

228  
29



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**" ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL  
DELITO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO  
266 DEL CODIGO PENAL "**

**TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
JOSEFINA ESLAVA ALTAMIRANO**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



MEXICO, D. F.

1990



## **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 está 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.

I N D I C E.

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO.	
ESTUDIO DEL DELITO EN GENERAL.	4
1.1. Escuelas que estudian al delito.	5
1.1.2 Escuela Clásica.	5
1.1.3 Escuela Positiva.	7
1.2 Teorías para el estudio del delito.	9
1.2.1 Teoría Unitaria.	10
1.2.2 Teoría Atomizadora.	10
CAPITULO SEGUNDO.	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE VIOLACION.	13
1.1 Derecho Romano.	15
2.2 Derecho Canónico.	15
2.3 Derecho Español.	16
CAPITULO TERCERO.	
ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACION EN LA LEGIS- LACION MEXICANA.	18
Generalidades.	19
3.1 Código Penal Federal de 1871.	20
3.2 Código Penal Federal de 1929.	21

	Pág.
3.3 Código Penal Federal de 1931.	22
3.4 Reformas de dicho artículo del 12 de diciembre de 1966.	23
3.5 Reformas de dicho artículo del 29 de diciembre de 1988.	27
CAPITULO CUARTO.	
LA CONDUCTA.	30
GENERALIDADES.	31
4.1 La conducta, la realización de la cópula.	42
4.1.1 Concepto de cópula.	43
4.2 Análisis de las hipótesis a que se refiere el código respecto de este delito.	51
4.3 Clasificación del delito en orden a la conducta y el resultado.	57
4.4 Ausencia de la conducta.	58
CAPITULO QUINTO.	
LA TIPICIDAD.	65
GENERALIDADES.	66
5.1 Elementos del tipo.	79
5.1.1 Bien jurídico tutelado.	79
5.1.2 Objeto material.	84
5.1.3 Sujetos.	85
5.1.4 Medios.	90
5.2 Clasificación del tipo.	94

	Pág.
5.2.1 Especial.	95
5.2.2 Autónomo y subordinado.	95
5.2.3 De formación causuística.	96
5.2.4 Alternativamente formado en cuanto a los medios.	96
5.2.5 Normal.	96
5.2.6 Congruente.	97
5.3 Atipicidad.	97
5.3.1 Consentimiento.	99
5.3.2 Ausencia de los medios requeridos en el tipo.	100

#### CAPITULO SEXTO.

LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.	101
GENERALIDADES.	102
Las causas de justificación.	104

#### CAPITULO SEPTIMO.

LA CULPABILIDAD. Y LA INCULPABILIDAD.	115
---------------------------------------	-----

#### CAPITULO OCTAVO.

CONSIDERACIONES PERSONALES.	132
8.1 Concepto de cópula que debe tenerse o aceptarse.	133
8.2 Crítica a la limitación de los sub-tipos del delito de violación.	134

	Pág.
8.3 Punibilidad de este delito.	135
CONCLUSIONES.	140
BIBLIOGRAFIA.	142

## I N T R O D U C C I O N

A través de la historia de la humanidad y como lo revela la evolución del Derecho Penal, a existido desde tiempos atras por parte de determinados sectores de la población' los abusos y desigualdades a las personas en todos sus aspectos sobresaliendo de ellos el aspecto sexual, el cual se caracterizaba por que las personas eran sometidas a los más bajos instintos sexuales de los individuos a quienes estaban bajo su dominio, es decir por la remarcada diferenciencia de clases sociales que existian a los esclavos se les concideraban' como objetos y no como personas, obligandoseles con ello a servirles a los amos y en caso de desobedecer los hacian entender por medio de la violencia, aprovechandose más de las mujeres y quebrantando con ello su libertad sexual, pero a medida que pasa el tiempo y la misma sociedad se transforma en todos sus aspectos nos damos cuenta que a pesar de la regulación -- que hay en torno a la penalidad que se impone a los violadores esta no a disminuido, sino por el contrario a incrementado en un gran número, haciendose notar que no solamente las mujeres son víctimas de un atentado de esta naturaleza, sino' también los hombres, pero lo que resulta ser más alarmante y' monstruoso es que ahora los menores de edad (sin importar su sexo ni condición social) y las personas que se encuentran --

imposibilitadas para resistir estas conductas delictivas son' objeto de estos hechos ilícitos, de ahí que sea considerado - como el delito más grave que regula nuestro ordenamiento punitivo dentro de los delitos sexuales.

Para comprender mejor el delito de violación que -- prevé nuestro Código Penal vigente en su artículo 266 en lo - relativo a la imposición de la cópula con personas menores de doce años de edad y aquellas que por cualquier circunstancia' no tengan posibilidad para resistir la conducta delictuosa, - hemos dividido en varios capítulos su estudio jurídico, aplicando para el mismo los elementos esenciales del delito.

En el capítulo primero hablaremos primeramente del' concepto de delito que existe en la interpretación de varios' juristas y la posición que adoptan para entenderlo mejor las' Escuelas Clásica y Positiva.

En el segundo haremos referencia a los antecedentes generales del delito de violación y la regulación del mismo - en cuanto a la penalidad en varias épocas de la historia.

El tercero se avoca a los antecedentes del delito - de violación en la legislación mexicana su previsión desde el Código de 1871 hasta la última reforma del 29 de diciembre de 1988.

El cuarto hace mención a la conducta como primer -- elemento esencial del delito y la aplicación de la misma para entender mejor el delito de violación previsto en el artículo 266 del Código Sustantivo, así también se analiza el concepto de cópula (normal y snormal).

En el capítulo quinto estudiaremos a la tipicidad - y la clasificación del delito de violación en orden a los elementos del tipo, así como también la ausencia de la tipicidad.

El capítulo sexto comprende el estudio de la antijuricidad y su aplicación de la misma al delito objeto de nuestro estudio, haciendose mención al aspecto negativo de la misma en las llamadas causas de justificación.

El séptimo se refiere al cuarto elemento esencial ' del delito denominado la culpabilidad y su aspecto negativo - de la misma.

Y el último referido a algunas consideraciones personales respecto del estudio del delito de violación previsto en el artículo 266 del Código Penal vigente.

## C A P I T U L O   P R I M E R O

### "ESTUDIO DEL DELITO EN GENERAL".

#### 1.1        ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

##### 1.1.2.    ESCUELA CLASICA.

##### 1.1.3.    ESCUELA POSITIVA.

#### 1.2.        TEORIAS PARA EL ESTUDIO DEL DELITO.

##### 1.2.1.    TEORIA UNITARIA.

##### 1.2.2.    TEORIA ATOMIZADORA.

### 1.1. ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Respecto al concepto del delito se han dado diversas definiciones del mismo a través de los años como a ido -- evolucionando la sociedad, por lo que es difícil dar un concepto generalizado del mismo.

Dentro de las escuelas que se encargan del estudio' del delito tenemos a las Escuelas Clásica y Positiva.

#### 1.1.2. ESCUELA CLASICA.

Primeramente haremos mención a la Escuela Clásica y como máximo representante de ésta tenemos a Francisco Carrara, dentro de esta corriente son varios los conceptos del delito aportados por los clásicos sin embargo solo haremos mención a la del maestro Carrara, quien concibe al delito como - " 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)

Carrara al dar su concepto del delito lo considera'

---

(1) Citado por Luis Jiménez de Asúa.- La Ley y el Delito. --- Pág. 202.

como un ente jurídico y no como un simple acontecimiento cualquiera, ya que para la realización del mismo era necesario -- que el sujeto infringiera una norma prohibitiva o una preceptiva a través de sus manifestaciones externas, haciéndose --- acreedor con ello a una pena que se le imponía por la conducta delictuosa cometida.

Como notas características de esta escuela tenemos!

a) El punto esencial de la justicia penal es el delito (hecho objetivo). Se debe castigar aquel que cometió - el ilícito con la sanción que la propia ley establece.

b) Se castigará con una pena prevista en la ley - - aquel que realice una conducta prevista como un delito.

c) La pena se aplicara a todo sujeto moralmente responsable (libre albedrío), es decir, al ser libre tiene la capacidad para elegir entre el bien y el mal.

d) La aplicación de la pena le compete únicamente - al Estado, el cual deberá respetar y garantizar los derechos' del hombre a través de un juicio procesal.

e) La pena deberá ser proporcional al delito.

f) Al juez se le faculta para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito en particular.

La Escuela Clásica considera que el fin esencial de la pena aplicada a la personas que transgreden la ley penal - es con el propósito de restablecer el orden externo de la sociedad, castigando así al infractor en forma exclusiva y pro-

porcional en relación directa al delito que cometió, todo esto a través de un proceso que se le siga al sujeto por parte del juzgador.

### 1.1.3. ESCUELA POSITIVA.

La Escuela Positiva adopto como principio fundamental la defensa social, entendida no como una defensa de clases sino una defensa en contra de los ataques de la criminalidad, pues parte del estado peligroso del delincuente.

Sus principales exponentes son Enrique Ferri, César Lombroso y Rafael Garófalo, cada uno de estos pensadores aporta sus puntos de vista respecto del delincuente en base a los estudios que cada uno de ellos realizó, con base en sus conocimientos que tenían respecto a la profesión a que se dedicaban, para así poder entender el concepto del delito, pues --- mientras la Escuela Clásica tenía como objeto de estudio al delito esta escuela se preocupa más por el delincuente.

Sus principios fundamentales se resumen en los siguientes puntos:

- a) El delito es un fenómeno natural y social, producto de la conducta humana.
- b) El fin de la justicia penal es el delincuente, - (hecho subjetivo), autor de la infracción penal cometida.
- c) La sanción penal que se impone a este deberá ser

proporcional y ajustada al estado peligroso del infractor y - no a la gravedad objetiva del delito.

d) Todo infractor, que sea moralmente o no, es responsable, si cae bajo el campo de la ley penal.

e) La pena tiene eficacia limitada, es más importante la prevención que la represión de los delitos.

f) El juzgador goza de facultades para imponer una sanción en forma indeterminada, esto atendiendo al estado peligroso del delincuente.

g) Los regímenes penitenciarios tienen como finalidad readaptar al infractor a la vida social. La pena es defensa y reeducación.

Esta escuela considera al delito como un fenómeno complejo cuyas vertientes se encuentran tanto en la persona humana como en el medio físico y social en que se encuentra la persona. Rafael Garófalo seguidor de esta escuela definió al delito como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de providad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (2)

El pensamiento positivo se caracterizó por haber enfocado al delito desde diversos ángulos por los problemas que presentaba dando como resultado el progreso de otras cien

---

(2) Citado por Fernando Castellanos Tena.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 64.

cias, que atienden al estudio de las causas complejas que dan origen a la delincuencia.

## 1.2. TEORIAS PARA EL ESTUDIO DEL DELITO.

Para poder definir jurídicamente al delito es necesario hablar de la teoría del delito, que comprenderá fundamentalmente generalidades sobre la definición que de éste han dado varios autores, comprendiendo sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse.

A través del tiempo y de la historia se han dado diversas definiciones del mismo sin que ninguno tenga una validez universal. Para poder definir al delito es indispensable expresar que este contendrá lo material y formal que indique de manera precisa cada uno de sus elementos.

Desde el punto de vista jurídico se analizan definiciones de carácter formal y substancial.

Noción jurídico formal.- Respecto de este concepto son varios los autores que manifiestan que la ley positiva es la que nos da el concepto formal del delito, el cual se concretiza por la imposición de una pena, debido a la omisión de determinada conducta. Esto es, sanciona el hecho humano descrito en una norma el cual trae aparejada una pena, es decir que en esta noción se atañe a sus notas exteriores.

Una definición formal del delito no las da el artíf-

culo 7º del Código Penal vigente: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (3)

Noción Jurídico Substancial.- Por lo que hace a este carácter son dos las principales teorías que existen para realizar el estudio jurídico substancial del delito.

#### 1.2.1. TEORIA UNITARIA O TOTALIZADORA.

Esta teoría considera que el delito no puede dividirse para su estudio ya que lo considera como un todo.

#### 1.2.2. TEORIA ATOMIZADORA.

Los seguidores de esta teoría estudian al delito -- por sus elementos constitutivos, separando cada uno de ellos para entenderlo mejor, sin dejar de considerarlo como una unidad.

El maestro Porte Petit respecto de estas teorías -- afirma: "reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad recordando el pensamiento de Petrocelli; de que el análisis -- no es negación de la unidad sino es el medio para realizarla,

---

(3) Código Penal para el Distrito Federal. Pág. 9.

y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga como base una consideración analítica". (4)

En consecuencia en cuanto a los elementos que integran el delito no existe en la doctrina uniformidad de criterios de los juristas, pues mientras unos señalan un número de elementos otros lo integran con más elementos, surgiendo así concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, etc.

Edmundo Mezger.- concibe al delito desde un ángulo material substancial de la siguiente manera: "delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". (5)

El jurista español Jiménez de Asúa, manifiesta 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". (6)

El maestro Carrancá y Trujillo dando su concepción substancial del delito lo caracteriza como "actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad" - (7)

---

(4)Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Pág. 197.

(5) Mezger, Edmundo.- Tratado de Derecho Penal. Pág. 156.

(6) Jiménez de Asúa, Luis.- La Ley y el Delito. Pág. 207.

(7) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexicano. pág. 223.

Para el maestro Castellanos Tena, los elementos -- esenciales del delito son: "conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Advirtiéndose que esta última requiere - de la imputabilidad como presupuesto necesario". (8)

En consecuencia a nuestro juicio los elementos -- esenciales del delito son aquellas características sin las - cuales no se constituiría, ya que son esencia necesaria del mismo y sin los cuales no llegaría a integrarse la infracción penal que tutela el Estado.

Ranieri, sostiene que en el delito hay elementos -- esenciales y accidentales. Los primeros "son aquellos cuya inclusión resultan imprescindibles 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 sobre su gravedad". (9)

Por lo anterior, nos adherimos al criterio del maestro Castellanos Tena, para efectos del análisis jurídico del delito de violación.

---

(8) Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 132.

(9) Ranieri, Silvio.- Elementos Constitutivos del Delito. --- Pág. 279.

**C A P I T U L O   S E G U N D O****ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE  
VIOLACION****2.1.      DERECHO ROMANO.****2.2.      DERECHO CANONICO.****2.3.      DERECHO ESPAÑOL.**

De los delitos sexuales sin duda el más grave es el de la violación, porque representa una ofensa erótica sexual en la vida de las personas que han sufrido en su cuerpo este ilícito, pues al imponerseles la cópula a través de los medios violentos que se utilizan se atenta en contra de su libertad sexual que como bien jurídico tutela nuestra legislación penal.

La evolución histórica del Derecho Penal nos demuestra que esta figura delictiva era confundida con otros delitos afines tales como los abusos deshonestos y el rapto, los cuales solo se diferenciaban en razón de la pena que se les imponían, los cuales se caracterizaban por su dureza y rigor.

En los pueblos antiguos este ilícito tenía un carácter indiferente pues dadas las condiciones sociales que imperaban en aquellos tiempos, como la esclavitud, los hombres no eran libres ni para disponer de su propio cuerpo, por lo que los amos disponían sexualmente de sus esclavas al imponerles la cópula.

En el pueblo Hebreo, encontramos que a la violación la sancionaban con pena de muerte o multa según que la mujer fuere casada o soltera. Como podemos observar este pueblo imponía una pena muy severa, ya que se aplicaba la pena máxima.

En el pueblo Egipcio, se sancionaba a la violación

con la castración del violador. La sanción era muy rigurosa.

El Código de Manú, aplicaba al violentador pena corporal cuando la mujer fuere de su misma clase y no prestare su consentimiento.

En Grecia, tenemos que la violación se castigaba -- con el pago de una multa y se le obligaba al violador a unirse en matrimonio con la ofendida, siempre que esta aceptara tal proposición y en caso contrario, se le condenaba a muerte.

En la ley de los Sajones, se castigaba este delito' con una multa que era disminuida si la víctima concebía.

El Edicto de Teoderico impuso la obligación al culpable de casarse con la víctima, y si este era noble y rico - tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes.

## 2.1. DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano no se estableció una categoría diferenciadora para la violación, pues la sancionaba como una especie de delito de coacción y a veces de injuria, se sancionaba con pena de muerte el estrumpum violentum. En la Lex Julia de Vis Publica, se castigaba con pena de muerte a la violación.

## 2.2. DERECHO CANONICO.

con la castración del violador. La sanción era muy rigurosa.

El Código de Manú, aplicaba al violentador pena corporal cuando la mujer fuere de su misma clase y no prestare su consentimiento.

En Grecia, tenemos que la violación se castigaba -- con el pago de una multa y se le obligaba al violador a unirse en matrimonio con la ofendida, siempre que esta aceptara -- tal proposición y en caso contrario, se le condenaba a muerte.

En la ley de los Sajones, se castigaba este delito' con una multa que era disminuida si la víctima concebía.

El Edicto de Teoderico impuso la obligación al culpable de casarse con la víctima, y si este era noble y rico -- tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes.

## 2.1. DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano no se estableció una categoría diferenciadora para la violación, pues la sancionaba como una especie de delito de coacción y a veces de injuria, se sancionaba con pena de muerte el *estrumpum violentum*. En la *Lex Julia de Vis Publica*, se castigaba con pena de muerte a la violación.

## 2.2. DERECHO CANONICO.

En este derecho canónico, según cita Cuello Calón, - se consideraba a la violación tan solo cuando se presentaba - la desfloración de la mujer y que al imponerse la cópula es ta se hubiere obtenido en contra de su voluntad, en mujer ya' desflorada no podía cometerse este ilícito, en cuanto a las - penas canónicas que eran prescritas para la fornicatio no se' sintió la necesidad de su aplicación, por turnarse los casos' de violación a los tribunales laicos, los cuales la castiga-- ban con la pena de muerte.

### 2.3 DERECHO ESPAÑOL.

En la legislación Española, encontramos que: "en el Fuero Juzgo se castigaba al forzador si era hombre libre con cien azotes y la entrega que de él se hacia como esclavo a la mujer a quien había forzado y si era siervo se le quemaba. Es taba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio' y si esta prohibición se infringia quedaba en calidad de sier vo, con todos sus bienes, de los herederos más proximos".(10)

En el Código de Don Alfonso el Sabio (Partida Sete- na, Ley III, Título XX), se establecía que el hecho de yacer'

---

(10) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Pags. 137- - 138.

el violador con una mujer por la fuerza era castigado en aten  
ción a la calidad de la mujer ofendida, si se trataba de viu-  
da de buena fama, virgen, casada o religiosa, era reprimido -  
con la pena de muerte y todos sus bienes pasaban a ser propieu  
dad de la mujer violada, haciendose extensiva esta sanción a'  
los que lo ayudaban a forzarla.

A nuestro juicio cabe hacerse la observación que --  
los castigos que se imponían a las personas que cometían el -  
delito de violación en tiempos atrás eran ejemplares, ya que'  
se caracterizaban por la severidad de sus sanciones.

## C A P I T U L O   T E R C E R O

## ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACION EN LA LEGISLACION MEXICANA.

3.1 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1871.

3.2 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1929.

3.3 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

3.4 REFORMAS DE DICHO ARTICULO DEL 12 DE DICIEMBRE'  
DE 1966.

3.5 REFORMAS DE DICHO ARTICULO DEL 29 DE DICIEMBRE'  
DE 1988.

Al referirnos a los antecedentes del delito de violación en nuestra Legislación Mexicana, es necesario hacer incapí a la importancia que reviste este ilícito en nuestra sociedad, por lo que podemos decir que en México, debido al --- gran crecimiento demográfico que a tenido y con ello la gran' demanda de todos los bienes y servicios al público, mismos -- que se agravan y no satisfacen las necesidades del pueblo debido a la gran situación económica y social por la que atraviesa el país, destacan entre otros aspectos el fenómeno de - la delincuencia, y en una forma muy especial lo referente al' aspecto sexual mismo que se ve reflejado en los grandes índices de incremento de las personas que han sido víctimas de este ilícito, por lo que sin recurrir a estadísticas oficiales' nos damos cuenta de su gran magnitud, pues aunque los medios' masivos de información tratan estos temas en forma muy discreta la realidad es otra, por lo que este problema se ha agudizado de tal manera que no solamente los violadores atacan a - altas horas de la noche sino que estas personas actuando al - margen de la ley interceptan y someten a su bajos instintos - a las personas, y no conforme con ello han llegado a allanar' los domicilios en donde roban, lesionan, violan e inclusive - privan de la vida a sus moradores.

Ahora bien siendo la violación parte fundamental en el presente estudio es importante decir que en el Derecho Pre

colonial se carecía de la técnica necesaria para sistematizar los delitos sexuales. En un trabajo de Lucio Mendieta y Nuñez hallamos algunas referencias respectó al castigo que se aplicaba a los actos sexuales. Se sancionaba con pena de muerte - al estupro e incesto y a la pederastía, a la alcahuatería se le castigaba quemandole los cabellos al alcahuete.

El delito de violación con los elementos con que -- hoy lo conocemos no figuraban como tal en aquel entonces.

Sino que es hasta el Código de 1871, cuando ya se empieza a regular como tal.

### 3.1 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1871.

Nuestro primer Código Penal, fue expedido en el año de 1871 estando vigente hasta 1929, y fue redactado por el -- eminente jurista Antonio Martínez de Castro, regulando el delito de violación y sus figuras equiparadas en el título sexto, capítulo III, que comprendía de los artículos 795 al 802, clasificandolos bajo el rubro "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres".

En su artículo 795 describía a la violación en los siguientes términos: "Comete el delito de violación: el que -- por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

En su artículo siguiente se describe el delito de --

violación equiparada, objeto de nuestro estudio en los siguientes términos:

Artículo 796.- "Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad".

### 3.2 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1929.

A este Código se le conoce también con el nombre de Almaraz, debido a que fue redactado por una comisión que fue presidida por el Lic. José Almaraz, éste Código estuvo vigente en el Distrito Federal y Territorios Federales del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931; lo que caracterizó a éste código respecto del anterior es que en forma más acertada se cambio de rubro al referirse a estos ilícitos bajo el título de "Delitos contra la libertad sexual", pues anteriormente existía una confusión con relación al bien jurídico tutelado por la ley.

Pero por cuanto hace a la descripción del tipo penal de la violación equiparada no sufrió reforma alguna siendo sus elementos constitutivos los siguientes:

- a) Una acción de cópula (normal o anormal).
- b) Que esa cópula se efectúe en persona de cualquier sexo.
- c) Y que esa persona se halle sin sentido o que no'

tenga el uso de la razón, aunque sea mayor de --  
edad.

### 3.3 CODIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

En este Código bajo el rubro de delitos sexuales se describe y sanciona a la violación equiparada de la siguiente forma:

Artículo 259.- "Se equipara a la violencia, la cópu la con persona privada de razón o de sentido, o cuando por en fermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir". (11)

La novedad que encontramos en la redacción de este ' tipo penal es que primeramente nos habla de un nuevo término, pues su descripción empieza empleando la palabra violencia en lugar de decir "se equipara a la violación", así también se - introduce una nueva modalidad por cuanto habla de persona que por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir. -- Quedando redactado en los términos a que ya se hizo mención - con antelación.

Pero debido a la alta proliferación de los delitos ' sexuales que en los últimos tiempos se habfan venido regis--- trando en los diversos sectores de nuestra sociedad, provocan

---

(11) Leyes Penales Mexicanas.- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pág. 272.

do con ello una enorme alarma e intranquilidad por lo que se sintió la necesidad de reformar este artículo por parte del Estado a efecto de que se castigue con una penalidad mayor este delito ya que se consideró que no se estaba actuando con la severidad necesaria para ser efectiva la justicia.

Para ello los legisladores el día 25 de octubre de 1966, presentaron su iniciativa de reformas al código penal, exponiendo los motivos por los que se reforma el artículo 266 de dicho ordenamiento.

#### 3.4 REFORMAS DE DICHO ARTICULO DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1966.

De las opiniones que emitieron los legisladores para reformar este artículo, primeramente tenemos que consideramos que es necesario modificar la fórmula "se equipara a la violencia", explicando que el delito de que se trata es de la violación y no de la violencia por lo que es más técnico utilizar la frase "se equipara a la violación".

Otro punto es que se sugiere una nueva redacción para este tipo penal que mejore este artículo, comprendiéndose con ello otras hipótesis por las que puedan cometerse este delito, incluyéndose aquí los casos de personas menores de doce años que sufren el ataque del sujeto activo de este delito, pues independientemente de que éstos pudieran tener cópu-

la expresando su consentimiento, es necesario mantener inviolable el principio de la abstención carnal tratándose de niños.

Así mismo esta iniciativa se propone abarcar todos aquellos casos en que la cópula se realiza con una persona -- imposibilitada por cualquier causa para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o bien para resistir la conducta delictuosa, en estos casos existe el consentimiento viciado o la imposibilidad para otorgarlo a causa de múltiples circunstancias especiales, por lo que debe equipararse a la violación el acto que realiza el sujeto activo y que tiende a lograr el acceso carnal con la persona que sufre anomalías en sus facultades cognoscentes o volitivas, es decir que estos actos se deben reputar como violentos para efectos de la penalidad.

Por otra parte se propone aumentar la penalidad, -- pues al estarlo equiparando a la violación propiamente dicha (artículo 265), la semisuma de la sanción que esta tiene no rebasa los 5 años de prisión a que se refiere la fracción I del artículo 20 Constitucional, por lo que el violador está en condiciones de obtener su libertad provisional, por lo que es criticable que se siga pensando que el Estado nada procura para la efectividad de la justicia, además de que se considera que la ley punitiva en estas circunstancias es benigna con los delincuentes de tipo sexual, ya que estos cometen sus --

atentados con la esperanza de que habrán de permanecer recluidos solo el tiempo necesario para posteriormente obtener su libertad y seguir cometiendo sus conductas reprochadas por la propia sociedad.

Así mismo se propone utilizar una nueva redacción en este artículo al expresar: "Se equipara a la violación y se sancionara con las mismas penas. . .".

Cabe hacerse mención que el artículo 265 relativo a la violación propiamente dicha, con la iniciativa de estas reformas no se modifico en el sentido de agravar la penalidad que habría de aplicarse a los violadores.

Quedando redactado de la siguiente forma:

Artículo 265.- ". . . . se aplicara prisión de 2 a 8 años y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de 4 a 10 años y multa de cuatro mil a ocho mil pesos".

Notese que con esta reforma que entró en vigor el día 20 de enero de 1967, no se logró el agravamiento de la penalidad que como fin se habían propuesto los legisladores al prever que los violadores no obtuvieran su libertad bajo fianza.

De lo anteriormente expuesto el artículo 266 del -- Código Penal para el Distrito Federal, quedo redactado en los siguientes términos:

Artículo 266.- "Se equipara a la violación y se san

cionará con las mismas penas la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no éste en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

Es de hacerse notar que este tipo penal con la innovación de las reformas que fue objeto contempla tres hipótesis a saber:

- a) Cópula con persona menor de doce años.
- b) Con persona que por cualquier causa no éste en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o
- c) De no resistir la conducta delictuosa.

Con estas reformas que se hicieron a este artículo, fue un gran acierto por parte de los legisladores al contemplar otras situaciones por las que podía cometerse este ilícito de violación equiparada.

Sin embargo, nuevamente se sintió una gran malestar por parte de nuestra sociedad, en el sentido de manifestar -- que la penalidad que se aplicaba al violador no era de tal -- magnitud, que le impidiera a éste obtener su libertad, por lo que en el Anteproyecto del Código Penal de 1983, se reforma -- el artículo 265 en lo relativo al incremento de la sanción al establecerse que: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendi

da fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez ---- años". Lográndose con este incremento de la penalidad q'el sujeto activo del delito de violación no obtuviera su libertad' bajo fianza. Aplicandose en consecuencia dicho incremento de' la penalidad en nuestro delito objeto de estudio.

### 3.5 REFORMAS DE DICHO ARTICULO DEL 29 DE DICIEMBRE' DE 1988.

Respecto de las reformas a que hicimos mención lí--neas arriba, hemos de reconocer que fue un gran esfuerzo por' parte del Ejecutivo Federal con el que pretendió una mejor seguridad a la población tendiente a evitar el gran porcentaje' de ilícitos sexuales que se cometían, sin embargo a medida -- que pasa el tiempo y la misma sociedad evoluciona día con día en todos sus aspectos nos demuestra que con el agravamiento de la pena no se ha disminuído el alto índice de estos ilícitos, pues según estadísticas con las que contamos nos revelan que' tan sólo en el Distrito Federal se cometen un promedio de 35' mil violaciones al año y que el 99.9 % de ellas no son casti--gadas por la sociedad, por que las personas que han sido obje--to de un atentado de esta naturaleza no acuden ante las auto--ridades encargadas a fin de que las orienten y les indiquen - el trámite a seguir, para que sean castigadas conforme a la - ley esas conductas delictivas.

Por lo que ante esta situación se propone nuevamente una reforma a este artículo presentando para tal fin los legisladores su iniciativa de reformas a la ley el día 14 de diciembre de 1988, en la que exponen los motivos que tienen para reformar determinados artículos del Código Penal.

Por lo que hace a los delitos sexuales se comprometen a convertir a nuestra sociedad en una sociedad equitativa y respetuosa en la que los actos de los individuos están precedidos por el respeto a la moral y al derecho, con el fin de lograr que se respete a la mujer, el hombre y principalmente a los menores de edad.

Para lograr este fin y atendiendo a la muchas peticiones que se han dado en los diversos foros de consulta en los que se ha proclamado que por la naturaleza de este ilícito se hace necesario se castigue más enérgicamente este delito. Y por lo que respecta al artículo 266 proponen se aumente la pena, tomando en consideración la minoría de edad o la incapacidad de resistencia de la víctima.

Por lo que nuevamente se reforma el artículo 266 -- del Código Penal para el Distrito Federal quedando en los siguientes términos:

Artículo 266.- "Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para re--

sistir la conducta delictuosa. Si se ejerciere violencia, la pena se aumentara en una mitad". (12)

De acuerdo a la actual redacción del tipo penal de la presente figura delictiva, se desprende que como notas distintivas, respecto de la anterior redacción presenta las siguientes:

- a) El agravamiento de la penalidad (prisión de 8 a 14 años).
- b) Que la cópula se cometa sin violencia.
- c) Con persona menor de doce años de edad, o
- d) Que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa, y
- e) Si se ejercitare violencia la pena se aumentará en una mitad.

---

(12) Diario Oficial de la Federación, 3 de Enero de 1989.

## C A P I T U L O   C U A R T O

### " L A   C O N D U C T A " .

#### 4.1    LA CONDUCTA: LA REALIZACION DE LA COPULA.

##### 4.1.1 CONCEPTO DE COPULA.

#### 4.2    ANALISIS DE LAS HIPOTESIS A QUE SE REFIERE EL CODIGO RESPECTO DE ESTE DELITO.

#### 4.3    CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUC TA Y EL RESULTADO.

#### 4.4.   AUSENCIA DE LA CONDUCTA.

En el capítulo primero del presente trabajo hicimos mención a los elementos esenciales del delito, por lo que no redundaremos en ellos, y siguiendo el criterio del maestro -- Castellanos Tena pasaremos a analizar el primer elemento del delito, objeto de nuestro estudio tanto en su aspecto positivo y negativo.

Y, siguiendo el criterio del maestro Carrancá y Trujillo diremos que el término conducta consiste "en un hecho material, exterior, positivo o negativo producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio, o un peligro de cambio en el mundo exterior. Y si es negativo, consistirá en ausencia voluntaria del movimiento -- corporal esperado, lo que también causara un resultado". (13)

En consecuencia la conducta o hecho reviste dos formas de exteriorizarse tanto la acción como la omisión produciéndose de esta manera una consecuencia con resultado y que a la luz del derecho punitivo tiene trascendencia jurídica.

Dentro del término conducta quedan comprendidas la acción (hacer), y la omisión (no hacer). Antolisei expresa -- "la conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y

---

(13) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 275.

una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión - (llamada igualmente acción negativa)". (14)

"Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho si estamos frente a un delito material, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no se puede adoptar uno solo de dichos términos, al referirnos al elemento material, pues si se aceptará conducta, sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta al resultado material consecuencia de aquélla". (15)

De lo anteriormente expuesto se deduce que la conducta como primer elemento esencial objetivo o material del delito, puede ser denominada como acción o hecho, esto aten-

---

(14) Citado por Porte Petit Candaudap, Celestino.- Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal. Pág. 234.

(15) Ob. Cit. Pág. 233.

diendo a la descripción del tipo penal que hace el legislador pues en determinados tipos no solo se hace la mera descripción de una conducta sino también de un resultado material, lo que origina una relación de causalidad entre esta y aquella.

"La relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado". (16)

Por tanto el resultado ya sea jurídico o material viene a ser el efecto último de la conducta, ya que no puede haber delito sin el mismo.

En conclusión a nuestro criterio la conducta es el comportamiento voluntario que externa el hombre ya sea mediante un hacer o un no hacer, encaminado a un fin o propósito.

Así la conducta reviste dos formas de exteriorizarse mediante una acción o bien una omisión.

Respecto de la acción en la doctrina existen diversos conceptos, solo aludiremos a tres.

Castellanos Tena, opina que: "El acto o la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Cuello Calón, dice: -

---

(16) Ob. Cit. Pág. 268.

" la acción, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por eso determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible". (17)

De las definiciones antes mencionada podemos decir que como notas características hablan de un movimiento corporal voluntario que realiza el ser humano tendiente a modificar el mundo exterior, a la que nosotros agregamos que en esas condiciones el hombre viola, así un deber jurídico de no obrar, de abstenerse, que le consagra una norma de carácter prohibitivo, es decir la acción se caracteriza por el factor voluntad o querer que desarrolla materialmente el sujeto a través de un movimiento corporal.

La omisión como especie negativa de la conducta se presenta en opinión de Favón Vasconcelos, cuando: "La conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario". (18)

---

(17) Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 152.

(18) Favón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 230.

"Radica en un abstenerse de obrar, simplemente en' una abstención, en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo -- con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone un deber de ejecutar un hecho determinado. Para Sebastian Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un solo musculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención". (19)

En los delitos de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

De lo anterior se deduce que en los delitos de acción el elemento voluntad lo desarrolla el sujeto en la actividad que realiza al violar la norma jurídica de no obrar -- (la que prohíbe), es decir, cuando realiza el movimiento corporal quebrantando con su conducta la ley. Y en los delitos' de omisión se caracterizan por la inactividad que manifiesta el sujeto, ya sea en forma voluntaria o involuntaria (culpa), según sea el caso, es decir, se transgrede el deber jurídico de obrar que señala la ley, o sea que no se cumple lo que dispone la misma, la cual trae como consecuencia un resultado típico derivado del incumplimiento que consagra dicha disposición legal.

---

(19) Castellanos Tena, Fernando. Ob Cit. Pág. 152.

Los delitos de omisión suelen dividirse en omisión simple u omisión impropia y de comisión por omisión.

Omisión simple, respecto de esta Porte Petit afirma que "consiste en un no hacer, voluntario o involuntario - (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico . . ." (20)

Comisión por omisión, se presenta en aquellos delitos donde hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, por ello se infringen dos normas: una preceptiva y una prohibitiva.

"Existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". (21)

En este delito de comisión por omisión hay una doble violación por parte del sujeto respecto de una norma que le ordena y otra que le prohíbe, porque no hace lo que debe hacer y hace lo que le esta prohibido por la ley.

Ranieri, "afirma que en los delitos doblemente omi

---

(20) Porte PetitCandaudap, Celestino.- Ob. Cit. Pág. 239.

(21) Ibídem. Pág. 243.

sivos el sujeto viola tanto un mandato de acción como uno de comisión, al no realizar un evento que debe ser producido -- omitiendo el mandato de acción". (22)

Así también tenemos que los delitos en orden a la conducta se dividen en unisubsistentes y plurisubsistentes.

Delito Unisubsistente.- al respecto Pavón Vasconcelos los define de la siguiente manera: "El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto".

Por su parte Porte Petit, los define como aquellos que se consuman en un solo acto.

Delitos Plurisubsistente.- Es aquel que se consuma en varios actos, o cuando la consumación requiere para su -- agotamiento de varios actos.

Los delitos al igual que son clasificados en orden a la conducta, también lo son en orden al resultado.

Para la clasificación de estos solo nos referiremos a los delitos instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, permanentes y continuados, formales, materiales, - de lesión y de peligro.

Delitos Instantáneo.- "Es aquel en el cual la consumación y el agotamiento del delito se verifica instantáneamente". (23)

---

(22) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 233.

(23) Ibídem. Pág. 235.

El maestro Castellanos Tena respecto de este delito manifiesta que: la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo-dice Soler, no se lo da a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria.

El delito instantáneo puede realizarse mediante -- una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la clasificación se atiende a la unidad de la acción, si con -- ello se consuma el delito no importa que a su vez esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito de instantáneo. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

Delito Instantáneo con Efectos Permanentes.- Es -- aquel en el cual permanecen las consecuencias nocivas de la conducta. Soler al referirse a esta clase de delito expresa que en éstos lo que permanece no es el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación.

Castellanos Tena, al referirse a este delito manifiesta que: "Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanece las consecuencias nocivas del mismo".

(24)

---

(24) Ob. Cit. Pág. 138.

Como ejemplos tenemos al homicidio, en el cual al realizarse la conducta típica se destruye el bien jurídico tutelado que es la vida, instantáneamente, pero perdura para siempre la consecuencia nociva del mismo. En las lesiones -- también sucede lo mismo, pues al concretizarse la conducta -- se disminuye instantáneamente el bien tutelado que es la integridad corporal, esto atendiendo al tipo de lesión que se cause a la persona, la cual puede ser de las que establecen los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Sustantivo en vigor.

Por su parte Celestino Porte Petit respecto del delito Instantáneo con Efectos Permanentes dice: "Debe entenderse aquel que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos". (25)

Es decir, que este delito se caracteriza por los efectos que produce, independientemente de que su consumación es instantánea.

Delito Permanente. -- Por este se entiende que su consumación es indefinida, que perdura, el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar.

Respecto de este delito Soler argumenta que: "pue-

---

(25) Ob. Cit. Pág. 300.

de hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho en cada uno de sus momentos. Por ello se dice que existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación y, cuando eso no puede hacerse, se tiene, en cambio, 'un delito de efectos permanentes'. (26)

Respecto a la denominación del delito permanente - existen varias teorías que adoptan diferentes criterios para sostener cuando se esta en presencia de un delito de esta naturaleza, Pavón Vasconcelos expresa que la que nosotros --- adoptamos es aquella que estima que no hay un momento sino - un período de consumación que va desde el inicio de la comprensión del bien hasta la cesación de la misma y por tanto ' en todo ese período el delito se esta consumando. "De acuerdo con esta teoría no existe un momento, sino \*un período -- consumativo\* que abarca tres momentos: uno inicial que comprende a la comprensión del bien jurídico protegido por la ley: uno intermedio: entre la comprensión del bien hasta antes de la cesación del estado antijurídico, uno final: cesación de ese estado". (27)

---

(26) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco.- Ob. Cit. Pág. 237.

(27) Ibidem. Pág. 237.

En consecuencia el delito permanente es el que se concibe con una consumación más o menos prolongada en el tiempo creando con ello un estado antijurídico en el delito, es decir hay continuidad en la conciencia y en la ejecución, persistencia del propósito. Tal es el caso de los delitos de plagio, secuestro, abandono de persona, etc.

Delito continuado, "En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuado en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1.- Unidad de resolución; 2.- Pluralidad de acciones (discontinuidad en en la ejecución); y, 3.- Unidad de le si ón, como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que de ci e robar veinte botellas de vino, más para no ser descubierta, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta". (28)

Delito formal, también llamado delito de simple -- conducta o de resultado inmaterial, es aquel que se consuma con la realización de la conducta descrita en el tipo penal, ya sea de acción o de omisión, no es necesario que se produzca un resultado externo. Como ejemplos tenemos los delitos -

---

(28) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pág. 138.

de portación de arma prohibida, ataques a las vías de comunicación, atentados al pudor, etc.

Delito material, llamado también delito de resultado, y es aquel en el que al agotarse la conducta al tipo penal, se exige un resultado externo es decir que al consumarse se produce un cambio en el mundo exterior, como ejemplo tenemos el homicidio, infanticidio, aborto, etc.

Delito de lesión o de daño, respecto de estos Cuello Calón los considera como los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente -- protegidos por la norma violada. Como ejemplo el fraude, el esturpo, las lesiones, etc.

Delito de peligro, en estos al concretizarse la -- conducta no causan un daño efectivo y directo en el bien jurídico protegido por la ley, sino más bien crean en estos -- una situación de peligro, debiéndose entender por esto la -- posibilidad de la producción más o menos próxima de un resultado que lo perjudica.

Castellanos Tena dice que el peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño, como ejemplo tenemos el delito de abandono de personas.

#### 4.1 LA CONDUCTA: LA REALIZACION DE LA COPULA.

Si la conducta es el movimiento corporal voluntario que realiza el hombre mediante un hacer, en nuestro delito en estudio se concretiza con la cópula que impone el sujeto activo del delito a la persona ofendida, que en este caso es la persona menor de doce años de edad y aquella que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

El elemento cópula, es de vital importancia para la debida integración del delito en estudio, toda vez que si faltare dicho elemento estaríamos tal vez ante una violación en grado de tentativa o quizá ante la presencia de un delito distinto como podría ser el de atentados al pudor, por esta razón es necesario hacer alusión a algunas definiciones aportadas por tratadistas nacionales sobre el elemento de cópula.

#### 4.1.1. CONCEPTO DE COPULA

El significado de la palabra cópula dentro de nuestra legislación penal mexicana, ofrece algunas dificultades con respecto al concepto que de la misma se tiene. El problema se origina debido a que el legislador emplea el mismo término \*cópula\* en la descripción típica que da el código penal en los delitos de violación y estupro, cuya descripción jurí

dica es tan diferente que se hace necesario se precise el -- concepto de la misma en cada uno de estos delitos, pues mientras en la violación se admiten los ayuntamientos normales o anormales, en el estupro solo se hace mención al coito nor-- mal, lo que a originado que no haya una conceptualización de dicho término, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, ya que la primera de las mencionadas se inclina por aceptar tanto la cópula normal como la anormal y la segunda se debate entre la normalidad o anormalidad de la misma y la necesidad o no de la introducción.

#### CONCEPTO MEDICO.

Pofesores de Medicina Legal tan distinguidos como' Arturo Baledón Gil y José Torres Torija, desde el punto de - vista puramente fisiológico afirman que por "cópula debe entenderse en forma exclusiva el ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito' normal". (29)

#### CONCEPTO JURIDICO.

En el campo jurídico como veremos no existe uni--

---

(29) Citado por González de la Vega, Francisco. Derecho Pe-- nal Mexicano. Pág. 383.

formidad de criterios sobre lo que debe entenderse por cópula, lo que hace necesario precisar su concepto para poder -- dar solución a los diferentes problemas que derivan de la -- misma.

González de la Vega no esta de acuerdo con la de-- finición antes mencionada, porque dice que partiendo de la - definición tomada del diccionario de la Real Academia Españo la, en su sentido gramatical cópula, "significa el ligamien- to o atadura de una cosa con otra". (30)

A su vez, el verbo copular, del latín copulare en' su carácter reflexivo, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose anotar que esta conjunción erótica ni implica li- mitaciones en cuanto a la vía en que se realiza o el modo -- como se apodere. Aplicando las anteriores nociones a la con- ducta sexual resulta que por cópula deberá entenderse todo - ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna. Fisiológicamente se caracteriza por el -- típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica ne cesariamente una actividad viril -normal o anormal- pues -- sin esta no se puede con propiedad decirse que ha habido -- copulativamente conjunción carnal.

Fisiológicamente tanto hay actividad sexual en los

---

(30) Ibídem. Pág. 383.

actos contranatura como en los normales.

De esta manera se concluye que la acepción erótica la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y a los normales sean estos homosexuales masculinos o sea de varón a mujer pero en vasos no apropiados para la fornicación natural.

Se excluye del amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino, inversión efectuada de mujer a mujer porque en los frotamientos lésbicos no existe propiamente fenómeno copulativo, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril.

Jiménez Huerta, define a la cópula como el acceso o penetración del órgano sexual masculino en la cavidad vaginal, anal u oral, ya que manifiesta que ésta debe ser vista penalísticamente ya que para la configuración de la misma, ésta debe rebasar el simple contacto físico del miembro viril con las partes externas de la cavidad natural del cuerpo ajeno, pues se requiere de una penetración en la cavidad vaginal, anal u oral, ya que dice que: "la cópula existe por el solo hecho de que se produzca el acceso o penetración con independencia de quienes fueran sujetos activos o pasivos".

(31)

---

(31) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Pág. - 263.

Por su parte Porte Petit, considerará que hay cópula normal como anormal, pero no precisa un concepto exacto de la misma, sino que se concretiza a señalar que existen tres' diversas corrientes que hablan de la cópula: "la primera sos tiene que la cópula consiste en el acceso carnal normal, es' decir, la cópula vaginal; la segunda, que afirma que la cópu la es el acceso carnal normal y anormal (con persona de cual quier sexo), excluyendo la "fellatio in ore"; y la tercera - que manifiesta que la cópula es el acceso carnal normal y -- anormal incluyendo la fellatio in ore". (32)

En cierta doctrina extranjera, se ha sostenido que el acto ha de ser necesariamente normal, partidario de este' punto de vista es Pannain, al manifestar que "debe decirse - que la materialidad del delito está constituida por la intro ducción del órgano genital masculino en el órgano genital fe menino". (33)

En opinión contraria a está tenemos la de Eusebio' Gómez quien manifiesta que por conjunción carnal o acceso -- carnal significa en concepto de Manzini, todo acto por el -- cual el órgano genital de una de las personas -sujeto activo o pasivo- es introducido en el cuerpo de la otra, por vía -- normal u anormal, de modo que haga posible el coito o un --

---

(32). Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático so-  
bre el Delito de Violación. Pág. 16.

(33) Citado por Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. Pág. 17.

equivalente del mismo.

Por su parte Crivellari expresa que: "la conjunción se verifica siempre que haya introducción aunque sea -- incompleta del miembro viril en los genitales de la mujer o' del hombre". (34)

Es decir, que en la violación es irrelevante que - el ayuntamiento se haya agotado plenamente por el derrame se minal dentro del vaso utilizado para la cópula o que no se' haya efectuado puesto que en ambos casos, la acción de copular a existido y también se han lesionado los derechos de la víctima a la determinación de su conducta en materia erótica -libertad sexual objeto preferente de la tutela penal. En es tos casos para la exigencia jurídica de la integración del - elemento cópula es suficiente la existencia de la introducción sexual independientemente de sus resultados.

De este parecer es Eusebio Gómez quien manifiesta' que "la verificación de la cópula completa no es necesaria - para que la violación quede consumada si se ha producido el' acceso carnal; el concúbite que caracteriza la violación - existe legalmente, aún cuando el acto no tenga perfección -- fisiológica". (35)

---

(34) Citado por González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales.' Pág. 148.

(35) Citado por Mendoza Durán, José. El Delito de Violación. Pág. 24.

Por su parte Manfredi afirma que: "bastaba que se haya producido la unión del miembro con la abertura vulva o anal. . .". (36), y es diferente que la introducción haya si do completa.

Así también tenemos que hay varios autores que se resisten a aceptar que la "fellatio in ore" pueda configurar el delito de violación, uno de estos es Eusebio Gómez -- quien manifiesta que en estos actos falta precisamente el ac caso carnal. Por su parte Soler si admite esta posición, al externar que en el acceso carnal basta con que haya penetración, esta opinión también es compartida por Fontán Balestra al expresar que "la conjunción carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico, sino jurídico y así entender por conjunción carnal, toda actividad directa al libido natural o no en la que intervengan los órganos genitales del actor, que puedan representar el coito o una forma equivalente al mismo pero superior a la masturbación". (37)

Por su parte Ernesto Ure, sostiene que el acceso carnal debe ser interpretado en su más amplia extensión, ya que no debe comprender únicamente sus dos formas de manifestarse la vaginal y la anal, sino también la fellatio in ore:

---

(36) *Ibíd.* Pág. 24.

(37) Fontán Balestra, Carlos.- *Delitos Sexuales*. Pág. 56.

González Blanco, respecto de la cópula dice que es ta puede ser ejecutada por la vía normal (vaginal) y por la vía anormal (la que se realiza por el ano o la boca) y res-- pecto de ésta última dice que, la que se efectúa por el ano ' se acepta debido a su configuración anatómica, debido a que ' tiene glándulas de proyección erógena y respecto a la fellatio in ore si se configura la violación, ya que nuestro le-- gislador acepta la cópula anormal sin establecer ninguna res-- tricción al respecto.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene: " El artículo 249 del Código Penal de Tamau-- lipas sanciona a quien por medio de la violencia física o mo-- ral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, -- sea cual fuere su sexo. En virtud de esta expresión, cabe en-- tender que la especie criminosa de que se trata puede confi-- gurarse tanto en presencia de relaciones homosexuales, como ' heterosexuales, según el diccionario de la Lengua Española ' publicado por la Real Academia, unirse o juntarse carnalmen-- te". (38)

Como puede observarse de las definiciones antes -- mencionadas por los diversos juristas, son concidentes al -- considerar la cópula como primer elemento del delito de vio--

---

(38) Semanario Judicial de la Federación, CIV, Pág. 479. ---  
Quinta Época.

lación, asimismo, al referirse a éste elemento emplean indistintamente los términos acceso carnal, ayuntamiento carnal, 'conjuncción carnal, pero al final de cuentas en cada una de estas expresiones encontramos implícita la idea de una unión de tipo sexual, es decir el acoplamiento del órgano sexual - masculino en alguna cavidad, ya sea vaginal, anal u oral, -- luego entonces entendida de ésta manera el elemento cópula - se presenta las siguientes hipótesis:

- a) cópula normal, de hombre a mujer por vía vaginal.
- b) cópula contra natura, de hombre a mujer por vía anal u oral.
- c) cópula homosexual masculina.

Por lo tanto, se excluye aquellos tocamientos eróticos sexuales efectuados de mujer a mujer, consistentes en caricias, besos, tocamientos manuales o estimulación genital de manera oral, no pueden considerarse como una acción de cópula, ya que si bien es cierto existe el vaso idóneo o no -- idóneo, llámese vagina, ano o boca, en las dos protagonistas pero falta lo esencial que es el órgano sexual masculino --- (pene) para su unión sexual.

#### 4.2 ANALISIS DE LAS HIPOTESIS A QUE SE REFIERE EL CODIGO RESPECTO DE ESTE DELITO.

Son dos las hipótesis que prevé el artículo 266 -- del Código Penal vigente:

- a) cópula con persona menor de doce años de edad,
- b) que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

El estudio de éstas dos hipótesis se hace con el objeto de comprender que las mismas fueron creadas por el legislador en atención a que el delito de violación se cometía bajo otras circunstancias y que la redacción del artículo -- 265 del Código Penal no contemplaba, es decir que se crean éstas hipótesis con la finalidad de introducir algunas modalidades en cuanto al sujeto pasivo como son: la edad y el estado psicofísico en que se encuentra la persona al momento de ser objeto de un atentado sexual, así también se prevé la necesidad de establecer que si el violador empleo la violencia al momento de cometer el acto se le castigue más severamente.

En la primer hipótesis se contempla el caso del sujeto activo del delito que concretiza la conducta al imponer la cópula (con violencia o sin violencia), en forma normal u anormal en persona menor de doce años. Respecto de esta situación Manzini dice: "los estímulos carnales son todavía -- ignorados o confusos, o, de todos modos, si son excitados no pueden encontrar en la falta de madurez fisiopsíquica de la'

persona contra estímulos suficientes fuertes o educados". --  
(39)

De lo anterior podemos decir que nuestra ley prote  
ge a los menores de edad al considerarlos como sujetos pasivos (sin importar el sexo) de este delito, pues en el caso de que estos llegaran a prestar su consentimiento para el ac  
to lúbrico, este no sería válido para el derecho, pero si se castigaria a su violentador, pues existiría el delito de vi  
olación equiparada, ya que la persona menor de edad en este caso se encuentra en aquella etapa de su vida conocida como ' la impubertad en la que sus estímulos sexuales no responden' al acto sexual que se les impone, por lo que no pueden resis  
tir psíquica y corporalmente dicho acto copulativo.

Fontán Balestra Carlos respecto de esta hipótesis' señala que lo que la ley penal presume es la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto - en los menores de doce años. Esta presunción no admite prueba en contrario, el consentimiento que de hecho puede haber' prestado el menor esta siempre viciado en estos casos.

En la segunda hipótesis se hace mención como indica el maestro Jiménez Huerta "aquellas situaciones de natura  
leza más o menos transitoria en la que el sujeto pasivo se ' haya en un estado de inconsciencia que le priva de la facul-

---

(39) Citado por Eusebio Gómez.- Tratado de Derecho Penal.- -  
Tomo III. Pág. 91.

tad de conocer y comprender y, por tanto, de asistir o resistir". (40)

Respecto de las situaciones que se pueden presentar en esta hipótesis tenemos a las accidentales y aquellas que son producidas por el propio actuar doloso de la gente.

Las accidentales pueden dividirse en fisiológicas o patológicas; en las primeras tenemos al sueño y el sonambulismo, en las segundas los desvanecimientos o síncope oriundos, epilépticos o camatosos. De los primeros mencionados, es difícil que el sujeto activo del delito lo pueda cometer en estas circunstancias, pues resulta imposible copular con la persona sin que esta se de cuenta, así como en el sonambulismo en el que para su debida ejecución resulta ilógico que el sujeto no despierte del sueño.

Por lo que hace a las segundas se presentan cuando el sujeto pasivo se encuentran en un estado transitorio de inconciencia en que el sujeto pierde más o menos momentáneamente su actitud cognoscitiva, ya sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas, por lo que al encontrarse en esta situación el ofendido, el presunto responsable aprovecha ese estado de indefensión psíquica y corporal para imponerle la cópula.

---

(40) Ob. Cit. Pág. 273.

Lo que adquiere mayor interés es lo relativo a la conducta dolosa del sujeto, cuando provoca esta situación -- con el objeto de copular y para ello se vale de determinadas sustancias como lo son los narcóticos, anestésicos y bebidas alcohólicas, que al producir sus efectos sitúan a la persona en un estado de inconsciencia, así como también cuando el sujeto pasivo se encuentra en un estado provocado por hipnósis.

Jiménez Huerta en relación a esto manifiesta "en el estado hipnótico el sujeto está aparentalmente en posesión de todos sus sentidos, pero sus movimientos y su voluntad se hallan bajo el dominio del hipnotizador, quien está en posibilidad de determinar a la persona a el sometida a -- que se preste a la cópula". (41)

González de la Vega manifiesta que dentro de las modalidades que se equiparan a la violación se presentan las enfermedades que impiden la resistencia al ayuntamiento aceptado voluntariamente, en que caben aquellos estados patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y reacciones defensistas, como los casos de parálisis generalizadas más o menos completas, atonías muy extensas estados de extrema debilidad, anemias exhaustivas, estados agónicos lúcidos, estados caquéticos sin pérdida de -

---

(41) *Ibidem.* Pág. 274.

los sentidos, etc.

"En estos casos el enfermo se da cuenta del acto - lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza; -- discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de ' defensa que implica su estado; su victimario ni siquiera necesita emplear coacción física o moral". (42)

El argentino Fontón Balestra sobre esta hipótesis ' opina que en estos casos al sujeto pasivo no tiene afectada ' su capacidad de comprender, pero esta imposibilitado para -- obrar de acuerdo a su voluntad.

Así mismo manifiesta que esta situación se puede - presentar por enfermedad, y por esta entiende cualquier --- transtorno o deficiencia de carácter orgánico que sin privar de razón ni de sentido impide al sujeto pasivo oponer resistencia al acceso carnal, de acuerdo con su voluntad que se - mantiene intacta.

Por otra parte también refiere que la ley hace men ción a la persona que por cualquier otra causa no pudiere re sistir, se contempla el caso de que por otras circunstancias el acceso carnal es logrado con la persona que hallándose sa na esta imposibilitada físicamente para resistir, como ejem-

---

(42) Ob. Cit. Pág. 407.

plo menciona el de la campesina que se encuentra acostada de espaldas sobre un fardo de pasto y con los brazos atados por una correa, por lo que en esas condiciones es violada por un sujeto.

De lo anterior se desprende que esta hipótesis el sujeto pasivo tiene la capacidad de comprender el acto copulativo que se le impone, pero se encuentra en ciertas circunstancias que le impiden resistir la conducta delictuosa, esto debido al estado de inconsciencia transitorio en que se encuentra en esos momentos.

#### 4.3 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA Y EL RESULTADO.

La mayoría de los juristas coinciden en considerar que el delito de violación que describe el tipo penal del artículo 266 del Código Penal vigente en orden a la conducta es considerado como un delito de acción, pues el sujeto activo al concretizar la conducta actúa voluntariamente, realiza un movimiento corporal tendiente a la obtención de la cópula es decir se realiza mediante un hacer. Con respecto a esto recordamos el punto de vista de Porte Petit, quien dice que dada la naturaleza del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse la violación por un hacer. De igual parecer es'

González Blanco quien expresa que en orden a la conducta el delito de violación se clasifica como de acción por no presentarse las formas de omisión y comisión por omisión.

También el delito objeto de nuestro estudio puede ser unisubsistente o plurisubsistente, según se realice por un solo acto o por varios actos.

Por cuanto a la clasificación de este delito en orden al resultado, se clasifica como un delito instantáneo -- a virtud de que una vez integrados los elementos de este tipo se consuma, es decir que una vez que se consumado desaparece o se agota la consumación; es un delito formal y no material, de mera conducta dado que el tipo se integra en -- cuanto al elemento objetivo, la consumación de la cópula violenta, sin necesidad de un resultado exterior, de este criterio Pannain y Vannini, quienes sostienen que la violación carnal es un delito formal, de igual criterio son Porte Petit y Marcela Martínez Roaro.

Es un delito de lesión, por que al consumarse la cópula se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

#### 4.4 AUSENCIA DE LA CONDUCTA.

Si como aspecto positivo de la conducta quedo comprendido que está se manifiesta en una acción u omisión vo--

luntaria, como aspecto negativo de la misma, tenemos a lo -- que en la doctrina se la ha llamado ausencia de conducta, la cual queda integrada cuando la acción u omisión son involuntarios, cuando el movimiento corporal o inactividad que realice el sujeto no se le puede atribuir por falta de voluntad; misma que puede ser a través de fuerza física irresistible (vis absoluta) o una fuerza mayor (vis compulsiva), movimientos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnotismo.

Se puede decir, que si faltare algún elemento esencial del delito este no se integraría, en consecuencia si la conducta es el pilar fundamental para la existencia del delito y está se encuentra ausente evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias, es pues la ausencia de conducta' uno de los aspectos negativos, o mejor dicho impedimento para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable de todo delito. Esta ausencia de conducta hace imposible la existencia del delito.

Una de las causas impeditivas para la integración' del delito es la fuerza física irresistible, la cual indica' ausencia de coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad' o inactividad de tal forma que al manifestarse esta por el - sujeto no integra propiamente una acción u omisión, ya que - en estas hay voluntariedad consistente por parte del agente -

encaminada a un fin determinado. Por lo que en estas circunstancias el sujeto obra impulsado por una fuerza física irresistible para concretizar la conducta que el no ha querido - realizar, se encuentra suprimida su voluntad, por lo que en este caso no se constituye la conducta por faltar el elemento voluntad, en consecuencia tampoco existe delito alguno.

En la doctrina no hay un criterio uniforme por lo que hace a esta, pues algunos autores la consideran como una excluyente de responsabilidad o como una causa de inimputabilidad, hasta desembocar en considerarla como una verdadera - ausencia de conducta, criterio al cual nos adherimos.

Al respecto Pavón Vasconcelos la considera como -- una excluyente de responsabilidad al decir que en la vis absoluta ". . . el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su - inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad, actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior de carácter físico dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla." (43)

Suponiéndose por tanto, ausencia de carácter volun

---

(43) Ob. Cit. Pág. 255.

tario, tanto en la actividad o inactividad, quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad aje na puesta en movimiento a través de una fuerza física, a la cual no puede oponerse.

Por su parte Carrancá y Trujillo, considerará a la Vis Absoluta como una causa de inimputabilidad, al decir que "el que por virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica sino sólo física; no ha querido el resultado producido que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; no agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física". (44)

Jiménez de Asúa, Ignacio Villalobos y Porte Petit, la considerarán como un caso de ausencia de conducta, pues en esta no hay voluntad por parte del sujeto para cometer el delito sino que actúa impulsado por una fuerza física humana exterior.

Por lo que respecta a la vis mayor podemos decir que esta fuerza se caracteriza por que la fuerza física que se emplea es ocasionada por un fenómeno natural o animal.

---

(44) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 495.

Pavón Vasconcelos la considera como "actividad o - inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del' sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible originada en la naturaleza o en seres irracionales". --- (45)

Para Castellanos Tena la Vis Mayor su presencia de muestra la falta de elemento volitivo, indispensable para la configuración de la conducta, pues como se ha dicho esta es' un comportamiento humano voluntario.

De los dos tipos de fuerza que hemos explicado con antelación se caracterizan por que la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza. Por lo que se concluye -- que si no hay voluntariedad al externarse la conducta no ha-- brá delito, pues en estos casos el hombre actuó impulsado -- por una fuerza exterior (humana o natural) lo que produce -- una inexistencia del delito.

Por lo que respecta al delito de violación creemos que no se puede originar la ausencia de conducta por la vis' absoluta o vis compulsiva, ya que este ilícito requiere siempre de una preparación anterior y especial para llegar a consumarse la cópula, es decir el sujeto activo de este ilícito

---

(45) Ob. Cit. Pág. 257.

tiene la voluntad de conocer el acto que va ha realizar.

Algunos autores también consideran como aspecto negativo de la conducta el sueño, el hipnotismo y el sonambu--lismo, respecto de estos podemos decir que aquí el sujeto al realizar la conducta mediante su actividad o inactividad la realiza en ausencia de voluntad.

Carrancá y Trujillo sostiene que el origen de los sueños se atribuyen a la subconciencia, que esta durante la vigilia sometida a poderosas inhibiciones, pero que durante el sueño se libera de ella y afora con su aservo de incompletas voliciones, en esta no puede existir una acción en vir-tud de existir involuntariedad en el sujeto.

En el hipnotismo, refiere Ignacio Villalobos, que la inimputabilidad del acto deriva del estado que guarda el sujeto en relación a la obediencia automática hacia el suges-tionador.

El mismo autor expresa que en el "sonambulismo si existe conducta, más falta la verdadera consciencia; el sujeto se rige por imágenes de subconciencia provocadas por sen-saciones externas o internas y por estímulos somáticos y psí-quicos; esas imágenes sólo producen una especie de conciencia no correspondiente a la realidad". (46)

---

(46) Villalobos, Ignacio.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 408.

Ahora bien, aplicando estos términos a los delitos de violación, es difícil que se puedan presentar estos en -- virtud de la capacidad intelectual que se requiere para este como ya se mencionó con anterioridad.

## C A P I T U L O   Q U I N T O

## "L A   T I P I C I D A D".

## 5.1   E L E M E N T O S   D E L   T I P O .

## 5.1.1   B I E N   J U R I D I C O   T U T E L A D O .

## 5.1.2   O B J E T O   M A T E R I A L .

## 5.1.3   S U J E T O S .

## 5.1.4   M E D I O S .

## 5.2   C L A S I F I C A C I O N   D E L   T I P O .

## 5.2.1   E S P E C I A L .

## 5.2.2   A U T O N O M O   Y   S U B O R D I N A D O .

## 5.2.3   D E   F O R M U L A C I O N   C A U S I S T I C A .

5.2.4   A L T E R N A T I V A M E N T E   F O R M A D O   E N   C U E N T O   A   L O S   M E -  
D I O S .

## 5.2.5   N O R M A L .

## 5.2.6   C O N G R U E N T E .

## 5.3   A T I P I C I D A D .

## 5.3.1   C O N S E N T I M I E N T O .

5.3.2   A U S E N C I A   D E   L O S   M E D I O S   R E Q U E R I D O S   P O R   E L   T I -  
P O .

Al entrar al estudio del segundo elemento esencial del delito denominado la tipicidad, es conveniente distinguir las nociones que de tipo y de tipicidad se utilizan en la doctrina ya que a menudo se les confunde.

A continuación mencionaremos varios conceptos de tipo. Primeramente haremos mención a Mezguer quien al respecto manifiesta que el tipo en el propio sentido jurídico penal - significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada - una sanción penal.

Ignacio Villalobos refiere que el tipo es la descripción del acto o hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal) en su aspecto objetivo y externo.

Jiménez Huerta concibe al tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.

Pavón Vasconcelos dice que el tipo legal es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.

Porte Petit considera que el tipo penal "puede ser meramente material, o material y normativo; conjuntamente material, normativo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en sentido de que en una con

ducta o hecho descrito en la norma o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso elementos normativos o subjetivos o ambos". (47)

En consecuencia, es de observarse que son múltiples las definiciones que existen del tipo, las cuales cada una de ellas difiere del contenido que le asigna cada jurista.

Por lo que a nuestro criterio diremos que el tipo existe en cuanto es creado por el legislador en forma abstracta y general respecto de ciertas conductas o hechos que se consideran delictuosos, a los que en ocasiones les suman un resultado, pero que siempre llevan implícita una pena, mismos que son plasmados en una ley y que tienen como finalidad proteger a la ciudadanía respecto de aquellas conductas delictuosas que dañan los bienes jurídicos tutelados por la ley.

Ahora bien la noción del tipo es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio \*nullum crimen nulla pena sine lege\* en cuya virtud solo pueden ser sancionadas aquellas conductas que han sido previstas previamente por el legislador y conminadas por una pena. Por lo

---

(47) Ob. Cit. Pág. 335.

que la ausencia de tipo legal implica la irrelevancia que -- tendría la conducta en el mundo jurídico.

La fuente normativa de este principio de legalidad se encuentra dentro de nuestro sistema jurídico, consagrado al rango de garantía constitucional, el cual se encuentra previsto en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que establece que "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate". (48)

Debemos tomar en consideración que el tipo penal se nos presenta a veces, como una mera descripción de la conducta humana, en cuya descripción se hace referencia al movimiento corporal (acción), y la inactividad (omisión) o bien a un resultado material. En otras el tipo contiene referencias respecto a los sujetos (activo y pasivo), y a los medios de comisión por los que puede cometerse el delito, modalidades propias de la acción que forma parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o -- tendencias del sujeto, al fin de la acción.

Los elementos del tipo pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o bien subjetiva.

---

(48) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Pág. 13.

El elemento objetivo, es aquel que puede ser apreciados por el simple conocimiento, cuya función es describir la conducta o hecho que puede ser materia de imputación y -- responsabilidad penal.

Los tipos penales por lo general requieren de las modalidades de la conducta, a continuación haremos mención a ellas:

- a) referencias temporales, se hace mención a ellas cuando el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo, en caso de no ocurrir no se da la tipicidad.
- b) referencias espaciales, se refieren al lugar -- donde ha de cometerse el delito.
- c) exigencia en cuanto a los medios, los tipos en numerosos casos señala los medios por los cuales puede cometerse la conducta delictuosa, originándose así los llamados delitos \*con medios legalmente determinados o limitados\*, es decir para que se de la tipicidad de una conducta es necesario recurrir a los medios que exige el tipo.
- d) calidad requerida en el sujeto activo, al igual que en las otras referencias este debe tener -- cierta calidad que le exige el tipo para ser --

considerado como responsable de la conducta que realice, como ejemplo tenemos el artículo 223 - del Código Penal en lo relativo al delito de -- Peculado, pues para ser considerada una persona como responsable de éste, el individuo deberá te ner la calidad de servidor público.

Dentro de este inciso hablaremos del concepto de - sujeto activo que se tiene en la doctrina.

Al hablar de sujeto activo requerido en el tipo, - diremos que es un elemento esencial del mismo, pues no puede concebirse un delito sin aquél: Se entiende por sujeto activo expresa Porte Petit "el que interviene en la realización' del delito como autor, coautor o cómplice". (49)

Ignacio Villalobos respecto del sujeto activo del ' delito dice "si éste es un \*acto humano\* o exteriorización - de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un represen-- tante de la especie humana, cualquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales". (50)

Ahora bien se entiende que el sujeto activo, autor del delito puede realizarlo mediante actividad corporal o --

---

(49) Ob. Cit. Pág. 346.

(50) Ob. Cit. Pág. 269.

o bien mediante su inactividad, por lo que se concluye que - el agente de la conducta ilícita es la persona física, negándose con esto la existencia en el derecho de la capacidad de querer y entender a las personas morales.

Refiriendonos al sujeto activo, el tipo penal en - determinados casos, requiere de una calidad por cuanto hace ' a éste, originándose así los delitos llamados en la doctrina de sujeto común o indiferente en los cuales no se requiere - de ninguna calidad en el sujeto activo, pero en ocasiones su cede lo contrario, es decir que el tipo requiere de determi- nada calidad en el sujeto originándose así los llamados deli- tos propios, especiales o exclusivos.

Esto significa que el tipo en determinados casos - restringe la posibilidad del autor del delito para la confi- guración de este, por lo que la tipicidad sólo se dará cuan- do el sujeto activo tenga la calidad requerida en el tipo.

También el delito puede cometerse por una o más -- personas, originándose así los delitos monosubjetivos en los cuales el tipo se realiza por un sujeto y plurisubjetivo --- cuando el tipo requiere la intervención de dos o más perso- nas.

e) calidad referida al sujeto pasivo, al igual que se hizo mención al sujeto activo, el tipo penal en ciertos delitos requiere que éste tenga deter

minada calidad para ser considerado como tal y' por lo tanto ser objeto de la tutela jurídica.

Debemos de tomar en cuenta que todo delito al ---- igual que existe un sujeto activo, también hay un sujeto pasivo. Porte Petit, lo define: "como el titular del bien jurídico protegido por la ley". (51)

En virtud de que en todo delito debe existir un su jeto pasivo, no es posible que se de un delito sobre sí mismo, así lo sostiene Porte Petit al decir que "no es admisi-- ble un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que' ésta puede considerarse, a un mismo tiempo, desde cierto pun to de vista, como objeto activo, y desde otro, como sujeto - pasivo del delito". (52)

Y cuando la conducta del sujeto recae sobre sí mis mo, no viene a ser considerado como sujeto pasivo sino como' objeto material del hecho ilícito.

Con frecuencia se ha observado que el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el delito de robo, pero en ocasiones sucede que el sujeto pasivo se identifica con el objeto material, como ejemplo de esto tenemos al estupro, violación, atentados al pu--

---

(51) Ob. Cit. Pág. 349.

(52) Ob. Cit. Pág. 441.

dor, etc.

Así también el tipo penal puede requerir de determinada calidad en el sujeto pasivo, en aquellos casos en que se requiere de esa calidad en el sujeto a este se le llama - delito personal y cuando el sujeto puede ser cualquier persona se trata de un delito impersonal, cuando el sujeto pasivo no tiene la calidad requerida en el tipo no se puede dar la tipicidad.

f) referencia al objeto material, por lo que hace a éste forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible este sin aquél, pudiendo ser este jurídico o material, el primero es aquel sobre el cual recae la conducta, y el segundo --- constituye el objeto jurídico del tipo.

Respecto del bien jurídico debemos entender al mismo como "el valor o bien tutelado por la Ley Penal", definición dada por Porte Petit. Criterio que nosotros adoptamos - por ser el que más se apega a la realidad.

Ignacio Villalobos manifiesta que el mismo bien jurídico debe entenderse siempre como "el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito". -

(53)

---

(53)

Ob. Cit. Pág. 278.

Quien directamente es afectado por la conducta delictuosa es el sujeto pasivo, como titular del bien jurídico el sujeto pasivo puede ser una persona física o moral de carácter público o privado.

Finalmente "el objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito". (54)

Al lado del elemento ya mencionado con antelación' puede el tipo requerir además de otro carácter normativo, en los cuales el juzgador además del conocimiento objetivo que' tiene de la conducta se hace necesario emita un juicio de valor, pudiendo ser este de carácter eminentemente jurídico o' cultural, teniendo con ello un conocimiento más general de - los hechos y así estar en condiciones de determinar la ilcitud del elemento objetivo. Como ejemplo de tipos penales que requieren una valorización jurídica y cultural tenemos el delito de estupro y robo, en el primero por lo que respecta a' los términos "casta y honesta", y el segundo en lo relativo' a "cosa ajena".

Junto a estos dos elementos ya mencionados el tipo puede presentar un elemento subjetivo del injusto. La doctrina hace hincapié a los elementos subjetivos del injusto al - considerar que consisten en \*características subjetivas\*, es

---

(54) Porte Petit Candaudap, Celestino.- Apuntamientos de la' parte general del derecho penal. Pág. 351.

decir, situadas en el alma del autor" (55)

De lo anteriormente expuesto concluimos que la tipicidad viene a ser la relación conceptual que se efectúa cuando hay un encuadramiento de la conducta o hecho, así como de --- otros elementos que exige el mismo tipo penal.

Es menester mencionar que del concepto de tipicidad se han dado diversas concepciones de la misma y del papel que desempeña dentro de la teoría del delito.

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

A la tipicidad se le ha dado el rango de garantía individual y la función de principio de legalidad y seguridad jurídica, esto en base a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario para la existencia del delito, es decir su presupuesto, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. Esta situación ha si-

---

(55) *Ibíd.* Pág. 347.

do observada por el maestro Castellanos Tena, quien le otorga el carácter de elemento esencial, pues su ausencia impide la configuración del delito. "El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta - en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de - una conducta concreta con la descripción legal formada en -- abstracto". (56)

#### Clasificación de los tipos.

Respecto de la clasificación que se ha dado de los tipos son varias y diversas, pero sin entrar en cuestiones - de tipo doctrinario seguiremos la clasificación que hace Castellanos Tena.

Por su composición los divide en tipos normales y anormales. En los primeros se emplean palabras que tiene significado apreciable por los sentidos, se refieren a situaciones puramente objetivas, contienen conceptos puramente objetivos, fácil de entender, como ejemplo tenemos el artículo - 302 del Código Penal vigente "privar de la vida a otro". En los segundos el tipo hace referencia a situaciones en las -- que se requiere de una valorización cultural o jurídica, es'

---

(56) Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales - de Derecho Penal. Pág. 165.

decir que además del factor objetivo contiene elementos subjetivos o normativos: como ejemplo el estupro.

Por su ordenación metodológica, se dividen en fundamentales o básicos, especiales y complementados.

Es fundamental o básico cuando constituye la esencia o fundamento de otros tipos, en otras palabras, cuando no deriva de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de otro tipo.

Tipo especial, es aquel que se forma autónomamente agregando otros requisitos al tipo fundamental, al que se -- subsume. Este puede ser privilegiado o agravado, el primero' se refiere a que cuando le agrega dos u otro requisito al tipo fundamental implica disminución o atenuación de la pena, y el segundo esta referido al aumento o agravación de la pena.

Son complementados cuando se constituyen al lado - de un tipo básico con una circunstancia o peculiaridad, es - decir que necesitan de la existencia del tipo básico para su existencia, pero no tiene autonomía. Estos al igual que los' tipos especiales pueden ser privilegiados o agravados, como' ejemplo del primero tenemos al delito de homicidio cometido' en riña o duelo y como ejemplo del segundo el homicidio comtido por alguna de las calificativas que señala el artículo' 316 del Código Penal, a saber, la premeditación, ventaja y -

alevosía.

En función de su autonomía o independencia se dividen en: Autónomos o independientes y subordinados.

Son autónomos o independientes si tiene vida por sí, tienen vida propia sin depender de otros (robo simple). Son subordinados porque dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquiere vida en razón de éste, el cual no sólo complementa, sino se subordina (homicidio en riña).

Por su formulación se dividen en casuísticos y amplios. Son casuísticos aquellos aquellos en los que se prevén varias hipótesis para la realización del delito, pudiéndose integrar el tipo con una sola de ellas. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados; en los primeros se presentan dos o más hipótesis comisivas y el delito se colma con cualquiera de ellas; en los segundos se requieren de todas las hipótesis que señala el tipo para la configuración del ilícito, como ejemplo tenemos al delito de vagancia y malvivencia a que hace mención el artículo 273 del Código Penal.

De formulación amplia, se describe una hipótesis única, pero puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el daño que causan se dividen en de daño o lesión y de peligro: son de daño o de lesión porque protegen -

# ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

al bien jurídico tutelado por la ley, el cual ha sido destruido o disminuido (homicidio, fraude), y de peligro porque tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados.

Una vez analizado el concepto de tipicidad que existe en la doctrina, pasaremos a aplicarlo al delito de violación.

La tipicidad en el delito de violación viene a ser la relación conceptual que se efectúa cuando hay un encuadramiento de la conducta (movimiento corporal voluntario) o hecho, con todos los elementos del tipo, o sea, cuando se concretiza la cópula sobre persona menor de doce años de edad o que no pueda resistir la conducta delictuosa (sin importar el sexo de la persona ofendida).

## 5.1 ELEMENTOS DEL TIPO.

Respecto de estos vamos a referirnos únicamente al bien jurídico tutelado por nuestra ley, al objeto material, los sujetos (activo y pasivo) y los medios (los cuales fueron introducidos en este tipo con las reformas del 29 de Diciembre de 1988), no mencionaremos el elemento subjetivo del injusto ni los elementos normativos.

### 5.1.1 BIEN JURIDICO TUTELADO.

Los autores mexicanos mantienen un criterio uniforme al opinar que en el delito de violación, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual.

Para Jiménez Huerta, el objeto jurídico protegido de la violación es "el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o --agrado". (57)

González Blanco manifiesta que el bien jurídico --protegido en el delito de violación es la libertad sexual, --pues los medios que se emplean son precisamente los que impiden a la víctima determinarse libremente para la imposición de la cópula.

De la misma forma Jorge R. Moras sostiene que el --objeto jurídico protegido en la violación es la libertad sexual como una forma concreta de la libertad individual.

González de la Vega, manifiesta que el objeto que la ley protege en el delito de violación es la libertad sexual, pues con el empleo de la violencia física o moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que no ha querido, ofendiéndose con esto su derecho para determinarse libremen-

---

(57) Jiménez Huerta, Mariano.- Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Pág. 256.

te en materia erótica.

Marcela Martínez Roaro considera al igual que la mayoría de los autores antes mencionados, que es la libertad sexual lo que la ley protege en el delito de violación.

Porte Petit, también postula a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en la violación, y siguiendo los criterios de Saltelli y Romano Di Falco, la define como "la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho". (58)

Otro de los tratadistas mexicanos que mantienen el criterio de que el bien jurídico tutelado en la violación es la libertad sexual, es Antonio de P. Moreno, ya que considera que el pasivo sufre en su cuerpo el máximo ultraje impuesto por el activo con el uso de la violencia, que lo constriñe y le impide hacer uso de su resistencia y libertad.

Respecto a los tratadistas extranjeros existe una marcada diferencia de criterios para definir cual es el bien protegido por este ilícito.

El tratadista español Puig Peña, coincide con el criterio de nuestros tratadistas al señalar que el bien protegido en la violación es la libertad sexual, toda vez que -

---

(58) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. Págs. 36 y -

las prostitutas pueden ser objeto de un atentado de esta naturaleza.

Un criterio opuesto a éste lo señala Eusebio Gómez quien se inclina por externar que si bien es cierto que la violación implica un ataque a la libertad sexual, no es éste el bien que resulta lesionado, sino que es el pudor de las personas el que resulta afectado, toda vez que se resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad.

Por su parte el argentino Fontán Balestra considera que el bien tutelado es la libertad individual que tiene cada persona de elegir el objeto de su actividad sexual.

Por último podemos citar a Eugenio Cuello Calon, quien aunque no es muy claro en sus comentarios deja entrever que el bien jurídico tutelado en la violación es el honor u honestidad sexual.

De lo anteriormente expuesto se infiere que existe uniformidad de criterios, por lo que respecta a nuestros tratadistas mexicanos al señalar que en el delito de violación el bien jurídico tutelado es la libertad sexual.

No así como podemos ver conforme a los puntos de vista de algunos autores extranjeros, ya que por un lado, -- unos son coincidentes con nuestros autores al aceptar que el bien protegido por este ilícito es la libertad sexual; en -- tanto otros sustentan que es el pudor, otros más que es el --

honor u honestidad sexual, esto tal vez se deba a la clasificación y regulacion que cada codigo de cada pais le asigne: ' por ejemplo Espana y Argentina lo encuadran entre los delitos contra la honestidad en cambio en Brasil e Italia al --- igual que nuestro Codigo Penal mexicano lo ubica dentro de - los delitos contra la libertad sexual.

Por nuestra parte consideramos que en nuestro delito en estudio, o sea la violacion equiparada, en su primera ' hipotesis referente a las personas ofendidas menores de doce anos de edad, an en el caso de que la agraviada otorgue su ' consentimiento para copular dicho consentimiento queda anulado, toda vez que de acuerdo a su minoria de edad y por consiguiente por su incompleto desarrollo moral y psiquico, el menor ignora el verdadero alcance social y fisiologico que conlleva su conducta y respecto de la otra hipotesis (persona - que por cualquier otra causa no este en posibilidad de resistir la conducta delictuosa), es obvio que el pasivo no se encuentra en condiciones de resistir la conducta por encontrarse privada del sentido, de lo que concluimos que el sujeto - activo aprovechando estas circunstancias transgrede las disposiciones ya previstas y lesiona la libertad de la persona ' y atenta tambien contra su seguridad sexual.

Los tribunales sobre esta cuestion ha establecido ' que: "siendo la violacion un delito que atenta contra la li-

bertad y seguridad sexual, la forma en que la víctima pueda oponer resistencia al yacimiento impuesto requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y es incoestionable -- que no habrá tal posibilidad si, por cualquier circunstancia la parte ofendida no puede resistir, por lo que, si la ofendida no puede oponer resistencia al yacimiento, debido a la debilidad mental que presentaba, . . . fue correcta la equiparación al acto consumado por el agente al delito de violación propia". (59)

Por lo que en este ilícito además de protegerse la libertad sexual que tiene cada persona de copular con quién mejor le plazca tutela también la seguridad sexual de las -- personas, en el caso concreto de los menores de edad, pues -- en estos casos el menor debido a su corta edad y falta de experiencia aún no tiene libertad sexual.

#### 5.1.2 OBJETO MATERIAL.

En ocasiones el sujeto pasivo del delito se identifica con el objeto material y en el presente caso que nos -- ocupa, hay identidad entre ambos, porque si la conducta que despliega el sujeto activo del delito, recae sobre persona de

---

(59) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, XII, - Pág. 180. Segunda Parte.

cualquier sexo, el objeto material (cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito) tendrá que ser el hombre o la mujer, según se de el caso concreto.

### 5.1.3 SUJETOS.

Al avocarnos al estudio de este elemento haremos mención tanto al sujeto activo como al pasivo.

#### SUJETO ACTIVO.

Encontramos que en la doctrina al emitir su punto de vista nuestros tratadistas, las opiniones difieren en el sentido de que algunos afirman que unicamente el hombre puede ser el sujeto activo en el delito de violación, en tanto que otros son de la idea de que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito.

En virtud de esta discrepancia de criterios pasaremos a analizar algunas opiniones.

González de la Vega, al enfocar su estudio para definir al sujeto activo manifiesta que en la violación se pueden dar los siguientes supuestos:

- a) Cópula de hombre a mujer por vía normal.
- b) Cópula de hombre a mujer por vía anormal.
- c) Cópula homosexual masculina.

De acuerdo con estas hipótesis para este autor no es posible aceptar en la práctica que una mujer pueda fungir como sujeto activo primario de la violación, en virtud de -- que si la cópula normal o anormal implica la introducción -- del organo sexual masculino, esto conlleva necesariamente -- una actividad viril y a falta de esta, se puede decir que no hay conjunción, y continua diciendo: "aún cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito creemos que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito". (60)

Jiménez Huerta por su parte opina que si se aceptan tanto las cópulas normales como anormales en el tipo penal, luego entonces se puede proyectar tanto sobre el varón como en la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser el que acceda o penetre, por lo que no descarta la posibilidad de que la mujer pueda ser sujeto activo primario ya que es indiferente quienes fueron sujeto activo y pasivo; también considera que la mujer puede ser sujeto activo secundario, en el caso de que sujete o intimide a la víctima mientras el sujeto activo primario copu-

---

(60) González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. Pág. 383.

la con ella.

Otra opinión importante, es la que nos ofrece Por-te Patit, al señalar como sujeto activo del delito a la mu-  
jer, en el supuesto de que emplee la violencia física (vis -  
absoluta) contra un hombre, venciendo los obstáculos fisioló-  
gicos para la erección del órgano masculino y dice que puede  
lograrse el coito en el caso de que el pasivo (hombre) no se  
encuentre en condiciones de oponer resistencia ni de evitar'  
las maniobras fisiológicas en él realizadas.

Opinión contraria a está tenemos la de González --  
Blanco Alberto quien manifiesta que "tener cópula es una ac-  
tividad eminentemente activa. Como la cópula consiste, en la  
introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de ---  
otra persona, se llega a la conclusión de que quién puede te-  
ner cópula es únicamente quien dispone de un órgano capaz de  
ser introducido en el cuerpo ajeno, es decir el hombre". ---  
(61)

De conformidad con las opiniones vertidas por los '  
autores citados podemos ver que no son coincidentes al se-  
ñalar que cualquier persona (hombre o mujer) puede ser suje-  
to activo del delito de violación, pues el problema radica -

---

(61) González Blanco, Alberto.- Delitos Sexuales. Pág. 162.

principalmente en cuanto se refiere a la mujer como sujeto activo, ya que algunos niegan rotundamente que pueda fungir como tal; otros opinan que únicamente la aceptan como sujeto activo secundario.

Respetando los criterios sustentados por tan eminentes juristas, considero necesario enfocar nuestro estudio al artículo 266 del Código Penal Sustantivo, por lo tanto tomando como base la redacción de dicho tipo penal inferimos que no hace distinción alguna en cuanto al sexo del sujeto pasivo, pudiendo entonces resultar ofendido un hombre o una mujer, y en estas condiciones es el hombre quien normalmente asume el papel de activo.

Por lo que para nosotros el único sujeto activo del delito de violación equiparada es el hombre, ya que en las dos hipótesis que describe este tipo penal y sobre todo por lo que hace a la segunda hipótesis es necesario la erección del miembro viril, por que para la consumación del delito se requiere que al menos el glande del pene quede inserto en la cavidad vaginal u anal del sujeto pasivo, mismo que debido al estado de inconsciencia en que se encuentra ya sea por alguna causa accidental o dolosa producida por el propio actuar del agente no se encuentra en posibilidad de resistir la conducta delictuosa, por lo que en estas circunstancias la mujer no puede tener cópula con el ofendido.

En este ilícito que estamos analizando diremos que en cuanto al sujeto activo del mismo si se requiere de una calidad en el mismo, es decir que es el hombre el que comete este delito, denominandolo así como delito propio, a diferencia del delito de violación que prevé el artículo 265 del Código Penal, donde no se requiere de ninguna calidad en el sujeto activo ya que este puede ser cometido tanto por el hombre como por la mujer, y por lo que hace al número de sujetos que requiere el tipo penal para la integración del mismo basta solo uno, originandose así un delito de los denominados en la doctrina como delito monosubjetivo, ya que no se requiere la intervención de otras personas para concretizar la conducta típica (cópula).

#### SUJETO PASIVO.

En cuanto a este elemento hay uniformidad de criterios por parte de los tratadistas al considerar como sujeto pasivo de este delito tanto a la mujer como al hombre, pues no hacen diferencia de sexo. En consecuencia son posibles -- víctimas de la violación todos los seres humanos: varones o mujeres, vírgenes o no, en edad infantil, juvenil o adulta; ligados o no por matrimonio de vida sexual honesta o impúdica. Esta total indiferencia obedece a que cualquier persona puede sufrir la unión carnal impuesta por los medios coacti-

vos o impositivos, atacandose así principalmente aparte de su libertad su seguridad sexual.

Para la integración del tipo penal del artículo -- 266 si se requiere de determinada calidad en el sujeto pasivo, por cuanto hace a que sea persona menor de doce años de edad y aquella que se encuentra imposibilitada para resistir la conducta delictuosa (sin importar el sexo), por lo que en caso de que faltará esa calidad en el sujeto pasivo no se -- daría la tipicidad. Por lo que en estas circunstancias al su jeto pasivo en la doctrina se ha denominado delito personal.

#### 5.1.4 MEDIOS.

Respecto a este elemento cabe hacerse la observa-- ción que es una de las innovaciones que fue introducida con' las reformas al artículo 266 del Código Penal vigente, la -- cual no se contemplaba con anterioridad en la redacción de -- este tipo penal toda vez que debido a las circunstancias en' que se encontraba el sujeto pasivo del delito no era necesar-- io la aplicación de la violencia, pero debido a que este -- ilícito a alcanzado un alto índice de incremento en relación al número de casos que se cometen se sintió la necesidad de' prever estos medios con la finalidad de agravar la penalidad pues resultaba humillante que además de que el sujeto activo

del delito aprovechando la situación en que se encontraba el pasivo al momento de imponerle la cópula empleará la violencia (vis compulsiva o vis absoluta) y esta no fuera considerada para agravar la penalidad.

La violencia como un agravante del delito de violación equiparada, en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre o a la mujer del libre --- ejercicio de su voluntad, compeliéndole materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es pues el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea.

En el delito de violación la violencia adquiere -- dos modalidades que son violencia física o violencia moral; y una o ambas son empleadas por el sujeto activo del delito para doblegar la resistencia o puesta por el pasivo al momento de imponerse la cópula.

Refiriendonos a este elemento del tipo González -- Blanco opina que para que la cópula o acceso carnal integre la conducta típica en la violación es preciso que en su realización medie la violencia, la cual consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, --- cuando ésta es psíquica o físicamente incapaz de oponerla, - es decir que la violencia es el elemento fundamental del deli

to de violación, puesto que a virtud de ella se ataca la libertad sexual que es el bien jurídico objeto de la tutela. - "la violencia puede ser: física (vis) o moral (metus), caracterizándose la primera en que los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima; y la segunda, en que son de naturaleza intimidatoria". (62)

Efectivamente el medio comisivo que se emplea por parte del sujeto activo del delito para someter a su víctima a una cópula no querida por ésta, puede presentarse en dos formas física o moral (o ambas simultáneamente)

Carrancá y Trujillo respecto de ésta dice "la violación es a los delitos sexuales, lo que el robo con violencia a los delitos contra la propiedad". (63)

Así mismo el artículo 373 del Código Penal, en lo relativo al delito de robo hace mención a la violencia y respecto de la misma expresa que: la fuerza material que se hace a una persona para cometerlo, se entiende como violencia física; y respecto de la violencia moral se entiende aquella que emplea el ladrón cuando amaga o amenaza a una persona -- con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

---

(62) Ob. Cit. Pág. 152.

(63) Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Pág. 641.

Esta violencia física, enfocada como medio comisi-  
vo para la cópula en el delito de violación es aquella fuer-  
za material que se ejerce en el cuerpo del pasivo para some-  
ter su voluntad a la pretensión delictiva del agente del de-  
lito y que se manifiesta a través de golpes y otras violen-  
cias físicas propinadas en el pasivo; por cuanto hace a la -  
violencia moral esta puede manifestarse a través de amagos -  
con armas como pistolas, cuchillos, etc. , o bien cuando se '  
amenza al ofendido con causarle un mal grave en su persona -  
o bien otro tipo de amenaza de cualquier género. En conse-  
cuencia la violencia en cualquiera de sus modalidades que em-  
ple el sujeto activo del delito de violación debe de ser de '  
tal naturaleza que doblege la voluntad del pasivo para copu-  
lar.

Por lo que hace a nuestro delito diremos que es un  
tipo con medios legalmente determinados, entendiéndose por -  
estos las condiciones o circunstancias en que se encuentra -  
el pasivo al momento de imponerse la cópula. Adiferencia -  
del delito de violación propiamente dicha que tipifica el --  
artículo 265 del Código Penal en el cual los medios son la -  
violencia física o moral.

Jiménez Huerta prevé esta situación al decir que -  
"el delito de violación es uno de los delitos en que el ver-  
bo -copular- . . . sólo adquiere relieve antijurídico y --

significación típica cuando se realiza por el sujeto activo' utilizando determinados medios -la violencia física o moral- o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo menor de doce años o de otras circunstancias que le impiden' producirse voluntariamente o resistir" (64)

Y por lo que hace a la violencia propiamente dicha se hace mención a ella como una circunstancia agravante del' mismo tipo penal y solo para efectos de la penalidad, como - lo establece el propio artículo en su parte final al decir - \*si se ejerciere violencia la pena se aumentará en una mi-- tad\*.

De lo anteriormente expuesto concluimos que la tipicidad en el delito de violación se da cuando la conducta - que despliega el sujeto activo del delito encuentra perfecto' encuadramiento o adecuación al tipo penal descrito en el artículo 266 del Código Penal.

## 5.2 CLASIFICACION DEL TIPO.

Para la clasificación del delito de violación en - orden al tipo utilizaremos la del maestro Castellanos Tena,'

---

(64) Jiménez Huerta, Mariano.- Derecho Penal Mexicano, Tomo' III. Pág. 263.

por considerarla a nuestro criterio la más practica.

#### 5.2.1 ESPECIAL.

Esta clasificación atiende a su ordenación metodológica, por lo que se le a considerado como un delito especial el cual se forma autónomamente, agregando otros requisitos al tipo fundamental, esto por cuanto hace al sujeto pasivo del delito (persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa). A su vez también es considerado como agravado debido al aumento de la penalidad que prevé este tipo al decir que cuando se ejercitare violencia para la realización de la cópula se aumentará en una mitad, es decir que si la pena es de 8 a 14 años de prisión, el juez tomando en consideración las circunstancias en que se cometió este delito -- podrá aumentar la penalidad de este ilícito dentro de este margen hasta por una mitad más.

#### 5.2.2 AUTONOMO Y SUBORDINADO.

Se le considera autónomo por que tiene vida por sí mismo y subordinado por que depende de otro tipo (artículo 265), es decir se le agregan otros elementos que lo complementan.

### 5.2.3 DE FORMULACION CASUISTICA.

Esta clasificación atiende a su formulación, considerandose casuístico porque en este se prevén dos hipótesis por las cuales puede cometerse, en persona menor de doce años o en aquella que no se encuentre en posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

### 5.2.4 ALTERNATIVAMENTE FORMADO EN CUANTO A LOS MEDIOS.

Considerado así por que puede cometerse en atención a la situación o circunstancia en que se encuentre el sujeto pasivo del delito sin necesidad de que medie la violencia.

### 5.2.5 NORMAL.

Esto atendiendo a su composición se le considera al delito de violación como un tipo normal pues la descripción que contiene este tipo penal utiliza palabras fáciles de entender para los sentidos.

### 5.2.6 CONGRUENTE.

Considerado así por que hay relación entre lo que el agente del delito se propuso y el resultado producido con su conducta típica.

### 5.3 ATIPICIDAD.

La ausencia de la tipicidad o la atipicidad, constituyen el aspecto negativo de la tipicidad, característica esencial para la integración del delito. "hay atipicidad, -- cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo". (65)

Jiménez de Asúa dice que existe "ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal \*no ha descrito la conducta que en realidad se ha presentado con características antijurídica ausencia de tipicidad, en sentido estricto". (66)

---

(65) Pavón Vasconcelos, Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano. Pág. 290.

(66) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 290.

Ahora bien, para Castellanos Tena la atipicidad -- "es la ausencia y adecuación de la conducta al tipo. Si la - conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa". (67)

En conclusión la atipicidad se da cuando la conducta que despliega el sujeto activo del delito no encuadra perfectamente en la descripción del tipo penal.

Por otra parte hay que distinguir entre ausencia - de tipo y de tipicidad: la ausencia de tipo se presenta cuando el legislador inadvertidamente no describe una conducta - que según el sentir general debía estar catalogada en el Código como delito. La ausencia de tipicidad se da cuando existe el tipo penal pero la conducta no encuadra en dicho tipo' penal, como ejemplo tenemos el estupro cuando este es cometido en mujer mayor de 18 años, aún cuando esta sea casta y -- honesta.

Es decir, que hay ausencia de tipo cuando no existe descripción de la conducta o hecho en la norma penal y -- ausencia de tipicidad cuando hay descripción pero no hay adecuación de la conducta al tipo.

La tipicidad se puede dar por las siguientes causas:

a) cuando hay ausencia de calidad en los sujetos - ya sea activo o pasivo. Sin ser repetitivos cuando se hablo'

---

(67) Ob. Cit. Pág. 172.

en otro apartado del presente trabajo se hizo mención que en ordinarios casos el tipo penal requiere de determinada calidad específica en los sujetos cuando se comete el ilícito.

b) falta de objeto material u objeto jurídico, en el primero de los mencionados se presenta la tipicidad por faltar el objeto sobre el cual recae la acción (homicidio) y en el segundo cuando no hay la institución o bien a quien -- proteger.

c) cuando no se dan las referencias temporales o - espaciales requeridas en el tipo, es decir que el delito se comete fuera del tiempo que señala el tipo; como ejemplo el infanticidio \*dentro de las 72 horas\*; y el que se comete en lugar distinto al mencionado en dicho tipo \*en lugar cerrado\*, como lo requiere el delito de robo que prevé el artículo 381 fracción I del Código Penal.

d) el no realizarse por los medios comisivos a que hace mención el tipo, como ejemplo el artículo 265 \*. . . -- por medio de la violencia física o moral . . .\*.

e) por faltar los elementos subjetivos del injusto ya que estos constituyen referencias típicas a la voluntad - del agente o al fin que se persigue.

### 5.3.1 CONSENTIMIENTO.

Se puede presentar el caso por lo que hace a los menores de 12 años de edad, que estos presten su consentimiento para el ayuntamiento sexual, pero por tratarse de un caso especial a la luz del derecho penal, dicho consentimiento no tiene validez, por lo que no funciona como causa de atipicidad sino que subsiste el delito. Y por lo que hace a la otra hipótesis que prevé el artículo 266 del Código Sustantivo, la persona al encontrarse en circunstancias que le impiden otorgar su consentimiento se da la conducta típica, pues en este caso la persona se encuentra en un estado de inconsciencia que le priva de la facultad de conocer y aceptar el acto copulativo impuesto por el agente.

### 5.3.2 AUSENCIA DE LOS MEDIOS REQUERIDOS EN EL TIPO.

Se puede presentar el caso de que falten los medios, es decir aquellas situaciones o circunstancias en que se encuentra el pasivo del delito, por lo que al presentarse estas la conducta que llegara a desplegar el sujeto activo no encuadraría en el tipo penal que prevé el artículo 266 del Código Punitivo, por lo que la conducta sería atípica.

C A P I T U L O   S E X T O .

LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Siguiendo la secuencia lógica que nos planteamos - de los elementos de nuestro delito el tercero de ellos co--- rresponde a la antijuricidad la cual consiste en la contra-- dicción objetiva a la normas establecidas por el Estado, que una vez que son infringidas lesionan los bienes jurídicos.

Pavón Vasconcelos, respecto de lamisma opina que: ' "es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de derecho". (68)

La antijuricidad viene a ser el elemento esencial' valorativo del ilícito, esta valorización supone un carácter externo u objetivo sobre la conducta o hecho que infrinje el interés tutelado por la norma, es decir, que la valorización de los actos cometidos por el infractor es meramente objetiva ya que "la antijuricidad es la violación de las normas -- objetivas de valorización". (69). Aquí no importan los ras-- gos subjetivos de quien comete el delito (tratase de un ena-- jenado mental o de un hombre normal), se atiende principalmente al acto externo que despliega el delincuente al cometer el delito violando con ello el bien protegido a que se con--

---

(68) Ob. Cit. Pág. 295.

(69) Villalobos, Ignacio.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 260.

trae el tipo penal respectivo.

Villalobos sostiene que "antijuricidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legible declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también la antijuricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley". (70)

Es decir que la conducta es formalmente antijurídica cuando se viola la norma penal que prohíbe u ordena, se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado y materialmente cuando se lesionan los bienes tutelados por la ley.

En consecuencia, no existen dos clases de antijuricidad (formal y material) sino que solo es una y ambas van unidas y son de acuerdo con su naturaleza y denominación, -- una la forma y la otra el contenido de una misma cosa.

En el delito de violación habrá antijuricidad, --- cuando la conducta típica este en contradicción con la norma violando con ello el bien jurídico tutelado por la ley y no exista a su favor alguna causa de justificación.

---

(70) *Ibidem*. Pág. 258.

Por lo anterior en el delito de violación equiparada la conducta que despliega el sujeto activo es típica y antijurídica, por que se atiende al acto externo que realiza el agente (sin entrar al elemento subjetivo que más adelante trataremos al ver la culpabilidad). Por otra parte a su vez se presenta una antijuricidad formal y material, la primera de las mencionadas se presenta cuando el sujeto activo del delito transgrede la norma penal establecida por el Estado (en este caso el artículo 266 del Código Penal); y la segunda cuando se lesiona el bien jurídico tutelado por dicha norma.

#### LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Si la antijuricidad es considerada como el tinte característico que determina que una conducta típica está en contradicción con el derecho, como aspecto negativo de la misma tenemos a las causas de justificación las cuales tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica, pues puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al derecho y sin embargo no ser antijurídica por existir a su favor una causa que justifique dicha acción.

Es decir, las causas de justificación se presentan cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos o -

autorizados por el Estado a virtud de una ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante.

Respecto a la denominación que se les a dado a estas en la doctrina hay diversas opiniones respecto al término que debe emplearse, vamos a referirnos únicamente a los criterios sustentados por Carrancá y Trujillo, Porte Petit y Jiménez de Asúa.

Carrancá y Trujillo utiliza la denominación de \* - causas que excluyen la incriminación\*, en lugar de causas de justificación al decir que "toda vez que el concepto del delito, atendiendo a su contenido jurídico sustancial no es -- otro que el de una acción antijurídica, típica, culpable y - punible dentro de las condiciones objetivas de punibilidad; ' y que sin la antijuricidad entendida como oposición a una -- norma de cultura no puede darse la acción incriminable; por ' todo esto las acciones que carecen de anti jus estarán plenamente justificadas, pues el acto u omisión humanos serán - conforme a derecho". (71)

Porte Petit con relación al fundamento de las causas de justificación sostiene " que existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausen-

---

(71) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Ob. Cit. Pág. 475.

cia de interés o de la existencia de un interés preponderante". (72)

Por su parte Jiménez de Asúa se inclina por aceptar que es correcto el término de causas de justificación al expresar que "lo que en ellas desaparece es lo injusto, es decir no sólo el delito, sino la injuria, en su basto sentido, pues no se elimina una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta". (73)

Criterio el cual consideramos el más acertado para la denominación de las causas de justificación.

Ahora bien, como causas de justificación podemos señalar las que enuncia el Código Penal en su artículo 15 -- fracciones III, IV, V, VII Y VIII, las cuales son: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo, respecto de ellas nos referiremos brevemente para efectos de poder establecer si una puede presentarse en el delito de violación.

Por lo que hace al concepto de legítima defensa -- son múltiples las definiciones que existen en torno a ella, '

---

(72) Ob. Cit. Pág. 386.

(73) Citado por Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. Pág. 386.

solo atenderemos a lo señalado por Carrancá y Trujillo, al - decir "la defensa es legítima cuando se contra-ataca a fin - de que una agresión grave no consume el daño con que se amena - za eminentemente". (74)

En nuestro ordenamiento penal, el artículo 15 frac - ción III, expresa esta justificante al decir que son cir - cunstancias excluyentes de responsabilidad: III.- repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y que no me - die provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

La Escuela Clásica respecto de está reconoce que - la defensa privada es substituta de la pública al sostener - que cuando el Estado se encuentra imposibilitado para acudir al auxilio del injustamente atacado para evitar la consuma - ción de la agresión, es lícito que se defienda, es decir que' aquí la defensa privada esta justificada por la imposibili - dad de actuar de la pública.

Luego entonces, la legítima defensa consiste en el contra-ataque o repulsa que realiza el sujeto pasivo del de - lito respecto de la agresión injusta actual o inminente que'

que pone en peligro un bien propio o ajeno tutelado por la ley, pero esta no deberá traspasar la medida media necesaria para la protección del bien.

Por lo que hace al delito de violación equiparada' esta causa no se da debido a que el sujeto activo del delito actua por sí mismo para la obtención de la cópula y no para' contra-atacar una agresión.

El estado de necesidad se caracteriza por la preponderancia de los intereses que se tutelan, pertenecientes' a distintas personas, al respecto Carrancá y Trujillo sostiene que "en el estado de necesidad está justificado dentro de ciertos límites precisos el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o mayor valor". (75)

El Código Penal vigente, en su artículo 15 fracción IV expresa "obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar siempre que no exista otro medio practicable' y menos perjudicial a su alcance.

En estas condiciones el estado de necesidad se pre

---

(75) Ob. Cit. Pág. 569.

senta cuando para conservar un bien jurídico se lesiona otro igualmente amparado por la ley, que viene a ser considerado como de menor valor ante la presencia del bien de mayor valor, aunque hay casos en que se pugna respecto de la salvación de dos bienes de igual valor, el cual viene a resolverse como una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

En el delito de violación no se aplica esta causa de justificación debido a la naturaleza del delito.

Ahora bien, las conductas o hechos que están tipificados por la ley como delitos constituyen situaciones que están prohibidas, pero si en cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, por una obediencia jurídica o bien por un impedimento legítimo son cometidos a la luz del derecho penal, ya no son consideradas como delitos.

El artículo 15 del Código Penal en su fracción V establece que: \*obra en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho\*.

Concretamente estas dos causas que prevé este artículo no pueden presentarse en el delito de violación, al igual que tampoco por una obediencia jerárquica ni por un impedimento legítimo (esta sólo funciona en los delitos de omi

sión), ya que la conducta típica y antijurídica que despliega el sujeto activo del delito siempre la realiza por su propia voluntad y aprovechándose de la situación o circunstancia en que se encuentra el pasivo, por lo que su conducta es dolosa

Siguiendo nuestro plan de estudio que nos propusimos al principio del presente trabajo para estudiar el delito de violación a que hace mención el artículo 266 del Código penal, y al hacer mención a la definición del delito que sustenta el maestro Castellanos Tena, nos referimos a la imputabilidad, al decir que es un presupuesto de la culpabilidad, por que aquella abarca la capacidad de querer y entender que tiene el sujeto al cometer el delito, por lo que antes de entrar al estudio de la culpabilidad haremos una breve mención a ésta.

#### LA IMPUTABILIDAD.

Anteriormente hablamos de que el único sujeto capaz de cometer el delito es la persona humana, por lo que se hace necesario determinar si ese sujeto es imputable y así esta en posibilidad de reprocharle su conducta.

Carrancá y Trujillo manifiesta que "será, pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; "

todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar -- una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (76)

Pavón Vasconcelos infiere "que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además - su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representarse el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". (77)

Por otra parte Castellanos Tena define a la imputabilidad, como "la capacidad de entender y de querer en el -- campo del derecho penal". (78)

De lo anterior-mente expuesto la imputabilidad debe ser considerada como el soporte de la culpabilidad (independientemente de las diversas opiniones doctrinarias que -- hay respecto a si es un elemento del delito o no lo es), ya que nos ayuda a dislumbrar la condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en que se encuentra el autor del delito al

---

(76) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Ob. Cit. Pág. 431.

(77) Ob. Cit. Pág. 373.

(78) Ob. Cit. Pág. 218.

cometerlo y así poder determinar si es culpable.

Así mismo, cuando se carece de la facultad psíquica de conocimiento para determinar el alcance de la conducta cometida por el sujeto, se origina el aspecto negativo de la imputabilidad, cuya presencia anula la existencia del ilícito.

Castellanos Tena por lo que hace a esta expresa -- que: "las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de actitud psicológica para la delictuosidad". (79)

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 15 --- fracción II prevé esta cuestión al expresar: \*padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa -- comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente\*.

Esta causa de inimputabilidad en relación al delito de violación prevista en el artículo 266 del Código Sustantivo indudablemente no puede presentarse toda vez que el'

---

(79) Ob. Cit. Pág. 223.

individuo se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales en la consumación de la conducta delictuosa, pues si --- bien es cierto en estas dos hipótesis el sujeto aprovechando la situación o circunstancia en que se encuentra el pasivo' si tiene la capacidad de comprender y de querer la conducta, ya que inclusive por su propio actuar doloso puede someter a la persona en un estado de inconciencia y así imponerla la -- cópula.

Cabe indicar que por trastorno mental debe enten' derse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas innatas o adquiridas, independientemente de su origen. En -- tanto que los trastornos mentales transitorios para que --- operen por estado de inconciencia, precisan la reunión de to dos y cada uno de los elementos previstos por el legislador, es decir lo relativo a lo previsto en el artículo 15 frac--- ción II.

Por otra parte debemos considerar también la existencia de otras causas de inimputabilidad, a saber el miedo' grave , la sordomudez y los menores infractores, en estos ca sos nuestro Código Sustantivo no las considera de manera expresa como casos de inimputabilidad, sino de responsabili--- dad, al considerarlos socialmente responsables y no penalmente responsables, pues en estos supuestos existe también la ---- ausencia de capacidad requerida por la imputabilidad.

De lo que concluimos que para la integración del delito no solo basta la sola concurrencia de cierta conducta o hecho concretizado en el tipo penal, ni la valorización objetiva realizada sobre aquel elemento que establezca su antijuricidad, sino que además es necesario un dictamen médico y psiquiátrico que nos determine la capacidad del sujeto y así estar en condiciones de saber si es culpable o no.

La inimputabilidad, como aspecto negativo de la imputabilidad en relación al delito de violación, indudablemente no puede presentarse, toda vez que debido a la naturaleza de este delito el individuo al imponer la cópula al sujeto pasivo se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, pues tiene conocimiento para discernir que esta ante la presencia de una persona menor de edad a que se encuentra imposibilitada para resistir la conducta delictuosa, ya sea por causas accidentales o producidas por él mismo.

**C A P I T U L O   S E P T I M O .****LA CULPABILIDAD Y LA INculpABILIDAD.**

Corresponde ahora delimitarnos al estudio del cuarto elemento esencial del delito denominado la culpabilidad, en torno a este elemento se han dado diversos conceptos sólo aludiremos al de Villalobos y Jiménez de Asúa.

Villalobos refiere que: "la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos prohibidos 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 sub-estimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (80)

Por su parte Jiménez de Asúa expresa que: "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (81)

La culpabilidad a nuestro criterio es el resultado de la reprochabilidad que se hace a un sujeto respecto de su conducta típica y antijurídica, la cual puede ser dolosa o culposa.

---

(80) Villalobos, Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 282.

(81) Citado por Fernando Castellanos Tena.- Ob. Cit. Pág. -

Con la finalidad de poder entender mejor la esencia de la culpabilidad, existen en la doctrina dos teorías' que se encargan de explicar más ampliamente el contenido de la misma; primeramente tenemos a la Teoría Psicológica, para ésta la culpabilidad se fundamenta en un carácter psicológico, consistente en un nexo psíquico entre el sujeto capaz y su conducta o hecho realizado. En esta concepción se' da por supuesta la antijuricidad como valorización jurídica sobre la conducta o el resultado realizado, para circunscribir su esencia al estudio de la subjetividad o psique del - autor a fin de indagar concretamente cual a sido la conducta psicológica del actor respecto del resultado objetivo de lictuoso.

Por lo que hace a esta teoría Pavón Vasconcelos -- opina que: " la culpabilidad es la posición subjetiva del - sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valorización normativa". (82)

Es decir, para esta teoría lo predominante es la - relación subjetiva entre el autor y su hecho.

Así la culpabilidad contiene dos elementos: uno -- emocional o volitivo que abarca el querer la conducta o --- aceptar el resultado, y el segundo; el intelectual, compre

---

(82) Ob. Cit. Pág. 364.

de que el propio individuo tenga conocimiento de la anti-juricidad de su conducta o hecho.

Por su parte Carrancá y Trujillo expresa que en la teoría psicológica "su fundamento radica en que el hombre - es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de acatarla o no". (83)

En conclusión esta teoría atiende a la psique del autor que deviene de la liga intelectual y emocional que -- tiene el sujeto respecto de su conducta valorada previamente y anti-jurídica.

Por lo que hace a la teoría normativa, Carrancá y Trujillo al referirse a la culpabilidad, la expresa diciendo que: "que no basta una relación psíquica entre el autor' y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valorización normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche". (84). Es por tanto infiere el mismo autor, la culpabilidad una reprobación jurisdiccional de la - conducta que se a negado aquello exigido por la norma.

Es decir, que esta teoría, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche en donde el sujeto'

---

(83) Ob. Cit. Pág. 469.

(84) Ob. Cit. Pág. 469.

que a actuado dolosa o culposamente no atiende a lo mandado en el ordenamiento normativo, lo establecido conforme a derecho (el deber ser jurídico); sino que desobedese ese mandamiento al cometer el evento delictuoso, por lo que la culpabilidad en estas circunstancias es considerada como una reprochabilidad de la conducta que se a cometido.

Por tanto el juicio valorativo de reproche se fundamenta en la exigibilidad dirigida al autor capaz para comportarse de conformidad al deber establecido en la norma penal, luego entonces, cuando el juicio reprobatorio se efectua surge la culpabilidad entendida normativamente.

Reinhart Mauracha, escribe: "la culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochaba al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se decide en favor de lo injusto, aún cuando podía comportarse a derecho. . . .este juicio normativo está justificado, en la misma medida tanto frente al agente doloso como frente al que actua por imprudencia. En el primer caso alcanza el autor el reproche de haberse alzado consientemente contra los mandatos del derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por, la vida social". (85)

---

(85) Citado por Fernando Castellanos Tena.- Ob. Cit. Pág. -

De lo anteriormente expresado líneas arriba, podemos decir que en la comisión de un delito la conducta puede ser reprochada por su ejecución intencional o culposa, es decir, la culpabilidad reviste dos formas de exteriorizarse el dolo y la culpa, en el primer caso el sujeto dirige su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito; en el segundo, cuando se causa igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, existe además una tercera especie llamada la preterintencionalidad

Nuestro Código Penal vigente en sus artículos 82 y 92 se refiere al dolo, la culpa y la preterintencionalidad, respectivamente, al expresar: artículos 82.- Los delitos -- pueden ser: I.- Intencionales; II.- No intencionales o de imprudencia; y III.- Preterintencionales.

Por su parte el artículo 92 da el concepto de cada uno de ellos en los siguientes términos: obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiere o acepta el resultado prohibido por la ley (dolo)

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen (culpa).

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido, o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Como elementos de la culpabilidad podemos mencionar los que señala la teoría normativa y que son:

a) la imputabilidad (elemento que ya fue estudiado con antelación).

b) las formas de culpabilidad (dolo y culpa).

c) la ausencia de causa de exclusión de la culpabilidad, al existir una de ella desaparece la misma.

Como primer forma de la culpabilidad tenemos el dolo, el maestro Carrancá y Trujillo lo considera: "como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la cual se sustentan el concepto legal de 'dolo'. (86)

Siendo el dolo la forma más grave de la culpabilidad su estudio a dado origen a controversias doctrinarias - que tratan de explicar su contenido a través de las diversas teorías que existen, por lo que sin entrar en cuestiones doctrinarias diremos que la teoría que conjuga las nociones de representación y voluntad, como base en el establecimiento del contenido del dolo es la más acertada, dicho en otras palabras no basta para integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, sino que es indispensable que ambas vallan juntas, por que quién actúa dolosamente no solo se ha representado el hecho y su significación, sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente'

a la causación del resultado.

Una definición que recoge estas notas distintivas, la ofrece Jiménez de Asúa al considerar al dolo en los siguientes términos: "el dolo es la protección de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad -- existente entre la manifestación humana y el cambio, en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (87)

Nos adherimos sin reserva a este concepto del dolo que a nuestro criterio es el más ampliamente explicado.

Toda vez que el sujeto activo del delito al realizar su conducta, tiene conocimiento del hecho delictuoso -- que tipifica la ley, es decir, conoce la antijuricidad de su conducta por lo que al concretizarla le es reprochada -- por el orden normativo.

Del mismo concepto a su vez tenemos como elementos del dolo uno intelectual o ético y otro emocional o volitivo: el primero de los mencionados está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, es decir el conocimiento que tiene el sujeto de la circunstancia del hecho

---

(87) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pág. 393.

típico que pretende realizar, en este se representa un proceso causal entre su acción u omisión y el resultado: como ejemplo tenemos el homicidio en el cual el sujeto prevé que de su acción de disparar un arma de fuego habrá de resultar la muerte de una persona.

En el segundo elemento se prevé la voluntad al realizarse el acto, es decir el sujeto quiere realizar la acción u omisión que constituye la conducta o acepta el resultado que se ha producido como consecuencia de aquella.

Así también existen en la doctrina diversos criterios en relación a la clasificación del dolo, nosotros sólo aludiremos a la que sustenta Castellanos Tena, quien lo clasifica en los siguientes términos:

a) dolo directo, es aquel en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. -- Hay voluntariedad en la conducta y querer el resultado.

b) dolo indirecto, aquel en el cual el sujeto se propone un fin y sabe que seguramente pueden producirse otros resultados delictuosos.

c) dolo indeterminado, aquel en el cual el sujeto se propone delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

d) dolo eventual, donde se desea un resultado delictuoso previéndose la posibilidad de que surgan otros no

queridos directamente.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, es considerada por Carrancá y Trujillo como: "la previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado". (88)

Respecto del concepto de ésta al igual que en el dolo existen varias teorías que tratan de explicar el contenido de la misma, por consiguiente del análisis de cada una de ellas Pavón Vasconcelos define a la culpa: "como aquel resultado típico y antijurídico no querido ni aceptado previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres". (89)

En los mismos términos del anterior concepto, por lo que hace a la preterintencionalidad nos avocaremos a señalar algunos puntos de vista que emiten los doctrinarios.

Por lo que hace a la aceptación de esta tercera forma de la culpabilidad existen diversas opiniones en el sentido de que algunos juristas como J.J. González Bustamante y Fernando Castellanos Tena manifiestan que los delitos o se producen por parte del agente por que quieren el resul

---

(88) Ob. Cit. Pág. 457.

(89) Ob. Cit. Pág. 411.

tado (dolo o por imprudencia (culpa), sin que sea dable una mixtura de ambas formas de la culpabilidad, es decir donde participen las dos formas y el resultado de ellas produzca una tercera forma de culpabilidad, pues por el contrario debido a su naturaleza ambas posturas se excluyen.

Ignacio Villalobos, opina que no se trata de delitos preterintencionales, sino que se trata de delitos que tienen un resultado preterintencional, pues este sobrepasa límites que se propuso causar el agente.

Por su parte Pavón Vasconcelos manifiesta que la redacción del artículo 92 del Código Penal vigente, es correcta en virtud de que la concurrencia del dolo o la intención respecto de producir un resultado querido o aceptado respecto de producir un resultado (dolo directo y dolo eventual), y la culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido, se ve el obrar preterintencional.

Sin embargo no es posible hablar de una tercera forma de la culpabilidad en la que participen a su vez la esencia del dolo y la culpa.

Por cuanto hace al delito de violación previsto en el artículo 266 se da únicamente la culpabilidad en su forma dolosa, por que el sujeto activo del delito tiene la capacidad de entender y querer la conducta típica y antijurídica que concretiza al cometer la cópula con la víctima, esta consiente de que ha quebrantado el deber que le impone

la norma penal y por otra parte acepta el resultado, es decir voluntariedad en su conducta y querer el resultado.

Los tratadistas mexicanos y extranjeros que han hablado respecto del delito de violación lo consideran como un delito doloso.

González de la Vega respecto de esto manifiesta -- que en el delito de violación equiparada se supone como elemento psicológico que el agente a obrado con conocimiento de las circunstancias personales de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo del delito, por lo que es inoperante que alegue desconocer esas causas.

De igual parecer es González Blanco al externar -- que la violación por su naturaleza es de aquellos delitos que exigen una forma dolosa, pues en estos casos se entiende al dolo como la voluntad que tiene el sujeto activo al efectuar la cópula con persona de uno u otro sexo, aprovechándose de las condiciones especiales en que se encuentra ésta.

Fontán Balestra Carlos dice, que la violación es un delito doloso y consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima aprovechándose de las particulares condiciones del sujeto pasivo o de la situación en que el mismo se encuentra.

LA INCULPABILIDAD.

Así como se precisó que para la integración de la culpabilidad se requiere de la existencia de un elemento -- cognocitivo y otro emocional, es indudable que la ausencia' de estos elementos hacen posible la existencia del cuarto - elemento esencial del delito, constituyéndose así el aspecto negativo de la culpabilidad.

Las causas genéricas de la inculpabilidad son: el' error y la no exigibilidad de otra conducta.

Se debe entender que estamos ante la presencia del error cuando se tiene una idea falsa de la representación - objetiva, misma realidad que puede darse en una cosa, un -- bien o en una situación.

Para los efectos jurídicos el error se subdivide - en: error de derecho y error de hecho.

Respecto del error de derecho, diremos que a se--- guido el principio universal de que la ignorancia de las le yes a nadie beneficia, es decir se equipara la ignorancia - al error.

Su fundamento legal lo encontramos establecido en' el artículo 15 fracción XI de nuestro Código Sustantivo, el cual expresa: son circunstancias excluyentes de responsabi- lidad: realizar la acción y omisión bajo un error inveni- ble respecto de alguno de los elementos esenciales que inte gran la descripción legal, o que por el mismo error estime'

el sujeto activo que es lícita su conducta. Cabe aclarar -- aquí que lo expresado se refiere tanto al error de derecho' como al error de hecho.

Respecto de este error tenemos que esta en rela--- ción a lo previsto en el artículo 59 bis mediante el cual' se puede disminuir la penalidad conforme al arbitrio del -- juzgador, quien al efecto valorará en el caso concreto las' circunstancias del hecho y del sujeto.

Por lo que hace al error de derecho Vasconcelos in fiere que: "el error que recae sobre las circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, tiene la virtud de eli--- minar el dolo pero si no es invencible el agente respondera del hecho tipificado a título de culpa, si la figura ad--- mitiere dicha culpabilidad". (90)

Ahora bien el error de hecho admite como sub-espe--- cies el error esencial y el error accidental.

El error accidental no funciona como causa de in--- culpabilidad ya que recae sobre los elementos accidentales' del delito. Este error comprende a la \*aberratio ictus y -- aberratio in persona\*: el primero se presenta cuando hay -- una desviación del golpe con causación de un daño equivalen--- te menor o mayor al propuesto por el sujeto, en este se pre---

---

(90) Pavón Vasconcelos, Francisco.- Ob. Cit. Págs. 437 y -- 438.

senta un resultado que no es precisamente el querido pero a él equivale, y por lo que hace al segundo se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

El error de hecho esencial e invencible origina la inculpabilidad por ausencia del dolo, entendiéndose por éste el desconocimiento de los elementos esenciales del tipo o por que se recae sobre circunstancias calificativas.

Dentro de éste error de hecho esencial encontramos a las eximentes putativas, respecto de estas Castellanos Tena dice que: "se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar el hecho típico del derecho penal hayarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, ilícita), sin serlo". (91)

En lo relativo a las eximentes putativas tenemos a la defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el ejercicio de un derecho putativo y el cumplimiento de un deber putativo.

Luego entonces, aún cuando el error de hecho esencial e invencible no este regulado de manera expresa en --- nuestro Código Penal, se entiende en la interpretación a -- contrario sensu, que se da del artículo 82 que habla de las

---

(91) Ob. Cit. Pág. 260.

formas de la culpabilidad.

Otro de los aspectos negativos de la culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, donde encontramos - el estado de necesidad (cuando los bienes en conflicto son' de igual valor), y el temor fundado, estas excluyentes es--tan reguladas en nuestro ordenamiento punitivo en el artículo 15 fracciones IV Y VI, respectivamente, regulándose dentro del mismo precepto legal algunos otros casos especiff--cos de los cuales ya se hizo mención.

Castellanos Tena dice, que con la frase "no exigibilidad de otra conducta, se da a entender que la realiza--ción de un hecho penalmente típficado, obedece a una situación especialísima, apremiante que hace excusable ese com--portamiento". (92)

Por su parte Villalobos opina que cuando se habla' de la no exigibilidad de otra conducta "nos referimos sólo' a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible' que la persona obre en sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no pueda ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social". (93)

---

(92) *Ibidem*. Pág. 263.

(93) *Ob. Cit.* Pág. 421.

Respecto a estas causas de inculpabilidad aplicadas al delito de violación equiparada podemos decir que no se pueden presentar, apoyando esto con base en el criterio del jurista González de la Vega quien manifiesta que tratándose de aquellas enfermedades que impiden resistir la conducta delictuosa es imposible que el agente sea considerado como un inculpable al externar ignorancia de las circunstancias en que se encontraba la víctima, pues aquí es claramente perceptible los caracteres externos de imposibilidad de movimientos o de toda acción eficaz para defenderse y más frecuentemente es el caso de que sin que la víctima se cuenta se le haga ingerir por parte de éste alguna sustancia narcótica y así aprovechar sexualmente de la persona.

Y por lo que hace a la acción que recae en persona menor de edad, en términos generales es inoperante que el sujeto activo del delito afirme ignorancia respecto de la edad o estado de la persona por que en estos casos es fácilmente perceptible el escaso desarrollo fisiológico del menor para responder el acto copulativo. Por lo que si la excluyente de responsabilidad se basa en la ignorancia del inculpable al tiempo de obrar y por el simple desconocimiento de la edad y la falta de evidencia del escaso desarrollo corporal del menor no puede servirle de excusa, por lo menos en la generalidad de los casos.

## C A P I T U L O O C T A V O.

## CONSIDERACIONES PERSONALES.

8.1 CONCEPTO DE COPULA QUE DEBE TENERSE O ACEPTARSE.

8.2 CRITICA A LA LIMITACION DE LOS SUBTIPOS DEL DELITO DE VIOLACION.

8.3 PUNIBILIDAD DE ESTE DELITO.

### 8.1 CONCEPTO DE COPULA QUE DEBE TENERSE O ACEPTARSE.

Una vez que ya analizamos el concepto de cópula -- que hay respecto de la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobresaliendo la discrepancia de criterios -- que priva en torno al concepto de la misma en que si se acepta únicamente la cópula normal o también la anormal incluyendo dentro de esta última la fellatio in ore, hemos de decir que si se acepta, pues a pesar de que nuestro código penal vigente sea formalista al dar el concepto generalizado de lo que debe entenderse por cópula en el delito de violación, considero que debiera ser más amplio para los efectos de este ilícito incluyendo en este la cópula bucal, -- esto con el objeto de evitar la diferenciación de criterios -- que hay respecto de que si se acepta o no esta cópula, ya -- que esta no debe ser entendida en su sentido biológico como se emplea en el delito de estupro, en el cual implícitamente el coito es normal, situación contraria en el delito de violación donde debido a su naturaleza se le ha considerado como uno de los delitos sexuales más graves que prevé nuestro ordenamiento punitivo, esto atendiendo a los medios que se emplean o utilizan para la obtención de la cópula, por lo que concluyo que con la cópula bucal también hay viola--

ción, porque se atenta contra la libertad y seguridad sexual que tiene la víctima, por lo que para los efectos jurídicos el concepto de cópula contra natura (la que se realiza por el ano y la boca) es más amplio y en todo caso el legislador no establece restricción alguna al respecto así mismo, en esta no se requiere de una perfección fisiológica pues basta que el sujeto activo introduzca su órgano genital en la abertura vaginal, anal o bucal.

## 8.2 CRITICA A LA LIMITACION DE LOS SUBTIPOS DEL DELITO DE VIOLACION.

Respecto a la limitación de uno de los subtipos o situaciones que contemplaba el artículo 266 del código penal antes de las reformas del 29, de diciembre de 1988, se tenía también como sujetos pasivos de este ilícito a aquellas personas que se encontraban afectadas de sus facultades mentales al preverseles como \*personas que por cualquier causa no esten en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales\*, es decir que en estos casos se refería fundamentalmente a enfermos mentales o personas que en esos momentos tienen una capacidad parcial para producirse, ahora bien con las reformas que hubo a este tipo penal, considero que se dejara a un lado a estas personas para referirse este tipo solamente a las personas que -

\*no pueden resistir la conducta delictuosa\*, es decir que - el legislador esta dejando una laguna en la ley al no contemplar a estas personas como sujetos pasivos de un atentado de esta naturaleza, o bien tal vez para el legislador a su criterio es más amplio el concepto de resistir que el de producirse, sin embargo en ningún momento en los debates -- que hubo en torno a estas reformas los legisladores no hacen mención a esta situación, por lo que considero que al no expresar los motivos que a bien tuvieron los mismos , para suprimir este subtipo, la reforma en parte no resulto -- ser tan substancial como la que se hizo en el año de 1966 - en la que si externaron los motivos o razones que tuvieron - para crear las tres hipótesis que previó dicho tipo penal y que no contemplaba el artículo 265 del código penal.

### 8.3 PUNIBILIDAD DE ESTE DELITO.

Por lo que hace a la penalidad que se ha aplicado al delito de violación hemos de observar que esta ha venido incrementando a través del tiempo y como las mismas necesidades de la población lo requerían, aunque en ocasiones podemos decir que está no tubo el acierto de incrementarse en la medida media necesaria que la misma ciudadanía lo requería, sino que es hasta el año de 1983, cuando a partir de este momento la pena que ha de aplicarse a los violadores -

tiene una gran transcendencia jurídica en el sentido de que a partir de esa fecha todos los presuntos responsables de este ilícito dejan de obtener su libertad bajo fianza, misma que se logró en base al malestar general que externaba - nuestra sociedad al manifestar que no se estaba actuando -- con la severidad necesaria que debería de aplicarse a estos sujetos, pues inclusive se consideraba que se actuaba con - benignidad; ahora bien por otra parte podemos decir que el incremento de la penalidad que ha de aplicarse desafortunadamente no ha disminuido el incremento tan desorbitante que ha alcanzado este delito sexual, que se comete y registra a diario en nuestra sociedad, provocando con ello una inseguridad y malestar general en la población, mismo que se ve - reflejado en las estadísticas que se han hecho en relación a este delito, por lo que considero que aún falta mucho más por abarcar por parte de nuestro gobierno a fin de prevenir y combatir estos ilícitos, pues a mayor represión no significa menor disminución del mismo, por lo que se requiere -- que se haga un estudio global del problema de la criminalidad que tenga por objeto lograr mejores ordenamientos jurídicos que conjuguen el combate hacia los factores que influyen en la delincuencia, pues no solamente un incremento de la pena significa una disminución del alto índice de delincuentes, sino que hay que tratar de localizar las causas --

que la motivan y generan para así estar en condiciones de combatirlos y crear con ello una actitud responsable al legislar en esta materia, pues en caso contrario únicamente lo que se está logrando es saturar los centros de readaptación social (reclusorios), sin que con los mismos se implique que con ello se desaliente la delincuencia, por lo que se hace urgente y necesario que se legisle con la seriedad necesaria que la situación lo requiera y no solamente incrementando la penalidad y reformando el código penal, sin que en el mismo se externen los motivos en que se fundan para reformar el mismo, ya que no basta que se propongan fines de bienestar social al expresar convertir a nuestra sociedad en una sociedad igualitaria en donde se respetaran los derechos de las personas, sin que realmente se cumplan, pues la realidad supera todos estos propósitos que se proponen sin que los mismos se realicen.

Dentro de los factores que influyen determinante--mente en el incremento de este delito podemos mencionar entre alguno de ellos al alcoholismo, la drogadicción, las condiciones de vida que existen en nuestra sociedad como son la miseria, la falta de empleo, la desigualdad de clases, la falta de educación sexual, de información o distorsión que hay respecto del sexo, mismo que se publica a través de los diversos medios masivos de comunicación, ect.

Como ejemplo de uno de los factores que más influ-

yen en el desequilibrio psicológico y emocional de los sujetos y que en la actualidad a tenido gran auge, que puede -- traducirse en daños irreversibles a la libertad y seguridad sexual de terceros, es la proliferación del alto número de ' revistas pornográficas que se venden a diario en nuestra -- ciudad, aunado a esto las películas que se exhiben en el cine, la televisión y los video cassetes donde abiertamente ' se hace mención al cuerpo humano, pero en especial al de la mujer donde pasan escenas sexuales con el propósito de exitar al consumidor, deseos eróticos o lascivos que tienden ne cesariamente a encaminar al sujeto a la satisfacción de sus instintos sexuales, atropellando con estos actos a sus --- víctimas, por lo que siendo la pornografía una causa que ge nera la delincuencia sexual es deber de nuestro gobierno -- prevenir su proliferación a través de los diversos medios -- que considere a su parecer más pertinentes, abarcando con -- ello todas aquellas causas que lo generan y en su caso es- cuchando las proposiciones positivas que se les sugieran -- por parte de la población y no concretarse a proponer como ' único objetivo el incremento de la penalidad, ya que como -- realidad misma lo demuestra esta medida no resulta ser tan -- acertada para combatir el alto índice de ilícitos de esta ' naturaleza que se cometen a diario y en cualquier hora del ' día sin importar la condición y sexo de la persona que es -- objeto de un atentado de tal magnitud, mismo que a través -

del tiempo causa daños en las personas, esto sin dejar de -  
atender las otras muchas causas que influyen determinante--  
mente en la conducta de estos sujetos que cometen un ilícito de tal transcendencia.

## C O N C L U S I O N E S.

1.- En el delito de violación el bien jurídico tutelado, es la libertad sexual de las personas, por lo que considero que para el caso de los menores deberá tutelarseles como bien jurídico su integridad personal.

2.- Con la conducta desplegada por el sujeto activo del delito de violación sobre su víctima, además de lesionar el bien tutelado por la ley, se atacan otros que le producen daños irreversibles en su persona.

3.- Entre los daños que se ocasionan al sujeto pasivo del delito de violación encontramos los de carácter: físico, familiar, social y psíquico.

4.- Es necesario que además de la pena corporal -- que se aplica al violador, deberá imponersele una de carácter económico.

5.- Está con el fin de proporcionar una ayuda a la víctima que a sufrido un atentado de esta naturaleza, pues con el trauma causado va ha necesitar una ayuda profesional.

6.- Sobre todo en el caso de los menores de edad, a quienes con la imposición de la cópula se les llega a lesionar su órganos genitales internos que a veces resultan ser mortales.

7.- Por otra parte, también se les pueda transmitir a las víctimas, una enfermedad veneréa.

8.- Por lo que la pena que se imponga al violador debiera atender a la lesión que produce su conducta que como fin persigue nuestro ordenamiento punitivo.

## B I B L I O G R A F I A .

- 1.-ACHAVAL, ALFREDO. DELITO DE VIOLACION. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. --- 1979.
- 2.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Ed. Porrúa. -- 1985.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. - Porrúa. 1988.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. Ed. Porrúa. 1986.
- 5.- FONTAN BALESTRA, CARLOS. DELITOS SEXUALES. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1945.
- 6.- GOMEZ, EUSEBIO. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo III. Cía. Argentina. ed. 1940.
- 7.-GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. 1975.
- 8.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. DELITOS SEXUALES. Ed. Porrúa. 1979.

- 9.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO.  
Ed. Hermes S.A.
- 10.- JIMENEZ HUERTA,  
MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO'  
III. Ed. Porrúa. 1986.
- 11.- MARTINEZ ROARO,  
MARCELA. DELITOS SEXUALES. Ed. Porrúa  
1975.
- 12.- MENDOZA DURAN, JOSE O. EL DELITO DE VIOLACION.  
Colección Nereo.
- 13.- MENDIETA Y NUÑEZ,  
LUCIO. DERECHO PRECOLONIAL.  
Ed. Porrúa. 1985.
- 14.-MEZGER, EDMUNDO. TRATADO DE DERECHO PENAL. Ed.  
Revista de Derecho Privado. -  
Madrid.
- 15.- MORENO DE P, ANTONIO. CURSO DE DERECHO PENAL MEXICA  
NO. Ed. Porrúa. México.
- 16.- PAVON VASCONCELOS,  
FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXI-  
CANO. Ed. Porrúa. 1985,
- 17.- PORTE PETIT CANDAUDAP,  
CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GE-  
NERAL DE DERECHO PENAL. Ed. -  
Porrúa. 1987.

- 18.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION. Ed. Porrúa 1980.
- 19.- URE, ERNESTO J. LOS DELITOS DE VIOLACION Y ESTURPRO. Ed. Ideas. 1952.
- 20.- RANIERI, SILVIO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO. Ed. Cardenas.

## L E G I S L A C I O N .

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Ed. Porrúa. S.A. 1983.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN  
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. Ed. Porrúa  
1990.

## O T R A S F U E N T E S .

- 1.- Diario de los Debates.- 4 de octubre de 1966.
- 2.- Diario de los Debates.- 27 de diciembre de 1988.
- 3.- Diario Oficial de la Federación.- 25 de Octubre de 1966.
- 4.- Diario Oficial de la Federación.- 3 de enero de 1989.
- 5.- Diccionario Jurídico Mexicano. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 6.- Enciclopedia Universal Ilustrada. Europa Americana.
- 7.- Leyes Penales Mexicanas. Editadas por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- 8.- Revista Mexicana de Justicia. \*86. No. 4. Vo. I Oct-Dic 86.
- 9.- Semanario Judicial de la federación CIV. Quinta Epoca.