



Universidad Nacional Autónoma
de México

Facultad de Derecho

El Artículo 266 Reformado del Código
de Penal Vigente
(Estudio Dogmático)

Ismael Chirino Castilla

Facultad de Derecho

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la memoria de mi madrecita,
Imagen de ternura y amor

A mi padre:

Con mi más profundo cariño y respeto;
quien con su ejemplo, esfuerzo y anhe
los nos ha guiado por el camino del-
bien.

A mi hermano y maestro Joel,
por quien siento una gran-
admiración.

A mis hermanos:

PABLO

JUAN

ADELINA

HUGO

LUZ MARIA

Y

JOSE LUIS

Con infinito cariño

A mi querido maestro:

FERNANDO CASTELLANOS TENA

Quien con su ayuda incalculable
hizo posible la realización de-
mi tesis.

A mi querido maestro:

FERNANDO CASTELLANOS TENA

Quien con su ayuda incalculable
hizo posible la realización de-
mi tesis.

EL ARTICULO 266 REFORMADO DEL

CODIGO PENAL VIGENTE

(ESTUDIO DOGMATICO)

CAPITULO I.

IDEA GENERAL DEL DELITO

S U M A R I O :

- 1.- Concepto.-
- 2.- Teorías que estudian el delito.-
- 3.- Elementos del delito.-
- 4.- El estudio dogmático del delito.

1.- CONCEPTO.- Uno de los más ilustres exponentes de la Escuela Clásica del Derecho Penal, - - Francisco Carrara, define el delito como 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.¹ La Escuela Positiva, definió con Rafael Garófalo, al delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo en la colectividad.²

Han sido muchas las definiciones formales del delito, en las cuales se le caracteriza por la imposición de la pena que sigue a la ejecución o a la omisión de determinados comportamientos; es decir, el conjunto de los presupuestos de la pena. Esta misma idea es recogida por el Artículo 7 de nuestro Código Penal vigente, al indicar que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.- Es fácil apreciar que estas definiciones formales no penetran en la esencia misma de la infracción punible y, por lo tanto, no resulta eficaces para caracterizarlo; por tal motivo se han elaborado con--

-
- 1.- Programa de Derecho Criminal, V, I, Pág. 60, Ed. Termis, Bogotá, 1956.-
 - 2.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pag. 120, 5a. Ed. Porrúa, 1969.-

ceptos jurídicos substanciales, esenciales, o de fondo. El nombrado autor alemán Edmundo Megger, concibe el delito desde el ángulo material como la acción típicamente antijurídica y culpable.³

El notable penalista español Jiménez de Asúa, estima que el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.⁴

Como se advierte, los conceptos substanciales que se han elaborado no son similares, ya que mientras en algunos se toman en cuenta determinados factores, en otros se contienen diversos aspectos, por lo que es indispensable consagrar un apartado a los elementos positivos y negativos del delito, a fin de concluir, a nuestro juicio, cuáles son los elementos esenciales, tanto positivos como negativos, labor que desarrollaremos en este mismo capítulo; pero es de vital importancia determinar antes, cuál es el sistema adecuado para realizar el estudio jurídico substancial.

2.- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.- Si bien, como hemos analizado, no todos los autores muestran

3.- Cfr. Tratado de Derecho Penal, T. I. Pág. 156,- Madrid, 1955.-

4.- Cfr. La Ley y el Delito, Pág. 256 Ed. A. Bello, Caracas, 1945.-

unidad respecto de los caracteres integradores de la noción jurídico substancial del delito, tampoco los especialistas están de acuerdo en analizar el delito dividiéndolo en partes o elementos; unos consideran que constituye un bloque monolítico, otros se inclinan por su división en factores constitutivos. En consecuencia, es dable dividir en dos las tendencias sobre el particular, donde surgen las corrientes totalizadoras o unitarias y las atomizadoras o analíticas.

Para la corriente totalizadora, el delito es una entidad que no se deja escindir que no se deja, para usar una expresión vulgar, dice Bettiol, rebanar.⁵ En cambio, de acuerdo con la corriente atomizadora, el delito sólo puede estudiarse a fondo si se analizan sus elementos, sin desconocer que en la realidad no se presenta fraccionado, sino en forma íntegra. Francisco Antolisei considera fuera de duda que el delito no debe ser estudiado sólo sintéticamente, es decir, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan; es necesario proceder al análisis del mismo, es decir, a la individualización del examen de los elementos que lo componen.⁶

Celestino Porte Petit afirma: "Reconocemos las más importantes consecuencias que se derivan de

5.- Cfr. Diritto Penale, Pag. 143, 3a. Ed. 1955.

6.- Cfr. Manuale di Diritto Penale, 128, Palermo - 1945.-

la atomización del delito sin perder de vista su -
unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de
que un análisis no es la negación de la unidad, si-
no el medio para realizarla, y es absurdo hablar de
una consideración unitaria que no tenga por base -
una consideración analítica".⁷ A nuestro juicio, -
es acertado el pensamiento del Profesor Porte Petit
y consideramos que el sistema analítico o atomiza--
dor es el adecuado, ya que no es posible conocer a
fondo el todo si no se comprende la naturaleza de -
cada una de sus partes; esto indudablemente no quie-
re decir que concibamos al delito fraccionado real-
mente, pero sí que el estudio de cada una de sus -
partes es el camino para captar en su integridad el
fenómeno delictivo.

2.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELI-
TO.- Procederemos ahora a determinar cuáles son los
elementos integradores del delito. Ranieri sostiene
que en el delito hay elementos esenciales y acciden-
tales, los primeros son aquellos cuya inclusión re-
sulta imprescindible en la estructura del delito y-
de cuya presencia depende la existencia del ilícito;
los accidentales son factores que no influyen para-
la existencia misma del delito, sino únicamente so-
bre su gravedad;⁸ Manzini expresa que hay dos cla-

7.- Apuntes de la Parte General del Derecho Penal,-
Pág. 121, México, 1960.-

8.- Cfr. Diritto Penale, Pág. 161, Milano, 1945.

ses de elementos en el delito; esenciales y eventuales; los primeros son aquellos sin los cuales no se integra el delito; los segundos pueden concurrir a veces para integrarlo.⁹ A nuestro juicio los elementos esenciales del delito son aquellos factores sin los cuales no es posible que se constituya, ya que esencia es necesidad y si consideramos que esos factores son vitales para la integración del delito, en ausencia de alguno la infracción penal no llegará a configurarse.

Unos especialistas sostienen que constituyen al delito determinados elementos, en tanto otros sostienen que son distintos; así, encontramos concepciones bitómica; tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.; para nosotros es correcta la posición de Edmundo Megger denominada tetratómica, pues en ella se advierten los cuatro elementos esenciales en el delito: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La conducta constituye un elemento objetivo, susceptible de apreciación por medio de los sentidos y, por tanto, es la base sobre la cual se presentan las otras características esenciales de la infracción penal. Si no existe conducta, comportamiento humano, no podemos hablar de problema jurídico alguno, en virtud de que únicamente el comporta-

9.- Cfr. Tratado de Derecho Penal, T. I. Pág. 45 -- Buenos Aires, 1948.--

miento del hombre tiene importancia no sólo para el Derecho Penal sino para el Derecho en General, pues cuando éste toma en cuenta acontecimientos de otra índole, es siempre en relación con el actuar o el abstenerse del hombre. Ahora bien, un comportamiento humano no siempre interesa al Derecho Penal, sino únicamente cuando coincide con la descripción legal de un delito, especialmente en los regímenes de Derecho liberal como el nuestro en donde sólo la ley puede establecer delitos y penas; luego la tipicidad deviene como la siguiente característica indispensable para la existencia del delito. Por supuesto, no basta una conducta típica, o sea, coincidente con un tipo legal para la integración del delito, se requiere que esa conducta penalmente tipificada sea contraria a los valores que el Derecho tutela en el tipo concreto. En ocasiones la propia ley faculta al hombre para que realice la conducta descrita en el tipo; puede decirse que una conducta típica es antijurídica si no se encuentra protegida por una causa de justificación; en consecuencia, la antijuricidad es la tercera nota esencial del delito. Ahora bien, no toda conducta típicamente antijurídica es delictuosa, a menos que sea realizada por el sujeto culpablemente, de donde concluimos que el corolario de los factores integrantes del delito es la culpabilidad. Ignacio Villalobos considera que genéricamente la culpabilidad consiste en el despre

cio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.¹⁰

Ahora bien, es necesario hacer mención al elemento imputabilidad, que no es un elemento autónomo, ya que constituye la base o más bien el presupuesto de la culpabilidad; únicamente es culpable el individuo con capacidad de querer y de entender; o sea que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad.- Carranca y Trujillo afirma que es imputable quien posee, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; quien es apto e idóneo jurídicamente para observar un comportamiento que responda a las existencias de la vida en sociedad humana.¹¹

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas exigencias a veces precisadas por el ordenamiento positivo, para que sea dable punir al autor de un delito; por lo tanto, contrariamente a lo

10.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Pag. 272, Méx. -- 1960, 2a. Ed. Porrúa.-

11.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, T. I. Pág. 222, - 1a. Ed. Robredo, 1955.-

afirmado por algunos autores, no se trata de ingredientes esenciales del delito, sino de factores ocasionalmente requeridos; no obstante, algunos jus penalistas les otorgan el rango de caracteres esenciales del delito.

La punibilidad tampoco puede constituir un elemento esencial; consiste en el merecimiento de penas por la realización de un delito, por lo que podemos afirmar que no es elemento esencial, habida cuenta de que un hecho es punible precisamente cuando se le califica como delictuoso. Al respecto, Ignacio Villalobos afirma que la pena es la reacción de la sociedad o el medio para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo, y, dado los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por ésto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia tributiva, suena lógico decir que el delito es punible; pero ello no significa que la punibilidad constituya una parte del delito, como no es parte de una enfermedad el uso de determinada medicina, el delito no dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad; un acto es punible por ser delito, mas no adquiere el rango de delictuoso por ser punible.¹²

Toca ahora hacer mención al aspecto negativo-

12.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Pág. 203 y 55 -
2a. Ed. Porrúa, 1960.-

del delito. Es preciso señalar que la ausencia de un elemento esencial del delito hará que éste no se integre, en función de que los factores esenciales del ilícito han de presentarse de modo necesario para que el mismo pueda aparecer.

Como hemos afirmado, el primer elemento lo constituye la conducta; por lo tanto, la ausencia de ésta impedirá que el delito se integre. Se señalan como causas de ausencia de conducta la Vis absoluta o fuerza física irresistible, la Vis maior o fuerza mayor y los movimientos reflejos. Algunos autores también consideran el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, mientras otros encuadran estos fenómenos en las causas de inimputabilidad.

Ahora bien, cuando la conducta no coincide con el tipo legal, estamos en presencia de la atipicidad. Sería suficiente indicar que en función de la exigencia del Artículo 14 Constitucional, sólo es posible considerar delictuosa una conducta cuando se amolda exactamente a la hipótesis legislativa, sin embargo los especialistas distinguen diversas causas de atipicidad; cada una de ellas se presenta en ocasiones diferentes; en presencia de las causas de atipicidad no se colma el tipo. Entre las atipicidades que señala la doctrina tenemos: la falta de calidades en los sujetos activo y pasivo, o en ambos, cuando la norma las requiere; la falta del ob-

jeto jurídico o de objeto material; la ausencia de medios comisivos cuando específicamente son señalados en la ley; si no se surten los elementos subjetivos del injusto recogidos en el tipo o bien si -- falta la especial antijuricidad. Asimismo, existen descripciones del legislador, en donde se precisa que la conducta ha de ser realizada en determinado tiempo o específico lugar; en éstos casos, la falta de referencias temporales o espaciales impedirá que pueda considerarse típico el comportamiento.

Las causas de justificación son aquellos factores excepcionalmente señalados en forma expresa por la ley, que facultan al sujeto a realizar el comportamiento descrito en el tipo que en condiciones ordinarias constituiría un delito si se efectuara culpablemente. El hecho de que el legislador en ocasiones permita a los individuos ejecutar conductas típicas, se debe generalmente a que se presenta un conflicto entre dos intereses jurídicamente tutelados y el Estado opta por el preponderante, ante la imposibilidad de la subsistencia de ambos.

No es suficiente la realización de una conducta típica y antijurídica para la configuración del delito, como hemos afirmado; es necesario que se realice culpablemente, pero antes es necesario que el sujeto, para ser culpable, esté en condiciones de actuar en esa forma, que sea imputable; por lo -

mismo, las causas de inimputabilidad impedirán la aparición del delito, por afectar el presupuesto de la culpabilidad; si un sujeto no tiene capacidad de entender y de querer, no puede ser culpable y si no es culpable no podrá integrarse el delito.

Si tenemos una conducta típica, antijurídica, realizada por un sujeto imputable, puede no integrarse el delito si está ausente la culpabilidad; las causas de inculpabilidad, de acuerdo con la doctrina psicológica, son el error esencial del hecho y la coacción sobre la voluntad, mientras según el normativismo son el error esencial de hecho y la no exigibilidad de otra conducta. Lógicamente en función de error esencial, el sujeto no está en condiciones de conocer el alcance, las consecuencias y los efectos de su conducta. En razón de la no exigibilidad, el Estado no está en posibilidad de exigir que el individuo realice otra conducta diversa a la efectuada, ya que no resultaría humano requerirla.

La ausencia de condicionalidad objetiva se presenta cuando no se llenan, exigiéndolas la descripción legal de ciertas exigencias para que el hecho sea punible. Hay que hacer notar que el delito efectivamente llega a integrarse, lo que no se lleva a cabo es la exigencia relativa para la imposición de la pena.

Las excusas absolutorias representan el aspecto

to negativo de la punibilidad; son aquellas circunstancias ajenas al delito, que el legislador toma en cuenta para que el mismo no sea merecedor de pena.- A nuestro juicio, las excusas absolutorias nos llevan a reafirmar nuestro pensamiento respecto de que la punibilidad no es elemento esencial del delito, - pues en función de éstas únicamente se elimina la pena, pero el delito se llega a integrar plenamente.

A grandes rasgos hemos esbozado el análisis de los elementos, positivos y negativos del delito.

4.- EL ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO.- Una de las cuestiones más importantes en la ciencia del Derecho es, sin lugar a duda, el de la metodología; - el Derecho necesita, al igual que todas las ramas del saber humano, de un método con el cual se logre unificar sus campos de desarrollo; o sea, un medio idóneo para llegar a conocer la verdad en temas jurídicos.

La dogmática jurídico penal preocupa a los autores de la materia y claro está que el medio del que se habrán de valer para ese objetivo debe ser eminentemente científico, pues de esta manera se logrará esclarecer la verdad sobre una base jurídica; la ley positiva, que para el penalista adquiere el rango de dogma, de verdad indiscutible, de proposición firme y cierta, sobre todo de manera relevante entre nosotros, tomando en cuenta el contenido del-

Artículo 14 Constitucional que señala que solo la ley puede establecer delitos y penas. En torno a la dogmática jurídico penal, donde intervienen las reglas de la lógica, se han externado diferentes pensamientos; cada uno de ellos presenta un panorama de abundamiento a objeto de orientar la metodología de dicha ciencia.

A nuestro juicio, efectivamente la ley es como un dogma y así el análisis científico de la norma debe ser la dogmática jurídico penal y sobre ese principio, debemos desarrollar nuestro trabajo; fundamentamos esta afirmación al estimar que el método de la dogmática jurídica, eminentemente es el método jurídico, consistente en los medios debidamente ordenados que nos llevan a conocer en toda su plenitud la norma jurídico penal. Ahora bien, según hemos expresado, el método dogmático se vale de procedimientos lógicos y consta de varios momentos escalonados entre sí; por ello naturalmente desarrollaremos una secuencia lógica para abordar el estudio del delito de violación y el previsto en el Artículo 266 reformado de nuestro Código Penal vigente, - motivo central de éste trabajo.

CAPITULO II.

EL DELITO DE VIOLACION.

S U M A R I O :

- 1.- Los delitos sexuales.-
- 2.- Concepto del delito de violación.-
- 3.- Aspectos positivos y negativos del delito de violación.

1.- LOS DELITOS SEXUALES.- Con el objeto de ubicar el tipo del delito previsto por el Artículo 266 reformado del Código Penal vigente, es necesario hacer alusión, en general, a los delitos sexuales y, en particular al delito de violación. En efecto, para poder entender correctamente cuál es la esencia de éste ilícito es necesario determinar el contenido de los tipos de delitos sexuales o sea, precisar su concepto general que se obtendrá de la observación de sus características constantes y esenciales.

Es una opinión generalizada la de considerar como sexual a un delito, si en el mismo se reúnen dos aspectos regulares: primero, que la acción realizada por el delincuente en el cuerpo del ofendido, sea directa o inmediatamente de naturaleza sexual y, segundo, que los bienes que se tutelan, sean relativos, correspondientes a la vida sexual del sujeto pasivo. Al respecto Francisco González de la Vega expresa: "Cuando decimos que para llamar en doctrina como sexual un delito se requiere, en primer lugar, que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, queremos expresar que no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos en la conciencia del actor, o sumergidos en su sub-consciente, sino que-

es menester además que la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hacen ejecutar. Estas acciones erótico sexuales, para emplear la redundante fórmula tan grata al legislador mexicano- pueden consistir: en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el delito de atentados al pudor, o en las distintas formas del ayuntamiento sexual que sean normales, como en el delito de estupro, o indistintamente normales o contra natura, como en el delito de violación:¹ "Se requiere además, sigue diciendo el citado penalista, que la acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, atañedores a la propia vida sexual de la víctima. Los bienes jurídicos así susceptibles de lesión por la conducta delincinencial, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la libertad sexual o a la seguridad sexual del paciente. Así, en la violación, la cópula no consentida impuesta por la fuerza física o moral constituye evidente ataque contra la libre determinación de la conducta erótica del ofendido, completamente contra su libertad sexual, lo mismo acontece en aquella forma del atentado al pudor-

1.- Cfr. La Ley y el Delito Ed. A. Bello, Caracas,- Pág. 29.-

realizado en púberes, puesto que ha de ser sin su consentimiento. En cambio, en el estupro, la cópula realizada en mujeres apenas núbiles por su corta edad, con su consentimiento, pero por procedimientos engañosos o de seducción, lo que realmente tutela al legislador -por interés individual y colectivo- no es la libertad sino la seguridad sexual de las inexpertas jóvenes contra actos carnales facilitadores de su prematura corrupción de costumbres; igual situación se observa en aquella forma del atentado al pudor realizado en impúberes, pues el delito existe aún cuando éstos proporcionen consentimiento al acto".²

En consecuencia, son dos los signos distintivos de los delitos sexuales: que la conducta típica consista en actos corporales de lubricidad, y que produzcan una lesión a la libertad o seguridad sexuales del sujeto pasivo.

Estamos de acuerdo con aquellos autores que afirman que en un sentido doctrinario y tomando en cuenta las notas características esenciales que se presentan en los delitos sexuales, podemos establecer como noción general de los mismos la siguiente: los delitos sexuales son aquellas infracciones en

2.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa México, Pág. 302.-

que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o seguridad sexuales, siendo éstos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal.

Nuestro Código Penal vigente en el Título XV de su Libro Segundo, clasifica genéricamente como sexuales a los siguientes delitos:

- I.- Delito de atentados al pudor.-
(Artículo 260).-
- II.- Delito de estupro.-
(Artículo 262).-
- III.- Delito de violación, propiamente dicha.-
(Artículo 265).-
- IV.- Delito en que se equipara a la violación o violación impropia.-
(Artículo 266).-
- V.- Delitos de raptó (violento o consensual)
(Artículo 267).-
- VI.- Delito de incesto (entre ascendientes y descendientes o entre hermanos).-
(Artículo 272).-
- VII.- Delito de adulterio (en el domicilio - -

conyugal o con escándalo).-
 (Artículo 273).-

2.- CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION.-

Antes de entrar al concepto de éste delito, - es necesario dar una idea general respecto de la - evolución que ha tenido éste ilícito en el transcur - so histórico. El análisis del delito de violación - nos revela que éste ilícito se ha caracterizado por ser sancionado con extremo rigor; en el Derecho Ro - mano no se estableció una categoría diferenciada pa - ra la violación, dice González de la Vega, sancio - nándola como especie de los delitos de coacción y - a veces, de injuria.³ En el Derecho Canónico, se - estimó éste ilícito tan sólo en la desfloración de - una mujer contra o sin su voluntad; asimismo, se - pensaba que en mujer ya desflorada no podía cometer - se; ahora bien, la punición para éste delito en el - Derecho Canónico era aquella que estaba prescrita - para la fornicatio.

En el antiguo Derecho Español, en el Fuero - Juzgo, se ordenaba: Si algún hombre hiciere por - fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre; si - el hombre es libre recibe cien azotes, lo es dado - por ciervo a la mujer que hizo fuerza; y si es cier

3.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa México, Pág. 304.-

vo, será quemado en fuego.

En los Códigos Penales contemporáneos, sin que este delito haya perdido su signo característico de máxima gravedad dentro de los delitos también clasificados como sexuales, se ha olvidado la pena de muerte para los casos de violación en sí mismos-considerados, sin que con ésto no se extremen las sanciones, mediante especiales agravantes o bien por acumulación, cuando con ella coinciden otros eventos delictuosos, como los de asalto, lesiones, homicidio, contagio venéreo, incesto.

Nuestra legislación positiva ha considerado a este delito como sigue:

Tanto el Código de 1871 como el de 1929, reglamentaban al delito diciendo: 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.

Nuestro ordenamiento punitivo vigente, de 1931, en su Artículo 265, expresa: Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona si la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años de prisión.

3.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.-

Procederemos ahora a tratar de realizar el estudio dogmático de esta infracción, analizando los aspectos positivos y negativos del mismo.

En primer lugar, hay que fijar los elementos de la violación, de la descripción que hace nuestro legislador; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto respecto de los elementos constitutivos del delito a estudio: "Las constitutivas de este delito, son: el ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no preste su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, si no se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, no puede ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, de manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente que la definición del delito requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aun cuando después venga el arrepentimiento, pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, éstos resultarían antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño, o, cuando menos, de un arrepentimiento del cual no es culpable, y porque la natura-

leza del acto debilita el libre albedrío, y hace im posible suspender aquél, cuando el paciente manifiesta su falta de voluntad o su arrepentimiento".⁴

Para la doctrina, los elementos constitutivos del delito de violación son los siguientes:

Eugenio Cuello Calón, considera como tales: - un hecho de yacimiento, que sea ilícito y la voluntad de yacer.⁵

Francisco González de la Vega considera que -
SOR:

- a).- Una acción de cópula.-
(normal o anormal).-
- b).- Que esa cópula se efectúe con persona de cualquier sexo.-
- c).- Que se realice sin la voluntad del ofendido.-
- d).- Empleo como medios para obtener la cópula: la violencia física, o la violencia moral.⁶

4.- Cfr. Ensayo Dogmático y sobre el Delito de Violación, Editorial Jurídica Mexicana, Pág. 13.-

5.- Cfr. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, Editorial Jurídica Mexicana, Pág. 12.-

6.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, Pág. 378.-

Ranieri expresa que son: el sujeto activo, la conducta criminosa, el objeto material el evento y el dolo genérico.

Consideramos con el Maestro Celestino Porte - Petit, que el delito de violación contiene los elementos de todo delito, más los propiamente específicos; por ende, realizaremos el estudio por separado de cada uno de estos aspectos tal y como lo hemos - propuesto al iniciar el presente capítulo.

Elemento objetivo.- El acceso carnal violento o sea la cópula violenta constituye el elemento objetivo en el delito a estudio, ya que no podemos hablar solamente de cópula pues ésta tiene que estar relacionada con los medios empleados, para que constituya una violación propiamente dicha o bien una violación impropia.

Ahora bien, hay que determinar que puede presentarse el problema de la normalidad o anormalidad de la cópula; consideramos que el criterio acertado es aquel en el sentido de que la cópula, el ayuntamiento carnal, necesaria para constituir el delito de violación puede ser normal o anormal o sea por vías o vasos idóneos o bien contra natura (tellatio in ore, vasos anormales, etc). Ahora bien, por la naturaleza de la cópula, como núcleo del tipo, - el delito de violación es necesariamente un delito-

de acción, sólo puede cometerse mediante un hacer o sea una actividad positiva; es imposible que esta infracción pueda realizarse con una omisión ya que no existe cópula dejando de hacer.

Por lo que respecta al resultado, la infracción a estudio es un delito de mera conducta, ya que el tipo se integra en cuanto al elemento objetivo, por la realización de la cópula violenta, o sea por una acción o una actividad sin resultado material, sin modificación en el mundo exterior.

Es instantáneo, tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación. También lo clasificamos como un delito de lesión pues al realizarse la cópula violenta, núcleo central del tipo, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

En síntesis, esto es todo lo referente al primer elemento el objetivo en el delito de violación, en su aspecto positivo; pasaremos al aspecto negativo de este elemento o sea la ausencia de conducta.

Estaremos en presencia el aspecto negativo de la conducta, en el delito de violación, si se pudiera efectuar la cópula en contra de las voluntades tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo; ahora bien, esta situación debe plantearse cuando el hombre es sujeto activo o bien la mujer, y pensamos

que no es posible que se presente el aspecto negativo en ninguno de los dos casos.

Tipicidad.- La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta al tipo; en la violación habrá tipicidad cuando exista una cópula realizada - por medio de la vis absoluta o compulsiva, en persona de cualquier sexo. En jurisprudencia definida - nuestro Máximo Tribunal ha establecido: "El delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Así, tratándose del delito de violación sexual tipificado en el Artículo 265 del Código Penal, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio de la violencia física o moral, la cópula a una persona de - cualquier sexo, por vía idónea a contranatura, sin el consentimiento de la víctima".⁷

Podemos clasificar el delito a estudio en orden al tipo, diciendo: Es un tipo fundamental o básico, ya que no contiene alguna circunstancia que - implique agravación o atenuación de la pena, esto por cuanto hace a la primera parte del Artículo 265, ya que por lo que respecta a la parte final, se trata de un delito complementado cualificado, o sea, -

7.- Cfr. Ensayo Dogmático del Delito de Violación, - Edit. Jurídica Mexicana, Pág. 33.

se establece una agravante en la penalidad si la persona ofendida fuere impúber.

Es autónomo ya que tiene vida independiente, existencia por sí mismo.

Tiene medios comisivos legalmente limitados, lo que lo hace un delito de formulación casuística.

Alternativamente formado en cuanto a los medios, ya que nuestro ordenamiento nos habla de la violencia física o moral.

Es un tipo normal pues no contiene elementos de valoración normativos o subjetivos.

Elementos del tipo.- Vamos a realizar el análisis de los elementos integradores de la descripción legislativa que ponen de manifiesto la importancia de este ilícito:

Bien jurídico tutelado.- Algunos autores afirman que el bien jurídico protegido, está constituido por la libertad sexual; otros, por la libertad individual, la honestidad, la inviolabilidad carnal, etc. Consideramos que el bien jurídico tutelado por la norma está constituido por la libertad sexual, aunque Celestino Porte Petit, afirma que también debe considerarse que no es la libertad sexual el bien jurídico protegido, en el caso de violación so

bre persona impúber, pues resulta lógico pensar que, en tal persona, no es éste bien el que se protege, - debido a que, por su propia edad y la falta de experiencia, aún no tiene libertad sexual.⁸ Consideramos que está en lo justo el citado penalista, por lo que concluimos que el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito, está constituido no sólo por la libertad sexual, sino, en algunos casos, - por la inexperiencia sexual.

Sujeto activo. - Tomando en cuenta que nuestro Ordenamiento Penal establece en su Artículo 265 "al que", consideramos que puede ser sujeto activo de esta infracción, tanto el hombre como la mujer. Ahora bien, este ha sido un problema sumamente debatido ya que algunos autores admiten la posibilidad de que sea sujeto activo del delito de violación tanto el hombre como la mujer, pero también existe la posición doctrinaria que sostiene que el hombre es exclusivamente el sujeto activo en este delito. A - - nuestro juicio, la mujer sí puede ser sujeto activo en este delito, mediante la violencia física o moral, ya que puede lograrse la mecánica del acto carnal respecto del hombre, como afirma Porte Petit, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuan-

8.- Cfr. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, Edit. Jurídica Mexicana, Pág. 37.-

do se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada en condiciones de no oponer resistencia, ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada.

Ahora bien, como el texto legal no menciona alguna calidad respecto del sujeto activo, podemos clasificar a este delito de sujeto común o indiferente y respecto al número de sujetos, afirmamos que es un delito mono subjetivo, ya que el tipo no requiere la intervención de dos o más personas para su consumación, aunque admitimos que puede presentarse el concurso eventual de sujetos.

Sujeto Pasivo.- Puede ser tanto el hombre como la mujer, ya que el texto legal sólo señala que la cópula, el ayuntamiento carnal violento, debe realizarse con una persona o sea un ser humano vivo, que puede serlo tanto un hombre como una mujer, razón que nos lleva a clasificar a este delito como de sujeto pasivo impersonal. Ahora bien, éste no requiere alguna calidad o condición para la integración del tipo o sea no se requiere que sea casada o casado, virgen, viuda, soltera, honesta, casta, deshonesto, etc. pero sí tiene relevancia respecto de la individualización de la pena, en atención a los Artículos 51 y 52 de nuestro Código Penal vigente.

Objeto material.- Si la conducta recáe sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser la mujer o el hombre, según el caso concreto.

Atipicidad.- El aspecto negativo del elemento tipicidad puede presentarse cuando falten los medios exigidos por el tipo, o sea, que existe el consentimiento del interesado pues estará ausente la - vis absoluta o compulsiva que establece el legislador como medios comisivos específicos en este delito.

No puede darse alguna atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo o pasivo, por las razones que hemos expuesto con anterioridad; asimismo, - el precepto no hace alusión a referencias temporales o espaciales ni algún elemento normativo o subjetivo de valoración.

Antijuricidad.- La violación es contraria a Derecho, o sea, antijurídica, cuando siendo típica no exista alguna causa de justificación.

Por lo tanto, las causas de justificación - - constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad; ésta es una cuestión muy debatida, existen muchas - situaciones, la problemática es grande respecto de la procedencia o no de las causas de justificación,

que sería prolijo mencionar las diferentes posturas doctrinarias, dados los límites y el objeto de este trabajo; por lo mismo, nos limitaremos a decir que en presencia de alguna causa de justificación la conducta no obstante ser típica, no será antijurídica, por ende, el ilícito no llegará a integrarse.

Imputabilidad e inimputabilidad.- El sujeto activo de este delito debe tener capacidad de querer y entender, o sea, capacidad de culpabilidad, por lo tanto, puede presentarse el aspecto negativo de este elemento, cuando en el sujeto activo se pretende un trastorno mental transitorio.

Culpabilidad.- En el delito a estudio, se presenta la clase de culpabilidad denominada dolo ya que para que éste ilícito exista, debe realizarse cópula violenta, por lo mismo tiene que concurrir el dolo directo, pues no podemos concebir la existencia de la violencia tanto física como moral sin que existan el dolo o sea conocimiento y voluntad para realizar la acción típica.

Inculpabilidad.- En el delito que venimos analizando, puede presentarse el aspecto negativo del elemento esencial del delito, culpabilidad, por error de ilicitud, para quienes consideran que cabe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de -

ilicitud, realizada por uno de los cónyuges por medio de la vis absoluta o compulsiva.⁹

También puede presentarse la figura denominada no exigibilidad de otra conducta, como aspecto eliminatorio del elemento culpabilidad.

En el delito de violación la descripción legislativa no exige la condición objetiva de punibilidad; en consecuencia, no puede presentarse su aspecto negativo.

Punibilidad en el delito de violación.- La punición para este delito la establece nuestro Código Penal vigente como sigue:

a).- De uno a seis años de prisión al que cometa el delito de violación.-

b).- De dos a ocho años, si la persona ofendida fuere impúber.

Nuestro ordenamiento no consigna algún caso en el que no obstante constituirse plenamente el delito se elimine la punición, o sea, alguna excusa absoluta.

Hemos realizado, sintéticamente, el análisis de los aspectos positivos y negativos en el delito de violación.

9.- Cfr. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, Editorial Jurídica Mexicana, Pág. 57.

CAPITULO III.

EL ARTICULO 266 REFORMADO DEL CODIGO PENAL.

S U M A R I O :

- 1.- El problema de la denominación.-
- 2.- La violación impropia en el
Código Penal vigente.-
- 3.- Ensayo Dogmático.-

1.- El problema de la denominación.- En todas las legislaciones, o casi en todas, existe una figura conocida por la doctrina como violación presunta, que consiste en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir física o psíquicamente el acto carnal debido a enfermedades somáticas o mentales, a la corta edad o bien a condiciones específicas de indefensión. Este tipo de acciones no implican en sí mismas la existencia del uso de la violencia, que es la que da su nombre al delito de violación, razón por la cual se ha creado en torno a esta figura una confusión respecto de su correcta denominación; "un acto carnal sin violencia, dice Groizard, parécenos que puede ser justo que sea castigado del mismo modo que un acto con violencia; pero lo que no encontramos en su lugar es que la violación se llame y como violación se castigue".¹ Por su parte, González de la Vega estima que como los bienes jurídicos comprometidos o dañados por esas acciones delictuosas no violentas son a veces distintos a la mera libertad sexual, más bien constituyen modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, previsto de sus propios elementos constitutivos y distinto a la violación propiamente dicha a la que puede equipararse para

1.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, Pág.

los efectos exclusivos de la aplicación de las penas.

Algunos autores estiman y reconocen a esta figura como violación o delito que se equipara a la violación. Es menester señalar, que todas estas críticas están orientadas a la antigua redacción del Artículo 266 que sometemos a estudio, en el cual se utilizaba al iniciar el texto de la descripción la frase se equipara a la violencia, en tanto que la reforma ha establecido lo siguiente: "Se equipara a la violación"; no obstante, a fin de tener un concepto general de esta situación es necesario hacer referencia a las opiniones emitidas con anterioridad a dicha reforma.

Como antecedente histórico de este Artículo 266 de nuestro Código Penal vigente, podemos citar el Código Penal Francés que en su Artículo 331 reputa violación el ayuntamiento carnal con mujer menor de 13 años; el ordenamiento italiano se refiere a la conjunción carnal con persona que no se encuentre en posibilidad de resistir a causa de condiciones de inferioridad psíquico o física, aunque sea independientemente del hecho el culpable; el Código Español, incluye en la violación, además los casos de fuerza o intimidación, el yacimiento con mujer que se hayare privada de razón o de sentido por - -

cualquier causa o con mujer menor de 12 años; o sea, que esta figura está reconocida por todas o casi todas con sus características y peculiaridades propias en cada una de ellas.

2.- DESCRIPCION DE ESTE DELITO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.- Hay que hacer mención a los diferentes ordenamientos punitivos que precedieron a nuestro Código Penal vigente de 1931, a fin de realizar un estudio comparativo respecto de la transformación y la reforma tan importante que sufrió este precepto y que motivó el desarrollo del presente trabajo, dadas sus consecuencias jurídicas de gran trascendencia en el aspecto teórico y práctico.

El Código Penal Mexicano de 1871 en su Artículo 796, se limitaba a equiparar a la violación y a castigar como tal a la cópula con una persona que se haya sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

Nuestro Código Penal vigente de 1931 en su Artículo 266 establecía antes de su reforma:

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

En esta hipótesis prevista por el legislador-

de 1931 se notaba la influencia del Código Penal Argentino, sin embargo, el legislador mexicano no reglamentaba el ilícito como especie de la violación, sino que solamente establecía la equiparación a la violencia o sea a uno de los elementos de esta infracción consagrada en el Artículo 265 del mismo ordenamiento.

Actualmente, después de su reforma, el Artículo 266 establece:

"Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

En tal virtud, como aceptamos a la Ley como un dogma, a nuestro juicio la denominación correcta de este ilícito debe ser: delito que se equipara a la violación y no violación ficta, impropia o presunta, como proponen algunos autores.

3.- ENSAYO DOGMATICO.- El objeto de este inciso es el de realizar el estudio profundo de la figura consagrada en el Artículo 266 reformado del Código Penal vigente, a fin de precisar todos los aspectos de este ilícito tanto los positivos como los ne

negativos, resaltando la importancia de la reforma al texto original, en la que se plantea una importante transformación técnica y práctica a este ilícito, ya que cambia toda la estructura original planteada en 1931.

El elemento objetivo del delito.- De todos es sabido lo variado de la terminología para designar a este elemento; algunos tratadistas le denominan hecho, acto, actividad, o bien acción. Por Petit estima necesario el empleo de dos vocablos, según la hipótesis típica correspondiente; unas veces, indica, el término adecuado es conducta, mientras otra hecho, según la hipótesis que se presente. Si se aceptara conducta, dice el citado maestro, el vocablo sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado material; y si hecho, resultaría excesivo, por comprender, además que la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella.

A nuestro juicio, es adecuado el término conducta ya que dentro de este término podemos incluir tanto al hacer como al no hacer, aunque no desconocemos la pertinencia en algunos casos del concepto hecho, para distinguir a este primer elemento objetivo del delito.

La conducta es el comportamiento humano volun

tario positivo o negativo, encaminado a la realización de un resultado: Castellanos Tena señala; "Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según señala la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: Fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); - simbolismo (se entendía que los animales no delinquían, pero se les castigaba para impresionar); y, - por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso".³

En el delito a estudio, Artículo 266 reformado del Código Penal vigente, no existe la causación de un resultado material, pues el dispositivo se limita a sancionar el comportamiento, independientemente de que con el mismo se altere el mundo exterior; en consecuencia, de acuerdo con la terminología de Porte Petit estamos ante un delito cuyo elemento objetivo es simplemente una conducta, ya que el precepto mencionado indica: se equipara a la vio

3.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Mimeográfica Mex. 1960, P^ag. 155.-

tario positivo o negativo, encaminado a la realización de un resultado: Castellanos Tena señala; "Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según señala la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: Fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); - simbolismo (se entendía que los animales no delinquían, pero se les castigaba para impresionar); y, - por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso".³

En el delito a estudio, Artículo 266 reformado del Código Penal vigente, no existe la causación de un resultado material, pues el dispositivo se limita a sancionar el comportamiento, independientemente de que con el mismo se altere el mundo exterior; en consecuencia, de acuerdo con la terminología de Porte Petit estamos ante un delito cuyo elemento objetivo es simplemente una conducta, ya que el precepto mencionado indica: se equipara a la vio

3.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Mimeográfica Mex. 1960, P'ag. 155.-

lación, la cópula menor de 12 años..... etc. Claramente se observa que la descripción del legislador sanciona con las mismas penas correspondientes al delito de violación al que tenga cópula con las personas específicamente determinadas en el precepto o sea cuando están impedidas para conducirse libremente en sus relaciones sexuales; por lo tanto, en el caso concreto se trata de un delito cuya base naturalística es la conducta, es decir el comportamiento humano voluntario, encaminado a una finalidad.

Ahora bien, la conducta humana puede presentarse mediante una actividad (acción) a una abstención (omisión). A su vez, esta omisión se divide en simple o en comisión por omisión; existe simple omisión cuando el tipo legal se refiere únicamente a la inactividad del agente, mientras en la comisión por omisión se sanciona la producción de un resultado a causa de la inactividad del sujeto. Es obvio que los delitos de comisión por omisión confrontan siempre un resultado material y por lo mismo el elemento objetivo debe denominarse hecho, mientras que en la omisión simple el elemento objetivo se llamará conducta, En la omisión simple se infringe una ley dispositiva, en tanto que en la comisión por omisión se violan dos normas, una prohibitiva y una dispositiva; las infracciones por los delitos de -

simple omisión o propiamente delitos de omisión, - comportan sólo resultado jurídico, en tanto los delitos de comisión por omisión tienen, además del resultado jurídico, uno de naturaleza eminentemente - material. En el caso que nos ocupa, es decir, el delito que se equipara a la violación a que se contrae el Artículo 266 reformado del Código Penal, la conducta puede presentarse exclusivamente bajo su - forma de acción. En efecto, en todos los casos el ilícito se comete por actividades, habida cuenta de que el núcleo del tipo señala la cópula realizada - con persona menor de 12 años o que por cualquier - causa no se pueda producir voluntariamente en sus - relaciones sexuales, o que por cualquiera otra causa no pudiere resistir por lo que únicamente puede - presentarse este ayuntamiento carnal con los sujetos específicamente determinados por el legislador, en una forma de acción, esto es, que el acto de yacer implica en todos los casos una realización activa puesto que es imposible una realización omisiva - debido a que no se puede llevar a cabo la cópula no haciéndola.

Ahora bien, se trata de un delito formal, debido a que es independiente que el autor logre o no un resultado material, ya que se sanciona el mero - comportamiento, esto es, independientemente de que se produzca un resultado de carácter material, la -

norma únicamente sanciona el comportamiento referente a la cópula con las personas a que se refiere el precepto.

Puede clasificarse el delito previsto por el Artículo 266 reformado del Código Penal, como un delito unisubsistente.

Recuérdese que para algunos autores un mismo delito es posible que revista las dos formas, es decir, que unas veces sea unisubsistente y otras plurisubsistente, según el autor desenvuelva la conducta en un solo movimiento o en varios; siguiendo el criterio del penalista Argentino Sebastián Soler, entendemos que los delitos unisubsistentes son aquellos integrados por un solo acto (independientemente de que ese acto se pueda descomponer en varias etapas), en tanto en los plurisubsistentes son aquellos que siempre constan de varios actos similares, repetidos, cada uno de los cuales no integran una figura delictiva autónoma. El citado autor argentino afirma que de acuerdo con la legislación de su país, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina, se requiere que el comportamiento conste de varios hechos homogéneos, que el sujeto al igualmente realice la conducta como si fuera profesionalista; el delito plurisubsistente para el citado penalista, es el resultado de la unificación de actos natural-

norma únicamente sanciona el comportamiento referente a la cópula con las personas a que se refiere el precepto.

Puede clasificarse el delito previsto por el Artículo 266 reformado del Código Penal, como un delito unisubsistente.

Recuérdese que para algunos autores un mismo delito es posible que revista las dos formas, es decir, que unas veces sea unisubsistente y otras plurisubsistente, según el autor desenvuelva la conducta en un solo movimiento o en varios; siguiendo el criterio del penalista Argentino Sebastián Soler, entendemos que los delitos unisubsistentes son aquellos integrados por un solo acto (independientemente de que ese acto se pueda descomponer en varias etapas), en tanto en los plurisubsistentes son aquellos que siempre constan de varios actos similares, repetidos, cada uno de los cuales no integran una figura delictiva autónoma. El citado autor argentino afirma que de acuerdo con la legislación de su país, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina, se requiere que el comportamiento conste de varios hechos homogéneos, que el sujeto al igualmente realice la conducta como si fuera profesionalista; el delito plurisubsistente para el citado penalista, es el resultado de la unificación de actos natural-

mente separados bajo una sola figura; es una fusión de actos.⁴ Como en la hipótesis que comentamos la violación se consuma con la realización de un sólo-acto, indudablemente, se trata de un delito unisub-sistente.

Toca ahora hacer referencia al aspecto negativo de la conducta, es decir, a las causas que pue--den en el caso concreto, eliminar el delito porque--el comportamiento sólo se advierte en apariencia, --sin existir en la realidad.

La ausencia de conducta en general, se puede--presentar por:

- a).- Vis absoluta o fuerza física exterior - irresistible.
- b.- Vis major o fuerza mayor, y
- c.- Movimientos reflejos.

La primera hipótesis se encuentra señalada en la fracción I del Artículo 15 del Código Penal vi--gente en el Distrito y Territorios Federales; al co--mentar esta figura Fernando Castellanos indica: "en el fondo de esta eximente en vano se ha querido en--contrar una causa de inimputabilidad; cuando el su--

4.- Cfr. Derecho Penal Argentino T. I, Pág. 265, - TEA. 1953.-

jeto se haya compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz, por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido enseñando en nuestra Facultad a partir de 1936 el Profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó certeramente esta causa eliminatoria del elemento objetivo del delito".

"La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir una manifestación de voluntad. Quien es violentado materialmente no amedrantado no cohibido, sino forzado de hecho no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera".

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.-

Por esto nos adherimos, sin reservas, a las opiniones de quienes aceptan a las excluyentes suprale-gales por falta de conducta; si según el Código, Artí-culo 7, el delito es el acto u omisión sancionados- por las leyes penales, en ausencia de conducta (ac- to u omisión) nada habrá de sancionar pero aún ima- ginando suprimida la fórmula del Artículo 7, tampo- co se integrará el delito si hace falta el hacer - (o el abstenerse) humano voluntario".⁵

La fuerza física en el caso previsto por el - Artículo 266 reformado del Código Penal, no puede - admitirse, dado que es imposible que pueda presen- tarse la fuerza de un hombre que obligue a un suje- to a realizar la cópula con las personas a que se - refiere el citado precepto.

La vis mayor y los movimientos reflejos aun- que no se encuentran señalados en la ley, indiscuti- blemente que tampoco son válidos, ya que indepen- dientemente de que no exista voluntariedad para co- meter el hecho, también es imposible la admisión de una hipótesis en la que en atención a estos aspec- tos eliminatorios la conducta pudiera llevarse a ca- bo la hipótesis planteada en el precepto a estudio. Creemos que los movimientos reflejos también son --

5.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa 4a. Ed. México 1967, Pág. 156.-

inoperantes en el caso ya que no podría presentarse en ninguna situación.

Para algunos autores, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, son aspectos negativos de la conducta; para nosotros, en cambio, son causas de inimputabilidad; en el sueño y en el hipnotismo el sujeto se entrega voluntariamente a ellos, en cambio en el sonambulismo se da una aparente estado de con-ciencia el cual, por supuesto, está totalmente alejando de la realidad, lo son más que suficientes para que se presente una inimputabilidad. Será preci-samente cuando llegemos al estudio de este presu-puesto la culpabilidad, cuando manifestemos nuestra opinión sobre tales fenómenos.

Para los tratadistas que estiman que el hipnotismo, el sueño y el sonambulismo son aspectos eli-minatorios de la conducta, será fácil admitir esos-fenómenos como aspectos negativos de la conducta impeditivos del delito equiparado a la violación, - pues nada se opone para considerar que un sujeto en tales condiciones pueda realizar la cópula con per-sona menor de 12 años, o que esté imposibilitada para producirse voluntariamente en su vida sexual o - por cualquier otra causa no pudiere resisitir, cuando en realidad no tuvo ese propósito, sino que su - aparente conducta fue debida algunos de los estados

psicológicos mencionados.

La tipicidad constituye el segundo elemento del delito previsto por el Artículo 266 reformado del Código Penal que estudiamos, y que consiste en el encuadramiento de la conducta al tipo señalado por la Ley.

El tipo del delito a estudio, se encuentra plasmado como hemos afirmado en el Artículo 266 del Código Penal y vigente que establece: se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas la cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Esta es la descripción que hace el legislador de la conducta que es considerada como delictuosa; en relación con el tipo en general, cabe decir que no debe confundirse con la tipicidad; el tipo es la descripción de la norma en sí, en cambio la tipicidad es el encuadramiento de la acción o de la inacción al tipo descrito en la ley.

Los tipos se han clasificado de diferentes maneras en atención a los criterios que han sustentado los autores; seguiremos a Castellanos Tena en lo que respecta a la clasificación tipo.

El delito previsto por el Artículo 266 reformado de nuestro Código Penal, por su composición es un tipo normal, ya que no contiene elementos normativos y subjetivos esto es, que no se necesita interpretar algunos de sus conceptos.

Por su ordenamiento metodológica no es un tipo fundamental o básico, pues no sirve de fundamento a otros tipos, tampoco lo podemos considerar autónomo o independiente, a razón de que el tipo previsto por este artículo no tiene vida autónoma, es decir, existencia por sí mismo, ya que depende del Artículo 265 que describe el tipo relativo a la violación.

Por su formulación es casuístico, dado que prevee varias posibilidades respecto de las personas que pueden ser sujetos pasivos en este ilícito.

En cuanto al resultado, indiscutiblemente estamos frente a un tipo de daño, pues la intención es la de dañar la libertad sexual, la seguridad sexual también puede ser considerada como dañada, así como la inexperiencia.

Por otra parte, el tipo contiene en su descripción algunos elementos que se desprenden de la misma tales como el bien jurídico protegido, el objeto material, los sujetos activo y pasivo, los me-

dios de comisión, referencias temporales o espaciales, así como los elementos subjetivos del injusto. Vamos hacer referencia a ellos, precisando cuáles son los elementos que se presentan en el caso a estudio.

Indudablemente el bien jurídico protegido es la libertad sexual, aunque también podríamos considerar como tal a la seguridad y la inexperiencia sexual, tomando en cuenta las diferentes hipótesis -- que prevee el precepto.

El tipo en cuestión no requiere una calidad específica respecto de los sujetos activo y pasivo, por lo que consideramos que es de los llamados tipos de sujeto común o indiferente.

Ahora bien, el tipo en cuestión establece respecto de los sujetos pasivos una determinada calidad, ya que hace referencia a que la cópula debe realizarse con persona menor de doce años o bien con persona que esté imposibilitada para producirse con voluntariedad en sus relaciones sexuales, o bien impedida para resistir la conducta delictuosa.

Entre ausencia de tipo y atipicidad existe una diferencia; la ausencia de tipo se da cuando el legislador no describe una conducta y por tanto no se considera como delito; en cambio la atipicidad --

dios de comisión, referencias temporales o espaciales, así como los elementos subjetivos del injusto. Vamos hacer referencia a ellos, precisando cuáles son los elementos que se presentan en el caso a estudio.

Indudablemente el bien jurídico protegido es la libertad sexual, aunque también podríamos considerar como tal a la seguridad y la inexperiencia sexual, tomando en cuenta las diferentes hipótesis -- que prevee el precepto.

El tipo en cuestión no requiere una calidad -- específica respecto de los sujetos activo y pasivo, por lo que consideramos que es de los llamados tipos de sujeto común o indiferente.

Ahora bien, el tipo en cuestión establece respecto de los sujetos pasivos una determinada calidad, ya que hace referencia a que la cópula debe -- realizarse con persona menor de doce años o bien -- con persona que esté imposibilitada para producirse con voluntariedad en sus relaciones sexuales, o -- bien impedida para resistir la conducta delictuosa.

Entre ausencia de tipo y atipicidad existe -- una diferencia; la ausencia de tipo se dá cuando el legislador no describe una conducta y por tanto no se considera como delito; en cambio la atipicidad --

se presenta cuando habiendo tipo, la conducta no se acomoda a él. Las causas de atipicidad que señala Castellanos son: "Ausencia de la calidad exigida - por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b).- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c).- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d).- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e).- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigido; y f).- Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial. En ocasiones el legislador, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público, (artículo 220 del Código Penal de 1931). Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en el delito patrimonial. Representará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en éste caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302 dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será -

atípica; por ejemplo: Cuando la ley exige la realización del hecho 'en despoblado'; 'con violencia', - etc. (por ejemplo: el tipo del delito de asalto, a que se refiere el Artículo 286). Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito; verbigracia 'por medio de la violencia física o moral. ...' como en el caso de la violación (Artículo 265) Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas de la voluntad del agente o al fin que se persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "Intencionalmente", 'a sabiendas', - 'con el propósito', etc. su ausencia hará operar una atipicidad como ocurre, verbigracia en los tipos relativos 199 Bis, 277, 323, etc."⁶

En cuanto al aspecto negativo, ya antes hemos indicado que si no se realiza de un modo plenario - la hipótesis descrita en el Artículo 266, estaremos frente a la atipicidad. La atipicidad puede presentarse en el caso del delito a estudio, al faltar el objeto material que se identifica en este caso con el sujeto pasivo del delito cuya tutela o seguridad constituyen el objeto jurídico.

6.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa 4a. Ed. México 1967, Pág. 1166.-

En el caso a estudio opera la atipicidad por ausencia de calidad en el sujeto pasivo ya que ésta calidad se determina en el Artículo 266; puede presentarse este aspecto negativo, si no se verifica la cópula con persona menor de doce años o bien alguna que esté imposibilitada para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o también para resistir la conducta criminal.

Hay que hacer mención especial al tipo consagrado en el Artículo 266 reformado ya que después de realizada esta reforma, cambió totalmente su estructura, en comparación con la antigua relación. En efecto, antes de su reforma el precepto establecía: "Se equipara a la violencia...." lo cual hacía que no se tratara de un tipo con una descripción propia sino que únicamente se limitaba a establecer una situación en la que se presumía que existía uno de los elementos del tipo contenido en el Artículo 265 que consagra a la violación llamada por la doctrina violación propia; es necesario hacer notar que este precepto: "al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo.....", o sea, que la redacción del Artículo 266 antes de su reforma sólo hacía mención a uno de los elementos del tipo, precisamente a uno de los medios comisivos a que se refiere el Artículo 265 y por lo que consideramos que

la actual redacción del 266 a estudio, es acertada, ya que efectivamente se equipara a la violación la conducta que se describe en dicho numeral, sin que se aluda solamente a uno de los requisitos de la descripción legislativa, sino que se describe un ilícito de características propias y específicas.

Antijuricidad y justificantes.- Si es en la ley en donde el Estado establece los requisitos indispensables para que la vida comunitaria sea posible, indudablemente todo comportamiento típico es antijurídico, ya que en los tipos penales el legislador establece las prohibiciones y mandatos para que pueda desarrollarse la vida en sociedad; a veces la misma ley tiene interés en que el sujeto efectúe la conducta consagrada en la descripción legislativa, por no existir otro medio o bien porque de no hacerlo se acarrearían males mayores y es entonces cuando permite realizar la conducta típica; es por ello que resulta indispensable al hablar del delito, señalar la nota de antijuricidad; si el Estado no permitiera, en casos de excepción, efectuar comportamientos típicos, sería suficiente decir que el delito es una conducta típica y culpable, pero en atención a lo que hemos expuesto conviene agregar el elemento antijuricidad, esto es, de oposición concreta del hecho realizado con el valor tutelado en el tipo correspondiente. Entonces, la anti-

juricidad puede distinguirse como la oposición de la conducta a los valores concretos que el tipo relativo protege o ampara; antijuricidad no es otra cosa sino lo contrario a derecho.

Jiménez de Asúa comenta el criterio de Binding y señala: "Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definió como la infracción de la Ley del Estado. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta en lo previsto a la Ley Penal. En efecto, ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el Artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia del ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El decálogo es un libro de normas: no matarás. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decía que la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, - la ley describe".⁷

El penalista español Eugenio Cuello Calón es-

7.- Cfr. La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas, Pág. 338.-

tima respecto de la antijuricidad que ésta presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.⁸

Ignacio Villalobos afirma: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardian del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones, - debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella".⁹

En conclusión, todo comportamiento típico es necesariamente antijurídico, a menos que se encuentre protegido por una causa de justificación; constituyen las justificantes, en consecuencia, la contrapartida de la antijuricidad; tienen la función de impedir la aparición de la ilicitud en el compor

8.- Cfr. Derecho Penal T. I, 8a. Ed. Barcelona, - - 1942 Pág. 248.-

9.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. Porrúa - - 1960, Pág. 196.-

tamiento; bajo su imperio, el Estado autoriza al sujeto a realizar la conducta que en condiciones normales resultaría prohibida.

Las causas de justificación son:

- 1.- Legítima defensa.-
- 2.- Estado de necesidad.-
- 3.- Cumplimiento de un deber.-
- 4.- Ejercicio de un derecho.-
- 5.- Obediencia jerárquica.-
- 6.- Impedimento legítimo.-

Legítima defensa.- Esta causa de justificación consiste en repeler una agresión antijurídica y actual, sin traspasar los límites necesarios para la protección.

Sería inútil transcribir las diversas definiciones que se han elaborado en torno a esta justificante, pues todas ellas coinciden en que obra legítimamente quien repele una agresión actual o inminente, contraria a derecho, sin exceder los límites necesarios e indispensables para la protección.

El Derecho Mexicano considera que se puede obrar no sólo en defensa de la persona, del honor o

de los bienes, sino de la persona, honor y bienes - de terceros, repeliendo una agresión con las características a que se contrae la fracción III del Artículo 15 del Código Penal vigente. Fernando Castellanos afirma que ésta eximente es reconocida inclusive por el Derecho Canónico; aún se discute, afirma dicho autor, respecto del verdadero fundamento - de esta causa de justificación y alude a la Escuela Clásica, para la cual la defensa legítima descansa en la necesidad, ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado para evitar la consumación de la agresión, siendo lícito y justo que él se defienda; o sea, que la defensa privada es substitutiva de la pública. Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, será lícito cuando se haga para rechazar por tratarse de un acto de justicia social.

Estado de necesidad.- El tratadista argentino Soler afirma que esta justificante consiste en una situación de peligro para un bien jurídicamente protegido que sólo es salvable mediante la violación de otro bien jurídico.¹⁰

En nuestro Derecho se reglamenta esta causa -

10.- Cfr. Derecho Penal Argentino T. I, Pág. 418, - TEA 1953.-

de justificación en la fracción IV del Artículo 15, en unión del miedo grave y el fundado temor. Indudablemente que la fórmula es censurable ya que se incluye en una fracción eximentes de diferente naturaleza; por otra parte, respecto del estado de necesidad no hace distingo alguno en cuanto al valor de los bienes en conflicto, limitándose a expresar que es circunstancia excluyente de responsabilidad la necesidad de salvar la propia persona o los bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.- El artículo 15 de nuestro Código Penal vigente en su fracción V establece como excluyente de responsabilidad, obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley. Francisco González de la Vega manifiesta que el deber legal puede ser resultante de un empleo o cargo, autoridad o función públicos del agente, o bien de una obligación general como en el caso de que un particular aprehenda a un delincuente infraganti o impida la consumación de un delito. El ejercicio de un derecho reconocido legalmente, no es en general dice el citado autor, sino el aspecto positivo del problema.

Impedimento legítimo.- Es otra causa de justificación, la hipótesis consignada en la fracción VIII del Artículo 15 del Código Penal que establece: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo". Esta eximente radica en abstenerse de actuar, aún cuando con ello se llene el tipo penal, -teniéndose la obligación de realizar el hecho, más por impedirlo otra disposición normativa de carácter superior, ocurre la abstención. En este caso, -también impera el principio del interés preponderante a virtud de la jerarquía de normas.

Obediencia jerárquica.- El Artículo 15 en su fracción VII expresa: "Obedecer a superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria y se prueba que el acusado la conocía". En cuanto a la naturaleza jurídica de esta excluyente, existe diversidad de criterios en la doctrina, que no es posible abundar en ellos, dadas las limitaciones de este trabajo. En el delito a estudio se presenta un fenómeno relativo a la admisión de las causas de justificación respecto del delito que se equipara a la violación. Consideramos que no es dable pensar que sea un medio para reaccionar contra un ataque injusto la realización de la cópula con las personas a que se refiere el Artículo 266 refor

mado de nuestro Código Penal; igualmente, en el estado de necesidad no pueden operar como causas de justificación, el impedimento legítimo, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica, ya que no podemos considerar que se surta alguna de estas hipótesis que puedan justificar la actitud de los sujetos mediante la permisión del Estado respecto de sus conductas no obstante ser contrarias a derecho.

Imputabilidad en su aspecto negativo.- Hemos afirmado en otra parte, que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Debemos señalar que algunos autores consideran que este elemento es autónomo, pero nosotros estimamos que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; Castellanos señala: "Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la actitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el so-

porte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas".¹¹

Carranca y Trujillo señala que "Será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indetermínadamente, por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana".¹²

Se afirma que la imputabilidad está representada por la edad y por la salud mental, así pues, los menores de edad no pueden ser imputables, ni tampoco los que estén afectados de la mente. Franz Von Liszt define a la imputabilidad como "la capacidad de comportarse socialmente; como la facultad de terminación moral y por cuya razón es punible el hombre con desarrollo mental y mentalmente sano".¹³

En síntesis, la imputabilidad es la capacidad

-
- 11.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa 1967, Pág. 203 y 55.-
 - 12.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, T. I, 4a. Ed. - 1955, Pág. 202.-
 - 13.- Cfr. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Pág. - 384 y 385.-

de ser culpable, o sea, la aptitud para delinquir.- Ahora bien, esta capacidad para delinquir presupone que el sujeto debe tener las facultades de entender y de querer en el campo jurídico penal. Si en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, también el campo jurídico penal todos los sujetos son imputables, excepto los que la ley de modo expreso señala como carentes de la necesaria capacidad de entender y de querer.

En el delito que se equipara a la violación, el elemento del delito al que nos venimos refiriendo, consistirá en la capacidad del sujeto para entender y querer su conducta, actuando como lo prevé el Artículo 266 reformado del Código Penal; todos pueden cometer el delito, con excepción de los inimputables.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad; son inimputables todos aquellos que no tengan capacidad de querer y entender su conducta.

En el delito que se equipara la violación, como ya lo hemos precisado, debe ser ejecutado por personas que tengan capacidad jurídica de culpabilidad; indudablemente pueden presentarse en la figura a estudio cualquiera de las circunstancias relati-

vas a la inimputabilidad o sea: encontrarse en un estado de trastorno mental transitorio o permanente; o bien los que padezcan alienación mental; los menores de dieciocho años, los sordomudos; o bien por miedo grave.

En el caso a estudio, resulta fácil ejemplificar, pues no es difícil pensar en que una persona tenga cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, debido a un trastorno mental de carácter transitorio, no producido dolosa o culposamente; lo mismo puede ocurrir respecto de un loco, de un sordomudo, de un menor de dieciocho años, pero manifestamos nuestras reservas respecto de que pueda operar la inimputabilidad en este caso por miedo grave.

Culpabilidad e inculpabilidad.- La culpabilidad es el elemento fundamental del delito, ya que para que pueda integrarse el mismo se necesita además de la conducta típica y antijurídica precisamente este elemento.

De acuerdo con la doctrina psicológica, expresa el Profesor Fernández Doblado, la culpabilidad se considera como una relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal, su estudio su-

pone el análisis del psiquismo del autor con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica guardada por el sujeto en relación al resultado objetivamente delictuoso.¹⁴

El tratadista español Luis Jiménez de Asúa, - considera a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.¹⁵

Ignacio Villalobos, analiza la culpabilidad - desde un punto de vista más amplio y afirma: "Consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."¹⁶

Cuello Calón, considera culpable a la conducta cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.¹⁷

14.- Cfr. Culpabilidad y Error, Pág. 24, Méx. 1950.-

15.- Cfr. La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas, Pág. 444.-

16.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. Porrúa, - 1960, Pág. 272.-

17.- Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa Méx., 1967, Pág. 228.-

Debe decirse que el elemento del delito a estudio, se presenta de tres formas: dolo, culpa, y preterintencionalidad. Debe hacerse notar que para varios penalistas, la preterintencionalidad no se encuentra señalada en nuestro Código Penal vigente; no obstante, otros consideran que se encuentra implícita dentro del Artículo 90. de dicho ordenamiento.

El dolo consiste en la realización de una conducta cuando se sabe y se quiere el resultado que ha de producirse. Castellanos Tena afirma: "El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a un resultado típico y antijurídico".¹⁸

De acuerdo con la doctrina existen diferentes clases de dolo; se menciona el dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual, dolo indeterminado.

Existe el dolo directo, cuando el resultado coincide con el propósito del agente.

Hay dolo indirecto cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Habrá dolo indeterminado cuando exista en el-

18.- Cfr. Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. Porrúa, - 1960, Pág. 272.-

agente la intención genérica de delinquir sin propo-
nerse un resultado delictivo en especial.

Se llama dolo eventual cuando se desea un re-
sultado delictivo, sabiéndose la posibilidad de que
surjan otros no requeridos directamente.

Otra de las formas que reviste la culpabili-
dad es la denominada culpa; consiste en la realiza-
ción de un resultado típico y antijurídico por fal-
ta de cuidado o de previsión. Existen dos clases -
de culpa: consciente e inconsciente. La primera ra-
dica en un actuar del agente que ha previsto el re-
sultado típico el cual no quiere y abriga el deseo
de que no se presente. Esto es, advierte la posibi-
lidad de un resultado no querido. La culpa incons-
ciente es cuando el agente no prevé lo que debe ser
previsible, por falta de diligencia.

La culpabilidad en el delito previsto por el
Artículo 266 reformado de nuestro Código Penal vi-
gente, puede presentarse mediante dolo, o sea quan-
do el agente tiene la voluntad y el conocimiento -
respecto de tener cópula con las personas a que se
refiere dicho precepto.

La inculpabilidad representa el elemento nega-
tivo de la culpabilidad. Celestino Porte Petit con-
sidera que son causas de inculpabilidad el error y-

la no exigibilidad de otra conducta. Respecto a esta última existen varias opiniones en el campo doctrinario; ya hemos mencionado el criterio de Castellanos Tena respecto de este aspecto negativo de la culpabilidad, en el sentido de que no se ha logrado determinar la naturaleza de la no exigibilidad de otra conducta.

El error puede presentarse tanto de hecho como de derecho, sólo tiene trascendencia para eliminar la culpabilidad el error de hecho si es esencial, invencible, insuperable.

Porte Petit dice: "En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo obrar conforme a derecho, hay desconocimiento de la antijuricidad de la conducta".

No es factible el error de derecho como elemento de culpabilidad, pues existe el principio de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. Si el agente no conocía la disposición legal, por ello se puede considerar que no sea culpable de su conducta, en ninguna hipótesis, en el caso a estudio del delito equiparado a la violación.

La teoría normativa de la culpabilidad fundamenta a la no exigibilidad de otra conducta, o sea, parte de que el sujeto activo tiene el conocimiento

del hecho ilícito y voluntad para ejecutar, pero lo hace obedeciendo a circunstancias que no le es posible eludir y por lo mismo su conducta no es motivadora de reproche. Ignacio Villalobos escribe: - - "Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable y no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una disposición de la ley o cometido un acto que no pueda ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y del orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo objeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las acciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de dictar en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario basar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica e inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra el derecho, que medie cosa alguna que la autorice y aún cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico.-

A nuestro juicio, en algunos casos podrá presentarse el error esencial de hecho en el delito a estudio; tal sería el caso, por ejemplo, de que una persona realizara cópula con alguna de las personas a que se refiere el precepto a estudio considerando que está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o bien de resistir la conducta delictuosa; la hipótesis que presentaría problemas sería la relativa a la cópula con persona menor de doce años, creyendo que dicha persona es mayor de esa edad. No obstante, creemos que sí podría presentarse, como hemos dicho, el error esencial de hecho, respecto de las otras hipótesis que prevé el Artículo 266 reformado en su Código Penal vigente.

Por lo que toca a la no exigibilidad de otra conducta, consideramos que no es fácil que se pueda presentar alguna hipótesis; no es dable pensar en el caso de que algún sujeto realice la cópula con las personas específicamente determinadas por el Artículo 266 a estudio, en virtud de encontrarse en una situación en la cual no se le podría exigir otro comportamiento.

Condicionalidad objetiva y punibilidad.- Para Guillermo Colín Sánchez, hay identidad entre las -- llamadas "cuestiones prejudiciales" y las condicio-

nes objetivas de punibilidad, así como con los requisitos de procedibilidad, indica el maestro que quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto procesal.²⁰

En el caso a estudio, la sola lectura del Artículo 266 reformado del Código Penal permite apreciar que no sujeta la ley, para la aplicación de la pena, a condición objetiva alguna; en consecuencia, en el ilícito equiparado a la violencia no existe dicho factor y, por ende, tampoco estamos ante la necesidad de referirnos al aspecto negativo.

La punibilidad, como hemos afirmado, no es un elemento esencial del delito, sino más bien una consecuencia del mismo; consiste en el merecimiento de una pena a virtud de realizarse la conducta tipificada en la ley.

Algunos especialistas consideran a la punibilidad como elemento esencial del delito, ya sea que se le tome como merecimiento de penas o como el hecho mismo de imponerla; inclusive hay quienes, erróneamente, confunden la pena con la punibilidad; és-

ta es el merecimiento de pena, en tanto en cuanto - las penas son los castigos legalmente impuestos por el Estado al autor de un delito.

En contra de nuestro pensamiento, se señala - que la punibilidad sí es elemento esencial del delito y que desaparece cuando se dá una excusa absolutaria; debemos señalar que el delito no desaparece con la presencia de una excusa absolutaria, la figura se conserva, sólo que por razones de política -- criminal esa conducta no se castiga respecto al beneficiario de la ofensa, pero sí a los coautores, - lo que significa que el delito subsiste.

En el delito a estudio, realizado el comportamiento descrito en el tipo a que se contrae el Artículo 266 reformado del Código Penal vigente, tal - conducta es punible, pues no establece el legisla-- dor excusa absolutaria alguna; o sea que siempre - que sea realizado el comportamiento típico y culpablemente, por supuesto, el sujeto se hará acreedor - a la imposición de las penas correspondientes.

Hemos realizado el estudio dogmático del delito previsto por el Artículo 266 reformado del Código Penal vigente y estamos en posibilidad de emitir una consideración final.

CONSIDERACION FINAL

Externamos una opinión general, en torno a las - -
cuestiones más sobresalientes advertidas en el Artí-
culo 266 reformado del Código Penal vigente, refe--
rente al delito que se equipara a la violación, tra-
tando de destacar algunas ya analizadas que conside-
ramos relevantes en el estudio que hemos realizado.

En primer lugar, estamos de acuerdo con aquellos -
especialistas que consideran a la figura prevista -
por el Artículo 266 reformado, como delito equipara-
do a la violación y no violación impropia, presunta
o ficta, ya que efectivamente se equipara a la vio-
lación, pero no presenta el signo distintivo de di-
cha Infracción: la violencia; por lo que no se pue-
de considerar como una especie de aquella.

Consideramos que en el tipo del delito a estudio, -
el bien jurídico protegido está constituido tanto -
por la libertad como por la inexperiencia sexuales.

A nuestro juicio, es acertada la reforma al Artícu-
lo 266 del Código Penal ya que como hemos apuntado,
cambió su estructura y con mejor técnica jurídica-
ya no se hizo alusión a un elemento del tipo relati-
vo a la violación, sino que quedó constituido como-
un tipo autónomo con características propias y espe-
cíficas.

Merece especial atención el hecho de que en el pre-

cepto a estudio pueda presentarse en algunos casos - el excluyente de responsabilidad consignada en la - fracción VI del Artículo 15 del Código Penal, ya - que puede presentarse la cópula con las personas a - que se refiere el precepto a estudio cuando el agen - te ignore inculpablemente las modalidades de inde-- fensión a que el Artículo se contrae; aunque mani-- festamos nuestras reservas en tratándose de las mu-- jeres menores de doce años.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- BETTIOL GIUSSEPE Derecho Penale, Paler-
mo, 1945.-
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Derecho Penal Mexicano,
T. I. Robredo, 1956.-
- CASTELLANOS TENA FERNANDO Lineamientos Elementa-
les de Derecho Penal,-
Ed. Porrúa 1964.-
- COLIN SANCHEZ GUILLERMO Derecho Mexicano de Pro-
cedimientos Penales, Ed.
Porrúa, 1964.-
- FERNANDEZ DOBLADO LUIS Culpabilidad y Error, -
México 1950.-
- GONZALEZ DE LA VEGA
FRANCISCO Derecho Penal Mexicano,
Ed. Porrúa, México, - -
1968.-
- JIMENEZ DE ASUA LUIS La Ley y el Delito, Ed.
A. Bello, Caracas, 1945.
- MANZINI VINCENZO Tratado de Derecho Pe--
nal, T. I, Buenos Aires,
1948.-

MEZGER EDMUNDO

Tratado de Derecho -
Penal, T. I, Madrid-
1955.-

PORTE PETIT CELESTINO

Importancia de la -
Dogmática Jurídico -
Penal, México 1954.-

PORTE PETIT CELESTINO

Apuntes de la Parte-
General del Derecho-
Penal, México 1960.-

PORTE PETIT CELESTINO

Ensayo Dogmático so-
bre el Delito de Vi
lación, Editorial Ju
rídica Mexicana, 1966.

VILLALOBOS IGNACIO

Derecho Penal Mexica
no, 2a. Ed. Porrúa,-
1960.-

- MEZGER EDMUNDO Tratado de Derecho -
Penal, T. I, Madrid-
1955.-
- PORTE PETIT CELESTINO Importancia de la -
Dogmática Jurídico -
Penal, México 1954.-
- PORTE PETIT CELESTINO Apuntes de la Parte-
General del Derecho-
Penal, México 1960.-
- PORTE PETIT CELESTINO Ensayo Dogmático so-
bre el Delito de Vi
lación, Editorial Ju
rídica Mexicana, 1966.
- VILLALOBOS IGNACIO Derecho Penal Mexican
o, 2a. Ed. Porrúa,-
1960.-

I N D I C EEL ARTICULO 266 REFORMADO DEL CODIGO PENAL
(ESTUDIO DOGMATICO)

CAPITULO I.-

Idea General del Delito.

- 1.- Concepto.
- 2.- Escuelas que estudian el delito.
- 3.- El estudio dogmático-del delito.
- 4.- Elementos del delito.

CAPITULO II.-

El delito de Violación.

- 1.- Los delitos sexuales.
- 2.- Concepto del delito de violación.
- 3.- Aspectos positivos y - negativos.

CAPITULO III.-

El Artículo 266 reformado del Código Penal.

- 1.- El problema de la deno
minación.

- 2.- Descripción del delito en el Código Penal vigente.
- 3.- Ensayo Dogmático.

CONSIDERACION FINAL.-