados producen el resultado. Atendiéndose esencialmente a la unidad de la acción.
- 5.- Por el elemento interno o culpabilidad, los delitos equiparados a la violación son ilícitos puramente dolosos, en donde el agente tiene la plena voluntad y conciencia para cometerlo.
- 6.- En función a su gravedad, estas figuras típicas están clasificadas como delitos propiamente dichos, debido a que la aplicación de la sanción correspondiente está a cargo de la autoridad judicial y no de una autoridad administrativa; dentro del Código Penal del Estado de México y en la legislación Penal Federal, están considerados como graves ya que no alcanzan libertad bajo caución, por el daño que producen en el bien jurídico tutelado.
- 7.- En función de su estructura, se trata de delitos simples porque en su contenido únicamente se tutela un sólo bien jurídico, el cual se ve afectado.
- 8.- Por el número de actos realizados para su ejecución, se clasifican como unisubsistentes porque se ejecutan en un sólo acto.
- 9.- De acuerdo al número de sujetos que intervienen en su ejecución, son unisubjetivos, porque el texto legal establece: "Al que...", entendiéndose que basta la sola participación de un sólo sujeto para que se encuadre a la descripción típica, aunque nada impide que en ellos intervengan dos o más personas pero esto no es un elemento exigido por el tipo penal.
- 10.- En razón de la materia, los delitos equiparados a la violación son de relevancia común, es decir pertenecen a los delitos del fuero común y será sancionado por el ordenamiento penal vigente en el lugar donde se haya cometido; pueden tener también la característica de ser delitos federales en atención a la calidad de los sujetos activo y pasivo, cuando se trate de funcionarios públicos federales en ejercicio de sus atribuciones.
- 11.- Por su forma de persecución se trata de delitos que se persiguen de oficio, en donde no opera el perdón del agraviado. Sin embargo, como ya se ha expuesto, es perseguible a instancia de parte ofendida cuando la víctima fuera la esposa o concubina, como lo establece la legislación penal federal.
- 12.- En cuanto a la clasificación legal, el Código Penal vigente del Estado de México, los delitos equipados a la violación se ubican dentro del libro segundo, título tercero, subtitulo cuarto, relativo a los delitos que atentan contra la libertad sexual. Por su parte la legislación penal federal, lo encuadra en el libro segundo, título décimo quinto, relativo a los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

3.3 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.

En el capítulo I, título 1.2, inciso D) del presente trabajo, se expusieron de manera genérica los elementos positivos que les son comunes a los delitos, haciendo una breve referencia al aspecto negativo que le corresponde a cada uno de ellos. Ahora, en este apartado se contiene en forma específica cada uno de estos elementos constitutivos de los delitos, pero enfocados al tipo penal de violación y de los delitos que se equiparan a la violación, contemplados por el artículo 273 del Código Penal vigente del Estado de México.

A).- EL DELITO DE VIOLACIÓN.

El tipo básico del delito de violación, dispone: "*Artículo 273. - Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días multa*". Analizando este tipo penal, conforme a los elementos del delito y su aspecto negativo, tenemos:

LA CONDUCTA.

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina, el primer elemento constitutivo de todo delito es la conducta, entendida como el "comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".¹ Sin embargo, adoptamos el criterio de Celestino Porte Petit en el sentido de que el primer elemento constitutivo del delito es la conducta o hecho, estableciendo al efecto: "El hecho se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión), del resultado material y la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta",² Bajo este contexto, considero que el tipo penal del delito de violación en orden a la conducta, debe entenderse como de hecho, porque da origen a un resultado material que es la cópula y por lo tanto se integra de tres elementos que son:

a) La conducta: Que es la acción desplegada por el sujeto activo, es decir, el movimiento corporal realizado por el sujeto activo, por medio del cual se obtiene un resultado material.

b) El resultado material: En este caso sería la realización de una cópula, entendida ésta como la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima, ya sea por vía anal, oral o vaginal, sin importar que dicha penetración sea completa o incompleta, con eyaculación o sin ella.

c) La relación de causalidad: Entre la conducta y el resultado material, debe existir un nexo causal, es decir, que la cópula se obtenga precisamente por la conducta desplegada por el sujeto activo, empleando para ello el uso de la violencia en cualquiera de sus dos aspectos.

AUSENCIA DE CONDUCTA.- La fracción I del artículo 15 del Código Penal del Estado de México,

¹ López Betancourt, Eduardo, Teoría del delito, página 63

² Porte Petit Candaup, Celestino, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, página 233.

establece que habrá ausencia de conducta cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible; la doctrina por su parte, distingue las siguientes causas de ausencia de conducta: *vis absoluta o fuerza física humana irresistible; vis maior o fuerza física irresistible, pero proveniente de la naturaleza; los movimientos reflejos; el sueño; el hipnotismo y el sonambulismo.*³

En opinión personal, considero que en el delito de violación en su tipo básico, no opera ninguna de las causas mencionadas como ausencia de conducta, toda vez que sería ilógico pensar que alguien sobre el cual se ejerce una fuerza física exterior irresistible, efectúe una serie de movimientos tendentes a la realización de la cópula y más aún utilizando para ello la violencia; o mucho menos se puede pensar que debido a una fuerza exterior proveniente de la naturaleza, una persona obligue a otra para tener una cópula; en cuanto al sueño, los movimientos reflejos, el sonambulismo y el hipnotismo, al no encontrarse plenamente conciente el individuo, no es probable que pueda tener una erección, pero aún cuando la hubiera, es imposible que utilizando la violencia física o moral, le imponga una cópula a otra persona, precisamente por el estado físico en el que se encuentra. Por lo tanto, dada la naturaleza del delito de violación, no puede existir el aspecto negativo de la conducta.

EL TIPO PENAL.

La doctrina coincide en determinar que el segundo elemento constitutivo de un delito es la tipicidad, sin embargo, para entrar al estudio de este elemento, es menester establecer primeramente el concepto del **TIPO PENAL**, el cual se ha definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la siguiente manera: "es bien sabido que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada una sanción penal..."⁴ En el caso que nos ocupa, el tipo penal de violación ha sido descrito en el Código Penal del Estado de México, de la siguiente manera: "Artículo 273.- *Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. se le impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días multa...*"

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en la siguiente tesis de jurisprudencia, los elementos constitutivos de este tipo penal: "**VIOLACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE.** Los elementos que constituyen el delito de violación lo son: a) *La cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo;* b) *Empleo de violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, aladuras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen, impiden resistir el ayuntamiento;* y c) *Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de*

³Celestino Porte Petit en su obra *Apuntamientos de la parte General de Penal*, páginas de la 325 a la 327.

⁴Semanario Judicial de la Federación, CXIX, página 2887.

consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal".⁵

Es así que como el primer elemento del tipo se encuentra la cópula, que es el elemento de carácter objetivo puesto que se trata de "un proceso externo, susceptible de ser determinado espacial y temporalmente, perceptible por medio de los sentidos..."⁶ Como medios comisivos exigidos por el tipo penal están la violencia física o moral y por último el tipo también requiere que exista ausencia del consentimiento por parte del sujeto pasivo.

Respecto a los elementos del tipo penal de violación, Porte Petit afirma: "*Vamos a referirnos al bien jurídicamente tutelado, a los sujetos, al objeto material y a los medios, debido a que el tipo de violación no requiere ni referencias especiales, ni temporales, ni relativos a elementos subjetivos del injusto ni a elementos normativos*".⁷ Es así que el bien jurídico tutelado, lo integra la libertad sexual o en su caso el normal desarrollo psicosexual, tratándose de menores impúberes; el sujeto activo, que en el caso del tipo básico de violación puede serlo cualquier persona, lo cual en opinión personal considero que no es así, puesto que únicamente debe ser el hombre ya que es el único que cuenta con el órgano sexual masculino susceptible de ser introducido en la víctima; el sujeto pasivo que si puede serlo cualquier persona; el objeto material, que será el hombre o la mujer sobre la cual se ejecuta el delito; los medios exigidos por el tipo: Como ya se dijo son la violencia física y la violencia moral.

LA AUSENCIA DEL TIPO.- No hay ausencia de tipo penal puesto que sí ha sido tipificada la conducta en el Código Penal del Estado de México.

LA TIPICIDAD.

Refiriéndonos al delito de violación, la tipicidad como ya se ha dicho, se refiere a que la conducta desplegada por el sujeto activo, encuadre o se adecue perfectamente en el tipo penal que para este delito el Legislador Mexiquense ha descrito en el artículo 273.

LA ATIPICIDAD.- Es el aspecto negativo de la tipicidad y surge cuando la conducta desplegada por el sujeto activo no encaje perfectamente o no encuadre con el tipo penal de violación descrito en el artículo 273 del Código Penal, por la falta de alguno de los elementos constitutivos; como causas de atipicidad se encuentran la ausencia o consentimiento por parte del sujeto pasivo para la realización de la cópula; o bien, que no se acredite alguno de los medios comisivos, como son la violencia física o moral.

LA ANTIJURIDICIDAD

En el delito de violación, la conducta del sujeto activo será antijurídica cuando siendo típica, no se encuentre amparada por una causa de justificación de las contenidas en el artículo 15 del Código Penal del Estado de México, es decir, la conducta antijurídica es aquella que contraviene a las

⁵ Novena Epoca, Segundo Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Enero de 1997, Tesis: VI.2o. J/86, Página: 397

⁶ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, página 372.

⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, Ensayo Dogmático del Delito de Violación, páginas 30-47

normas jurídicas establecidas por el ordenamiento penal.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

El capítulo V del Código Penal de dicha entidad, estatuye bajo el rubro de "Causas excluyentes del delito y de la responsabilidad", diferentes supuestos que excluyen tanto al delito como a la responsabilidad, es así que en la fracción III se prevén las denominadas "causas permisivas", como son: a) *Que se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se trate de un delito perseguible por querrela, que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.* b) *Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propio o ajenos...* c) *Se obre 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...* y d) *La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho....*

La doctrina por su parte, las ha denominado causas de justificación que eliminan el carácter antijurídico del delito, mismas que se estudiaron en el capítulo correspondiente de este trabajo. Ahora bien, por lo que respecta al delito de violación, en opinión personal considero que es absurdo que alguien imponga una cópula a otra persona alegando una legítima defensa, o bien que decidió vulnerar la libertad sexual de una persona para salvaguardar otro bien jurídico; tampoco se puede imponer una cópula en forma violenta, alegando el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber. Ahora bien, en relación al consentimiento, del sujeto pasivo, si la persona accede a tener una cópula y aún consiente en que sea mediante el uso de la violencia, dicho consentimiento no opera como causa de justificación, sino que más bien habrá atipicidad por la falta de uno de los elementos constitutivos del tipo penal, además de que el propio Código Penal mexiquense, determina que únicamente operará dicha causa de justificación cuando se trate de delitos perseguibles por querrela, lo que no sucede en el caso del delito de violación que se persigue de oficio. Por estas consideraciones estimo que no opera ninguna causa de justificación que ampare la conducta ilícita del sujeto activo en este delito.

LA IMPUTABILIDAD.

Para que este elemento del delito se configure debe existir en el sujeto activo, la "capacidad de comprensión de lo injusto, que consiste en el carácter ilícito del hecho y un elemento de voluntad, de conducirse de acuerdo a esa comprensión" ⁸ Aplicado al delito de violación podemos decir que el sujeto activo debe tener el desarrollo y salud mental suficientes que le permitan comprender que el uso de la violencia para obtener la cópula con una persona, sin que ésta última haya otorgado su consentimiento, es una conducta ilícita sancionada por la ley y sin embargo la lleva a cabo. En el caso del Estado de México, se consideran como sujetos imputables las personas mayores de dieciocho años, pues así se deduce del artículo 4 de la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores, que establece: "*Artículo 4.- Se consideran menores de edad, para los efectos de esta Ley, las personas que tengan de 11 y menos de 18 años.*". De igual manera, serán sujetos imputables aquellos que gozan de capacidad mental plena que les permite comprender el carácter ilícito del hecho, puesto que NO padecen algún trastorno mental transitorio o permanente.

⁸ Maggione, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, páginas 478 y 479.

LA INIMPUTABILIDAD.- El sujeto activo será Inimputable en los siguiente casos que prevé el artículo 16 del Código Penal del Estado de México: "*Artículo 16 .- Es inimputable el sujeto activo cuando padezca: I.- Alienación u otro trastorno similar permanente; II.- Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; III.-Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción*". Por lo que estimo que sí puede presentarse en el caso del delito en estudio la inimputabilidad del agente, si lleva a cabo la conducta ilícita encontrándose en los supuestos de la fracción II y III, como puede ser el caso en que se haya ingerido drogas o alcohol, pero siempre y cuando esto haya sido de manera accidental o involuntaria, o bien cuando se padezca de sordomudez careciendo totalmente de instrucción; no siendo igual en el caso de los que padecen trastorno mental permanente, porque no es factible que tengan una cópula usando para ello la violencia, dado su falta de salud mental permanente. En cuanto a los menores de dieciocho años, algunos autores penalistas consideran que al carecer de la madurez mental plena no se les puede atribuir responsabilidad en un delito y por ello son inimputables, sin embargo, en opinión personal y en atención al contenido del propio artículo 16 antes mencionado, que no comprende a los menores de edad como sujetos inimputables, si la persona tiene la capacidad física para realizar un coito y aún más lo ejecuta mediante la violencia física o moral, comprende perfectamente su actuar, sin embargo están sujetos a un ordenamiento jurídico diferente.

Dentro del estudio de la inimputabilidad también se encuentran las acciones libres en su causa pero determinadas en cuanto a sus efectos, en donde el sujeto activo para realizar la acción delictuosa se coloca de manera voluntaria en un estado inimputable, como puede ser bajo el influjo del alcohol o de drogas que anulan su capacidad mental en forma temporal y en estas condiciones realiza la conducta típica; pero como este hecho en un principio fue buscado voluntariamente se le considera imputable. Aplicando este criterio al delito de violación, se puede pensar que el sujeto activo voluntariamente ingiere alguna sustancia que anule su capacidad mental en forma temporal, esto con el propósito de violar a una persona, o bien, de manera culposa ingiere dichas sustancias y por el estado en el que se encuentra, ejecuta la cópula en forma violenta en contra de otra persona; en ambos casos, la ley lo considera imputable.

LA CULPABILIDAD.

Este elemento del delito contiene dos especies, el dolo o la culpa, el primero es " la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso o la simple intención de ejecutarlo"⁹; por otro lado, "la culpa es aquel resultado típico y antijurídico, no querido no aceptado, derivado de una acción u omisión voluntaria, y evitable si se hubieren observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico".¹⁰ Adhiriéndome al concepto de Celestino Porte Petit, en el delito de violación únicamente puede actualizarse el dolo como especie de culpabilidad, pues si la cópula se obtuvo haciendo uso de la violencia, es indudable que existe el dolo directo en el sujeto activo que realiza el hecho delictuoso estando plenamente conciente de que su actuar es ilícito aún así dirige su voluntad a la ejecución del mismo, vulnerando con ello la libertad sexual del pasivo, aún cuando no se trate de una persona en específico, pues su voluntad es la de copular con una persona aunque ésta no lo desee; por este motivo no es posible que la cópula se obtenga por medio de una conducta culposa.

⁹Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, página 441.

¹⁰Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, página 371

LA INculpABILIDAD. La doctrina ha determinado que el aspecto negativo de la inculpabilidad puede darse en dos casos, por error (en sus diversas especies que ya fueron estudiadas en el apartado correspondiente) o por inexigibilidad de una conducta. Ahora bien, por cuanto hace al delito de violación, los autores coinciden en afirmar que no hay ninguna causa de inculpabilidad que traiga como consecuencia la inexistencia del delito.

LA PUNIBILIDAD.

El tipo penal de violación prescribe que "...se le impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días multa...", estableciendo con ello la conminación o amenaza de imponer una sanción a aquella persona que realice la conducta tipificada en la ley, en la cual no exista una causa de justificación, ni se acredite que la persona era inimputable.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- La ley no prevé ninguna excusa absolutoria que impida la aplicación de la penalidad establecida para el delito de violación.

LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Entendidas como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el Legislador para que la pena tenga aplicación",¹¹ tratándose del tipo penal de violación, no existen tales condiciones objetivas de punibilidad. Por lo tanto, no existe la **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**, dado que el tipo penal no requiere de las mismas.

LA TENTATIVA.

El delito de violación sí puede ser cometido en grado de tentativa, pues conforme al artículo 10 del Código Penal del Estado de México, que determina: "Además del delito consumado, es punible la tentativa y ésta lo es cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería producir el delito omitiendo la que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero sí pone en peligro el bien jurídico. Si la ejecución del delito quedare interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpaado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos"; si es factible que se realicen todos los actos tendentes a la producción del resultado típico, sin embargo éste no se consuma por alguna causa ajena al sujeto activo.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado al respecto: "*Habría violación en grado de tentativa, si del examen de los medios de prueba se concluye con certeza que el inculpaado realizó actos encaminados directa e inmediatamente a obtener por medio de la violencia física la cópula con la ofendida no lográndose la consumación del acto, por causas ajenas a la voluntad del agente activo*".¹²

Por ende, la tentativa abarca desde que se ejecuta la violencia en cualquiera de sus dos aspectos,

¹¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, página 278.

¹² Semanario Judicial de la Federación, XLVIII, página 71, Sexta Época, Segunda Parte.

hasta el acto anterior a la introducción del órgano sexual masculino en la vía vaginal, anal u oral, y su no consumación por causas ajenas al sujeto activo, por ello, esta conducta debe ser sancionada. Y por otro lado, si hubo desistimiento voluntario por parte del agente del delito, no se aplicará sanción alguna por este delito, salvo cuando hayan existido conductas que por sí mismas constituyan delitos.

B).- LOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN.

En lo relativo a los delitos que se equiparan a la violación, es pertinente aclarar que sus elementos positivos y aspectos negativos, coinciden con los del delito de violación en su tipo básico, sólo que con algunas variantes en lo relativo al primero y segundo de los elementos del delito (conducta y tipicidad), como a continuación se precisa.

El artículo 273 del Código Penal del Estado de México prescribe lo siguiente: "...*Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido...*"; "...*Se equipara a la violación la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años*".

De la redacción anterior se desprende que son tres hipótesis en que puede actualizarse un delito equiparado a la violación: La primera tiene lugar cuando hay penetración de cualquier parte del cuerpo, instrumento u objeto diferentes al miembro viril, en una persona de cualquier sexo, ya sea por vía anal o vaginal, utilizando para tal efecto la violencia física o moral. La segunda tiene lugar cuando hay **cópula** con persona privada de razón de sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no puede resistir el ataque, o que sea menor de catorce años. La tercera tiene lugar cuando hay **penetración de objetos o instrumentos diversos al órgano sexual masculino**, en persona privada de razón de sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no puede resistir el ataque, o que sea menor de catorce años.

PRIMER SUPUESTO.

En este delito equiparado a la violación, la cópula se substituye por la penetración o introducción de objetos o instrumentos diversos al miembro viril por vía vaginal o anal en el sujeto pasivo, mediante el uso de la violencia física o moral.

LA CONDUCTA.

Este tipo penal en orden a la conducta debe entenderse como de hecho, toda vez que da origen a un resultado material, integrándose por tres elementos: 1.- Una conducta, consistente en una acción, un movimiento corporal por parte del sujeto activo por medio del cual se logra el resultado típico; 2.- Un resultado material, consistente en la penetración de cualquier parte del cuerpo, instrumento u objeto diferentes al miembro viril, por vía vaginal o anal, mediante el uso de la violencia física o moral; 3.- Una relación de causalidad, es decir, el resultado material tiene como causa directa e inmediata la conducta desplegada por el sujeto activo del delito.

En este caso en particular, considero que no es factible que se presente alguna causa de **AUSENCIA DE CONDUCTA** como la *vis absoluta, vis maior, el sueño, el sonambulismo o el hipnotismo*, ya que no es posible que una persona utilice la violencia en cualquiera de sus dos aspectos para realizar la penetración de objetos o instrumentos diferentes al miembro viril en el cuerpo de otra persona sin que haya existido voluntad de su parte.

EL TIPO PENAL.

El Artículo 273 prescribe: "...Comete también el delito de violación *quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido...*", desprendiéndose los siguientes **elementos del tipo**: a) La penetración por vía vaginal o anal de cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, constituyendo el elemento objetivo del tipo, pues es un elemento susceptible de ser percibido por medio de los sentidos. b) *El empleo de la violencia física o moral*, como medios de ejecución del delito. c) *El bien jurídico tutelado*, el cual lo integra la libertad sexual o en su caso, el normal desarrollo psicosexual tratándose de menores de doce años; d) *Sujeto activo*, que puede serlo cualquier persona; e) *Sujeto pasivo* que también puede serlo cualquier persona; f) *El objeto material*, que será el hombre o la mujer sobre la cual se ejecuta el delito.

AUSENCIA DE TIPO: No hay una ausencia de tipo penal, toda vez que sí ha sido tipificado este delito equiparado a la violación en su modalidad de instrumentos diversos al miembro viril.

LA TIPICIDAD.

La conducta desplegada por el sujeto activo del delito equiparado a la violación, será típica cuando encuadre o encaje perfectamente en el tipo penal que prevé el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, conforme a los elementos del tipo penal citados en líneas que anteceden.

LA ATIPICIDAD se presenta por la falta de alguno de los elementos del tipo penal, es decir que la conducta no se adecue a lo previsto en el artículo 273 antes aludido; por lo tanto habrá atipicidad si no se hizo uso de la violencia física o moral al realizar la conducta, o en su caso, si lo que hubo fue una cópula y no la penetración de objetos diversos al órgano sexual masculino, entonces se tipificará el delito de violación en su tipo básico, más no su equiparado.

LA ANTIJURIDICIDAD.

La conducta típica será antijurídica cuando siendo típica no se encuentra amparada por alguna causa de justificación que elimine su carácter antijurídico, siendo por tanto contraria a derecho, vulnerándose el ordenamiento jurídico penal.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: En el tipo penal del delito equiparado a la violación en su modalidad de instrumentos diversos al miembro viril, considero que no opera alguna causa de justificación de las señaladas en el artículo 15 fracción III del Código Penal de la entidad, ya que la persona que introduce instrumentos u objetos en otra persona ya sea por vía vaginal o anal, no puede invocar una legítima defensa o un estado de necesidad, ni mucho menos alegar el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber. Ahora bien, en el presente supuesto no puede hacerse alusión

al consentimiento del sujeto pasivo, puesto que el tipo penal no lo exige como elemento constitutivo del mismo y más aún que el mismo artículo 15 antes citado, dispone que únicamente operará el consentimiento como causa de justificación, si el delito se persigue por querrela.

IMPUTABILIDAD.

Como ya se ha dicho, el sujeto activo imputable es aquel que tiene la capacidad de entender y querer la conducta descrita por el tipo penal y además pueda conducirse de acuerdo a esa comprensión, en este caso se habla de los sujetos mayores de dieciocho años que no padezcan algún tipo de trastorno mental transitorio o permanente.

Ahora bien, considero que el sujeto será **INIMPUTABLE**, si padece algún trastorno mental permanente o transitorio pero causado de manera accidental, es decir, sin que haya buscado voluntaria o culposamente dicho trastorno, o bien si se tratare de un sordomudo carente de instrucción total, tal como lo prescribe el propio Código Penal en su artículo 16.

Por otro lado, en las llamadas acciones libres en su causa pero determinadas en cuanto a sus efectos, el sujeto será imputable si se colocó voluntaria o culposamente en trastorno mental transitorio para llevar a cabo la conducta típica.

CULPABILIDAD.

Este delito equiparado a la violación únicamente se puede realizar mediante el dolo como forma de culpabilidad, puesto que al emplearse el uso de la violencia física o moral para penetrar objetos o instrumentos que no son el órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, indudablemente el activo tiene la plena intención de producir el resultado típico, por ello hay un dolo directo al querer realizar la penetración de instrumentos que no son el órgano viril, utilizando para ello el uso de la violencia física o moral, aún cuando no se trate de una persona específicamente.

Por cuanto hace a la **INICULPABILIDAD**, no se presenta ninguna causa de inculpabilidad como lo es el error y la no exigibilidad de otra conducta, debido a la naturaleza del delito.

PUNIBILIDAD.

Existe también una penalidad aplicable para este delito equiparado a la violación siendo la misma que se impone al delito de violación en su tipo básico que va de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días multa, sin que se la ley prevea alguna **EXCUSA ABSOLUTORIA** que impida su aplicación.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

No se requiere de una condición objetiva de punibilidad, por ende no existe la **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**, dado que el tipo penal no requiere de las mismas.

SEGUNDO SUPUESTO.

El segundo supuesto que prescribe el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, relativo a los delitos que se equiparan a la violación, se refiere a la existencia de una cópula, pero a diferencia del tipo básico, el sujeto pasivo debe ser una persona privada de razón, de sentido, que por enfermedad o por cualquier otra causa no puede resistir el ataque, o que sea menor de catorce años, por lo que dada la calidad del pasivo se presupone que no hay uso de la violencia física o moral, aunque el legislador no lo establece expresamente. En este caso se comprenden tanto las personas que sufren enfermedades mentales, que padecen de alguna parálisis corporal o alguna incapacidad física, o bien que se encuentren en estado de ebriedad o bajo el influjo de alguna droga o enervante lo cual le impide oponer resistencia ante el ataque recibido; asimismo se encuentran los menores de catorce años que por su corta edad no comprenden el alcance de la conducta ilícita de la cual son objeto.

LA CONDUCTA.

En orden a la conducta es un delito de hecho, toda vez que se produce un resultado de material, y por lo tanto tiene tres elementos: 1.- Una conducta, consistente en una acción, un movimiento corporal por parte del sujeto activo, por medio del cual se logra el resultado típico; 2.- Un resultado material, consistente en una cópula; 3.- Una relación de causalidad, es decir, el resultado material tiene como causa directa e inmediata la conducta desplegada por el sujeto activo del delito.

En este caso tampoco puede existir alguna causa de las mencionadas por la doctrina como **AUSENCIA DE CONDUCTA**, toda vez que no es posible que exista una cópula sin intervención de la voluntad del agente como se ha aseverado con antelación.

TIPO PENAL.

Este tipo penal describe: "Artículo 273: "Se equipara a la violación la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años"...", desprendiéndose los siguientes **elementos del tipo**: a) Una cópula, que es el elemento de carácter objetivo al ser susceptible de percibirse por medio de los sentidos. b) *El bien jurídico tutelado*, el cual lo integra la libertad sexual (para las personas privadas de sentido o que no pueden resistir), el normal desarrollo psicosexual, (tratándose de los menores de catorce años) o bien, la seguridad sexual, para el caso en que no puede decirse que la libertad sexual es el bien jurídico, toda vez que la víctima del delito es una persona privada de razón la cual no tiene la capacidad de decidir con quien desea tener relaciones sexuales; c) *Los medios exigidos*, en este tipo penal de delito equiparado a la violación **NO** se alude expresamente el uso de la violencia física o moral, pues se presupone la anuencia por parte de la víctima dado su estado o condición física en la que se encuentra, por lo que su consentimiento se equipara al uso de la violencia que requiere el tipo básico. d) *El sujeto activo*, que puede serlo cualquier persona; e) *El sujeto pasivo*, a diferencia del tipo básico, en este tipo penal si se requiere una calidad específica para el sujeto pasivo que únicamente pueden serlo las personas privadas de razón, privadas de sentido, que por alguna enfermedad u otra causa no pueden resistir o bien que sean menores de catorce años; f) *El objeto material*, que será la persona sobre la cual se realiza la conducta.

LA AUSENCIA DEL TIPO.- No hay ausencia de tipo penal, puesto que sí ha sido tipificado en el Código Penal.

LA TIPICIDAD.

Si la conducta realizada por el sujeto activo del delito se adecua a lo establecido en el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, entonces será una conducta típica al encajar perfectamente en los elementos del tipo penal ya mencionados.

Ahora bien, será **ATÍPICA** la conducta de sujeto activo si ésta no encuadra exactamente en la descripción hecha por el Legislador para este tipo penal, por ejemplo si la cópula se realizó mediante el uso de la violencia física o moral, entonces se tipificará el delito de violación en su tipo básico, más no su equiparado, asimismo habrá atipicidad si la calidad del ofendido no es alguna de las que se exigen para este tipo penal.

LA ANTIJURIDICIDAD.

La conducta del sujeto activo es antijurídica toda vez que siendo típica conforme a los elementos de este tipo penal, no se presenta ninguna causa de justificación que elimine el carácter antijurídico de la misma, vulnerando así el ordenamiento jurídico penal. Ahora bien, por cuanto hace a las **CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**, en este supuesto tampoco opera alguna causa de justificación de las que señala el artículo 15 del Código Penal local.

IMPUTABILIDAD.

Se requiere que el activo tenga la capacidad de entender y querer la conducta descrita por el tipo penal y además de conducirse de acuerdo a esa comprensión, como es el caso de los mayores de dieciocho años, (conforme a la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores), y los sujetos que gozan de salud mental plena.

Sí puede haber **INIMPUTABILIDAD** cuando el sujeto activo padezca algún trastorno mental transitorio causado de manera accidental, sin que haya voluntad de su parte para caer en dicho estado, o en el caso de los sordomudos, tal como lo prescribe el propio Código Penal en su artículo 16, no puede referirse a aquellas personas con trastorno mental permanente dado que no tienen la capacidad física de tener una cópula con otra persona.

CULPABILIDAD.

Al igual que el tipo básico del delito de violación, únicamente se puede realizar la conducta que requiere el tipo penal del delito equiparado a la violación mediante el **dolo** directo, como única forma de culpabilidad.

Por cuanto hace a la **INCULPABILIDAD**, no se da ninguna causa de inculpabilidad como el error o la no exigibilidad de otra conducta.

PUNIBILIDAD.

Existe también una penalidad aplicable para este delito equiparado a la violación siendo la misma que se impone al delito de violación en su tipo básico, sin que se presente alguna **EXCUSA ABSOLUTORIA** que impida su aplicación.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

No se requiere de ninguna condición objetiva de punibilidad, consecuentemente tampoco hay **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**

TERCER SUPUESTO.

El tercer supuesto que prescribe el artículo 273 del Código Penal del Estado de México relativo a los delitos que se equiparan a la violación, tiene lugar cuando hay una introducción de cualquier parte del cuerpo, objetos o instrumentos distintos al miembro viril, pero con la diferencia de que el ofendido sea una persona privada de razón, de sentido, que por enfermedad o por cualquier otra causa no puede resistir el ataque, o que sea menor de catorce años.

LA CONDUCTA.

En orden a la conducta se trata de un delito de hecho que da origen a un resultado material, y se compone de tres elementos: 1.- Una conducta, consistente en una acción o un movimiento corporal por medio del cual se logra el resultado típico; 2.- Un resultado material, consistente en introducción de cualquier parte del cuerpo, objetos o instrumentos distintos al miembro viril; 3.- Una relación de causalidad, donde el resultado material tiene como causa directa la conducta desplegada por el sujeto activo del delito.

Por otra parte considero que no existe ninguna causa de **AUSENCIA DE LA CONDUCTA** tal como vis maior, vis absoluta, el sueño, el sonambulismo, o el hipnotismo, dado que sin intervención de su voluntad, nadie podría ser penetrar en otra persona un objeto o instrumento que no es el miembro viril y más aún si la víctima no opone resistencia para ello.

EL TIPO PENAL.

Este tipo penal establece: "Artículo 273.-...*Se equipara a la violación la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años*".... desprendiéndose los siguientes **elementos del tipo**: a) La introducción de cualquier parte del cuerpo, objetos o instrumentos distintos al miembro viril, que es el elemento de carácter objetivo, porque es susceptible de ser percibido por medio de los sentidos. b) *El bien jurídico tutelado*, el cual lo integra la libertad sexual, para aquellas personas que pueden disponer libremente de su cuerpo; el normal desarrollo psicosexual (si se trata de menores de catorce años), o la seguridad sexual, para el caso de personas enajenadas mentalmente; c) *El sujeto activo*, que puede serlo cualquier persona; d) *El sujeto pasivo*, a diferencia del tipo básico,

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

-93-

en este tipo penal si se requiere una calidad específica para el sujeto pasivo que únicamente pueden serlo las personas privadas de razón, privadas de sentido, que por alguna enfermedad u otra causa no pueden resistir o bien que sean menores de catorce años; e) *El objeto material*, que será la persona sobre la cual se realiza la conducta; f) *Los medios exigidos*, en este tipo penal de delito equiparado a la violación **NO** se alude al uso de la violencia física o moral, pues se presupone la anuencia por parte de la víctima dado el estado físico en que se encuentra.

No hay **AUSENCIA DEL TIPO PENAL**, toda vez que si se ha tipificado en el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, la conducta descrita.

LA TIPICIDAD.

Si la conducta se encaja perfectamente en el tipo penal conforme a los elementos antes citados,, entonces será típica.

TIPICIDAD: Ahora bien, si la conducta desplegada por el sujeto activo no encuadra exactamente al tipo penal descrito por el Legislador, será atípica, es decir cuando la calidad del sujeto pasivo no sea la que se exige en el mismo, o bien que la penetración de objetos diversos al miembro viril se realice mediante la violencia física o moral, entonces se tipificará otra modalidad del delito equiparado de violación es la violación mediante el uso de otros objetos, haciendo uso de la violencia.

LA ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica es antijurídica si no se ampara con alguna causa de justificación que elimine su ilicitud contenidas en el artículo 15 del Código Penal mexiquense, por ello la persona que introduce diversos objetos que no son el órgano sexual masculino por vía anal o vaginal, en el sujeto pasivo con las características precitadas, realiza una conducta antijurídica contraria a la ley, infringiendo con ello el ordenamiento jurídico penal.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: No opera alguna causa de justificación de las que señala el artículo 15 del Código Penal local.

IMPUTABILIDAD.

En el activo deben concurrir tanto capacidad de entender como la capacidad de querer la conducta descrita por el tipo penal y además de conducirse de acuerdo a esa comprensión, por lo tanto serán sujetos imputables los mayores de dieciocho años, así como los que gocen plenamente de su capacidad mental.

LA INIMPUTABILIDAD, se presentará cuando el sujeto que padezca algún trastorno mental permanente o transitorio causado de manera accidental, sin que haya voluntad de su parte para caer en dicho estado, o bien en el caso de los sordomudos carentes de instrucción, como lo prevé el propio Código Penal en su artículo 16, por lo que en el caso de este delito equiparado a la violación si puede presentarse alguna causa de inimputabilidad.

CULPABILIDAD.

Al igual que el tipo básico del delito de violación, únicamente se puede realizar la conducta que requiere el tipo penal del delito equiparado a la violación mediante el dolo directo, como única forma de culpabilidad, porque el sujeto activo tiene la plena intención de realizar la conducta típica, afectando con ello la esfera jurídica de otra persona, no siendo factible que pueda realizarse la conducta por medio de la culpa.

Por cuanto hace a la **INCULPABILIDAD**, no es posible que se pueda actualizar el error o la no exigibilidad de otra conducta por la naturaleza del delito.

PUNIBILIDAD.

Existe también una penalidad aplicable para este delito equiparado a la violación siendo la misma que se impone al delito de violación en su tipo básico, sin que se presente alguna **EXCUSA ABSOLUTORIA** que impida su aplicación.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

No se requiere de una condición objetiva de punibilidad; por lo tanto, no hay **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**

TENTATIVA.

En todos los supuestos de los delitos equiparados a la violación que han sido estudiados, también es factible que también se cometan en grado de tentativa, ya que el agente del delito puede llevar a cabo todos los actos tendentes a la consumación de cada ilícito, y sin embargo por una causa ajena a su voluntad del mismo, ésta no se concluye.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-85-

CAPÍTULO IV:

*ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL
VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.*

4.1 ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO.

Es menester hacer referencia al estudio de los bienes jurídicamente tutelados, dentro de este capítulo relativo al análisis del artículo 273 del Código Penal del Estado de México, toda vez que precisamente el aspecto referente al bien jurídico que se protege en el delito de violación y en los delitos equiparables a la misma, es uno de los que se considera necesitan ser reformados; por lo que primeramente abarcaremos una breve semblanza de lo que se conceptúa como bien jurídico protegido por el derecho penal, para después analizar de manera específica cómo se tutela el bien jurídico dentro del Código Penal del Estado de México, en relación a las dos figuras típicas que nos ocupan en este trabajo.

Es así que el Derecho, creado por el Estado en el ejercicio de su poder coactivo con el único propósito de brindar protección a los individuos, se inspira en ideas del más alto valor ético, logrando con ello la paz y seguridad sociales. La protección de los bienes jurídicos es la finalidad que debe perseguir todo ordenamiento legal, sin embargo, existen determinados intereses cuya tutela debe ser salvaguardada con mayor énfasis, porque son considerados como fundamentales para garantizar la supervivencia de cualquier orden social.

Precisamente, con esta finalidad ha sido creado el Derecho Penal, para que el Estado mediante la utilización de los medios coactivos, esté en aptitud de crear y conservar el orden y la tranquilidad de toda una sociedad, por su naturaleza esencialmente punitiva, teniendo como misión peculiar la defensa en forma más enérgica de los intereses especialmente necesitados de protección por medio de la amenaza y ejecución de una sanción, tal como lo afirma Castellanos Tena, cuando establece: "Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social".¹

Para efectos de este trabajo, es de especial atención el bien jurídico denominado **libertad sexual**, que ha sido tutelado por el legislador dentro del Libro Segundo, Título Tercero, Subtítulo Cuarto del Código Penal en vigor para el Estado de México, el cual contiene cuatro capítulos donde se contemplan cada uno de los denominados por la propia ley como delitos sexuales.

El delito de violación y los delitos equiparados a la violación, de acuerdo al contenido de este Ordenamiento Jurídico tienen como finalidad la protección de la libertad sexual como se establece de manera expresa, pero considero que esta apreciación establecida por el legislador mexiquense es incompleta, atendiendo a los siguientes motivos.

El precepto legal 273 del Código Penal del Estado de México refiere la imposición de la cópula por medio de la violencia física y moral, sin que medie consentimiento de la persona ofendida, sea cual fuere su sexo. Indudablemente en esta descripción, el bien jurídicamente tutelado por la norma penal lo es la libertad sexual, es decir, el derecho de que gozan las personas para tener relaciones de carácter sexual con quienes deseen.

El autor mexicano Mariano Jiménez Huerta, determina al respecto: "El bien jurídico tutelado en el

¹ Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. página 18 .

delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado".² Aunado a este criterio, se encuentra el de otros autores mexicanos como González de la Vega, quien argumenta que en la violación se lesionan los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica, esto, su libertad sexual.

Asimismo. González Blanco junto con Carrancá y Trujillo, coinciden en establecer que el bien jurídico que se protege es la libertad sexual y no la honestidad como lo han considerado algunos tratadistas, en su mayoría de origen extranjero, porque la honestidad se refiere a lo decente, decoroso, recatado o pudoroso; y de manera alguna podemos pensar que la persona víctima de una violación, pierda su honestidad y su decencia, además de que este criterio está encaminado a pensar que sólo la mujer pueda ser sujeto pasivo del delito cuando no es sí, porque ambos delitos pueden recaer sobre cualquier persona, aún siendo del sexo masculino, sin importar tampoco si lleva una vida sexual desenfadada, porque esto no es objeto de la tutela penal.

También es factible pensar que la persona consienta voluntariamente en que se le introduzca un objeto, un instrumento o alguna parte del cuerpo que no sea el órgano sexual masculino, por vía anal o vaginal, existiendo de igual manera en este acto su libre voluntad de que se realice en su cuerpo la conducta descrita, por lo que también debe ser protegida en este supuesto su libertad sexual.

"El Estado protege uno de los bienes principales que posee el hombre, como es la libertad sexual, la cual entendemos como la facultad de poder elegir a la persona con quien queremos tener relaciones sexuales, normales o anormales, siempre que sea de común acuerdo; por lo tanto, nadie puede obligar por medio de la fuerza física o moral a otra persona, para conseguir el acceso carnal, sin importar la actividad, profesión u oficio de la víctima".³

Si bien es cierto que el instinto sexual del ser humano se ha ido alejando de su finalidad natural, como sucede en el caso de la homosexualidad, el lesbianismo y la prostitución, también es por demás cierto, que nadie puede infringir el derecho a la libre determinación sexual.

Si la cópula se comete por medio de la violencia física o moral, sin que medie el consentimiento de la persona ofendida sea cual fuere su sexo, al no existir consentimiento de su parte, externa su rechazo a la conducta sexual, existiendo por tanto la tutela a la libertad sexual, como también sucede cuando el sujeto activo introduce algún objeto o instrumento diferente al miembro viril en el cuerpo de la víctima, sin su consentimiento, siendo ésta mayor de catorce años, siempre y cuando se encuentre en la posibilidad de consentir el hecho.

Sin embargo puede darse el caso que la persona ofendida menor de impúber, si ha sido objeto de la imposición de la cópula o de que se le hayan introducido objetos distintos al órgano sexual masculino por vía anal o vaginal, sin existir violencia en cualquiera de sus dos aspectos por haber otorgado su consentimiento, se concluye que no tiene la plena conciencia y voluntad de conducirse

² Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, página 251.

³ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular, página 178.

en su vida sexual, sino por el contrario, ignora el alcance y en ocasiones las consecuencias del acto sexual practicado en su cuerpo, siendo indiferente para la aplicación de la pena que el hecho se realice con el consentimiento del agraviado, pues se presume la incapacidad de otorgarlo, por ende, no puede decirse en manera alguna que el bien jurídico tutelado en estos casos sea la libertad sexual.

Lo mismo acontece en el caso de las personas que padecen alguna deficiencia mental, como los enajenados mentales, esquizofrénicos, idiotas, imbéciles, o cualquier otro tipo de alteración psicológica que le impide otorgar su libre voluntad para la realización de la cópula, o bien para que se le introduzcan objetos diferentes al miembro viril en su cuerpo, por vía anal o vaginal; puede advertirse que en estas personas tampoco existe la plena libertad de conducirse en su vida sexual debido a las alteraciones psicológicas que padecen, por lo que en ellas no se vulnera la libertad sexual como bien jurídico protegido, sino en su caso, su seguridad sexual, ya que tampoco podemos referirnos a un normal desarrollo psicosexual cuando en ellas no existe una capacidad mental plena por las alteraciones psicológicas que padecen, o que se encuentre en vías de formación como sucede en los menores de edad, quienes comienzan a formarse ciertos valores, en relación a su sexualidad, por lo que en ellos no hay un normal desarrollo psicosexual ni tampoco una libre decisión en su voluntad de entablar relaciones erótico sexuales.

Tratándose de personas privadas de sentido, o que por enfermedad o cualquier otra causa no puedan resistir el ataque de carácter sexual, no puede decirse propiamente que se vulnera su normal desarrollo psicológico en lo relativo a su sexualidad, ya que en estos supuestos la persona goza plenamente de facultades mentales y dispone libremente de su conducta sexual, sin embargo, no puede resistir el ayuntamiento carnal o la conducta lúbrica ejecutada en su cuerpo, y por tanto, el bien vulnerado es la libertad sexual.

En conclusión, el legislador debió incluir tanto la libertad y seguridad sexuales, así como el normal desarrollo psicosexual, como los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, tratándose del delito de violación y los delitos equiparados a la violación, contemplados en el artículo 273 del Código Penal vigente en el Estado de México, ya que como se ha dicho, no en todas las situaciones la víctima puede decidir si desea entablar relaciones sexuales con quien mejor le parezca, debido a que su consentimiento se considera viciado al carecer de capacidad mental plena para otorgarlo.

4.2 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN, QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

En el capítulo dos que se estudió con antelación, se contiene la historia del delito de violación y de los delitos equiparados a la violación, dentro de los ordenamientos penales que existieron en el Estado de México hasta el año de mil novecientos ochenta y seis, dejando para este apartado el estudio del nuevo Código Penal que rige en la actualidad y que fue redactado en el mes de marzo del año dos mil, así como de las posteriores modificaciones referentes a estos delitos, mismos que son materia del presente análisis.

Este nuevo Código Penal del año dos mil y que actualmente tiene vigencia, entre otros aspectos modificó lo relativo a los delitos sexuales principalmente en cuanto a las dos figuras

típicas que nos ocupan, quedando ambos delitos regulados en un solo artículo, variando únicamente en determinados aspectos como a continuación se observa:

La nueva redacción estableció en el ahora artículo 273: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta; se impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días de multa. Si la persona ofendida fuere menor de doce años. se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa. Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal, anal u oral cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril. por medio de la violencia física o moral. sea cual fuere el sexo del ofendido. Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir o cuando la víctima fuere menor de 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, exista eyaculación o no".⁴

Con esta reforma se aumentó considerablemente la penalidad aplicable a este delito, en donde además se suprimió la última parte del segundo párrafo, quedando ahora como delito equiparado a la violación, y se consideró que la vía oral podría ser un elemento más por medio del cual se podría configurar el delito de violación, realizada mediante objetos o instrumentos diferentes al miembro viril; por último, también se incluyó en el texto del propio artículo, la definición legal de cópula.

Sin embargo, después se observó que existieron ciertos errores en este nuevo texto, uno de ellos consistió en la posibilidad de tipificar el delito equiparado a la violación en su modalidad de instrumentos u objetos diversos al órgano sexual masculino, si dicha introducción se realizaba por vía oral; bajo estas condiciones, el día tres de abril del año dos mil, se publicó una fe de erratas donde se corrigió este grave error suprimiendo la vía oral como una posible vía de acceso carnal tratándose de objetos que no son el miembro viril; además de que se adicionó otro párrafo en el artículo, en donde se tipificó un nuevo supuesto del cual carecía el artículo 273; éste supuesto se refiere a la posibilidad de que el sujeto activo del delito cometa la conducta ilícita de introducir objetos, instrumentos o cualquiera parte en el cuerpo del ofendido, por vía anal o vaginal, pero en persona privada de razón, de sentido, que no pudiera resistir el ataque, o que tuviera menor de catorce años, sin embargo, no se precisó por parte del Legislador, que esta penetración se realizara sin hacer uso de la violencia en cualquiera de sus dos aspectos.

Es así que con las modificaciones realizadas a este dispositivo legal posterior a la fe de erratas comentada, actualmente se encuentra redactado de la siguiente manera: "**Artículo 273.-** *Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días multa. Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa. Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o*

⁴ Guillén Mandujano, Jorge. Nueva Compilación Penal para el Estado de México, página 107-A.

moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. Se equipara a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere el párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de 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, exista eyaculación o no".⁴

Pero, aún cuando se ha ido perfeccionando el tipo penal de violación y los delitos equiparados a la misma, hasta hoy en día no se ha logrado con éxito adecuar estas figuras delictivas al contenido del propio artículo, a los criterios de los Tribunales Federales y a los conceptos doctrinales establecidos por los estudiosos del Derecho Penal, tal como se expone en este apartado.

En el capítulo tres del presente trabajo, se estudiaron cada uno de los elementos constitutivos de la figura típica de violación conforme a los conceptos establecidos por la doctrina penal, quedando plenamente identificados los conceptos relativos a la cópula, la violencia física, la violencia moral, la falta de consentimiento, la calidad de los sujetos pasivos; por lo que en este apartado se analizan únicamente aquellas situaciones en las que se ha considerado que existen errores y contradicciones dentro del artículo 273 del Código Penal vigente del Estado de México, y que en mi opinión personal son las siguientes:

1.- El delito de violación en su tipo básico, se conforma por los elementos que ya han quedado descritos en el cuerpo de este trabajo y que a saber son:

- a) La realización de la cópula.
- b) Que la cópula se realice de manera **impositiva**, es decir, sin consentimiento del agraviado.
- c) Como medio comisivo para la imposición de la cópula, se haga uso de la violencia física (golpes, maltratos, heridas, etc.); o en su caso, de la violencia moral (amagos, amenazas, etc).
- d) La persona ofendida puede ser cualquiera sin importar su condición social, sexo, raza, etc.

Coincidiendo plenamente hasta este momento con la descripción típica del delito de violación que prescribe el Código Penal Sustantivo del Estado de México, porque efectivamente, tanto la doctrina penal como los criterios emitidos por el Poder Judicial Federal, hacen referencia a que estos son los elementos constitutivos del delito de violación.

La cuestión debatida surge cuando el Legislador del Estado de México, incluye en el artículo 273, otro supuesto en el que puede configurarse el delito de **VIOLACIÓN**, y este tiene lugar cuando el sujeto activo introduce por vía vaginal o anal, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, es así que este dispositivo legal prevé: *Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril....*

⁴ Código Penal para el Estado de México, página 102, Editorial Sista.

De manera expresa ha tipificado como delito de **VIOLACIÓN**, una conducta que adolece de unos de sus elementos constitutivos esenciales de este delito, como lo es la **CÓPULA**, concepto que se ha definido como cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, sin importar el sexo de la persona ofendida.

De lo anterior se infiere que existe una contradicción con la parte final del propio artículo, que define lo que es la cópula, indicando a la letra: *...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 y oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.*

El Legislador ha estimado que el delito de violación se comete tanto por la realización de la cópula, como por la introducción en la víctima de instrumentos, objetos diversos, o cualquier parte del cuerpo que no sean el órgano viril, lo cual considero que es erróneo porque en este caso no existe tal introducción del órgano viril, ya sea por vía oral, vaginal o anal que requiere el delito de violación en su tipo básico; sino más bien, hay penetración de objetos diversos.

Por lo anterior, esta conducta debe ser tipificada como otra modalidad del delito que se equipara a la violación, ya que en él no se reúnen todos los elementos configurativos del tipo penal del delito de violación, sino por el contrario, la falta de alguno de sus elementos como es la cópula, se equipara con otros actos, que de igual manera son repulsivos y atentan en contra de la libertad sexual de la persona ofendida, puesto que simulan lo que podría ser un coito, sólo que no interviene el órgano genital masculino, motivo por el cual debe cambiar su definición a la de **delito equiparado a la violación**, en lugar de considerarlo como violación en su tipo básico, sin que con ello se pretenda una reducción en la penalidad aplicable, ya que ambos delitos afectan los mismos bienes jurídicos y en ocasiones provocan consecuencias de carácter trascendente.

Lo que se pretende con esta modificación, es que ambas figuras típicas queden perfectamente delimitadas en base a los elementos que configuran a cada una de ellas, una como el delito de violación propiamente dicha, y los demás supuestos como delitos que se equiparan a la violación, siendo acorde al contenido de la propia ley la cual nos describe qué debe entenderse por cópula, apoyándose además para tal efecto, en los criterios de los Tribunales de la Federación y en los principios doctrinales.

II.- Un segundo supuesto que considero necesita reformarse es el relacionado con la edad del sujeto pasivo del delito de violación. El artículo 273 alude a dos edades del sujeto pasivo, la primera cuando éste es menor de doce años, agravándose la penalidad por esta situación. Y continuando con la redacción del texto legal, se observa otra calidad del sujeto pasivo donde se requiere que deba ser menor de catorce años, esto tratándose del delito equiparado a la violación en donde se presupone que no existe uso de violencia física o moral, o bien, que haya consentimiento de su parte.

Al efecto, el referido dispositivo legal establece que el delito equiparado a la violación puede actualizarse mediante la cópula o penetración de cualquier parte del cuerpo, objetos o instrumentos diferentes al miembro viril, en con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de catorce años.

Pero ¿por qué establecer esta diferencia de edades en el sujeto ofendido?, ¿es que no se causa el mismo daño a una persona menor de doce años, que a una menor de catorce años, si ambos por su corta edad tienen mayor susceptibilidad a las consecuencias producidas por el ataque sexual, hayan o no otorgado su consentimiento?

Pensemos en la posibilidad de que el menor de catorce años, no consintió en la realización de la cópula, en este caso no hay una agravación a la penalidad aplicable puesto que el tipo penal exige que el pasivo deba ser menor de doce años, aún cuando cabe la posibilidad que el mismo sea impúber, siendo que esta es la finalidad que persigue la ley al aumentar la sanción cuando se trata de una persona menor de doce años, castigar con mayor severidad al sujeto activo que impone una cópula mediante el uso de la violencia a un sujeto impúber, el cual sufre con mayor intensidad las consecuencias, tanto en su salud física como mental, que un delito de esta naturaleza le puede ocasionar.

En mi opinión, considero que en ambos supuestos debe quedar establecida como edad del sujeto ofendido la de catorce años, sin hacer distinción alguna, toda vez que la etapa de la vida denominada pubertad varía en cada sujeto, en algunos ocurre antes, en otros después, oscilando entre las edades antes señaladas, en donde la personalidad del adolescente se define para con su vida posterior, por ende, la edad exigida para el sujeto ofendido para el efecto de agravar la penalidad en el tipo básico del delito de violación, debe de ser uniforme con la exigida para el delito equiparado a la violación, que es la de catorce años.

Estos supuestos son los que se considera requieren ser reformados en el artículo que es objeto del presente análisis, por cuanto se refiere a la conducta típica establecida como delito de violación. En el siguiente apartado se alude a otros aspectos que también deben ser objeto de estudio y análisis por parte del Legislador, pero son los relativos al delito que hasta en la actualidad se considera como equiparado a la violación.

4.3 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES DE LOS DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN, QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

El tipo penal del delito equiparado a la violación, se puede actualizar en diferentes supuestos, pero éstos no han sido redactados de manera completa en el artículo 273 del Código Penal; por lo que en mi concepto el mismo debe ampliarse, estableciendo los siguientes casos:

1.- El artículo 273 en comento, prescribe dos hipótesis en que puede actualizarse el delito equiparado a la violación, precisando en la primera de ellas que este delito tiene lugar cuando se realice **la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de catorce años.**

La segunda hipótesis refiere la **Introducción de objetos, instrumentos, o cualquier parte del cuerpo distinta al miembro viril con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de**

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

-103-

catorce años.

En ambos supuestos el Legislador omitió incluir que la conducta del activo se llevara a cabo sin existir violencia física o moral, porque se presupone que existió consentimiento del pasivo debido a su incapacidad física y mental para el acto sexual, en otras palabras, se consideró que por tratarse de sujetos pasivos con calidades específicas, era innecesario introducir en el tipo penal la ausencia del uso de la violencia, sin embargo, debido a que el consentimiento viciado de la víctima se equipara al empleo de los medios comisivos en la realización del delito, es por lo que considero indispensable para su configuración que se haga alusión a la falta de la violencia física o moral, porque el tipo penal sólo induce a pensar que en cualquiera de estos sujetos pasivos hay consentimiento, ya sea para la realización de la cópula o para que se le introduzcan objetos en su cuerpo por vía anal o vaginal, pero no lo establece de manera expresa.

Esta consideración se fundamenta en que en el caso de un menor de doce años, que no consintió en la obtención de la cópula y por ello se hizo uso de la violencia, entonces la conducta encuadra perfectamente en lo que es el tipo básico del delito de violación, sin embargo, también podría adecuarse al supuesto establecido para el delito equiparado a la violación, puesto que hubo una cópula, además de que el ofendido menor de doce años, también es menor de catorce años, y por último, como el tipo penal del delito equiparado a la violación, no exige de manera expresa que el ofendido otorgue su consentimiento o bien, que no haya existido el uso de la violencia, entonces bien podía tipificarse como violación propiamente dicha.

Por ello, con la finalidad de determinar con exactitud ante qué tipo penal nos encontramos, puesto que la diferencia entre uno y otro delito radica precisamente en que se haya hecho o no, uso de la violencia física o moral, es por lo que estimo que debe incluirse dicho elemento (ausencia de la violencia por consentimiento de la víctima) en este tipo penal de delito equiparado a la violación, porque en el caso de haber obtenido el consentimiento del menor para llevar a cabo la conducta erótico sexual, si además se hubiere empleado la violencia, deberá agravarse la penalidad.

II.- Otra situación que también es importante destacar en el delito equiparado a la violación, es la relativa al elemento subjetivo que debe contener el tipo penal: La finalidad de lascivia o lubricidad que debe perseguir el sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica.

En este sentido considero que el delito equiparado a la violación que se comete introduciendo a la víctima por vía anal o vaginal, objetos que no son el órgano sexual masculino, adolece de un elemento de carácter subjetivo, ya sea en el caso en que esta penetración se realice mediante el uso de la violencia física o moral, o bien, tratándose de sujetos pasivos que por su incapacidad física o mental están imposibilitados para otorgar su consentimiento.

Se afirma que el tipo penal en ambos casos es incompleto porque a éste debería agregarse que dicha introducción o penetración, se lleve a cabo persiguiendo una finalidad de lascivia o lubricidad, porque el sujeto activo del delito debe tener la finalidad de satisfacer su lujuria al realizar alguna de las conductas descritas en la ley, porque de otro modo sería una

aberración el considerar que una persona pueda ser acusada de cometer un delito que se equipara a la violación, cuando penetra en la persona ofendida objetos que no son el miembro viril, por vía anal o vaginal, sin existir este elemento subjetivo, como sucede en el caso de los médicos o los ginecólogos, que en virtud del trabajo que desempeñan se ven en la necesidad de introducir ciertos objetos por vía vaginal o anal, o también en los lavados de estómago o de intestinos, en donde se deben introducir objetos de uso médico; de igual manera sucede en el caso de los termómetros que se introducen por vía rectal y donde puede suceder que la persona no otorgue su consentimiento para llevarlo a cabo, tal vez porque le sea desagradable o porque se encuentre en estado de inconciencia, pero sin embargo, la conducta se realiza aún en contra de su voluntad para preservar su salud, sin embargo en este caso no habría vulneración al bien jurídico tutelado.

Asimismo, en el caso de un legrado o en la prueba de tacto previa al alumbramiento, donde en ambos casos hay penetración por vía vaginal de otros objetos que no son el órgano sexual masculino y que tal vez no exista el consentimiento de la persona ofendida, pero ante la ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico tutelado o de la persona que puede otorgarlo, se lleva a cabo la conducta por la urgencia del acto.

En estos casos, tal como lo ha descrito el legislador mexiquense, la conducta perfectamente encuadra dentro del tipo penal descrito en la ley, actualizándose los siguientes supuestos que ya han sido analizados:

- a) Penetración por vía vaginal o anal con objetos, instrumentos o cualquier parte del cuerpo que no sean el miembro viril.
- b) Falta de consentimiento del ofendido.
- c) En un caso extremo, el uso de la violencia física o moral.

En consecuencia, dicha conducta debe ser sancionada conforme a la ley por haber tipicidad, o adecuación al tipo penal descrito por la ley, sin que se vea afectado el principio de legalidad que rige nuestra Constitución Federal, porque efectivamente sí existe un tipo en el Código Penal que sancione esta conducta; pero esta situación es completamente ilógica.

Por otro lado, no podría encuadrarse la conducta del sujeto activo en el tipo penal si se requiriera de manera expresa la finalidad de lascivia o lubricidad, no habría tipicidad, y aún cuando se trata de una cuestión que únicamente se encuentra en la mente del autor y que es de difícil comprobación, para llegar a descubrir la verdad histórica de los hechos se deben tomar en cuenta diversos factores como los medios empleados, el lugar, las costumbres o actividades del sujeto activo, los medios comisivos, la veracidad del dicho del ofendido, entre otros aspectos.

Por ende, podemos concluir que por la falta de técnica legislativa, la ley penal sustantiva del Estado de México, tipifica hasta hoy, una conducta en donde cabe la posibilidad de que no se pretenda afectar la libertad sexual de la persona o bien, su normal desarrollo psicosexual, cuando la finalidad del sujeto activo es completamente distinta.

Puede discutirse que la responsabilidad de la persona que no tiene el propósito de vulnerar el bien jurídicamente tutelado al desplegar la conducta típica antes descrita, quedaría eliminada al acreditarse alguna de las causas de justificación que anulan la ilicitud de la conducta, siendo por tanto innecesario la introducción del elemento subjetivo que se sugiere adicionar al tipo penal; por ejemplo, se pensaría que el agente del delito pueda encontrarse ante un estado de necesidad, sin embargo, en opinión personal considero que no es así, porque como quedó establecido en el capítulo correspondiente a las causas de justificación que son las circunstancias que excluyen la antijuridicidad del hecho, aún cuando la conducta existe y es típica, el estado de necesidad surge cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual valía, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley, existiendo por tanto un conflicto entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes protegidos; pero en el supuesto que se expone, si no hay finalidad de lascivia o lubricidad en el agente del delito que penetra por la vía anal o vaginal a otra persona, esto con el fin de preservar su salud, entonces no existe tal conflicto de intereses legítimos, porque de manera alguna se pretende vulnerar la libertad sexual o el normal desarrollo psicosexual de la persona.

En todo caso, podría pensarse en el cumplimiento de un deber como causa de justificación, donde se puede afectar la esfera jurídica de otra persona, pero por cumplir con lo que la ley le ordena al individuo, pero es el caso que en el supuesto que de manera personal expongo, no hay afectación a los intereses jurídicos de ninguna persona por parte de lo que sería el sujeto activo, además de que si se considerara que la conducta estuviera amparada por dicha causa de justificación, por ende, al integrar el cuerpo del delito, debería acreditarse que efectivamente el activo actuó en cumplimiento de un deber.

Otro motivo por el cual se considera que es necesaria la adición del elemento subjetivo relativo a la finalidad de lascivia o lubricidad en el sujeto activo del delito equiparado a la violación, en su modalidad de instrumentos diversos al miembro viril; es por el hecho de que como ya se estudió en el apartado relativo a los elementos positivos y aspectos negativos del delito en general, para que un delito exista debe reunir por lo menos seis de sus elementos como son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, es así que en el caso cuestionado, al adicionar al tipo penal del delito equiparado a la violación dicho elemento subjetivo, tendríamos: una conducta, consistente en la penetración de objetos diversos en el cuerpo de la víctima por vía oral o vaginal; una adecuación típica al acreditarse cada uno de sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos; en su caso, el uso de la violencia física o moral o la ausencia de la misma tratándose de sujetos incapaces para otorgar su consentimiento; quedaría acreditada también la antijuridicidad, puesto que no operaría ninguna de las circunstancias que prevé el artículo 15 del Código Penal vigente en el Estado de México, porque sería absurdo conforme a la naturaleza del delito, si existió la finalidad de satisfacer la lujuria o lascivia del activo, es indudable que su conducta no puede ser amparada por alguna causa de justificación; existiría imputabilidad si es un sujeto mayor de dieciocho años y con plena capacidad mental; también sería una conducta culpable a título de dolo directo, pues el sujeto conoce la ilicitud del hecho y quiere su realización; y por último es una conducta punible puesto que si tiene una sanción aplicable y no opera ninguna excusa absolutoria.

En consecuencia, considero que en atención estrictamente a los principios establecidos por la teoría del delito, debe incluirse el elemento subjetivo de referencia: lascivia o lubricidad en el delito equiparado a la violación, porque existe una deficiencia legislativa la cual trae como consecuencia

que se actualice una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, por el solo hecho de que la conducta del sujeto activo encuadra en la hipótesis descrita en la ley, pero sin que exista la intención de vulnerar el bien jurídico protegido.

Podría argumentarse en contrario a mi opinión, que en los delitos de carácter sexual se encuentra inmerso el elemento lascivia o lujuria por ser precisamente la naturaleza propia de estos actos, siendo innecesario por tanto la inclusión de este elemento en el tipo penal, sin embargo, esto sólo sería aplicable tratándose del delito de violación propiamente dicha, es decir, mediante la penetración del órgano sexual masculino por vía vaginal, anal u oral, a través de la violencia física o moral, sin consentimiento de la persona, porque indudablemente lo que el sujeto activo desea al realizar estos actos de naturaleza sexual donde introduce su órgano genital, es satisfacer sus instintos sexuales, vulnerando el bien jurídicamente tutelado que tiene la persona de mantener relaciones sexuales con quien le plazca, o en su caso afectando el desarrollo psíquico persona impúber que no tiene plena conciencia del acto erótico realizado en su cuerpo. Pero no puede existir una equidad de condiciones cuando lo que se introduce en la víctima son objetos distintos al órgano viril, porque como se ha demostrado, existen situaciones cotidianas en las que se hace necesaria la introducción de objetos por vía vaginal o rectal sin que exista el propósito de satisfacer su lujuria.

Con esta adición que se propone al tipo penal del delito equipado a la violación, no quisiera parecer que lo único que se trata es de brindarles a los delinquentes un medio legal para que puedan evadir la ley, sino brindarles una seguridad y apoyo para aquellas personas a las que por virtud de las actividades cotidianas de su profesión, tienen que llevar a cabo esta conducta que hasta hoy es considerada como delito equiparado a la violación y que injustamente podrían ser acusados de cometerlo, pues no hay que olvidar que hoy en día existe mucha gente capaz de perjudicar a los demás, sin importarles cuáles sean los medios de los que se valga para lograr su propósito.

4.4 ESTUDIO COMPARATIVO CON LAS LEGISLACIONES PENALES DE OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL.

En este apartado se han transcrito los dispositivos legales de diversas codificaciones en materia penal vigentes en algunos Estado de la República Mexicana, los cuales prevén la regulación de los delitos sexuales que tutelan la libertad sexual de las personas y su normal desarrollo psicosexual, avocándonos en especial a lo delitos de violación y sus delitos equiparados, estableciéndose al final cuáles son las semejanzas y diferencias que existe entre cada ordenamiento penal de los Estados con el Código Penal del Estado de México, en cuanto a este aspecto se refiere.

1.- En primer lugar se encuentra en Código Penal del Estado de Aguascalientes, que regula estos delitos de la siguiente manera:

“Artículo 124.- La Violación consiste en realizar cópula con persona de cualquier sexo por medio de la violencia física o moral. Al responsable de Violación se le aplicarán de 8 a 14 años de prisión y de 20 a 80 días multa. Para efectos de este Código, 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.

Artículo 125.- Se equiparan a la Violación las siguientes conductas : I.- Realizar cópula con persona menor de doce años de edad sin hacer uso de la violencia; y II.- Realizar la cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo sin hacer uso de la violencia. Si se utilizare la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la punibilidad establecida para el tipo de violación se aumentará en una mitad".⁵

- Los elementos que coinciden con la legislación penal que se compara, es la configuración de la cópula por vía normal y anormal por medio de uso de la violencia en sus dos aspectos; incluye la definición de cópula dentro de su texto. Considera el delito equiparado a la violación, cometido mediante la cópula con el consentimiento de persona impúber o persona que no puede resistir o comprender el hecho, pero este artículo no prevé el delito equiparado a la violación realizado con objetos o instrumentos distintos al miembro viril, exista a o no la violencia física o moral.

2.- El Estado de Baja California, los regula así:

"Artículo 176.- Se impondrá prisión de tres a diez años y hasta trescientos días multa, 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; si la persona ofendida fuere menor de catorce años la pena de prisión será de ocho a doce años y hasta quinientos días multa.

Artículo 177.- Al que tenga cópula con persona menor de catorce años de edad o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa; se le impondrá de ocho a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Artículo 178.- Se equipara la violación, al que sin consentimiento de una persona o con el consentimiento de un o una menor de catorce años, introduzca uno o más dedos o un objeto de cualquier naturaleza en la región anal o vaginal, la pena será de tres a diez años de prisión y hasta trescientos días multa, sin perjuicio de las penas que resulten de la comisión de otro u otros delitos".⁶

-Como elementos coincidentes se encuentran la configuración de la cópula mediante el uso de la violencia y cuando se efectúa en menor de catorce años, se agrava la penalidad. El segundo artículo también habla de cópula realizada con un menor de catorce años o dice que la persona no puede conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, pero no dice que sea mediante su consentimiento o no; asimismo considera como delito equiparado a la violación, la introducción de objetos o instrumentos distintos al miembro viril, cuando se realice sin consentimiento de la persona, o con el consentimiento de menores de catorce años, pero no alude a las personas privadas de razón o de sentido.

3.- Por su parte, el Estado de Campeche, establece:

"Artículo 233.- Al que por medio de violencia, física o moral, realice cópula con persona de

⁵ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

⁶ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Por cópula se entiende la introducción del pene o miembro viril en el cuerpo de la víctima, por vía vaginal, anal u oral. La introducción, por medio de la violencia, física o moral, por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o parte del cuerpo humano, distinto al miembro viril, se sancionará con prisión de tres a ocho años.

Artículo 234.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena al que, sin violencia, cometa alguno de los hechos especificados en el artículo anterior en persona menor de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquiera otra causa no pueda resistirlo. Si se ejerciere violencia, física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad".⁷

"Artículo 233.- Al que por medio de violencia, física o moral, realice cópula con persona de Este código es más conciso y prevé la configuración de la cópula por vía normal y anormal por medio del uso de la violencia en sus dos aspectos, incluyendo su definición; también precisa la penetración de objetos diversos al miembro viril en el ofendido, sin su consentimiento, encuadrándolo aunque de manera errónea como delito de violación, al igual que en el Estado de México; determinando que cualquiera de las dos conductas antes descritas, es un delito equiparado a la violación si se realiza en menor de doce años o quien no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquiera otra causa no pueda resistirlo.

4.- El Estado de Chihuahua regula de la siguiente manera estos delitos:

"Artículo 239.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula anal, vaginal u oral con una persona, sin la voluntad de ésta, se aplicará prisión de dos a nueve años.

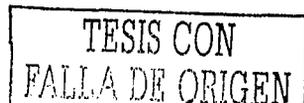
"Artículo 240.- Se sancionará con la misma pena señalad en el artículo anterior, al que tenga cópula con: I.- Con persona menor de catorce años; No se aplicará sanción cuando se compruebe plenamente que la persona ofendida, siendo mayor de catorce años y dedicándose a la prostitución, dio su consentimiento. II.- Con persona privada de razón, de sentido o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en dicha cópula o de resistirla".⁸

Este código establece en primer lugar, la cópula por vía normal y anormal por medio del uso de la violencia; incluye el supuesto de que la cópula se realice con persona privada de razón, de sentido o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en dicha, sin embargo no regula los delitos equiparados a la violación careciendo de tipificación de la penetración de objetos o instrumentos diferentes al miembro viril en el ofendido. Como una situación particular, este ordenamiento prescribe que si la víctima es mayor de catorce años y consiente en la realización del hecho, o ésta se dedica a la prostitución, no será punible la conducta del activo.

5.- En el Código Penal del Estado de Chiapas, se determina:

⁷ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

⁸ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



"Artículo 157.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le impondrá la sanción de tres a ocho años de prisión, si la persona ofendida fuere impúber, la sanción será de seis a catorce años y la multa de veinte a cuarenta días de salario. Para los efectos del presente título, se entiende por cópula la introducción total o parcial en vía vaginal o anal del órgano viril en el cuerpo de otra persona. Se sancionará con prisión de tres a ocho años a quien 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. Se equipara a la violación la cópula con persona menor de doce años, aún cuando se hubiere obtenido su consentimiento, sea cual fuere su sexo; con persona privada de razón o de sentido, o que, por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir.

Artículo 158.- Cuando la violación fuere cometida con la intervención directa o indirecta de dos o más personas, la sanción será de ocho a veinte años de prisión y multa de cincuenta a cien días de salario. Se aumentará la pena de dos a cuatro años de prisión, cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por este contra aquel, por el tutor contra de su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del menor ofendido en contra del hijastro. El sujeto activo perderá además la patria potestad o la tutela, y en su caso, los derechos sucesorios respecto del ofendido. Cuando el que cometa el delito de violación desempeñe un cargo o empleo, o ejerza una profesión, utilice para delinquir los medios o circunstancias que el cargo, empleo o profesión le proporcionen, además de las penas señaladas, será destituido del cargo o empleo, o suspendido por el término de tres años en el ejercicio de dicha profesión".⁹

-Este Código es más completo y prevé la configuración de la cópula por vía normal y anormal, incluyendo su definición; agrava la penalidad en el caso de violación en menores impúberes, regula la introducción de objetos diversos al miembro viril en el cuerpo de la víctima como delito de violación; prevé que la cópula con persona impúber mediante la obtención de su consentimiento, es un delito equiparado a la violación, así como cuando se realiza en persona privada de razón o de sentido, pero carece de tipificación cuando la penetración de estos objetos diversos se realiza mediante el consentimiento de dichos sujetos pasivos.

6.- En la Legislación Penal de Guanajuato se determina:

"Artículo 249.- Se impondrá de cinco a doce años de prisión y multa de hasta doscientas veces el salario mínimo general vigente en el estado, al que por medio de la violencia física o moral imponga cópula a otra persona. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a quince años.

Artículo 250.- Las mismas sanciones, según que el ofendido sea púber o impúber se impondrán al que tenga cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa. Se presume que se está en los supuestos establecidos en el párrafo anterior si la persona ofendida fuere menor de doce años.

⁹CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

Artículo 255.- Al que sin consentimiento de una persona ejecute en ella o le haga ejecutar un acto erótico sexual sin el propósito de llegar a la cópula, se le impondrá sanción de uno a seis meses de prisión y de tres a cinco días multa. La misma sanción se aplicará a quien lo ejecute o lo haga ejecutar en persona que no pudiese resistir o con consentimiento de un impúber. Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la sanción será de seis meses a dos años de prisión y de cinco a veinte días multa. Si el acto consistiere en la introducción por vía anal o vaginal de cualquier objeto, instrumento o componente orgánico que no sea el miembro viril, se impondrá de dos a seis años de prisión y de veinte a sesenta días multa."¹⁰

-Este Código no establece que la cópula pueda ser vía normal o anormal y tampoco la define; diferencia la sanción por cuanto la edad del pasivo; incluye la actualización de la cópula, pero no la penetración de objetos diferentes, con personas que por cualquier causa no están en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, o cuando tuviere menos de doce años. Una situación especial se precisa en el artículo 255 de este Ordenamiento Penal donde se contiene diverso delito al equiparado a la violación por otras legislaciones, donde la introducción de objetos diversos no se define como delito equiparado a la violación, estableciendo una penalidad inferior.

7 - El Código Penal del Estado de Hidalgo, establece al respecto:

"Artículo 179. - Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de cinco a catorce años y multa de 20 a 80 días. Independientemente de las penas y medidas de seguridad que procedan por los delitos que resulten, se impondrá prisión de dos a siete años y multa de 10 a 50 días, al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 180. - Las mismas penas a que se refiere la primera parte del artículo anterior se impondrán, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerce violencia la pena aumentará hasta en una mitad más".¹¹

-Este Código tampoco establece que la cópula pueda ser vía normal o anormal, ni su definición; establece una penalidad menor por la introducción de objetos diferentes al órgano viril en el pasivo; establece la posibilidad de cópula con impúberes o con personas incapaces de comprender el hecho mediante su consentimiento, pero no que se les pueda penetrar a estos sujetos pasivos objetos diferentes al órgano viril, por lo cual no precisa textualmente el delito equiparado a la violación en esta modalidad.

8 - El Código Penal del Estado de Jalisco, ha establecido con relación a estas figuras típicas.

¹⁰ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

¹¹ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

Artículo.- 175.- Se impondrá de cinco a doce años de prisión al que, por medio de la violencia física o moral tenga copula con persona, cualquiera que sea su sexo. Para los efectos de este capítulo, se entiende por cópula, la introducción, total o parcial con o sin eyaculación del miembro viril en el cuerpo de la víctima de cualquier sexo, sea por vía vaginal, oral o anal. ...Se equipará a la violación, la introducción por vía vaginal o anal, con fines eróticos sexuales de cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, al responsable de este delito se le impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

Artículo.- 176.- Se considera como violación todo caso en que la cópula se realice con persona menor impúber o privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiere resistir. Si la persona ofendida fuere menor de diez años, la sanción será de seis a quince años de prisión.¹²

-A diferencia de otros este Código sí determina que la cópula puede ser vía normal y anormal, además de incluir su concepto; difiere del Código penal mexiquense al determinar certeramente como delito equiparado a la violación, la penetración de la víctima con objetos o instrumentos que no son el órgano sexual masculino; establece como violación propiamente dicha la consumación de violación en impúberes o en personas privadas de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudieren resistir. No prescribe tampoco que en estos sujetos pasivos pueda haber penetración de objetos diferentes al órgano sexual masculino mediante su consentimiento. A diferencia de los códigos anteriores, refiere el elemento subjetivo del activo consistente en los fines eróticos al penetrar a una persona por medio de la violencia, mediante objetos o instrumentos distintos al miembro viril.

9.- En la Legislación Penal del Estado de Nuevo León, se establece lo siguiente:

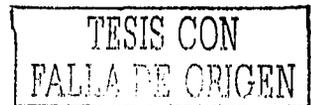
Artículo 265.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona, sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 266.- La sanción de la violación será de seis a doce años de prisión si la persona ofendida pasare de trece años; si fuere menor de trece y mayor de once, la pena será de diez a veinte años de prisión; y si fuere menor de once años de edad la pena será de quince a treinta años de prisión. La tentativa de violación y figuras equiparadas, se sancionará con una pena de tres a once años seis meses de prisión.

Artículo 267.- Se equipara a la violación y se castigará como tal, la cópula con persona menor de trece años de edad, o con persona, aunque sea mayor de edad, que se halle sin sentido, que no tenga expedito el uso de la razón, o que por cualquier causa no pudiere resistir la conducta delictuosa

Artículo 268.- Se equipara a la violación y se castigará como tal, la introducción por vía vaginal o anal, de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, así como la introducción de este

¹² CD ROM Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001



último por la vía oral."¹³

-Esta Códificación tampoco precisa que la cópula pueda ser vía normal o anormal, ni su concepto; establece diferentes penalidades según la edad del pasivo; se prevé que es delito equiparado a la violación la cópula con impúberes, con persona que se halle sin sentido, que no tenga expedito el uso de la razón, o que por cualquier causa no pudiese resistir la conducta delictuosa; tipifica el hecho de la penetración de instrumentos diferentes al miembro viril como delito equiparado a la violación, pero no precisa que esta conducta se pueda realizar sin hacer uso de la violencia física o moral, en personas incapaces física o mentalmente.

10.- Al respecto de las figuras típicas en estudio, el Código de Defensa Social del Estado de Puebla, precisa:

"Artículo 267.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán de seis a veinte años de prisión y multa de veinte a doscientos días de salario.

Artículo 272.- Se equipara a la violación:

- I.- La cópula con persona privada de razón o de sentido, o que por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiera resistir;
- II.- La cópula con persona menor de doce años de edad; y
- III.- La introducción en una persona, por vía anal o vaginal, de cualquier objeto distinto al miembro viril, usando violencia física o moral.

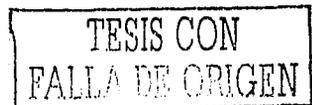
En los casos previstos en las fracciones I y II, se impondrá al autor del delito, de ocho a treinta años de prisión y multa de ciento veinte a mil doscientos días de salario. En el caso de la fracción III la sanción será la establecida en el artículo 267."¹⁴

-Este código no incluye el concepto de cópula, ni cuáles son las vías por las que se puede penetrar el órgano sexual masculino; establece diferentes penalidades tratándose del delito equiparado a la violación; es correcto al establecer que la cópula con persona menor de doce años no es violación propiamente dicha, sino un delito equiparado a la misma, pero no alude a la falta de violencia; tipifica el supuesto de la penetración con objetos distintos al miembro viril mediante el uso de la violencia, como delito equiparado a la violación aunque no dice que también pueda efectuarse en menores impúberes, personas incapaces mentalmente o privadas de razón que no pueden otorgar su consentimiento por las características que presenta.

11 - El Código Penal de Querétaro, establece:

¹³ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

¹⁴ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



"Artículo 160.- Al que por medio de la violencia realice cópula con una persona sin el consentimiento de ésta, se le impondrá pena de tres a diez años de prisión. Se impondrán las mismas penas señaladas en el párrafo anterior al que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier objeto o instrumento distinto del órgano sexual masculino, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 161.- Cuando las conductas previstas en el artículo anterior realicen con persona impúber o que no tenga capacidad para comprender o que por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa, se le impondrá al agente prisión de tres a diez años."¹⁵

-En este Código no se incluye el concepto de cópula, ni que pueda realizarse por cualquier vía, establece diferentes sanciones en virtud de la edad de la víctima; por otro lado, si contempla la hipótesis de penetración de objetos diversos tanto con el uso de violencia como sin ella, aunque no lo define como delito equiparado a la violación, sino como violación.

12.- Alude al respecto el Código Penal para el Estado de Quintana Roo:

"Artículo.- 127.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de cuatro a dieciséis años y multa de diez a cuarenta días multa. Si la persona ofendida fuere impúber la prisión será de seis a veinte años y de veinte a sesenta días multa. Al que realice cópula con persona menor de catorce años de edad o que por cualquier causa no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa se le impondrá de seis a treinta años de prisión y de cuarenta a cien días multa."¹⁶

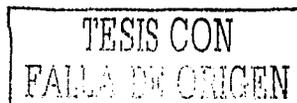
-Esta redacción no incluye tampoco el concepto de cópula, ni que pueda ser vía normal o anormal; establece diferente sanción en virtud de la edad; únicamente prevé el supuesto de la violación con persona menor de catorce años de edad o que por cualquier causa no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, pero no alude a la penetración de objetos o instrumentos diversos con o sin uso de violencia. No refiere textualmente el delito equiparado a la violación.

13.- Por su parte, el Legislador del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, precisa respecto de estos delitos:

"Artículo 348.- Comete este delito quien, por medio de la violencia física o moral, realice cópula con una persona de cualquier sexo.
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.

¹⁵ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

¹⁶ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



Artículo 351.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena.

I. - Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad y;
II. - Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.
Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad.”¹⁷

-Como se advierte, este Código sí incluye la definición de cópula y las vías en las que puede realizarse. Define como delito equiparado por no existir el uso de la violencia, la cópula con menor de edad y cuando la persona no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, pero no habla de la penetración de objetos diversos al miembro viril en la víctima como delito equiparado a la violación, ya sea con o sin el consentimiento de personas incapaces.

14. -Determina en relación a los delitos en estudio, el Código Penal de Sinaloa.

“**Artículo 179.-** A quien por medio de la violencia física o moral, realice cópula con una persona de cualquier sexo y sin la voluntad de ésta, se le impondrá prisión de seis a once años. Para los efectos de este código, 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.

Artículo 180.- Se equipara a la violación y se castigará con prisión de diez a treinta años, cuando se realice la cópula con persona menor de doce años de edad, o con persona que aunque sea mayor de esa edad se halle sin sentido, o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender o posibilidad para resistir la conducta delictuosa.”¹⁸

-Este código si define el elemento cópula; equipara correctamente a la violación, al no existir violencia para la cópula con un menor de doce años o con persona que aunque sea mayor de esa edad se halle sin sentido, o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender o posibilidad para resistir la conducta delictuosa, pero carece de tipificación del delito equiparado a la violación mediante la penetración de objetos distintos al órgano sexual masculino en la víctima, sin consentimiento o con el consentimiento de la víctima incapaz física o mentalmente

15. -Por su parte, el Código Penal del Estado de Sonora, regula estas conductas de la manera que se describe:

“**Artículo 218.-** Al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicarán de dos a doce años de prisión. Para los efectos de este Capítulo,

¹⁷ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

¹⁸ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



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.

Artículo 219.- Se equipara a la violación y se sancionará con prisión de dos a doce años:

I.- La introducción anal o vaginal de cualquier elemento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido; y

II.- La cópula o la introducción anal o vaginal de cualquier elemento distinto al miembro viril, sin que medie violencia física o moral, con una persona retrasada mental, o menor de doce años o con quién no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, aunque hubieren dado su consentimiento, o bien, con persona que no pueda oponer resistencia por enfermedad, pérdida de sentido, invalidez o cualquiera otra causa. La sanción será de cuatro a quince años de prisión, cuando en los supuestos señalados en la fracción II de este artículo, se utilizare violencia.*¹⁹

-Igualmente define el elemento cópula y las vías por las cuales se puede realizar; hace distinción de sanciones aplicables en cuanto al delito equiparado a la violación; precisa correctamente los supuestos del delito equiparado a la violación, cuando se realiza la cópula con persona menor o incapaz física o mentalmente o que no puede resistir el hecho delictivo y también cuando se hace uso de objetos o instrumentos diversos, ya sea mediante uso de la violencia física o moral o sin que medie ésta.

16.- El Código Penal del Estado de Tabasco, regula las figuras delictivas antes referidas, de la manera siguiente:

"Artículo.- 148.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga 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.

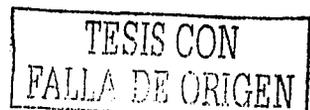
Artículo.- 149.- Se sancionará con prisión de seis a doce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquiera elemento, o instrumento, o cualquiera parte del cuerpo humano, distinta del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo.- 150.- Al que tenga cópula con persona de cualquier sexo, menor de doce años o que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistir, se le aplicará prisión de ocho a catorce años.*²⁰

-Este Código sí contempla y define el elemento cópula y las vías por las que se realiza; previene la introducción de instrumentos u objetos diversos en la víctima, pero estableciendo sanciones inferiores; contempla la cópula con impúberes o con persona que no tenga capacidad

¹⁹ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos Integros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

²⁰ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos Integros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



de comprender o que no pueda resistir, pero no menciona que trate de un delito equiparado a la violación; ni tampoco previene la penetración de objetos o instrumentos diversos que pueda hacerse mediante el uso de la violencia física o moral o sin el uso de esta por haber dado su consentimiento el ofendido.

17.- En el Código Penal de Tamaulipas, los delitos de violación y su equiparado, establecen a la letra:

"Artículo 273.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 274.- Al responsable del delito de violación se le impondrá una sanción de seis a doce años de prisión si la persona ofendida es mayor de catorce años de edad; si no llegare a esa edad, la sanción a imponer será de siete a catorce años de prisión. Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones o se cometiere cualquier otro hecho delictuoso, se observarán las reglas del concurso real.

Artículo 275.- Se equipará a la violación la cópula con persona que se halle sin sentido, no tenga expedito el uso de su razón, o por cualquier causa no pudiera resistir la conducta delictuosa, o fuera menor de doce años de edad."²¹

-En esta redacción no se define a la cópula y las vías por las que se puede realizar; hace distinción de sanciones aplicables por cuanto a la edad del pasivo; contempla el delito equipado a la violación cuando hay cópula sin el uso de violencia, pero no prevé el caso de penetración de cualquier objeto que no sea el órgano sexual masculino, en ningún supuesto.

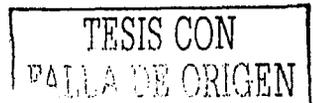
18.- Por su parte, el legislador del Estado de Veracruz, ha incluido el siguiente texto, relativo a los delitos en comento:

"Artículo 152.- A quien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le impondrán de seis a ocho años de prisión y multa hasta de doscientas veces el salario mínimo.

Artículo 153.- Al que tenga cópula con persona menor de catorce años de edad o que no tenga capacidad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir se le impondrán de seis a nueve años de prisión y multa hasta de doscientas veces el salario mínimo. Cuando se tenga la cópula con persona mayor de doce y menor de catorce años de edad, con su consentimiento y el responsable sea menor de veintiún años y contraiga matrimonio con la persona ofendida, previa autorización de sus padres o quien deba otorgarla, la sanción será de dos a ocho años de prisión y multa hasta de cien veces el salario mínimo."²²

²¹ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.

²² CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



-Este código penal no establece la definición del elemento cópula y las vías por las que se puede realizar; hace distinción de sanciones aplicables por cuanto a la edad del pasivo y su capacidad de comprender el hecho; no prevé el delito equiparado a la violación en ninguna modalidad. Se observa también una situación muy característica de este Código Penal, en la cual habla que el sujeto activo del delito puede contraer matrimonio con la ofendida, cuando la cópula se ha obtenido con su consentimiento, sin que ello implique la imposición de una pena. Más bien, esta situación se identificaría mejor en el delito de estupro y no en el de violación, donde su esencia radica en imposición de la cópula sin mediar la violencia, o donde habiendo consentimiento no se tiene capacidad de comprender el alcance ilícito de la misma.

19.- El Código de Defensa Social del Estado de Yucatán, establece:

"Artículo 300.- Se impondrá la sanción de cuatro a diez años de prisión y multa de cien a quinientos días de salario, a quien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo. Cuando el delito de violación fuere cometido por servidor público miembro de una corporación policiaca en servicio o con motivo de sus funciones, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo de la sanción a que se refiere el párrafo que antecede.

Artículo 301.- Se equipara a la violación la cópula con persona privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiere resistir, así como la cópula con persona menor de doce años de edad, y la sanción será de seis a doce años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario.

Artículos 302.- La pena será de seis a quince años y multa de trescientos a quinientos días de salario, cuando la violación fuera cometida por dos o más personas".²³

-Características muy peculiares se observan en este Código, ya que hace referencia a los servidores públicos que cometan este delito en ejercicio de sus funciones, aumentando la penalidad, lo cual difiere del Código Penal del Estado de México; una situación que coincide es la de considerar como delito equiparado a la violación, la realización de la cópula con persona menor de edad, con persona privada de razón o de sentido o que no puede resistir y tampoco menciona que no debe haber violencia para que se configure como delito equiparado a la violación, además no tipifica la modalidad del delito equiparado a la violación en su modalidad instrumental

20.- Por último, dentro de los ordenamientos penales con los cuales se ha hecho un estudio comparativo con el Código Penal del Estado de México, se encuentra el Código Penal para la República en materia de fuero federal, y para el Distrito Federal en materia de fuero común.

Este Código se caracteriza por ser más completo que otras legislaciones penales ya que destaca al contemplar diversas situaciones que en otros casos no han sido legisladas, por lo que al ser más específico en su redacción, se ha tomado como base para proponer una reforma al Código Penal

²³ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación y Diario Oficial del Estado vigentes hasta el año 2001.



de la entidad federativa a la cual nos hemos enfocado, pero con ciertas modificaciones en las cuales tampoco me encuentro de acuerdo, como a continuación se observa.

"Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con una 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 considera también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

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 anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."²⁴

Este código no contempla el aumento de la penalidad cuando el ofendido es un menor impúber, lo cual considero sí debe preverse; de igual manera considera como violación la penetración de objetos o instrumentos diversos al miembro viril en el sujeto pasivo, lo cual debería ser tipificado como delito equiparado a la violación por la ausencia de la cópula.

4.5 JURISPRUDENCIAS RELACIONADAS.

En este apartado se presentan distintas jurisprudencias y criterios de los Tribunales Federales relacionados con los delitos de violación y de los delitos equiparados a la violación, esto con el fin de realizar un análisis comparativo con el criterio plasmado por el Legislador Mexiquense en el artículo 273 del Código Penal.

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

²⁴ CD ROM. Acervo Jurídico 2001. Textos íntegros emitidos en el Diario Oficial de la Federación vigentes hasta el año 2001.



consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal". Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Enero de 1997, Tesis: VI.2o. J/86, Página: 397.

En este criterio federal se pone de manifiesto que efectivamente el delito de violación propiamente dicha, se integra única y exclusivamente por los elementos que se describen en ella, como son la cópula, el uso de la violencia física o moral, la falta de consentimiento en la víctima; por lo que al existir una conducta diversa como lo es la penetración por medio de objetos o cualquier parte del cuerpo que no sean el órgano viril, se está ante un delito que solo se equipara a la violación, al faltarle uno de sus elementos.

2.- "VIOLACIÓN, ACEPTACIÓN DEL VOCABLO CÓPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO.-

En el delito de violación, el elemento cópula es concebido por la ley penal en su más amplia acepción, o sea, cualquier unión, ayuntamiento o conjunción carnal, de ahí que por cópula debe entenderse la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, ya sea por vía vaginal (normal), oral o anal (anormal). Por ende, si se demuestra que el quejoso introdujo su pene en la boca del sujeto pasivo, ello es suficiente para tener por satisfecho ese extremo". TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990, página 692.

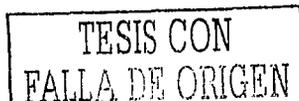
Este criterio establece las vías en que puede realizarse la cópula y la diferencia entre cópula normal y anormal, conceptos utilizados en el desarrollo de este trabajo y al igual que el criterio anterior establece que la cópula sólo se integra por la penetración del órgano sexual masculino en el ofendido y no así por penetración de objetos diversos a éste.

3.- "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".* Sexta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis 383, Página 211.

4.-"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". Octava Época, Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 52, Abril de 1992, Tesis: XX. J/17. Página 63

Los dos criterios que anteceden, ponen de manifiesto que no es indispensable en la configuración del delito de violación la actualización de otro hecho diverso como puede ser el caso de las lesiones, sino únicamente la realización de la cópula aún cuando no se agote el acto sexual, ni exista eyaculación, por lo que es en esencia un delito de resultado



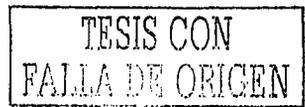
material; otro aspecto importante es que al aludir a la eyaculación, sugiere necesariamente la intervención del órgano sexual masculino para su consumación.

5.-"VIOLACIÓN, DECLARACIÓN DE LA OFENDIDA EN CASO DE. PARA TENER EFICACIA, DEBE SER VEROSÍMIL Y ESTAR ADMINICULADA CON OTRAS PRUEBAS. *Aun cuando la declaración de la ofendida en el delito de violación es de relevancia singular, dado que ese ilícito, por su naturaleza es de consumación privada o secreta, debe atenderse a que esa declaración, para que pueda tener efectos probatorios dentro de la causa, además de estar adminiculada con otras pruebas, debe ser verosímil en cuanto a las circunstancias y accidentes de los hechos que motivaron la violación sexual.*" PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989, Tesis: VI. 1o. J/25, Página: 673.

Esta jurisprudencia sirve de apoyo legal al argumento vertido en apartados que anteceden, donde se estima que si se incluyera el elemento subjetivo en el tipo penal del delito equiparado a la violación, consistente en la finalidad de lascivia o lubricidad en el agente del delito, cuando para su realización se utilizan objetos, instrumentos o cualquier parte del cuerpo que no es el órgano sexual masculino, este podría ser acreditado por diferentes medios probatorios que aunados a la veracidad en el dicho de la persona ofendida y las circunstancias en que fue cometido se tendría por comprobado el delito equiparado a la violación en la modalidad instrumental.

6.- VIOLACIÓN EQUIPARADA, DELITO DE. *El delito previsto por el artículo 266 del código penal del Distrito Federal, se comete por el solo hecho de obtener la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier otra causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, independientemente de que el activo se haya valido o no de la violencia, ya sea física o moral, porque el delito de violación equiparada no requiere de medios específicos para su comisión, sino que solamente atiende a la calidad especial de la víctima.* Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990, Página 529.

7.-VIOLACIÓN EQUIPARADA. EL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, EN CUANTO ESTABLECE QUE BASTA LA CÓPULA CON PERSONA MENOR DE CATORCE AÑOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *El artículo 177 del Código Penal del Estado de Baja California establece como delito de violación equiparada la cópula con persona menor de catorce años o que por cualquier causa no esté, en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa. El precepto citado parte del hecho real e indiscutible y, por ende, notorio y que no admite prueba en contrario, consistente en que la persona menor de catorce años no ha alcanzado el desarrollo físico, mental, emocional y psicológico que le permita decidir con libertad y plena conciencia sobre su vida sexual y las consecuencias de un acto de esta naturaleza y, en su caso, para resistirlo, por lo que debe ser sujeto de protección legal. Por tanto, si es un hecho notorio por corresponder a la realidad*



del desarrollo del ser humano, la incapacidad de las personas menores de catorce años de edad, lógico es concluir que la norma legal no produce indefensión a la persona que tiene cópula con un menor de catorce años al no permitirle desvirtuar la carencia de capacidad volitiva de ese menor respecto de una relación sexual. Novena Época, Instancia Pleno, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Marzo de 2000, Tesis P. XXIV/2000, Página 115.

8.- "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, anormalidad 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". Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis 374, página 207.

Estos criterios vienen a corroborar el argumento de que la realización de la cópula con una persona menor de doce años o de catorce años, o persona privada de razón o de sentido o que no puede resistir por alguna circunstancia, para ser considerado como delito equiparado a la violación, debe incluir que la cópula se obtuvo por medio del consentimiento del pasivo, o en su caso, que no existió la violencia física o moral, lo que no acontece en el caso del artículo 273 del Código Penal del Estado de México dado que el Legislador no estableció expresamente el consentimiento por parte del sujeto pasivo.

Asimismo, dan la pauta para establecer que cuando en el delito equiparado a la violación, la víctima es un menor de edad impúber, o una persona que no ha alcanzado el desarrollo físico o mental, o que se encuentra privada de razonamiento o de sentido, lo cual le impide actuar con libertad y plena conciencia sobre su vida sexual y comprender las consecuencias de un acto de esta naturaleza, el bien jurídico que se protege por la ley no es únicamente la libertad sexual como lo ha venido estableciendo la Codificación Penal del Estado de México, sino también el normal desarrollo psicológico en lo relativo a la sexualidad del pasivo, o en su caso, su seguridad sexual.

9.-"VIOLACIÓN EQUIPARADA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA. NO SE INTEGRA ESTE DELITO CUANDO LA INTRODUCCIÓN POR VÍA ANAL O VAGINAL, DE CUALQUIER OBJETO DISTINTO DEL MIEMBRO VIRIL, SE EJECUTA EN UNA PERSONA MENOR DE DOCE AÑOS DE EDAD, PERO SIN USAR EL SUJETO ACTIVO VIOLENCIA FÍSICA O MORAL. A diferencia del tipo del delito equiparable a la violación, definido en la fracción II del citado numeral, en el que el legislador atendió solamente a la calidad especial de la víctima (cópula con persona menor de doce años de edad), con independencia de los medios empleados, en la subsecuente disposición (fracción III), estableció otro delito equiparado a aquél, pero requirió en el tipo el uso de la violencia física o moral como medios comisivos para la introducción en una persona, por vía anal o vaginal, de cualquier objeto distinto del miembro viril, de allí que si este proceder se comete en una persona menor de doce años de edad, sin

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mediar el uso de la violencia física o moral, no puede satisfacerse el extremo relativo a la violencia, invocándose la minoría de edad del ofendido, dado que no fue la voluntad del legislador, en ese supuesto, atender a la calidad especial de la víctima, relevando de prueba de violencia física o moral al sujeto pasivo de la referida agresión sexual; y si bien, al definir el legislador poblano como violación impropia (fracción II) la cópula con persona menor de doce años de edad, sin duda lo hizo porque equiparó a la violencia con el hecho de la corta edad de la víctima, ya que sería contrario a la lógica que, donde no hay discernimiento de las cosas del sexo por falta de capacitación fisiológica y psíquica (por la minoría de edad), pudiera haber consentimiento, resulta que el autor de la ley no siguió ese mismo lineamiento tratándose del delito tipificado en el artículo 272, fracción III, de la citada legislación, de manera que si la violencia física se identifica con la fuerza material, y la violencia moral con la expresión de graves amenazas, no es factible entonces que si ninguno de esos extremos se satisface, acudir a la minoría de edad para demostrar la violencia, porque se pasaría por alto el dogma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, que significa no hay delito, ni pena, sin ley, mismo que como garantía de legalidad en materia penal recogió el Constituyente Permanente en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución, en cuanto en los juicios del orden criminal prohíbe imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Agosto de 1998, Tesis: VI 4º. 14 P, páginas: 427.

El principio de legalidad demuestra en esta tesis, que aún cuando la ley establezca dos supuestos muy parecidos pero que en esencia no son iguales por la falta de algún elemento constitutivo, no puede aplicarse la misma sanción, puesto que se estaría creando tipos penales en conductas que no han sido previstas por el Legislador. Lo que se aplica en el caso de la ausencia del elemento subjetivo (ascivia o lubricidad) en el delito equiparado a la violación en su modalidad de objeto o instrumento diferente al miembro viril; el juzgador debe aplicar la ley penal entendida como un dogma, como una verdad legal, y no debe atender a otras cuestiones, por tanto, tal como está en la actualidad el tipo penal, la conducta se encuadra perfectamente en el tipo descrito en la ley debiendo ser sancionada, por lo cual es necesaria la adición del elemento subjetivo como se ha planteado.

Asimismo, se resalta la gran diferencia que existe entre la violación realizada por cópula y el delito equiparado a la violación en su modalidad instrumental, que el legislador mexiquense ha contemplado como un solo delito: violación, cuando ambos se actualizan en diferentes supuestos.

10.- "VIOLACIÓN EQUIPARADA. NO SE DESVIRTÚA POR INVOCAR LA VOLUNTAD DEL SUJETO PASIVO MENOR DE CATORCE AÑOS EN SU VERIFICACIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Tomando en consideración que el artículo 280 del Código Penal del Estado de México establece que el ilícito de violación por equiparación, se configura al tener cópula con una persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad u otra causa, no pudiere resistir o bien, la víctima fuere menor de catorce años de edad, aun cuando se argumente por el quejoso que el sujeto pasivo hubiere tenido relaciones con él voluntariamente, ello no lo excluye de responsabilidad; dado que la violencia física o moral del activo para lograr el ayuntamiento carnal, se equipara por el hecho de que una persona menor de catorce años de edad no tiene conciencia o voluntad indispensables para resistir

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los atentados contra su libertad y seguridad sexual. "Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Octava Época, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte TCC, Tesis 760, Página 489.

Robustece que la voluntad del pasivo que no tiene plena capacidad de dirigirse en su vida sexual, es irrelevante cuando ha aceptado que en su cuerpo se ejecute un acto de naturaleza sexual, por ende, no se vulnera la libertad sexual.

11.- "VIOLACIÓN Y SU EQUIPARADO. ACTUALIZACIÓN DEL DELITO DE. PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 139 Y 140 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).- *De lo dispuesto en los artículos 139 y 140 del Código Penal del Estado, se obtiene, que ninguno de los dos numerales exigen para su configuración, técnica que a través de la cópula se cause un daño a la salud del pasivo, y que ese daño sea perceptible con los sentidos, o, que para la acreditación de la cópula sea necesaria una lesión externa, en ese sentido, la intención del legislador que inspira la norma es atendible en razón de que el bien jurídico tutelado por ella, lo es la libertad sexual y no la integridad física".* Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII, Junio de 1994, Página 697.

Tal como se ha afirmado ya con antelación, este criterio viene a confirmar el argumento relativo a que el delito de violación y los delitos equiparados a la violación, son de resultado puramente formal y no así de resultado material, como se estableció en el capítulo dos de este trabajo, puesto que se actualizan únicamente por medio de la cópula o la introducción de instrumentos u objetos en el cuerpo de la víctima, sin exigir la consumación de un resultado material.

12.- "VIOLACIÓN. CÓPULA POR VÍA ANORMAL, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.- *El delito de violación tutela la libertad sexual, por lo que se ha considerado que el ayuntamiento carnal puede ser por vía normal o anormal; por ende, si el quejoso obligó a los menores a succionar su miembro viril, debe estimarse acreditado el ilícito de violación, al configurarse la cópula normal.*" Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la federación, Tomo: XIII, Junio de 1994, Página: 694

Esta tesis, precisa que la cópula, tal como se ha establecido también por la doctrina penal, se verifica por la penetración del miembro viril en cualquiera de las tres vías: oral, anal y vaginal, por lo que aún cuando el órgano viril se introduzca solo vía oral, se ha considerado que esta circunstancia constituye propiamente el delito de violación. Sin embargo, no se presenta la misma situación, cuando el objeto introducido no es el miembro viril, porque en el primer caso (por vía oral) ni siquiera está tipificada la conducta, porque al meter un objeto cualquiera que no sea el órgano sexual masculino en la boca de la víctima, no se ve afectada su libertad sexual.

13.- "VIOLACIÓN EQUIPARADA, CONFIGURACIÓN DE LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *Dentro de la hipótesis que consigna el artículo 272 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, como violación por equiparación únicamente se exige la existencia de cópula con persona privada de razón; en cuya virtud, carece de relevancia que*



el sujeto pasivo no sea mujer doncella, toda vez que esta circunstancia tendría significado si se trata de estupro pero no de violación por equiparación, en la que el legislador ante las circunstancias especialísimas de los pasivos los hace objeto de protección por su inmadurez sexual, su incomprensión de las relaciones sexuales no siendo aptas para oponer resistencia efectiva, (consciente o intuitiva) a los atentados de este orden". Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

14.- "VIOLACIÓN. DELITO DE. VIOLENCIA POR EQUIPARACIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE DURANGO).- De conformidad con el artículo 296 del Código del Estado de Durango, los elementos materiales del delito de violación son: a) La existencia de la cópula; b) obtenida por medio de la violencia física o moral; c) que la voluntad del pasivo se encuentre ausente al momento de la comisión del ilícito. Ahora bien, la violencia no forzosamente implica que se ocasionen alteraciones por la fuerza, sino también otro tipo de acciones que revelen un dominio material contra la agredida, en el caso por el consumo de sedante dado por el quejoso, que privó a la ofendida del uso de sus sentidos, y la imposibilidad a oponer resistencia, obligándola a copular sin su voluntad, lo cual viene a ser una equiparación de la violencia, empleada para lograr la cópula, de acuerdo a lo establecido en el artículo 299 del Código Penal del Estado de Durango, que remite a la misma pena a que se refiere el artículo 296 del mencionado ordenamiento jurídico". Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Mayo de 1993. Página 423.

Esta tesis refiere la ausencia de la violencia en cualquiera de sus aspectos, para configurar el delito equiparado a la violación, tratándose de menores de catorce años, siendo también aplicable a personas que no pueden oponer resistencia a la realización del hecho, o que están privadas de razón o de sentido. Por lo que se confirma que es necesario precisar en el tipo penal que la conducta ilícita se realiza por medio del consentimiento del pasivo en estos casos.

15.- "VIOLACIÓN. CONDUCTA ANTERIOR DE LA VÍCTIMA. El hecho de que no se hubiese probado la conducta anterior de la ofendida es irrelevante porque, en primer lugar debe presumirse adecuada a las normas sociales hasta en tanto no se demuestre lo contrario y en segundo lugar, suponiendo que la víctima hubiese asumido antes de los hechos una conducta provocativa o que inclusive fuere de mala reputación, tal circunstancia de ninguna manera desvirtuaría la responsabilidad penal del quejoso, pues basta con que hay impuesto la cópula mediante la violencia física o moral para que sea sancionada penalmente, pues el bien jurídico tutelado por este delito es la libertad sexual y no la moralidad de las personas". SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, febrero de 1993, página 343

Evidencia una vez más esta tesis, que el bien jurídico tutelado por la ley penal lo debe de ser la libertad sexual, cuando la conducta típica se impone a una persona con plena capacidad para consentir en la realización de los actos de naturaleza sexual, porque no deseándolo se le impone por medio de la violencia. Por el contrario, si la conducta se ejecuta en una persona incapacitada tanto física como mentalmente, el bien jurídico debe consistir en la tutela de su normal desarrollo psicosexual (tratándose de menores impúberes) o su seguridad sexual (tratándose de personas privadas de razón)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.6 PROPUESTAS DE REFORMA A ESTE ARTÍCULO.

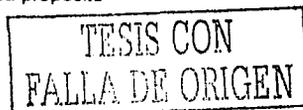
Después de haber analizado cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal del delito de violación, así como de los tipos penales de los delitos equiparados a la violación; concluyo que el Código Penal del Estado de México debe ser reformado en cuanto a estos tipos penales, ello con la finalidad de perfeccionar su contenido, siendo acorde con la propia ley, los criterios sustentados por los Tribunales Federales y la doctrina. Por tanto la reforma que se sugiere es en el siguiente sentido:

En primer término, el título tercero, subtítulo cuarto, donde se contemplan estos tipos penales, debe denominarse "**Delitos contra la libertad y seguridad sexuales, y el normal desarrollo psicosexual**", y no solo "**Delitos contra la libertad sexual**", pues tal como se estableció en el apartado 4.1 del presente capítulo, no en todos los casos se vulnera la libertad sexual de la víctima del delito de violación o de los delitos equiparados a la violación, pues existen ciertas calidades del sujeto pasivo, en donde por su corta edad, no se encuentra plenamente capacitado para otorgar su consentimiento, ya que en el caso de que haya anuencia de su parte, el consentimiento se considera viciado, por ello, en este caso se hablaría de su normal desarrollo psicosexual; por otra parte, tratándose por ejemplo de las personas que padecen alguna enfermedad mental, ellos tampoco tienen la capacidad de decisión respecto de con quien desearían entablar relaciones sexuales, por lo tanto se hablaría en este caso de brindarles una seguridad en lo relativo a su sexualidad.

Por otra parte, el tipo básico del delito de violación, debe ser más preciso y limitarse a tipificar únicamente la conducta que consiste en la imposición de la cópula por medio de la violencia física o moral, sin haber existido consentimiento de la víctima, ya que el legislador determina que **comete también el delito de violación** cuando la conducta del activo consiste en la introducción o penetración de otros instrumentos, objetos o cualquier parte del cuerpo, diferente al miembro viril, lo cual es incorrecto, debiendo tipificarse como otro delito que se equipara a la violación; por tanto se propone modificar la redacción del artículo 273 del Código Penal vigente en el Estado de México, estableciendo una diferencia más precisa entre estos delitos, ya que sería más acorde al contenido de la propia ley.

Asimismo, se propone la uniformidad entre las edades de los sujetos pasivos menores de edad, que en este caso se sugiere sea la de catorce años, tomando en consideración la gravedad de las consecuencias que producen estos delitos a las personas menores no solo de doce años, sino también menores de catorce años. De igual manera, tratándose de los delitos equiparados a la violación en donde los sujetos ofendidos no tienen la plena capacidad de decidir si desean o no entablar relaciones sexuales, ya sea porque están privadas de razón o de sentido, porque no pueden resistir el ataque, o por ser menores de catorce años, es menester incluir que la cópula o la penetración de objetos diferentes al miembro viril vía vaginal o anal, se realice **sin hacer uso de la violencia física o moral**, dado que en esto radica la diferencia entre uno y otro tipo penal.

Por último, en el delito equiparado a la violación donde se introducen objetos diferentes al miembro viril vía vaginal o anal, se debe implementar en el tipo penal el elemento subjetivo relativo a la finalidad de lascivia o lubricidad que debe perseguir el agente del delito, ya que no en todos los casos donde hay tal penetración, existe afectación del bien jurídicamente tutelado, debido a la actividad a la que se dedica el sujeto activo, siendo diverso su propósito



Por ende, la redacción que se sugiere debe tener el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, es la siguiente:

"Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sin la voluntad de ésta; se impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días de multa. Si la persona ofendida fuere **menor de catorce años**, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa. 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, exista eyaculación o no.

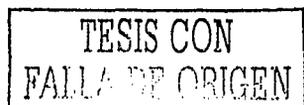
Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena establecida en el párrafo anterior, al que:

I.- Sin hacer **uso de la violencia física o moral**, tenga **cópula** con una persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir, o cuando la víctima fuera **menor de catorce años**.

II.- Con fines de **lascivia o lubricidad** Introduzca por vía vaginal o anal, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, **por medio de la violencia física o moral**, sea cual fuere el sexo del ofendido.

III.- Con fines de **lascivia o lubricidad** y **sin que exista uso de la violencia física o moral**, Introduzca por vía vaginal o anal, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, en persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir, o cuando la víctima fuere **menor de catorce años**.

En el caso de las fracciones I y III, si se hiciere uso de la violencia, el mínimo y máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad."



CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En el Estado de México han existido diversos Códigos Penales, en todos ellos la regulación en materia de delitos sexuales se ha ido modificando a través de los años, esto con la finalidad de crear nuevos tipos penales que cubran las necesidades de su población y le brinden seguridad jurídica; sin embargo, como se ha observado, en ninguno de ellos se ha contenido de manera íntegra una tipificación en relación a estos delitos, por lo que se considera necesaria una reforma en este aspecto que perfeccione los conceptos legales que contiene el artículo 273 del Código Penal vigente en la entidad de referencia, que son en forma específica los que trata este trabajo.

SEGUNDA.- El bien jurídicamente tutelado por el Código Penal en cuanto a los delitos sexuales se refiere, debe ser no solamente la libertad sexual, sino también la seguridad sexual así como el normal desarrollo psicosexual, tratándose de personas privadas de razón o de menores impúberes, debido a que ellos están impedidos para otorgar libremente su consentimiento.

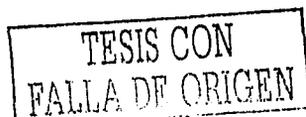
TERCERA.- El delito de violación y los delitos equiparados a la violación, considerados como graves por el propio Código Penal del Estado de México, cuentan con deficiencias en sus tipos penales y a la vez tienen contradicciones con el contenido del propio artículo, así como con la jurisprudencia establecida por los Tribunales Federales y la doctrina penal, mismas que aún no han sido subsanadas.

CUARTA.- El legislador estatal confunde los términos VIOLACIÓN y DELITO EQUIPADO A LA VIOLACION en su modalidad de instrumentos u objetos diversos al órgano viril, toda vez que el delito de violación en su tipo básico, como lo ha considerado la propia Ley, únicamente se constituye por la realización de la cópula (normal o anormal) mediante la imposición de la violencia física o moral, y no así por la penetración de otros objetos diversos al miembro viril, esto en atención a lo establecido en la parte final del propio artículo 273, que precisa qué es lo que se entiende por cópula.

QUINTA.- Como consecuencia de la conclusión precedente, se debe omitir del tipo penal del delito de violación, la figura típica relativa a la introducción de objetos, instrumentos o cualquier parte del cuerpo diverso al miembro viril, mediante uso de la violencia física o moral; este supuesto debe precisarse como delito que se equipara a la violación, aunque sancionado con la misma penalidad en atención a la gravedad del ilícito y a que se vulneran los mismos bienes jurídicamente tutelados.

SEXTA.- La edad del sujeto pasivo en todos los casos debe ser la de catorce años y no hacer una diferencia entre los doce y catorce años como se establece actualmente, ya que ambos sujetos por su corta edad tienden a ser más susceptibles a las consecuencias del acto sin existir diferenciación, porque como se dijo en el apartado respectivo de este análisis, la pubertad en los individuos aparece en diferentes momentos, oscilando entre estas edades.

SÉPTIMA.- Se debe incluir que la realización de la cópula o la introducción de cualquier otro objeto que no es el miembro viril se efectúe sin hacer uso de la violencia física moral, o en su caso con el consentimiento del pasivo, cuando está incapacitado mentalmente o que por su corta edad ignora las consecuencias de la conducta realizada en su cuerpo, por ser éste un elemento necesario



para la debida integración del delito equiparado a la violación cuando se ejecuta en alguna de estas personas, ello en virtud de que en la primera parte del actual artículo 273 del Código Penal Sustantivo, también existe la tipificación de la cópula realizada en un menor de doce años, pero impuesta por medio de la violencia, agravándose la penalidad en este supuesto

OCTAVA.- El tipo penal del delito equiparado a la violación, en su modalidad de objetos o instrumentos diversos al miembro viril, ya sea que se emplee o no se emplee, la violencia física o moral, debe contener el elemento subjetivo relativo a la finalidad de lascivia o lubricidad en el agente del delito, en atención a los principios proporcionados por la teoría del delito, subsanando con ello el error por parte del legislador que hasta el momento considera como delictiva toda aquella conducta que se encuadra dentro del tipo penal que describe, evitando de esta manera que se cometan injusticias al integrarse el cuerpo del delito durante una averiguación previa o proceso penal, por deficiencia en el tipo penal, porque efectivamente existe una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, aún cuando no exista la finalidad de afectación del bien jurídicamente tutelado.

NOVENA.- En el caso del delito de violación propiamente dicha, es innecesaria la implementación del elemento subjetivo aludido en la conclusión precedente, toda vez que tratándose de la penetración del órgano sexual masculino por la vía idónea o por vía anormal, es indiscutible que lo que se pretende es la satisfacción de la lujuria o lascivia del sujeto activo.

DÉCIMA.- La propia ley, los criterios de los Tribunales de la Federación y los conceptos doctrinales, establecen las bases para que se realice una reforma al Código Penal vigente en el Estado de México, en lo relativo a los dos delitos sexuales de mayor gravedad: LA VIOLACIÓN y los DELITOS EQUIPARADOS A LA VIOLACIÓN en sus diferentes modalidades, misma que se sugiere quedar como a continuación se precisa:

"Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sin la voluntad de ésta, se impondrán de cinco a once años de prisión y de cien a doscientos veinticinco días de multa. Si la persona ofendida fuere **menor de catorce años**, se impondrán de ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa. 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, exista eyaculación o no.

Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena establecida en el párrafo anterior, al que:

I.- Sin hacer **uso de la violencia física o moral**, tenga **cópula** con una persona privada de razón, de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir, o cuando la víctima fuera **menor de catorce años**.

II.- Con fines de **lascivia o lubricidad** introduzca por vía vaginal o anal, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, **por medio de la violencia física o moral**, sea cual fuere el sexo del ofendido.

III.- Con fines de **lascivia o lubricidad** y **sin que exista uso de la violencia física o moral**, introduzca por vía vaginal o anal, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, en persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir, o cuando la víctima fuere **menor de catorce años**.

En el caso de las fracciones I y III, si se hiciera uso de la violencia, el mínimo y máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, México, 20ª edición, 1999.
- 2.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, 40ª edición, México, 1999.
- 3.- Cortés Ibarra, Miguel Ángel, Derecho Penal Parte General. Editorial Cárdenas Editor, Tijuana d. C., 3ª edición, México, 1987.
- 4.- Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1986.
- 5.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1974.
- 6.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 31ª edición, México, 1999.
- 7.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, 11ª edición, México, 1994.
- 8.- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Oxford, 1ª edición, México, 1999.
- 9.- Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, 15ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 10.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III, Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 1982.
- 11.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, 6ª edición, México, 1998.
- 12.- López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo II, Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 1998.
- 13.- Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 1997.
- 14.- Martínez Roaro, Maricela. Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho. Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 1991.
- 15.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1997.
- 16.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1997.



17.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Tomo I, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 1998.

18.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1993.

19.- Sánchez y Sánchez, Gerardo, Panorámica Legislativa del Estado de México. Editorial Cárdenas Editor, México, 1977.

20.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo I, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 5ª edición, Chile, 1998.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONSULTADOS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, México, 2001

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial. Porrúa, 59ª edición, México, 2000.

Código Penal para el Estado de México. Ediciones Guillén, 1ª edición, México, 2000.

Código Penal para el Estado de México. Editorial Sista, México, 1997.

Compilación de Leyes Penales del Estado de México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994.

Código Penal vigente de Aguascalientes. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Baja California Norte. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Campeche. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Chiapas. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Chihuahua. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Guanajuato. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Hidalgo. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Jalisco. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Nuevo León. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código de Defensa Social para el Estado de Puebla. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Querétaro. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Quintana Roo. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Código Penal vigente de San Luis Potosí. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Sinaloa. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Sonora. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Tabasco. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Tamaulipas. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código Penal vigente de Veracruz. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

Código de Defensa Social de Yucatán. CD-ROM Acervo Jurídico 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN