

308409



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

9
Lej

ANALISIS JURIDICO DE LA VIOLACION SEXUAL
DE MENORES E INCAPACES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BELEM OROZCO FRANCIA

ASESOR DE TESIS: LIC. ALFREDO ARIAS CARDONA

DICIEMBRE, 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

272169



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Hoy te doy gracias, Señor
por la luz y por el día,
por mis ratos de dolor,
y por toda mi alegría,
por los padres que me diste,
y también por mis hermanos,
por lo que de mi ser hiciste
y por mis sueños logrados.
por los que mucho me aman,
por los que nada me quieren,
por los que feliz me aclaman,
por los que a veces me hieren,
por la dicha, por la paz,
por la unidad y el amor,
por todo lo que me das,
hoy te doy gracias. Señor.

A MIS PADRES.

RAFAEL OROZCO AGUILERA Y

SARA FRANCIA HERNANDEZ.

Por enseñarme el camino difícil de andar y gracias a su apoyo incondicional, consejos y regaños, he culminado en el éxito que hoy alcanzo, como un paso más en mi vida personal y profesional.

A MIS HERMANOS.

RAFAEL, ROCIO, SANTIAGO, RENE, ESMERALDA Y
JOSE GUADALUPE.

Por la Unión, comprensión que hemos guardado y que ha sido de gran apoyo moral, para poder realizar las actividades en el camino de la enseñanza y que ello debe servir de ejemplo para que él más pequeño de mis hermanos y mi sobrina Miriam, logren llegar a la cima del éxito.

A MI ESPOSO.

JOSE CRUZ HERNANDEZ.

Por la confianza, amor, comprensión y ayuda que me has brindado, tanto en mi vida personal y profesional, por que debido a esto he podido concluir con una etapa más en mi vida.

Te amo.

A LA UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

Agradeciendo de antemano que como alma mater, me acogió por el pasar del tiempo, en el cual se me enseñó con serenidad y paciencia através de sus docentes el conocimiento del derecho, que conlleva a las buenas relaciones humanas.

CON ADMIRACION Y RESPETO.

A MI ASESOR.

LIC. ALFREDO ARIAS CARDONA

Como árbol de roble que no fallece, por los errores que cometía para la elaboración del presente trabajo, dado que se me guiaba con esmero y paciencia.

A MIS AMIGOS.

NOEMY, ENRIQUE, FLORENCIO,
FRANCISCO.

Que supieron brindarme sus alegrías y tristezas en todas y cada una de las etapas de mi vida, hasta hoy, y que sirve de base para poder ser social en este mundo tan complejo, como es el que vivimos. Esperando que esta amistad sincera nunca culmine.

A MI FAMILIA

Que de manera directa o indirecta me han apoyado moralmente para la culminación de mi carrera profesional.

LIC. JUAN TAPIA MEJIA Y
LIC. SARA LOPEZ PANTOJA.

Con respeto y gran admiración y que gracias a su ejemplo de superación, comprensión y oportunidades, que se me han brindado, me he superado más día a día, como persona y como profesionistas. Y más aún por su amistad.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO.

Que han compartido sus conocimientos de manera paciente y desinteresada, asimismo por la amistad sincera que se me han brindado, que me ha ayudado a desempeñar con alegría y esmero mi encargo.

LIC. MANUEL RANGEL PRECIADO.

Que me ha brindado su amistad incondicional y apoyo, además de ser una linda persona con la cual puedo contar.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS.

Con las que he convivido en el transcurso de mi vida y que han servido de ejemplo, asimismo por que me han apoyado sin esperar nada a cambio, gracias a todas ellas, las cuales tienen un lugar muy especial en mi corazón.

**ANALISIS JURIDICO DE LA VIOLACION SEXUAL
DE
MENORES E INCAPACES**

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	01
CAPITULO I. ASPECTOS HISTORICOS	04
A. CONCEPTO GENERAL DE VIOLACION SEXUAL.....	05
B. CONCEPTO GENERAL DE MENOR.....	06
C. CONCEPTO GENERAL DE INCAPAZ.....	06
D. EN ROMA.....	07
E. EN MEXICO.....	12
1.- Código Penal 1871.....	12
2.- Código Penal 1929.....	15
3.- Código Penal 1931.....	16
CAPITULO II. ANALISIS JURIDICO DE LA VIOLACION SEXUAL DE MENORES E INCAPACES	19
A. CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA.....	22
B. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION EQUIPARADA.....	26

1.- Conducta.....	28
2.- Tipicidad.....	35
a. El Cuerpo del Cuerpo del delito.....	36
b. Clasificación del Cuerpo del Delito.....	37
c. Elementos generales del Cuerpo del Delito.....	39
d. Elementos especiales del Cuerpo del Delito.....	42
e. Clasificación del delito en orden a los elementos del Cuerpo del Delito.....	47
3.- Antijuridicidad.....	56
4.- Imputabilidad.....	58
5.- Culpabilidad.....	60
6.- Condiciones objetivas de punibilidad.....	65
7.- Punibilidad.....	66
C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE VIOLACION EQUIPARADA.....	67
1.- Ausencia de conducta.....	68
2.- Atipicidad.....	70
3.- Causas Excluyentes del Delito.....	73
4.- Inimputabilidad.....	75
5.- Inculpabilidad.....	76
6.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.....	77
7.- Excusas absolutorias.....	77
D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO.....	79
1.- Consumación.....	79
2.- Tentativa.....	80
a. Tentativa acabada.....	81
b. Tentativa inacabada.....	82
3.- Delito imposible.....	85

E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION).....	86
F. CONCURSO DE DELITOS.....	88
1.- Concurso ideal.....	89
2.- Concurso real.....	90
G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO.....	93
1.- Denuncia.....	93
2.- Querrela.....	94
3.- Autorización.....	95
4.- Excitativa.....	95

CAPITULO III. CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL

CUERPO DEL DELITO DE ESTUDIO.....	97
A. FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNO AL DELITO.....	99
1.- Endógenos.....	106
2.- Exógenos.....	107
B. CASTIGO Y PREVENION COMO FINES DE LA PENA.....	108
C. LA IMPUBERTAD Y LA INCAPACIDAD PARA RESISTIR LA CONDUCTA DELICTUOSA, CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD.....	112
D. REFLEXIONES RESPECTO A LA VIOLENCIA EN LA VIOLACION FICTA.....	116

E. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL

DELITO.....	125
1.- En el impúber.....	127
a. Físicos.....	127
b. Psicológicos.....	127
c. Morales.....	128
2.- En el incapaz o imposibilitado.....	128
a. Físicos.....	128
b. Psicológicos.....	128
c. Morales.....	129
3.- En la colectividad.....	130
a. Psicológicos.....	130
b. Morales.....	130

CAPITULO IV. BREVE ANALISIS COMPARATIVO DEL CONTENIDO Y

PENALIDAD DE LOS ARTICULOS 265 PRIMER

PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL,

ANTES Y DESPUES DE LAS ULTIMAS

REFORMAS..... 131

A. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265

PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO PENAL,

ANTES DE LAS REFORMAS..... 132

B. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTÍCULO 265

PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO EN

CITA, DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS..... 135

C. NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 266

DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL..... 138

CONCLUSIONES..... 141

BIBLIOGRAFIA..... 147

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación, tiene como objeto de estudio el artículo 266 del Código Penal, tanto en su contenido como penalidad, toda vez que en éste artículo se hace la descripción legal correspondiente a una conducta que contraviene el orden social en gran manera, una conducta de gran impacto y trascendencia: la agresión sexual, el ataque sexual a menores de doce años y a los incapaces o imposibilitados para resistir la conducta delictuosa.

Pienso que la sociedad completa reprueba los delitos en general, pero, le da mayor importancia a los delitos de tal índole, por lo que desearía poder decir que tales delitos no existen. No obstante, día con día estos delitos se cometen, no sólo a nivel nacional, sino a nivel internacional y hoy en día con mayor frecuencia en todas las esferas y clases sociales. Así, surge pues la necesidad de un estudiante de derecho de hacer algo, para erradicar dichas conductas, cuyos efectos son devastadores en la vida de un individuo, y que tanto degradan a la sociedad; o por lo menos, algo para reprimirlos y reducir lo más posible su comisión.

Para erradicar el presente delito hace falta dos cosas: Primera una firme y adecuada educación sexual a hombres y mujeres, una educación que permita a las mujeres como futuras madres, inculcar en sus hijos el respeto por los demás, por la mujer, una educación que impida que los hombres sigan viendo a la mujer como un objeto para satisfacer su placer sexual, que la utilicen para dichos fines y dejen cuando quieran, que les permita comprender que una buena relación no depende, de una dominación violenta, sino la plena satisfacción de ambas personas en las relaciones sexuales, así como no abusar de la personas que legal o por enfermedad natural, no puedan resistir la agresión sexual; y segunda, en cuanto a aquellos delincuentes sexuales a los que se considera enfermos y que

realmente lo están, no hay que encerrarlos en una prisión por un número determinado de años, pues todo plazo se cumple, sino más bien, darles un tratamiento adecuado y eficaz en el que resulte su cura, y por ende, su readaptación social, pero, para que esto pueda llevarse a la práctica se requiere de una estructura jurídica que brinde seguridad a la sociedad, y de una labor interdisciplinaria seria, consciente y ardua, la cual se encuentra aún en su génesis, luego entonces el se puede decir que el Estado aún no tiene las medidas necesarias para la cura de los delinquentes sexuales, como tampoco para impartir la educación sexual necesaria.

Así pues, únicamente nos queda acudir a la represión, para reducir al mínimo la comisión de tales delitos. Ahora bien, dicha represión sólo se justifica a través de su regulación en el orden jurídico existente, pero además, para que la represión sea eficaz se requiere que la legislación penal, al sancionar una conducta, tome en cuenta todo los aspectos de la misma, y los fines que persigue al castigarla, a fin de que imponga la pena justa y necesaria como lo establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal; por mi parte, me pregunto ¿si el Código citado da el trato adecuado al Cuerpo del Delito en cuestión para lograr la defensa y seguridad de la sociedad?, es la interrogante, que me motiva ha realizar el presente análisis jurídico.

El análisis jurídico que se pretende realizar sobre el cuerpo del delito de la violación equiparada, está integrado por cuatro capítulos, en los cuales se encuentran puntos de interés en sí, y que además contribuyen a un mismo fin, a saber: dar respuesta lógica y acertada a la interrogante planteada.

El primer capítulo, contiene un breve panorama histórico del delito, en el cual se contempla el Derecho Romano, y desde luego, el Derecho Penal Mexicano, incluyendo los Códigos de 1871, 1929 y 1931. Antecedentes que obviamente se estudian con relación a la regulación jurídica que recibía la conducta en cuestión.

Asimismo, el capítulo II, abarca todos aquellos puntos necesarios para un verdadero, análisis jurídico como: los elementos positivos del delito, los elementos negativos, las formas de aparición del delito, el concurso de personas o participación, concurso de delitos, y finalmente las formas de persecución del delito, todos éstos, relacionados de forma íntima con la violación equiparada, y en todos ellos, también tratamos, aunque brevemente, los conflictos doctrinarios que surgen a partir de los mismos.

Forman parte importantísima en la realización de ésta tesis, los puntos constitutivos del capítulo III e incluso los dos primeros subtítulos del cuarto apartado, ya que, éstos son, o constituyen los argumentos clave, base de nuestra propuesta sobre el tema, misma que se expresa claramente en el último punto del capítulo IV. Tales puntos se refieren a los factores que influyen en torno al delito; al fundamento, fines e importancia de la medida de la pena; a la cantidad de los sujetos pasivos de la violación equiparada, como circunstancias que rodean el uso de la violencia en este delito, los efectos que produce la comisión del mismo; y finalmente, un breve estudio comparativo entre el artículo 265 primer párrafo y el artículo 266, antes y después de las últimas reformas. Todo lo anterior contribuye de forma concreta, a la formulación de la propuesta mencionada.

Finalmente cabe advertir al lector, que la presente investigación, tiene los límites de mi perspectiva, criterio, y conocimientos jurídicos o generales donde quizá hagan falta conocimientos jurídicos o generales, donde quizá hagan falta conocimientos médicos, de psicología, sociología, etc.; conocimiento que suplo, solo con un razonamiento lógico, pero simple.

No obstante lo anterior, tengo la satisfacción de haber realizado una investigación más o menos completa, donde no únicamente se hizo una compilación de datos, sino además pude expresar abiertamente toda crítica u opinión que se consideró oportuna, además de ofrecer una proposición práctica, que pienso es acertada, misma que dejó a su consideración.

CAPITULO I. ASPECTOS HISTORICOS

A. CONCEPTO GENERAL DE VIOLACION SEXUAL.

B. CONCEPTO GENERAL DE MENOR.

C. CONCEPTO GENERAL DE INCAPAZ.

D. EN ROMA.

E. EN MEXICO.

1.- Código Penal 1871

2.- Código Penal 1929

3.- Código Penal 1931

CAPITULO I.

ASPECTOS HISTORICOS

A. CONCEPTO GENERAL DE VIOLACION SEXUAL:

VIOLACION: La introducción por medio de la violencia física o moral, del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo (cópula).

Se entiende también como violación la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Ahora bien el tipo de violación que se menciona en el segundo párrafo del concepto anterior, es llamada también como violación no fálica. (1)

B. CONCEPTO GENERAL DE MENOR.

MENOR.- Minore, adj. Comparativo a pequeño; adj. el menor de edad. (2)

C. CONCEPTO GENERAL DE INCAPAZ.

INCAPAZ.- (latce) adj. falta de cabida; derecho, que carece de aptitud legal para ciertos actos. (3)

En nuestro Código Civil, en su artículo 450, manifiesta cuales son las personas incapaces para la Ley:

Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la

(1) CODIGO PENAL MEXICANO, 1999.

(2) Enciclopedia Microsoft carta, 1999.

(3) *Ibidem.*

adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. (4)

D. EN ROMA.

En primer término, citaremos el concepto romano del delito en general; posteriormente, haremos referencia a la clasificación de los delitos en públicos y privados; señalaremos también los delitos que pertenecen a un grupo y a otro, sin olvidarnos de indicar las figuras que se incluyeron en la categoría de delitos, en el último siglo de la República; y finalmente trataremos aquello que se relaciona directamente con el delito en materia, concluyendo con las acciones, leyes y pena que procedían respecto al delito en cuestión.

En la antigua Roma, y en atención a lo anterior, tenemos que: "Por delictum se entiende, en la época clásica, el acto ilícito castigado con una pena privada y por consiguiente fuente de obligaciones, mientras que crimen indica un hecho ilícito castigado con una pena Pública. " (5)

(4) Código Civil. 1999.

(5) Hernández Tejero, **DERECHO ROMANO**, p. 257

(6) Raúl Carrancá y Trujillo, **DERECHO PENAL MEXICANO: PARTE GENERAL**, p. 95

Ahora bien, al incluir los conceptos anteriores, . . . *acto o hecho ilícito castigado con una pena* . . . se habla de algo común que en cierta forma unifica los conceptos de *delictum y crimen*,⁽⁶⁾ unificación que posiblemente es el antecedente romano de la definición legal del delito, descrita en el Código Penal Mexicano y otros de nuestro tiempo.

Como se desprende del concepto citado, los ilícitos se dividían en dos grupos, según el castigo que les correspondiente, así “ . . . *se distinguió entre delicta pública y delicta privata*”.⁽⁷⁾

En un principio se pensó que los delitos privados dañaban únicamente al particular, mientras que los públicos ponían en peligro evidente a toda la comunidad; los privados se perseguían a iniciativa de la víctima, en tanto que los públicos era perseguidos de oficio o a petición de cualquier ciudadano; en los primeros la pena se ejecutaba por los particulares y sólo a éstos beneficiaba, y en los segundos la pena se ejecutaba por el Estado.

No obstante lo anterior, los autores están de acuerdo en que los delitos privados se constituyen en delito públicos, pues finalmente se acepta que: “ . . . *afectaban la paz pública y que el Estado debía reprimirlos independientemente de la voluntad de las víctimas*.”⁽⁸⁾

Respecto a los delitos en particular y a su clasificación, *el furtum, rapiña, iniuria y damnum iniuria datum* son los delitos que al principio pertenecían al Derecho Penal Privado.⁽⁹⁾ Por otra parte, al Derecho Penal Público, corresponde *el perduellio y el parricidium*.⁽¹⁰⁾

(7) Cfr. Sabino Ventura Silva, *DERECHO ROMANO*, p. 387; Margadat S. Guillermo F., *DERECHO PRIVADO ROMANO*, p. 432

(8) Ventura, *loc. cit.*

(9) El *furtum* se refería al robo en sí, la *rapiña* al robo con violencia, la figura del *damnum iniuria datum* consiste en daño a las cosas. (Hernández Tejero, *loc. cit.*)

(10) El *perduellio* es la traición a la patria, y el *parricidium* se refiere al homicidio, (Mommson, *op. cit.* p. 332, 333)

Luego, Mommsen señala que el sistema penal antiguo fue esencialmente ampliado en el último siglo de la república, con lo que se incluyeron en la categoría de delitos varias relaciones éticas que no estaban comprendidas en la esfera jurídica. Así, en momentos diversos, y aunque con muy poca organización, se introducen delitos tales como *la coacción, la falsificación, atentados al pudor, adulterio y finalmente la herejía y el rapto.* (11)

Enseguida destacamos cuestiones importantes, mismas, que se refieren a figuras citadas con antelación, tales como, la injuria, coacción, atentados al pudor y el rapto, lo cual consideramos necesario, en virtud de que el antiguo Derecho Romano, no distinguió la violencia carnal del rapto; ni el estupro del adulterio, o de la violación, englobando así, en un solo grupo la conducta sexual ilícita. (12)

Ahora, respecto a la injuria, ésta, en sentido estricto implica cualquier acto cometido en ofensa de una persona; puede ser *verbis o re*, según fuese la palabra o hecho; *levis y atrox*, según la gravedad y siempre que se tratara de lesiones físicas, *hay iniuria atrox cuando la ofensa resulta agravada por circunstancias de lugar o condición de la víctima.* (13)

(11) Op. cit., p. 334

(12) Cfr. Francisco Carrara, **PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL: PARTE ESPECIAL, VOL. II**, p. 290 (1541); **D. 48, 5, 6, 1;** **D. 48, 5, 30, 9.**

(13) Cfr. Hernández, *op. cit.*, pp. 259, 260; En un principio la iniuria consistía en lesiones físicas, pero, posteriormente el pretor extiende el concepto a las lesiones morales. Y en tiempos de Sila, una Lex Cornelia otorga a la víctima una opción entre la *actio iniuriarum* y el procedimiento previsto para delitos públicos; Y, en tiempos de Justiniano, se transforma en delito público. Cfr. Margadant, *op. cit.*, pp. 440, 441.

En cuanto a la coacción (vis) Mommsen afirma que: *"Vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de una mal o, lo que es lo mismo, por medio (metus), par determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción."* (14)

Son varias las formas de coacción que Mommsen describe, pero, sólo nos interesa una, aquella en la que se declara: *"El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su propia voluntad, así como también el estuproarla, era hechos que, aún siendo las víctimas individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley plotia, pero sí de la más severa de las julias sobre la coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital."* (15)

Nótese que se unen, bajo la misma forma de coacción, el rapto y el estupro.

Por otra parte, respecto a los atentados al pudor hay dos puntos importantes a tratar: Primero, el ofender el pudor, de alguien, es una conducta que encuadra en la figura de la injuria; y segundo el que atenta contra el pudor de una mujer o un hombre, tanto ingenuos como libertinos, responde precisamente, con la acción de injurias. (16)

Ahora bien, recuérdese que el rapto podía caer en una de las formas de coacción, no obstante, cuando no hubiese de ser castigado con la acción correspondiente a dicha figura, el padre y el marido de la persona raptada podían perseguirlo por medio de la acción de injurias. Y cuando el rapto es considerado, por Constantino, delito público, es castigado como tal, por lo que, corresponde a éste delito la pena capital. (17)

(14) *op. cit.*, p. 410

(15) *Ibidem*, p. 416

(16) Cfr. D. 47, 10, 1, 2 : D. 47, 10, 9, 4.

(17) Cfr. Mommsen, *op. cit.*, p. 439.

En cuanto al estupro, cuando se comete contra una esclava procede la acción de injurias, y si la esclava que ha sufrido el estupro es impúber, procede también la acción de la *Ley Aquilia*, ya que la *Ley Julia* solamente se aplica cuando las víctimas son personas libres. (18)

Por último, con relación al estupro hacemos la cita siguiente: "*No hay duda de que puede acusarse sin límite de tiempo al que cometió estupro por violación, en un hombre o en una mujer, . . . (Ulp. 4 de adult.)*" (19)

En concreto y con base en todo lo anterior, son tres los puntos que nos interesan relativos a los antecedentes romanos del delito que se estudia, mismo que indicamos a continuación:

1° *Las figuras delictivas de carácter sexual, no se encontraban bien delimitadas en el antiguo Derecho Romano, lo cual, hace imposible señalar una figura específica como antecedente directo y único de la violación equiparada. Por lo que, a nuestro juicio puede considerarse como antecedente del delito en cuestión la conducta sexual ilícita en sí.*

2° *Las vías procesales o las acciones a que se podía recurrir, en vista de una ilícito de carácter sexual, son: la acción de injurias, la acción de la Ley Aquilia, y sobre todo la acción de la Ley Julia.* (20)

3° *La unión sexual violenta con cualquier persona se castigaba con la pena de muerte, en atención a la Lex Julia de vi publica.* (21)

(18) Cfr. D. 47, 10, 15.; D. 48, 5, 6.

(19) D. 48, 5, 30, 29, 9.

(20) Vid. supra.

(21) Cfr. González Blanco Alberto, DELITOS SEXUALES, p. 137; Carrara, loc. cit.; Mommsen, op. cit. pp. 416, 439. 440.

E. EN MEXICO

En virtud a que el delito que se estudia se encuentra establecido en la ley penal mexicana, es la misma la que se contempla en éste inciso abarcado los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931. Unica y exclusivamente se hará una breve mención relacionada con las comisiones que formularon los proyectos, y desde luego se destacarán los artículos que se ocupan de la violación y de la violación ficta, se harán también observaciones referidas al contenido de dichos artículos, al momento de comentar cada uno de los códigos, pero la comparación entre los mismos se realizará al final del capítulo. Comparación relativa a la violación equiparada.

1.- CODIGO PENAL DE 1871.

Los trabajos para la elaboración de éste Código, dieron principio en el año 1861 y estuvieron a cargo de los Licenciados D. Urbano Fonseca, D. José Maria Herrera y Zavala, C. Alonso Martínez de Castro, D. Manuel María Zamocona y D. Carlos María Zaavedra-Comisión nombrada por el Ministro de Justicia D. Jesús Terán, por instrucciones provenientes del entonces presidente de la República. Esta comisión trabajó hasta el año 1863 en el que la invasión francesa impide la continuación de su tarea. (22)

No obstante lo anterior, el 28 de septiembre de 1863 el mismo Licenciado Benito Juárez dispone que los trabajos para la formulación del Código Penal deben continuar, por lo que, el Licenciado Ignacio Mariscal, entonces Ministro de Justicia, reorganiza e integra la comisión, que ha de continuar la elaboración de dicho Código, como sigue:

Presidente C. Antonio Martínez de Castro.

C. Manuel Zamacona.

C. José M. Lafragua.

C. Eulalio Ma. Ortega.

Secretario C. Indalecio Sánchez Gavito. (23)

El Código que se trata debe ser considerado como un documento de orientación clásica dominado suavemente por el positivismo, admite: a) medidas preventivas y correccionales y b) libertad preparatoria y retención. Consta de 1152 artículos y 28 transitorios. (24)

El tipo penal que se estudia tiene sus antecedentes en los artículos 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801 y 802 del Código Penal de 1871, pero, los artículos 795, 796, 797 y 798 constituyen el antecedente más directo, los mencionados artículos establecen:

“Artículo 795. Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

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

Artículo 797. La pena de la violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce año.

Si fuere menor de esa edad el término medio de la pena será de diez años.

(22) Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. LEYES PENALES MEXICANAS, T.I., p. 269, En el mismo sentido, Porte Petit Celestino C., APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, pp. 50, 51.

(23) Cfr. *ibidem*.

(24) Cfr. Porte Petit, apud. Martínez de Castro, CRIMINALIA XII, pp. 289-299.

Artículo 798. Si la violación fuese precedida o acompañada de golpes lesiones, se observarán las reglas de acumulación". (25).

En cuanto al contenido de estos artículos, hay varias observaciones por hacer.

La primera de ellas relacionada con el artículo 795, especialmente con la parte que dice: ". . . por medio de la violencia . . . sin la voluntad de ésta . . ." respecto a la cual, algunos autores se manifiestan en cabal desacuerdo, ya que, al requerir el tipo de violencia como medio comisivo, les parece obvio que la cópula ha de efectuarse sin la voluntad de la víctima; en tanto que otros, consideran acertada la redacción del artículo en discusión en virtud de que: bien puede darse una relación violenta, pero lícita entre un sádico y una masoquista, o bien, podría ser que una meretriz acepte de buen grado que la realización de la cópula se acompañe de violencia, siempre que se cubra el precio requerido por sus servicios. (26)

No obstante lo anterior, consideramos innecesario que el cuerpo del delito requiera, para la integración del delito, la realización de la cópula sin la voluntad del pasivo, supuesto que antes exige la violencia física o moral como medio de obtener la unión carnal. Además en los casos señalados con anterioridad, la violencia no se usa como medio para lograr el acceso carnal, sino el placer; y finalmente, aquellos no son la regla sino la excepción.

En relación al artículo 796 sólo cabe señalar que para nosotros la conducta del cuerpo del delito amerita un aumento en la penalidad. Por otra parte los artículos 797 y 798 nos parecen acertados, y queremos destacar, que ya desde el Código de 1871 se trata la menor edad del pasivo como agravante, lo cual se desprende claramente de la segunda parte del artículo 797.

(25) INACIPE, op. cit., pp. 449, 450.

(26) Cfr. Luis Carlos Pérez, *TRATADO DE DERECHO PENAL*, TOMO IV, p.440

2.- CODIGO PENAL DE 1929.

Esta vez los trabajos de elaboración, los llevó a cabo una comisión integrada por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, y Castañeda. Se iniciaron a fines de 1925. Por órdenes del entonces Presidente de la República, Licenciado Plutarco Elías Calles, quien dio instrucciones al Secretario de Gobernación para que nombrara la comisión redactora que se encargaría de la realización del nuevo Código Penal, pero en el mes de mayo de 1926, el Licenciado José Almaraz entra a substituir al Licenciado Castañeda y se integran a la comisión los Licenciados Enrique C. Gudiño y Manuel Ramos Estrada. Su contenido se despliega a lo largo de 1228 artículos y 5 transitorios. (27)

Su finalidad más próxima es que “. . . en México se adopten principios científicos y racionales que hagan eficaz la lucha contra la delincuencia . . . “ (28) en tal dirección estaban encaminados los esfuerzos del Licenciado José Almaraz, integrante de la comisión.

El Código de 1929 tuvo como antecedente el Código de 1923 del Estado de Veracruz en cuyos trabajos intervino también el Licenciado José Almaraz.

Ahora bien, los artículos que nos interesan se encuentra en el presente Código, bajo el Título decimotercero: De los delitos contra la libertad sexual, en su capítulo primero, y son: del artículo 860 al 863 mismos que transcribimos a continuación:

(27) Cfr. Porte Petit, *op. cit.*, p. 56.

(28) Instituto Nacional de Ciencias Penales. LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO III, p. 9

"Artículo 860. Comete el delito de violación: El que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo.

Artículo 861. Se equipara a la violación y se sancionará como tal: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 862. La sanción de la violación será hasta de seis años de segregación y multa de quince treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuese púber; si no lo fuese la segregación será hasta por diez años.

Artículo 863. Si la violación fuese precedida o acompaña de otros delitos, se observarán las reglas de acumulación."(29)

Artículos que no difieren en esencia de los artículos comentados en el inciso anterior, ya que prácticamente el contenido es el mismo incluyendo la penalidad, las únicas innovaciones son: primera, que en lugar de referir la edad se introduce el término púber; y la otra es que en el artículo 863 que ocupa el lugar del 798 del Código anterior, se habla de otros delitos en vez de golpes o lesiones, lo que no nos parece de gran trascendencia.

3.- CODIGO PENAL DE 1931.

El presente Código, según criterio de Jiménez de Asúa, ". . . representa una tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positiva, es decir, es un Código de filiación político criminal." (30)

(29) INACIPE, op. cit. TOMO III, p. 204

(30) Cit. Pos. Parte Petit, op. cit., p. 56

Por otra parte, nótese que al momento de su redacción el Código en cuestión se integró por 400 bis artículos y 3 transitorios, pero ha sido objeto de múltiples modificaciones entre derogaciones y adiciones, motivo por el cual hoy cuenta con 10 artículos más que constituyen otro título del referido Código.

Las diversas intervenciones han afectado muchos de los artículos, entre ellos el 265 y el 266 que interesan a nuestro estudio. Sin embargo, independientemente de los cambios sufridos por los citados preceptos, transcribimos a continuación el texto original de los multicitados artículos, como corresponde a ésta parte:

Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será cuatro a diez años y la multa de será de cuatro mil a ocho mil pesos.

Artículo 266. Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa "(31)

Una diferencia, bastante positiva por ciento, respecto a estos artículos con relación a los comentados anteriormente, se refiere al arbitrio que ahora goza el Juez, pues se le deja un margen bastante amplio entre el mínimo y el máximo de la sanción; un cambio más que igualmente nos parece acertado, es el hecho de que se unan las hipótesis de menor edad e imposibilidad para resistir la conducta delictuosa bajo el amparo de un mismo cuerpo del delito.

(31) INACIPE, *op. cit.*, TOMO III, p. 341.

No obstante lo anterior, obsérvese que la ley señala una pena agravada para la hipótesis que se encuentra en la segunda parte del artículo 265, por lo que, a nuestro juicio hay confusión, respecto a cual es la pena que ha de aplicarse en cada una de las hipótesis que integran el artículo 266.

Por otra parte, nos parece un error eliminar el precepto de los Códigos anteriores que hablaba de los golpes y lesiones y otros delitos, en donde se aplicarán las reglas de acumulación.

Una observación más que no podemos dejar de hacer, misma en la que cabe hacer énfasis, es el hecho de que la menor edad en el pasivo es una agravante, como los otros Códigos.

Como mencionamos anteriormente, hay muchas reformas a éste Código y estos artículos están dentro de ellas, pero, realmente nos interesan más las últimas reformas y éstas serán contempladas en el capítulo IV, por lo que no se indicarán en éste punto más observaciones al respecto.

CAPITULO II.

ANALISIS JURIDICO
DE LA
VIOLACION SEXUAL
DE MENORES E INCAPACES.

A. CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA

B. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION EQUIPARADA

- 1.- Conducta.
- 2.- Tipicidad.
 - a. El Cuerpo del Cuerpo del delito
 - b. Clasificación del Cuerpo del Delito
 - c. Elementos generales del Cuerpo del Delito
 - d. Elementos especiales del Cuerpo del Delito
 - e. Clasificación del delito en orden a los elementos del Cuerpo del Delito
- 3.- Antijuridicidad
- 4.- Imputabilidad
- 5.- Culpabilidad
- 6.- Condiciones objetivas de punibilidad
- 7.- Punibilidad

C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE VIOLACION EQUIPARADA

- 1.- Ausencia de conducta
- 2.- Atipicidad
- 3.- Causas Excluyentes del Delito
- 4.- Inimputabilidad
- 5.- Inculpabilidad
- 6.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad
- 7.- Excusas absolutorias

D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

- 1.- Consumación
- 2.- Tentativa
 - a. Tentativa acabada
 - b. Tentativa inacabada
- 3.- Delito imposible

E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION)

F. CONCURSO DE DELITOS

- 1.- Concurso ideal
- 2.- Concurso real

G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO

- 1.- Denuncia
- 2.- Querella
- 3.- Autorización
- 4.- Excitativa

CAPITULO II.

ANALISIS JURIDICO DE LA VIOLACION SEXUAL DE MENORES E INCAPACES

A. CONCEPTO DEL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA

Es necesario que antes de indicar el concepto de la violación equiparada, comentemos el concepto de delito en general; hagamos referencia a lo que se entiende por delitos sexuales; y así, finalmente abordar el concepto de la violación equiparada.

Ya nuestro Código Penal establece: “Delito es todo acto y omisión que sancionan las leyes penales . . .” (32) Concepto que a juicio de algunos es incompleto, es una tautología, un juicio a posteriori, exacto, que no aporta nada nuevo. (33)

(32) CODIGO PENAL MEXICANO, ART. 7. PAR. I

(33) Cfr. Jiménez de Asúa, LA LEY Y EL DELITO, p. 201; Maggiore G., DERECHO PENAL V. I., p. 252.

Se habla también de una noción vulgar, como una idea popular, empírica, que no contempla contenido, ni esencia, se considera un error que ya ha sido consagrado por algunos Códigos, entre ellos el mexicano. Además, hay autores que no están de acuerdo en considerar la punibilidad como un elemento del delito, ya que aquélla es sólo una consecuencia de éste. (34)

Respecto a lo expresado anteriormente, cabe hacer notar que si bien es cierto, que la definición legal o formal del delito, no es completa y no se ocupa de contenido y esencia, también lo es que al compararla con la noción vulgar, se da algo de razón al legislador en lo acertado de su definición, puesto que la ley no fue hecha para satisfacer a los técnicos del Derecho, o para perderse en doctrinas más o menos complicadas, sino únicamente y exclusivamente para que el pueblo pueda comprender lo que se le ordena y prohíbe en un ordenamiento legal y estar en posibilidad de entenderlo, y esté realmente obligado a obedecerlo totalmente.

No obstante lo anterior, de ninguna manera negamos la importancia que tiene lograr la formulación de un concepto completo, acertado, que nos indique con claridad lo que es el delito, lo cual ha sido objeto de investigación y estudio jurídico, en diversos tiempos y varios lugares.

Hay también, una concepción integral jurídica: (35) Sí jurídica porque la definición contiene un punto de vista esencialmente jurídico sin pretender encontrar causas o motivaciones de la conducta delictuosa; se dice integral ya que se intenta que sea concreta, sencilla, pero completa, que por medio de sus aspectos estructurales se conozca su contenido y esencia.

(34) Cfr. Villalobos, **DERECHO PENAL MEXICANO**, p. 201, 202; Jiménez de Asúa, *loc. Cit.*

(35) Cfr. Ignacio Villalobos, *op. cit.*, p. 209.

Dentro de la concepción integral, tenemos varias definiciones, mismas que se formulan con base en el número de aspectos que se atribuyen al delito, él que constituye una unidad indivisible.

Ahora hacemos alusión únicamente a la definición con la que estamos de acuerdo, para no extendernos más en ésta parte. Por lo cual citamos en seguida, la definición jurídica integral que nos ofrece Edmundo Mezger, "acción típicamente antijurídica y culpable". (36)

Posteriormente explicaremos, el porqué de nuestra elección o mejor dicho porqué sólo admitimos la existencia de cuatro aspectos del delito, cuando hablemos de cada uno de los mismos y de aquellos que son considerados por otros autores como elementos esenciales del cuerpo del delito, sin serlo para nosotros.

Respecto a los que es considerado como delito sexual tenemos que: "*Se da el nombre de delito sexual a la conducta sexual que ofende a la sociedad dentro de la que el delincuente vive.*" (37) Definición que no nos complace porque nos parece incompleta, equivocada, en virtud de que no describe o explica la esencia de los delitos sexuales, además de que la estructura de la definición se desbarata, si pensamos, en que hay conductas sexuales que ofenden a la sociedad, no obstante lo cual, no se consideran delitos; el mismo auto, indica que: "*cualquier acto criminal inducido por una motivación sexual puede ser considerado como un delito sexual.*" (38) Lo anterior, carece de exactitud, pues, en primer término aunque en algunas ocasiones, efectivamente, puede haber motivación sexual; en otras aunque el delito sea sexual su motivación puede tener otro contenido, e.g. la venganza, la humillación, o ser en sí un acto de violencia. (39)

(36) Cit. Pos., Jiménez de Asúa, op. cit., p. 206.

(37) Benjamin Karpman, LA PSICOPATOLOGIA SEXUAL, p. 9

(38) Ibidem.

(39) "El objetivo de la violación no es el acto sexual en sí; más bien, el perpetrador se vale de éste para cometer un acto de violencia. "Wanda Keyes-Robinson, inspectora Jefe de la Unidad de Agresiones Sexuales de Baltimore, cit. pos., Watch Tower. ¡DESPERTAD!, VIOLACION SEXUAL, p. 5

Y en segundo término, como el mismo autor señala, hay conductas que aún teniendo motivaciones sexuales no son consideradas dentro de ésta clase de delitos.

Para nosotros, en términos jurídicos los delitos sexuales son: *Actos criminales que atacan la libertad sexual, o bien, el normal desarrollo psicosexual de los pasivos, en los que se emplean diversos medios comisivos y cuya motivación puede ser cualquiera.*

Definición que sin duda quedará más clara, una vez que hablemos de los elementos o aspectos esenciales del cuerpo del delito, pero, por el momento pasamos a hablar de la violación equiparada.

En relación al concepto del delito de violación equiparada, vamos a utilizar el contenido del artículo 266 como base, de tal manera que: *" La violación equiparada, impropia o equiparada (40) es la realización de cópula, con persona menor de doce años, o persona que no tenga la capacidad de entender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, en la que se emplea o no la violencia."*

Así, se han destacado los conceptos del delito, delitos sexuales y de violación equiparada, mismos que no deben perderse de vista, que deben tenerse presentes, a efecto de lograr una mejor comprensión del tema.

(40) Ficta, es un término empleado por Carranca y Trujillo, Impropia, por Marcela Martínez Roaro, y equiparada, es el término que se utiliza en el artículo 266 reformado del Código Penal. Términos inexactos, pues presentan una idea falsa de la esencia del cuerpo del delito.

B. ELEMENTOS POSITIVOS DE LA VIOLACION EQUIPARADA.

En la doctrina, hay principalmente dos sistemas para el estudio jurídico del delito: *el unitario o totalitario y el atomizador o analítico*. Según el primero, el delito integra un todo orgánico e indisoluble, que no puede dividirse, ni para su estudio. Pero, el sistema atomizador realiza el estudio del delito a través de sus elementos constitutivos, o aspectos estructurales, sin que, ello implique negar la unidad que constituye el ilícito penal. Ahora bien, hay diversidad de criterios en relación al número de elementos que integran el cuerpo del delito, como mencionamos anteriormente, así e independientemente de que ya señalamos estar de acuerdo con la concepción de tetratómica, y a efecto de poder hablar de los elementos que trata dicho concepto y que a nuestro juicio no son elementos del cuerpo del delito, transcribimos a continuación el concepto heptatómico y que expone Jiménez de Asúa.

“ . . . 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. ” (41), Con base en el concepto anterior, haremos el estudio de los elementos del delito, utilizando pues el sistema atomizador o analítico.

Por otra parte, obsérvese que el análisis dogmático que realizamos y se refiere al delito de violación equiparada, y ya que toda la información general que manejamos ha de relacionarse con el ilícito citado, es necesario reproducir el cuerpo del delito del artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, lo que hacemos acto seguido.

(41) Jiménez de Asúa, *op. Cit.*, p. 207.

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

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

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad." (42)

En atención a lo anterior, los elementos positivos del delito de violación equiparada, que se comentarán en este título son:

1. Conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuricidad.
4. Imputabilidad.
5. Culpabilidad.
6. Condiciones objetivas de punibilidad.
7. Punibilidad.

1.- CONDUCTA.

- En primer término, queremos dejar establecido que la conducta es o constituye realmente un aspecto esencial del delito, la misma, se considera soporte natural del ilícito con ésta aclaración, y en virtud de que la conducta es la base estructural del delito, iniciamos con el análisis de la conducta. Para comenzar dicho estudio de manera lógica, veamos primeramente el concepto de conducta.

Las definiciones que hay de conducta son varias, mismas que reproducimos a fin de poder concluir algo respecto a ellas. Así, tenemos que Castellanos Tena, afirma: "*La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.*" (43)

Por su parte Maggiore Giuseppe define el aspecto que tratamos de la siguiente forma: "*Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce una mutación en el mundo exterior.*" (44).

Jiménez de Asúa define la palabra acto, primer carácter del delito, como sigue: "*Manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda*". (45)

(43) Fernando Castellanos Tena, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, p. 149.

(44) Maggiore Giuseppe, DERECHO PENAL, V.I, P. 309

(45) Op. cit., p. 210.

El mismo autor define el acto de forma más concreta cuando dice: *“El acto es pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado”*. (46)

Con base en los conceptos anteriores podemos concluir, que la conducta como elemento del ilícito penal, debe reunir algunas características, las cuales señalamos a continuación:

- a) Ser un acto humano, como ello se quiere decir que el Derecho Penal no acepta como agentes del delito, a los animales o a las fuerzas de la naturaleza.
- b) - Ser voluntaria, en este punto pensamos como Jiménez de Asúa, que respecto a la voluntad hay grandes conflictos en la doctrina, pero pretendemos discutirlos aquí, por lo que: *“Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión, espontánea o motivada”*. (47)

c. Además incluye la acción y la omisión: la acción *strictu sensu* es, *“ . . . todo movimiento voluntario de organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación ”*. En tanto que por su parte, la omisión *“ . . . radica en una abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar ”*. (48)

d. También, debe producir un resultado, un cambio en el mundo exterior, que sea notorio, o muy poco perceptible.

Luego, los autores atribuyen a la conducta los siguientes elementos:

(46) *Loc. Cit.*

(47) *Ibidem.*

(48) Castellanos Tena, *op. cit.*, pp. 152, 153.

Aquellos que constituyen la acción, son: la actividad volativa, el resultado y el anexo causal.

En cambio los elementos constitutivos de la omisión son: abstención, resultado o nexo causal. (49)

Ya se hablo acerca del hacer y no hacer como aspectos positivos y negativo de la conducta. Ahora por lo que hace al resultado diremos que, el mismo puede presentarse bajo dos formas: una jurídica y la otra material.

El resultado en sí, es la modificación del mundo exterior y son parte de ese mundo, no sólo las cosas materiales, sino hasta los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad en que, la acción delictuosa produce zozobra, sufrimientos, aprensiones y alarma. Esto último produce o mejor dicho consiste en mutaciones de orden moral que no por serlo dejan de perturbar el mundo exterior. (50)

Como ya se dijo el resultado nunca falta en la conducta, y consecuentemente, tampoco falta en el delito; puede faltar el efecto material pero siempre habrá algún resultado, si no de daño, de peligro; jurídico, si no físico. (51)

En relación al nexo causal, cabe señalar que cuando se habla de que la acción produce un cambio en el mundo exterior, se sugiere al mismo tiempo la existencia de una relación entre la conducta y el resultado.

(49) Cfr. Osorio y Nieto, **SINTESIS DE DERECHO PENAL**, pp. 56, 57; Castellanos, op. cit., p. 155.

(50) Cfr. Maggiore, op. cit., pp. 320, 321; Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 214, 215.

(51) Cfr. *Loc. Cit.*

Haciendo mención a la relación Osorio y Nieto señala: “*El nexa causal es la vinculación estrecha, ineludible, indispensable entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa a efecto*”. (52)

Son muchas las teorías que acerca de la causalidad se han elaborado, pero como mencionamos con anterioridad, no es nuestro objetivo entrar en la polémica doctrinaria, para no extender demasiado este trabajo. Por lo que únicamente las mencionaremos, por lo menos algunas de ellas: (53)

a). Causa eficiente, que distingue la causa productora del resultado, de las condiciones. (Heilbron, R. Horn. Kohler Kraus, Rohland, Stoppato, Luchini, etc.).

b). Causa necesaria (Rainieri)

c). Causa en sentido individualizado, que designa como causa una de las condiciones del resultado “Doctrina de la preponderancia” (Binding), de la “Condición más eficaz” (Birkmeyer), etc.

d). Causa adecuada, que es la que atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado.

e). Equivalencia de las condiciones o teoría de la condición, según esta teoría toda condición deber ser tenida como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*. Teoría correcta a juicio de varios autores entre ellos Jiménez de Asúa.

(52) Op. cit., p. 57

(53) Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 223, 224.

Nosotros nos limitamos a un concepto simple, como el que se expuso en primer término, pero no sin antes invitar al lector que quiera profundizar en el tema, a consultar alguna de las obras que lo tratan. (54)

Por otra parte, además de los caracteres y elementos de la acción y omisión que ya vimos, se habla de elementos implícitos en ella y que por lo mismo son esenciales. *"Quién dice (acción), dice implícitamente (un sujeto que obra sobre alguna cosa). Tenemos, pues: 1) un agente; 2) una obra; 3) un paciente; y 4) un objeto de la obra"*. (55)

Lo que no sólo parece lógico sino, que se riñe con los conceptos que se expresaran con anterioridad, por lo que hablaremos brevemente de los elementos esenciales de la conducta.

Cuando decimos agente, hablamos del sujeto activo, o bien, de la persona que comete la conducta delictuosa, ya sea en su calidad de autor principal, ya como copartícipe. Toda persona que reúna o no cualidades especiales, pero, ya hablaremos más ampliamente de las cualidades del sujeto activo y de la participación, en su momento.

Paciente del delito o sujeto pasivo, es la persona singular o colectiva sobre quién recae la acción del agente, es el titular del derecho violado. A la par que ésta, surge la figura del ofendido, mismo que sufre en forma indirecta los efectos del delito, aunque generalmente concurren la calidad de ofendido y la de sujeto pasivo en una misma persona. (56)

(54) Cfr. Castellanos, Maggiore, Villalobos, Jiménez de Asúa, *op. cit.*

(55) Maggiore, *op. cit.*, p. 310

(56) Cfr. Osorio y Nieto, *op. cit.*, p. 56; Castellanos Tena, *op. cit.*, p. 151, 152.

El objeto de la obra que señala Maggiore, es el objeto del delito, mismo que se distingue en objeto material y objeto jurídico. " *El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa*". (57) Y en ocasiones, el objeto material coincide con el sujeto pasivo.

El objeto jurídico es motivo de controversia, ya que por una parte hay autores para quienes dicho objeto lo constituye el bien jurídico tutelado por la ley, el cual es lesionado por el acto delictuoso; en tanto que para otros como Franco Sodi, el objeto jurídico es la norma que se viola. (58) Nosotros estamos de acuerdo con la primera afirmación en virtud de que los intereses protegidos de los delitos que conocemos, son los valores constitutivos del objeto jurídico de los mismos.

Ahora bien, tomando en cuenta todo lo anterior, y con relación al delito en estudio, procedemos a la clasificación del cuerpo del delito en orden a la conducta:

En primer término tenemos que, el cuerpo del delito establecido en el artículo 266 es un delito de acción, pues la realización de la cópula requiere de un comportamiento positivo, por la naturaleza de la conducta el delito no puede verificarse por medio de una abstención, por lo que no puede considerarse un delito de omisión, ya sea propia o impropia. (59)

En orden al número de actos que lo integran se clasifica en unisubsistente, en vista de que la conducta requerida por el cuerpo de delito se constituye por un solo acto, la realización de la cópula.

(57) Castellanos, *loc. cit.*

(58) Cfr. Castellanos, *loc. cit.*

(59) En la doctrina, los ilícitos se dividen en delitos de acción y de omisión; y los de omisión se dividen a su vez en delitos de omisión simple o propia y en delitos de omisión impropia o de comisión por omisión. En los de acción se viola una norma prohibitiva; los de omisión propia infringen una ley dispositiva y producen un resultado típico o jurídico; los de comisión por omisión infringen una ley dispositiva y una prohibitiva, y producen un resultado típico y además uno material, pues así lo requiere el tipo.

La violación equiparada es un delito formal, o de mera actividad, porque el cuerpo del delito que se integra en cuanto al elemento objetivo, por la realización de la cópula, es decir por un hacer sin resultado material, sin modificación en el mundo exterior. Nótese, que se dice que el cuerpo del delito no exige, para que se configure el delito, un resultado material, más no que no lo haya, no se dice que la conducta no produce resultado, pues recordemos que este es un elemento de aquélla y que no hay delito sin resultado.

En relación al resultado del delito es instantáneo. "*. . . por que la violación realizada en el momento de la consumación se extingue con ésta y se consuma al verificarse la cópula*". (60)

Y por último es un delito de daño, porque al consumarse, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

En relación a lo anteriormente señalado nos permitimos citar la siguiente Jurisprudencia:

VIOLACION, ES DELITO INSTANTANEO Y NO CONTINUADO.

La ejecución de diversos delitos de violación en contra de la misma menor, no puede estimarse como continuación del primero de los cometidos, porque se trata de un delito instantáneo en el que al consumarse se realizan todos sus elementos constitutivos, que lesionan bienes jurídicos de personalísima naturaleza, como es la tutela de la libertad sexual en los púberes y la seguridad sexual en los impúberes, por tanto, tales conductas delictivas no forman la unidad de un solo delito, porque no recaen sobre intereses jurídicos corporeizados en cosas u objetos de naturaleza tal que admitan la continuación, aún en el caso de ataques sucesivos al mismo bien jurídico, materializados en objetos pertenecientes a diversas personas.

(60) González Blanco, **DELITOS SEXUALES**, p. 140

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 717/89. Gilberto Ascencio Teodoro, 26 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Gloria Rangel del Valle. INFORME 1989. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 24.

2. TIPICIDAD.

La tipicidad es otro más de los elementos positivos del delito, un aspecto sin el cual no se podría hablar de delito, ya que es indispensable a éste.

Respecto al concepto de tipicidad, tenemos que: ". . . es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. . . . es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley". (61)

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al cuerpo del delito, que se resume en la fórmula siguiente: "*nulum crimen sine tipo*". (62)

Ambos conceptos pueden considerarse adecuados, pero nos parece más concreto el segundo.

La tipicidad es el elemento esencial del delito en virtud de que, si una conducta determinada no encuadra en ningún cuerpo del delito, no puede decirse que dicha conducta constituya un ilícito. El fundamento legal de la tipicidad se encuentra expresado claramente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 14, que a la letra dice: (Federal en el artículo

(61) Castellanos, *op. cit.*, pp. 167, 168.

(62) *Ibidem*, p. 168

“ . . . En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata . . . ”

Ahora bien, respecto a los conceptos de tipicidad que se mencionaron, cabe hacer notar que dentro de los mismos se introdujó otro concepto diferente, el cuerpo del delito; tipicidad y cuerpo del delito son cosas distintas, que no deben confundirse, un concepto sirve al otro, ya vimos uno, procedemos ahora al concepto de cuerpo del delito, en el inciso siguiente.

a. EL CUERPO DEL DELITO

Con base en los conceptos de tipicidad contemplados en párrafos anteriores podemos decir que el cuerpo del delito (63) *es la descripción legal formulada en abstracto*, es decir, la descripción de una conducta en la ley penal, lo que convierte dicha conducta en un ilícito, si ésta se llega a realizar. No todos los cuerpos del delito son iguales, unos son más completos que otros, ya que no sólo describen el elemento objetivo, pues incluyen en su descripción a la culpabilidad o elemento subjetivo.

Jiménez Huerta define al cuerpo del delito como: “ el injusto recogido y descrito en la ley penal ”. (64) Algo con lo que no estamos de acuerdo, pues, cómo puede considerarse correcto definir el cuerpo del delito como el injusto recogido en la ley penal, si lo típico no siempre es antijurídico.

(63) A partir de las reformas del día ocho de marzo de 1999, se cambió el concepto tipo por cuerpo del delito. Diario Oficial de la Federación.

(64) Cit. pos. Castellanos, *op. cit.*

b. CLASIFICACION DEL CUERPO DEL DELITO

Los cuerpos del delito se clasifican en: (65)

Normales y anormales. Los primeros son aquellos en los que la ley se limita a hacer una descripción objetiva, aunque no por ello dejan de contener referencias y modalidades en algunos casos; los anormales son aquellos en los que el legislador incluye elementos normativos o subjetivos, es decir, aquellos que envuelven el estado anímico del sujeto.

2) Fundamentales o básicos. Estos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. El cuerpo del delito es básico cuando tiene plena independencia.

3) Especiales. Son los formados por el cuerpo del delito fundamental y otros elementos mismos que excluyen la aplicación del cuerpo del delito fundamental, pueden ser calificados o privilegiados.

4) Completados. Estos presuponen la aplicación del cuerpo del delito básico y una norma más, misma que contiene una circunstancia o peculiaridad que complementa al primero. Igual que los especiales pueden ser agravados o privilegiados.

5) De formulación casuística. Son aquellos en los que la ley describe varias formas de ejecutar el delito. Y se clasifican a su vez en alternativos y acumulativos: los primeros, prevén dos o más hipótesis comisivas, pero, el cuerpo del delito se colma con cualquiera de ellas; en tanto que los acumulativos requieren el concurso de todas las hipótesis.

6) De formulación amplia. En éstos la ley describe únicamente la conducta en forma genérica, por lo que se pueden utilizar diversos medios comisivos. Antolisei afirma que son cuerpos del delito de forma libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado. (66)

7) De daño y de peligro. Los primeros son aquellos en los que el cuerpo del delito tutela el bien jurídico tutelado por la ley frente a su destrucción o disminución; los de peligro serán aquellos cuya tutela penal protege el bien jurídico tutelado contra la posibilidad de ser dañado.

En cuanto al delito en estudio, el cuerpo del delito se encuentra establecido en el artículo 266 del Código Penal, el cual ya transcribimos anteriormente. Y será típica aquella conducta que se adecúe perfectamente al cuerpo del delito citado, que contenga todos y cada uno de los elementos que lo integran, mismos que comentaremos después de clasificar el cuerpo del delito.

Así, siguiendo un orden lógico, en atención a la clasificación del cuerpo del delito, y respecto a la violación equiparada, tenemos que ésta es normal por ser un cuerpo del delito de descripción puramente objetiva y no contener un elemento normativo, ni uno subjetivo; es un cuerpo del delito especial, agravado, y autónomo; en atención a los medios comisivos, el cuerpo del delito es de formulación casuística, alternativamente formado, ya que, el artículo 266 del Código Penal, prevé más de una hipótesis (sin violencia, con violencia física, o violencia moral), y se colma con cualquiera de ellas; es de daño o lesión, pues protege el bien jurídico tutelado contra la disminución o destrucción.

(65) Cfr. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pp. 254, 255; Castellanos, *op. cit.*, p. 179 y ss.

(66) Cfr. Antolisei, *cit. pos.*, Porte Petit, *op. cit.*, pp. 357, 358

c. ELEMENTOS GENERALES DEL CUERPO DEL DELITO.

La ley al delinear la conducta, que ha de considerarse delictuosa, toma en cuenta los elementos que la constituyen, tanto los generales como los especiales.

Los elementos generales son naturales a todos los cuerpos del delito, y cabe hacer énfasis en que ninguno de ellos puede faltar en la conducta, ya que, la falta de uno o de todos los elementos daría lugar a una atipicidad; *los elementos especiales* son las notas distintivas de un delito en especial.

Ahora, como corresponde a este inciso, tenemos que *los elementos generales* son: *una conducta, un sujeto activo, un sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, el objeto material y un resultado.*

CONDUCTA

De la conducta ya hablamos como elemento del delito, no obstante, en relación al cuerpo del delito, este requiere de una conducta, misma que se manifiesta en el cuerpo del delito, a través de un verbo principal, el cual se verifica por medio de una hacer, o un abstenerse de obrar (no hacer). Así, la conducta será de acción o de omisión según sea el caso.

La violación equiparada, establecida en el artículo 266 del Código Penal, contiene como verbo principal "*realizar*". El verbo típico, obviamente se lleva a cabo mediante un hacer, motivo por el cual este delito es de acción, como se había comentado.

SUJETO ACTIVO.

Esta es la persona que ejecuta el delito, ya sea en su calidad de autor principal o como copartícipe, y como ya mencionamos en el subtítulo anterior, el sujeto activo puede ser cualquier persona física que reúna o no cualidades especiales, según lo requiera el cuerpo del delito. (67)

El sujeto activo que corresponde al delito en estudio, con base en la descripción del cuerpo del delito: "... *al que* ...", puede ser cualquiera. Cualquiera que realice cópula en las circunstancias señaladas por el cuerpo del delito, con las personas previstas en el mismo.

SUJETO PASIVO

El pasivo de un ilícito cualquiera, es aquel sobre quién recae la conducta delictuosa, el titular del bien protegido, ya sea una persona singular o colectiva, física o moral.

Respecto a la violación equiparada, el artículo 266 del Código Penal, contiene tres fracciones que se refieren al sujeto pasivo: la fracción I.- Requiere que el sujeto pasivo sea menor de doce años; la fracción II.- alude que la persona no tenga capacidad para comprender o entender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; la fracción III señala ambas en relación a la violación conocida como no falica. Nótese que el cuerpo del delito colma con cualquiera de las hipótesis previstas pero, sea cual fuere la calidad que revista el sujeto pasivo, siempre será una persona física.

(67) Vid. *Supra* II, B, I

BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado, en éste delito, puede ser la libertad y el normal desarrollo psicosexual: en el caso del menor de doce años, se aclara que, en virtud de que el pasivo es un impúber, éste no se encuentra en condiciones de madurez necesarias para decidir y externar su voluntad en cuanto a sus relaciones sexuales, de tal manera que no se puede decir que tenga libertad sexual, y no puede lesionar lo que no existe; en iguales circunstancias se encuentran las personas que no tienen capacidad para comprender el hecho, por padecer alguna enfermedad mental que les impida elegir el objeto de su actividad sexual. Pero aquellas que no pueden resistir el hecho por causas diversas, no obstante las cuales puede decirse que tiene capacidad para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, con alguien que sea de su agrado, o para abstenerse, sí tienen libertad sexual, razón por la cual, el cuerpo del delito admite la libertad sexual como bien jurídico protegido en éste último supuesto; el normal desarrollo psicosexual será el bien jurídico protegido, cuando el pasivo sea el menor de doce años, pero no aquel que no puede comprender el significado del hecho, ya que, en tales circunstancias no creemos que dicho sujeto tenga probabilidades de un normal desarrollo psicosexual. Sin embargo, hay que garantizarle cierta seguridad, pues con todo es una persona sujeto de derechos, sujeto de la protección que otorga el Derecho Penal, mismo que no debe garantizar su integridad física, sino psíquica.

OBJETO MATERIAL.

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción física del reo. En ocasiones la calidad de sujeto pasivo y objeto material recaen en una misma persona. (68)

(68) Cfr. Giuseppe Maggiore. *Op. cit.*, p. 313

En la violación equiparada el objeto material y el sujeto pasivo coinciden.

(69)

RESULTADO.

Este implica una modificación en el mundo exterior, del cual forman parte, no sólo las cosas materiales, sino hasta los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad. Por otra parte, recordemos que el resultado es un efecto de la conducta y que nunca falta en ella, ni en el delito (70)

En la violación equiparada siempre habrá un resultado jurídico, y puede o no haber un resultado material, pero, no hay que olvidar que el cuerpo del delito no lo exige, lo cual encuadra la figura delictiva, en los delitos formales o de mera actividad.

d. ELEMENTOS ESPECIALES DEL CUERPO DEL DELITO

El cuerpo del delito presenta o mejor dicho exige, algunas veces para la integración del delito, “ . . . *referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio*”. (71) Estas y otros elementos especiales son motivo de este subinciso. Por lo cual hacemos a continuación una lista de los elementos especiales:

(69) Cfr. Martínez Roaro Marcela, **DELITOS SEXUALES**, p. 231

(70) Vid. *Supra* II, B, I.

(71) Vid. *Supra* II, B, I.

Calidad del sujeto activo.

Calidad del sujeto pasivo.

Calidad en el objeto material.

Cantidad en el sujeto activo.

Cantidad en el sujeto pasivo.

Cantidad en el objeto material.

Referencias temporales.

Referencias espaciales.

Referencias de ocasión.

Referencias a los medios comisivos.

Elemento normativo.

Elemento subjetivo.

Elemento objetivo.

Ahora bien, en vista de que dichos elementos se presentan incidentalmente, única y exclusivamente trataremos aquellos que se relacionan con el cuerpo del delito en cuestión, que son requeridos por el cuerpo del delito.

CALIDAD DEL SUJETO PASIVO.

Este se refiere a las características que debe tener una persona, a efecto de ser considerada pasivo de este delito.

El delito de violación equiparada, sí requiere calidad en el sujeto pasivo, de hecho establece tres hipótesis:

Ser menor de doce años de edad.

Ser incapaz de comprender o entender el significado del hecho.

Que no pueda resistir el hecho (por cualquier causa).

En este orden de ideas, en atención a la calidad del sujeto pasivo el cuerpo del delito es de formulación casuística, alternativamente formado, ya que, se colma con cualquiera de las hipótesis previstas.

REFERENCIAS TEMPORALES.

En algunas ocasiones los cuerpos del delito aluden a una referencia en orden al tiempo, y de no ejecutarse la conducta en el momento, o lapso de tiempo requerido por el cuerpo del delito, aquella no será típica. (72)

En la violación equiparada, se hace una referencia temporal que coincide con la calidad del sujeto pasivo que se establece en la fracción I del artículo 266 del Código Penal. La referencia temporal de la que hablamos, es la edad del pasivo, referencia que requiere el cuerpo del delito, sólo en la hipótesis de la fracción citada. (73)

(72) Cfr. Porte Petit, *op. cit.*, p. 342.

(73) Cfr. Martínez Rosero, *loc. cit.*

REFERENCIAS A LOS MEDIOS COMISIVOS.

La descripción legal, solicita o requiere algunas veces, de ciertos o determinados medios, a efecto de que se configure el ilícito, o bien, para que, proceda la agravante.

En el delito que se estudia, el cuerpo del delito es alternativamente formado, en relación con la agravante, ya que para que ésta proceda se requiere el empleo de la violencia, ya sea física o moral, como se desprende del último párrafo del texto legal, que a la letra dice:

“ . . . Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad”.

En relación a la violencia, como medio comisivo en la violación equiparada ya hablaremos más ampliamente. (74)

ELEMENTO NORMATIVO.

Según Mezguer “ . . . los elementos normativos son presupuestos de lo injusto tipificado. . . . sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales.” (75)

Dichos presupuestos de lo injusto tipificado, no son otra cosa que conceptos que se encuentran inciertos en la descripción legal; y la valoración especial a que se refiere Mezger, es una valoración de carácter cultural o jurídico; cuando dice: situaciones reales, se refiere a los casos concretos que se presentan ante el aplicador de la ley.

(74) Vid. *Infra* III, D.

(75) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 258

En concreto los elementos normativos son: *los conceptos del cuerpo del delito que han de determinarse a través de una valoración jurídica o cultural por el aplicador de la ley.*

Ahora bien, en el delito en cuestión y a nuestro juicio podría pensarse que la cópula es un término que debe valorarse, ya que el significado del concepto cópula en sentido jurídico es muy amplio, no hay uniformidad de criterios, como lo señala González Blanco. (76) De tal manera que no es fácil comprender cabalmente, y de forma acertada dicho concepto, tan es así, que el legislador se ha visto obligado, en fechas más o menos recientes, a adicionar el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, como sigue:

" . . . Para los efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo." (77)

Pero es precisamente gracias a esa adición al artículo 265, que la valoración respecto a ese concepto ya no es necesaria, por lo que el posible elemento normativo de la violación desaparece. Y en cuanto al elemento subjetivo, tenemos que el cuerpo del delito no lo requiere expresamente, así que se puede ver claramente que el delito en estudio, al no contener otro elemento que el subjetivo o puramente descriptivo, se clasifica dentro de los delitos normales.

(76) Cfr. González Blanco, *op. cit.*, p. 146 y ss.

(77) Cfr. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION N. 14, publicado el 21 de enero de 1991.

ELEMENTO SUBJETIVO.

Los elementos subjetivos, "... se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto." (78) Los elementos subjetivos, son pues, caracteres situados en la psique del autor del delito.

Nos damos cuenta claramente, de que la descripción legal no hace referencia expresa al elemento subjetivo, no obstante es obvio que la figura lo requiere, ya que por la naturaleza de la conducta puede decirse que esta sólo puede verificarse dolosamente, es decir, siempre que haya intención de tener la cópula, sin o contra la voluntad de la víctima. Lo anterior se refiere, por supuesto, a la violación equiparada, en la que el conocimiento de la calidad de los pasivos y la voluntad de verificar la cópula constituyen el dolo específico.

ELEMENTO OBJETIVO.

Este refiere a la sola descripción objetiva, cuyo objeto es determinar la conducta, lo cual se logra a través del verbo típico.

El cuerpo del delito de la violación equiparada, tiene como verbo principal, "... realizar ... "

e.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO.

1) En orden al sujeto activo por su calidad, los delitos se clasifican en:

(78) Jiménez de Asúa, op. cit., p. 255

a) *Determinado*. Cuando el cuerpo del delito requiere cualidades específicas en el agente.

b) *Genérico*. Es aquel, en el que el sujeto activo puede ser cualquiera. (79)

2) En orden al sujeto activo por su cantidad, los delitos son:

a) *Unisubjetivos*. En éstos es suficiente, para colmar el cuerpo del delito, la actuación de un solo sujeto

b) *Plurisubjetivos*. Requieren necesariamente, en virtud de la descripción típica, de la actuación de dos o más sujetos.

3) En orden al sujeto pasivo por su calidad:

a) *Personales*. En los que el cuerpo del delito requiere una calidad específica del sujeto pasivo.

a) *Impersonales*. El sujeto pasivo lo puede ser cualquiera.

4) En orden al sujeto pasivo por su cantidad, los cuerpo del delito pueden ser:

a) *Unisubjetivo*. El cuerpo del delito se colma con un sujeto pasivo.

(79) Maggiore los denomina de sujeto calificado o de sujeto indiferente.

b) *Plurisubjetivo*. La descripción legal requiere la presencia de dos o más pacientes del delito

5) En orden al bien jurídico protegido, se clasifican en: (80)

a) *De daño o lesión*.

b) *De peligro o amenaza*.

6) En orden al objeto material, se dividen en:

a) *Materiales*. Cuando se supone un resultado externo.

b) *Formales o de mera actividad*. En ellos el cuerpo del delito no requiere un resultado material para que se configure el ilícito. De ellos piensa equivocadamente que carecen de resultado.

7) En orden al acto por su forma, los delitos pueden ser de:

a) *Acción*. Son aquellos cuya conducta se realiza a través de un hacer, un movimiento corporal. Estos infringen una ley prohibitiva e implican un resultado material.

b) *Omisión*. Son aquellos en los que la conducta consiste en una abstención, en un no hacer, o dejar de hacer. Violan una ley o dispositiva, y producen un resultado típico.

(80) Vid. *Supra* II, B, 2, b.

c) *Comisión por omisión*. Igual que los delitos de omisión simple o propia, en los de comisión por omisión la conducta consiste en un no hacer, voluntario o culposo, pero, se diferencian de los primeros, en virtud de que infringen dos normas a la vez una prohibitiva y otra preceptiva, y además producen un resultado típico y uno material.

8) En orden al acto por su número, los delitos se dividen en:

a) *Unisubsistentes*. El cuerpo del delito requiere de un solo acto, para la integración del delito.

b) *Plurisubsistentes*. El delito se consume con la ejecución de varios actos.

9) En orden al resultado por su duración y presentación, los delitos se clasifican en:

a) *Instantáneo*.

b) *Permanente o continuado*.

c) *Continuado*.

Los anteriores son los que la ley reconoce y establece en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 7 fracciones I, II, y III que a la letra dicen: (81)

(81) Otros agregan el instantáneo con efectos permanentes, e.g. Castellanos, Maggiore, *op. cit.*

" El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

10) En orden a los medios de comisión:

a) *De formulación libre.* También son llamados delitos de formulación amplia, en estos no se requiere de ningún medio específico, por lo que la conducta delictiva puede verificarse con cualquier medio idóneo.

b) *De formulación casuística.* "Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito." (82) Y estos a su vez se dividen en:

- *De formulación alternativa.* El cuerpo del delito prevé dos o más hipótesis comisivas, pero, se colma con cualquiera de ellas.

- *De formulación acumulativa.* En estos se requiere el concurso de todas las hipótesis comisivas previstas en el cuerpo del delito.

11) En orden al elemento subjetivo, se clasifican en: (83)

(82) Castellanos, *op. cit.* p. 172

(83) Cfr. Osorio y Nieto, *op. cit.*, p. 47

a) *Doloso*. Cuando el agente quiere realizar la conducta y que se produzca el resultado.

b) *Culposos o imprudencial*. En éstos el sujeto activo no desea el resultado típico, pero, éste se produce por su conducta falta de atención, de cuidado, de prudencia.

c) *Preterintencional*. Son aquellos en los que el resultado va más allá de lo querido y aceptado por el agente.

12) En orden a los elementos normativo, subjetivo, y objetivo, los delitos son:

a) *Normal*. Cuando el cuerpo del delito se integra con la pura descripción objetiva.

b) *Anormal*. Cuando el cuerpo del delito, además de la descripción objetiva, contiene un elemento normativo, o un subjetivo.

Con base en la información anterior, procedemos ahora a clasificar la violación equiparada en orden a los elementos del cuerpo del delito.

Genérico

En atención al sujeto acto por su calidad el cuerpo del delito en estudio es genérico lo cual se desprende del texto legal, “. . . *al que* . . . ”

Unisubjetivo

La violación equiparada es un delito unisubjetivo en atención al sujeto activo por su número, en virtud de que, el cuerpo del delito exige la participación de un solo sujeto.

Personal

El ilícito en cuestión es personal en orden al sujeto pasivo por su calidad, ya que el artículo 266 del Código Penal, en sus fracciones I, II y III establece las calidades que requiere el cuerpo del delito, lo que se ve claramente en el citado artículo, “. . . *persona menor de doce años de edad y persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.*”

Unisubjetivo

En atención al sujeto pasivo por su cantidad el cuerpo del delito de violación equiparada, es unisubjetivo por que se requiere única y exclusivamente un paciente del delito.

De daño o lesión.

En virtud de que el bien jurídico tutelado, ya sea la libertad sexual o el normal desarrollo psicosexual se protege contra la pérdida o destrucción.

Formal o de mera actividad.

En vista de la descripción legal, puede decirse que: la violación equiparada es formal, porque aquella no requiere un resultado material, basta pues, para la configuración del delito, la realización de la conducta, “. . . *realice cópula . . .*”.

De acción.

El delito en estudio, es de acción por la naturaleza de la conducta, misma que sólo se puede llevar a cabo por medio de un hacer, de un movimiento corporal voluntario. No obstante lo anterior, Vannini plantea algo interesante: ". . . *Es evidente que ninguno puede ser autor de este delito por omisión. Pero, . . . bien se puede ser responsable de este delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo.*" (84)

En cuanto a la observación de Vannini, estamos de acuerdo, pero ésta se comprenderá más claramente cuando abordemos el tema de la participación.

Unisubsistente.

En orden al acto por su número, la violación equiparada es unisubsistente, ya que la cópula consiste en sí, en un solo acto y aquella es la requerida por el cuerpo del delito.

Instantáneo.

El ilícito que tratamos, en orden al resultado por su duración y presentación es instantáneo, en virtud de que conducta y resultado se consuma y agota en el mismo momento de su ejecución.

De formulación casuística alternativamente formado

El cuerpo del delito establecido en el artículo 266, con base en su formulación, es casuístico alternativamente formado, ya que el cuerpo del delito señala más de una hipótesis comisiva y se colma con cualquiera de ellas. Lo que se desprende del texto legal que describe el ilícito en cuestión, en la parte que dice: “. . . *sin violencia*
 . . *Si se ejerciera violencia física o moral* . . . “.

Doloso

En orden al elemento subjetivo, la violación equiparada, es un delito doloso, ya que si aquella se verifica con violencia física o moral, es inconcebible la realización de la cópula sino dolosamente, ahora bien, una violación culposa requerirá no querer la cópula, lo cual es un absurdo, ya que ésta es la esencia de la violación. (84 bis)

NORMAL

El delito que se estudia, en orden a su composición, es decir, en atención al elemento normativo, subjetivo, y objetivo, es normal, en virtud de que el cuerpo del delito se integra únicamente con la descripción objetiva, no contiene elementos normativo o subjetivo, aunque se aclara que este último se da en el delito de violación equiparada en el deseo del activo de tener cópula con un menor de doce años, un incapaz o imposibilitado, sin que esto se exprese claramente en el cuerpo del delito

(84) bis Cfr. Porte Petit, *op. cit.*, pp. 61, 62.

3. ANTIJURIDICIDAD

CONCEPTO.

Respetando un orden de prelación lógica, tenemos que: *La antijuridicidad constituye un juicio objetivo referido a una conducta típica que pretende valorar, si la misma es injusta, para contradecir " . . . los derechos subjetivos (Ihering), a los bienes jurídicos (Iiszt), a las normas jurídicas primarias (Binding), o a las de cultura (Mayer Sauer)."* (85) *Lo que dependerá de si hay o no una causa de justificación.* (86)

Con base en lo anterior, podemos decir que, el elemento del delito que ahora tratamos requiere para su existencia, que la conducta:

a) *Encuadre en un cuerpo del delito; y*

b) *No esté amparada por una causa de justificación.* (87)

(85) Jiménez de Asúa, op. cit., p. 277

(86) Son varias las definiciones que sobre antijuridicidad expresan los autores, mismas que se quisieron integrar en una sola, en la medida de lo posible, con el objeto de ofrecer una perspectiva más amplia, pero acertada. No obstante lo anterior, consideramos conveniente, exponer aquí, algunos de los diversos criterios, para dejar en libertad al lector de que razone los mismos y alija el que prefiera. "Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal." Para Porte Petit, "Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación." "Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el cuerpo del delito penal respectivo." (Castellanos, op. cit., p. 177, 178) "Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado", "... lo antijurídico es, para él, el ataque al bien jurídico". (Mayer y Mazger, citado e interpretado respectivamente, por Jiménez de Asúa, op. cit., p. 276)

(87) Cfr. Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, p. 376, 377.

Si reflexionamos un poco nos daremos cuenta de que una conducta típica siempre va a contradecir, atacar, o violar los derechos subjetivos, los bienes jurídicos, etc., y que la misma no podrá dejar de ser antijurídica, si la ley que origina la antijuridicidad, no declara o reconoce una causa de justificación.

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

No debemos pasar por alto el hecho de que hay autores de la antijuridicidad que contiene en sí dos aspectos, uno formal y otro material.

“Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.” (88)

Sin embargo, no todos están de acuerdo en considerar la antijuridicidad en ambos sentidos, para Jiménez de Asúa v. gr. *“... la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia.” (89)*

Respecto a lo anterior, tenemos algunas observaciones que hacer: la primera, en relación a la tipicidad, recordemos que ésta es la adecuación de la conducta del cuerpo del delito, y aunque en ella va implícita la contradicción de la conducta con la esencia del Derecho, la tipicidad no se ocupa de esto último, sino simplemente de que la conducta encuadre en la descripción legal, esto y no otra cosa es el contenido del concepto de tipicidad; obsérvese también que, por analogía, si el resultado típico formal existe y es diferente del resultado material, de igual modo podemos concebir una antijuridicidad formal y otra material. Así *“... el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que*

(88) Castellanos, *op. cit.*, p. 180, 181

(89) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 278

es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad". (90)

Ahora, en cuanto a la violación equiparada, ésta será antijurídica siempre, en virtud de que, la ley no reconoce que alguien tenga derecho al coito, es por medio del sujeto pasivo de la relación. Y en las hipótesis del cuerpo del delito en cuestión esto no es posible, ya que como mencionamos con anterioridad, el menor no tiene la madurez necesaria para decidir y expresar su voluntad respecto a las relaciones sexuales, y en la segunda hipótesis, si se habla de incapacidad para comprender el significado del hecho, o imposibilidad para resistirlo, se entiende que no hay voluntad, o consentimiento para realizar el acto, que ni siquiera se puede manifestar.

4. IMPUTABILIDAD

En primero término, hay que hacer énfasis en que, como señalamos cuando hablamos del elemento subjetivo, se requiere del conocimiento y la voluntad, para que una conducta sea culpable en cualquiera de sus formas. Lo que se explicará más ampliamente, cuando abordemos la culpabilidad como elemento esencial del delito.

Ahora, pues, para que un sujeto sea culpable, es necesario, que conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, para lo cual, requiere antes la capacidad de entender y de querer, es decir, la posibilidad de actuar consciente y voluntariamente.

(90) Jiménez de Asúa, *loc. cit.*

CONCEPTO

Hasta ahora hemos visto lo que se requiere, a efecto de considerar culpable al agente del delito abordamos enseguida el concepto de imputabilidad, con el propósito de señalar la relación existente, entre ambos conceptos, con el objeto de entender también, cuál es la naturaleza de la imputabilidad.

En atención a lo anterior, tenemos que, según criterio de Castellanos Tena, la imputabilidad es: “ . . . *el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo*”. (91)

Para Jiménez de Asúa, la imputabilidad es “ . . . *conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre*”. (92)

Concretamente, podemos decir también que la imputabilidad es: “ *la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal*”. (93)

Luego, dicha capacidad comprende dos elementos: *uno intelectual*, que implica el conocimiento y comprensión del carácter ilícito de la conducta; y *otro volitivo*, que consiste en el deseo de que produzca el resultado.

Visto todo lo anterior, es fácil darse cuenta que la imputabilidad, es aquella aptitud (*intelectual y volitiva*) que se requiere, para que un sujeto sea culpable, es decir, el presupuesto necesario o indispensable a la culpabilidad.

(91) *Op. cit.*, p. 218

(92) *Op. cit.*, p. 326

(93) Castellanos, *loc. cit.*

Nótese que en el primer concepto de imputabilidad, la capacidad se requiere *en el momento del acto típico penal*, y no obstante cabe hacer notar aquí, que es responsable de la conducta, el sujeto que: es incapaz en el momento de ejecutar el ilícito, pero, él mismo se coloca en situación ininmutable dolosa o culposamente. A estas acciones se les llama *liberar in causa*, y su fundamento se encuentra en el acto precedente, es decir, aquel en que se colocó en situación ininmutable, ya que una relación cuasal entre la decisión de delinquir y el resultado.

Obsérvese también, que el concepto que se comenta, dice en su parte final, *que lo capacitan para responder del mismo*, luego entonces, si el sujeto es imputable, debe, estar obligado jurídicamente, ha dar cuenta a la sociedad por el acto delictuoso.

En relación a la violación equiparada, para la realización de la conducta típica y antijurídica, es necesaria la existencia previa de un sujeto imputable, para que aquella pueda ser atribuida a éste, luego, con base en el concepto de imputabilidad, se requiere que el sujeto tenga la aptitud psíquica intelectual, a efecto de que sepa y comprenda el carácter ilícito que reviste la cópula realizada con los sujetos pasivos que prevé el cuerpo del delito, sea que la ejecute sin violencia, o con violencia física o moral; se requiere también, el elemento volitivo, que en el caso concreto de la violación equiparada, permite al sujeto que conoce y comprende la naturaleza del acto, decida voluntariamente y libremente realizar la unión carnal ilícita, así pues, el agente quiere realizar la cópula, y la producción del resultado típico.

5.CULPABILIDAD.

Recordemos que el delito constituye una unidad indivisible, motivo por el cual, ahora que tratamos la culpabilidad, elemento esencial del delito, tendremos que referimos de una manera y otra a la conducta y también a la antijuridicidad, elementos que

ya analizamos y que constituyen la parte objetiva del delito. La culpabilidad es un elemento de carácter subjetivo, a cuyo análisis procedemos a continuación.

CONCEPTO

Hay diversos conceptos de culpabilidad, mismo que citamos en seguida a efecto de presentar un estudio más completo, así tenemos que:

Para Ignacio Villalobos, la culpabilidad en su sentido genérico, “. . . consisten en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo”. (94)

También Jiménez de Asúa, define la culpabilidad en un sentido amplio cuando dice que aquella es, “. . . el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”. (95)

Por su parte Maggiore señala que la culpabilidad es, “*la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder a alguna ley*”. (96)

Según Cuello Calón, la conducta es culpable, “*cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes ente ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada*”. (97)

Finalmente, Castellanos Tena, considera la culpabilidad como “el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto.” (98)

(94) Villalobos, *op. cit.*, p. 281, 282.

(95) *Op. cit.*, p. 352

(96) *Op. cit.* p. 451

(97) Cit. pos., Castellanos, *op. cit.*, p. 233

(98) *Loc. cit.*, p. 234

Los conceptos anteriores son claros, no obstante, difieren sustancialmente unos de otros, pues derivan de dos teorías distintas, a saber, la teoría psicológica de la culpabilidad y la teoría normativa o normativista. Las teorías citadas se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, procedemos a su estudio, con el propósito de ubicarnos en una de ellas, para lograr luego, elegir un concepto adecuado de culpabilidad.

TEORIA PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD.

Respecto a ésta teoría Maggiore comenta que para la misma, *“la culpabilidad consiste en una relación (causal) entre el autor y el hecho, entre la voluntad del sujeto y la acción (o el resultado) como realidad objetiva. Queda fuera de esta relación todo juicio sobre la injusticia o no del acto”*. (99)

La teoría anterior es una suma sencilla y clara, no obstante, recibe la crítica, de ser deficiente, ya que se limita a comprobar el nexo psicológico causal entre la acción y el resultado, olvidando en nexo que une la acción con la ley violada. (100)

TEORIA NORMATIVA O NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.

La esencia de ésta, la constituye un juicio de reproche, el cual se fundamenta, *“ . . . en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber”*. (101)

(99) Op. cit., p. 453

(100) Cfr. Maggiore, op. cit. p. 455

(101) Castellanos, op. cit., p. 236

Visto lo anterior, tenemos que el juicio de reproche se formula a partir de dos elementos: primero, una conducta dolosa o culposa de un sujeto imputable; y, un elemento normativo, que se integra con el deber jurídico que se exige al mismo sujeto.

Luego, en virtud de lo anterior, diremos que la culpabilidad, se refiere a un juicio de valor dirigido al nexo causal de la teoría psicológica, pero, en relación siempre con el deber jurídico.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Las especies de culpa, aceptadas por la doctrina son: el dolo y la culpa; pero, el Código Penal para el Distrito Federal, agrega, por así decirlo, una más, la preterintencionalidad. Lo anterior se desprende del artículo 7, que dice:

7.- Delito es el acto y omisión que sancionan la leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

1.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Ahora bien, hay varias observaciones por hacer, las que se refieren a los artículos citados: primero, en cuanto al artículo 7, aunque parece obvio, queremos enfatizar que las fracciones I, II y III, corresponden al dolo, la culpa y a la preterintención respectivamente; en cuanto a los artículos 8 y 9 del Código Penal, serán nuestras bases para hablar de las especies de la culpabilidad.

DOLO

Como se deduce de la lectura del primer párrafo del artículo, el dolo, no es otra cosa, que *un comportamiento típico, antijurídico, consiente y voluntario.*

Luego, el dolo comprende dos elementos: el ético, que se refiere al conocimiento o conciencia del carácter ilícito de la conducta y el resultado, o bien, la conciencia de que se quebranta el deber, como señala Castellanos Tena; y el volitivo o psicológico que se constituye por la voluntad de realizar el acto que sabe típico y antijurídico.

CULPA

Esta, a diferencia del dolo, no requiere de la intención del agente en cuanto a la producción del resultado. La culpa se presenta aquí, por la imprudencia o negligencia,

de aquel que realiza una conducta voluntariamente, sin prever un resultado típico, previsible y evitable.

PRETERINTENCIONALIDAD

Es una combinación del dolo y la culpa, ya que en primera instancia el sujeto activo actúa dolosamente, es decir consiente y voluntariamente respecto a la conducta y a determinado resultado, pero, éste último, va más allá del querido y aceptado por el sujeto, por su imprudencia, por la falta de previsión de lo que era previsible y evitable, culminando así su comportamiento de forma culpable.

El delito que se analiza, tomando en cuenta lo anterior, es un ilícito en el que la culpabilidad, asume la especie del dolo, en virtud de que la realización de la cópula siempre se lleva a cabo con intención, lo que se ve claramente cuando se verifica con violencia física o moral; y cuando se verifica sin violencia, la intención de delinquir se aprecia cuando se toma en cuenta la calidad de los pasivos; y finalmente, como se comentó cuando tratamos el elemento subjetivo del cuerpo del delito, pensar que el delito puede cometerse en forma culposa, equivale a decir que el sujeto no quería la cópula, lo cual es contrario a la esencia del ilícito en cuestión.

6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de punibilidad son caracteres o partes integrantes del cuerpo del delito cuanto éste las contiene, o bien, requisitos ocasionales, y consecuentemente accesorios, fortuitos cuanto no son requeridos por el cuerpo del delito.

(102)

“ . . . las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción”. (103)

Conceptos de gran utilidad; éstos implican la declaración de que las condiciones objetivas de punibilidad no son parte integrante del delito; no constituyen un aspecto del mismo.

En la violación equiparada, las condiciones objetivas de punibilidad no se dan, o mejor dicho no se requieren por el cuerpo del delito.

7. PUNIBILIDAD.

Hay diversas acepciones de la punibilidad, cuya certeza, no vamos a discutir, en virtud de que, nos interesa única y exclusivamente una de ellas, *la punibilidad como merecimiento de penas, aquella que algunos concideran elemento esencial del delito, sin serlo*

Nosotros estamos convencidos de que la punibilidad es una consecuencia del delito, una medida para tratar de evitarlo, una represión para el mismo, pero de ninguna manera es un elemento esencial del delito, lo que apoyamos con la opinión de diferentes autores que han dedicado tiempo al estudio de este tema, tales como Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Castellanos Tena. Villalobos, v. gr. Elaboró una fórmula que expresa concreta y claramente que la punibilidad no es elemento del delito:

“Un acto es punible por que es delito; pero no es delito por ser punible”.

(104)

(103) Liszt-Schmidh, cit. pos., Jiménez de Asúa, op. cit., p. 418.

(104) Villalobos, op. cit. p. 212

No obstante lo anterior, consideramos necesario y conveniente señalar la punibilidad, o pena que merece el delito que analizamos, a efecto de que nuestro estudio sea más completo. Así tenemos que: se le impondrá prisión de ocho a catorce años, al que ejecute el delito sin violencia, ya que si se ejerciere violencia física o moral, la pena será de doce a veintiun años.

C. ELEMENTOS NEGATIVOS DE LA VIOLACION FICTA.

En la teoría del delito se estudian los elementos esenciales del mismo, sus elementos positivos, mismos que ya han sido analizados, pero, a cada elemento positivo corresponde un elemento negativo. Si los primeros son esenciales para la integración y existencia del delito, los segundos eliminan al mismo, en caso de que lleguen a presentar.

Así es, como para el estudio jurídico que realizamos es menester tratar también los elementos negativos del delito, los cuales son motivo de ése título.

Recordemos que siguiendo un orden lógico, primeramente hablaremos de forma general, después especialmente del delito que analizamos, elemento por elemento. Ahora bien, los elementos negativos que vamos a estudiar son:

- 1.- Ausencia de conducta.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Causas de Justificación
- 4.- Inimputabilidad.

5.- Inculpabilidad.

6.- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

7.- Excusas absolutorias.

1.- AUSENCIA DE CONDUCTA

En cuanto a la ausencia de conducta, hay que considerar en primer término, que la conducta constituye el soporte naturalístico del ilícito penal. Y consecuentemente si la conducta está ausente, no habrá delito (105)

Luego, es necesario establecer cuando puede decirse que la conducta no concurre en un delito, así, para el maestro Jiménez de Asúa, “... *toda conducta que no sea voluntaria – en el sentido de espontáneo – y motivada, supone ausencia de acto humano*”. (106)

Ya con anterioridad nosotros analizamos el concepto de conducta, y claramente se dijo que ésta tenía que ser voluntaria, para que constituyera la base estructural del delito. Ahora en el aspecto negativo, es menester señalar, en que casos un acto es involuntario, a éste respecto el artículo 15 del Código Penal, en la fracción I dice:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”.

Como se deduce de la fracción citada, la ley capta todas las especies de ausencia de conducta.

(105) Cfr. Castellanos, op. cit., p. 162

(106) Jiménez de Asúa, op. cit., p. 220

Por otra parte, en la doctrina hay diversos criterios que no coinciden en las causas de inexistencia de la voluntad, o bien, de la ausencia de la conducta. Para unos, las formas de ausencia del acto son: *fuerza irresistible y sugestión hipnótica*; para otros, *la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos*; y otros más incluyen *el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo*, en los aspectos negativos de la conducta.

De las anteriores, aquellas que no están sometidas a discusión son:

- 1.- La fuerza física irresistible (*vis absoluta*); y
- 2.- La fuerza mayor (*vis maior*).

La primera consiste en una violencia material irresistible, no hay manifestación de voluntad del sujeto que es forzado de hecho, el hombre en tal caso constituye un mero instrumento, como señala Pacheco. (107) Así, se estará hablando de un comportamiento involuntario, cuando se presenta la *vis absoluta*, lo que confirma el principio, "*non agit, set agitur*" (*no obra, sino que es forzado a obrar*). (108)

El otro factor que elimina la conducta, la *vis maior*, opera, ya que el hombre se ve forzado a obrar por una fuerza extraña, procedente de la naturaleza o de los animales, lo que demuestra la falta del elemento volitivo.

Respecto al cuerpo del delito especial de la violación, no podemos concebir la ausencia de la conducta a través de las formas que contemplamos, y de hecho de ninguna otra, ya que la realización de la cópula conducta eminentemente activa, es absurdo pensar que un hombre puede ser obligado a ejecutar tal acto, por un animal, la naturaleza o incluso un hombre; y nos parece más absurdo aún pensar en que este comportamiento, pudiera verificarse por un movimiento reflejo o sonambulismo.

(107) Cfr. Pacheco, cit. pos, Castellanos, *op. cit.*, p. 163

(108) Cfr. Maggiore, *op. cit.*, p. 320

2.- ATIPICIDAD.

Cuando estudiamos la tipicidad, dijimos que ésta era la adecuación de la conducta al cuerpo del delito, el encuadramiento de una conducta concreta a la descripción legal abstracta. Luego, la atipicidad, la ausencia de tipicidad, existirá cuando no haya una adecuación de la conducta concreta con el cuerpo del delito, con los elementos integrante de la descripción formulada por la ley.

Por otra parte, no hay tipicidad cuando falta el cuerpo del delito, es decir, cuando a pesar de una conducta antijurídica, contraria a la sociedad, el legislador no ha formulado la descripción correspondiente.

Ahora bien, con base en el primer supuesto se dan varias hipótesis de atipicidad, así tenemos:

“1º. Ausencia del presupuesto del delito.

2º. Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el cuerpo del delito.

3º. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el cuerpo del delito.

4º. Ausencia del objeto jurídico.

5º. Ausencia del objeto material.

6º. Ausencia de las modalidades de la conducta. . .

7º. *Ausencia del elemento normativo, y*

8º. *Ausencia del elemento subjetivo del injusto.*" (109)

Visto lo anterior, toca ahora el turno a las posibles consecuencias de la atipicidad, para lo cual citamos nuevamente a Porte Petit, quién señala tres hipótesis de los efectos de aquélla.

"a) No integración del cuerpo del delito.

b) Existencia de otro delito.

c) Existencia de un delito imposible". (110)

Respecto a la primera, nos parece que, en cierta forma ésta es un efecto constante de la atipicidad, de tal suerte que se presenta junto a cualquiera de las otras dos. Y se da, obviamente, cuando a la conducta concreta falta alguno de los elementos requeridos por el cuerpo del delito.

La existencia de otro delito, o mejor dicho traslación de cuerpo del delito, se presenta cuando la conducta no encuadra en un cuerpo del delito determinado por faltarle algún elemento requerido por aquel, pero, se adecua perfectamente a otro cuerpo del delito establecido en la ley penal.

Hay tentativa imposible, cuando falta el bien jurídico o el objeto material en la conducta.

(109) Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, P. 370

(110) *Ibidem*, p. 371

Luego, en la violación equiparada (ficta) pueden presentarse las siguientes hipótesis de atipicidad:

AUSENCIA DE CALIDAD EN EL SUJETO PASIVO

Aquí, se presentan tres supuestos: 1. cuando el sujeto que se supone es menor de doce años, resulta ser mayor, y si la conducta se ejecuta con violencia, estaremos en presencia, a nuestro juicio, de una traslación al cuerpo del delito básico de violación; 2. si el sujeto que se piensa incapacitado o imposibilitado no lo está, y no se ejerce violencia, el cuerpo del delito no se integra; 3. Una persona introduce un aparato médico en la vagina de una persona incapaz, toda vez que no se realiza por medio de la violencia física o moral; y no se realiza con fines lascivos, no se integra el cuerpo del delito.

Ahora bien lascivo significa: (latín-uvu) adj. relativo a la lascivia; errático, de movimiento libre; LASCIVIA, propensión a la lujuria (latín luxuria) S. Concupiscencia de la carne. CONCUPISCENCIA (latín entia) S. Apetito y deseo desordenado, de los bienes terrenos y especial de placeres desonestos.

AUSENCIA DE LA REFERENCIA TEMPORAL

En cuanto a la referencia temporal dijimos en su momento que este delito coincide con la calidad establecida en la primera hipótesis, y así de igual forma la atipicidad y efecto de la misma coinciden.

AUSENCIA DE LOS MEDIOS COMISIVOS

Aunque reservamos este lugar a los medios comisivos, nótese, que en virtud de la formulación del cuerpo del delito, la falta de la violencia física o moral no trae consigo la atipicidad, ya que en éste cuerpo del delito, tales medios son requisito para que opere la agravación de la pena, y no para que se integre la figura delictiva.

AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La descripción del cuerpo del delito de la violación equiparada, no requiere expresamente el elemento subjetivo, no obstante, que la conducta de este ilícito lo requiere, lo manifieste o no la descripción legal. Respecto a este elemento citamos al maestro Cuello Calón, quien dice: “ *El elemento subjetivo de esta modalidad de la violación está integrado por la conciencia de ser la violada menor de doce años y por la voluntad de realizar la unión carnal, por tanto, el desconocimiento de esta circunstancia excluye el dolo*”. (112)

A esto podemos agregar, que en las fracciones II y III del Artículo 266 el elemento subjetivo, también se integra por la conciencia de la calidad del pasivo. Luego el autor antes citado, dice: “*En éste caso es menester, para la existencia del delito, que el culpable tenga conocimiento del estado de carencia de razón de la mujer ofendida*”. (113)

3. CAUSAS EXCLUYENTES DEL DELITO.

En primer término, hay que hacer énfasis, en que, si bien es cierto, que todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitaren su configuración, también lo es que, esto no opera en la antijuricidad.

(112) Eugenio Cuello Calón, *DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL*, T. II, V. II, p. 594

(113) *Ibidem*, p. 592.

La razón de lo anterior radica en el doble aspecto de la antijuridicidad, por lo que no basta, la ausencia de la antijuridicidad, o juricidad material, se requiere también, la eliminación completa de la antijuridicidad, para la integración de la excluyente de antijuridicidad, se requiere la declaración o reconocimiento hecho por la ley. (113)

Ahora bien, el aspecto negativo de la antijuridicidad, lo constituyen las causas de justificación que, “ son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica”. (114)

Las causas de justificación, están reguladas expresamente en las fracciones IV, V y VI del artículo 15 del Código Penal, según criterio de Porte Petit. Luego, las causas de licitud, de acuerdo a la ley son: *legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, e impedimento legítimo.*

El fundamento de las causas de licitud, lo encontramos en dos principios: *de la ausencia del interés, y del interés preponderante.* (115)

Ahora bien, consideramos innecesario profundizar en este tema, incluso tratar cada causa de licitud, en virtud de que ninguna de ellas es relevante para nuestro estudio, dada la imposibilidad de que se presenten en el delito que estudiamos.

Así, en la violación equiparada, *no hay causas de licitud,* (116) no se presenta ninguna posibilidad en este delito, para el autor del mismo, de actuar bajo alguna causa justificante, tenemos que v. gr. “ *No es posible imaginar una violación carnal justificada por legítima defensa*” (117) Lo que, es más absurdo si pensamos en la calidad de los sujetos pasivos del ilícito en cuestión.

(113) Cfr. Villalobos, *op. cit.*, p. 335, 336, 351.

(114) Castellanos, *op. cit.*, p. 183

(115) Cfr. Mezger, *cit. pos.*, Porte Petit, *op. cit.*, p. 386, 387.

(116) Cfr. Porte p., ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, p. 49, Martínez R. *Loc. cit.*

(117) Vannini, *cit. pos.*, Porte petiti, *op. cit.*, p. 48

4. INIMPUTABILIDAD

En su momento, se definió la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, luego entonces su aspecto negativo, se refiere a la incapacidad para obrar con conciencia y voluntad, la ininputabilidad se constituye por diversas causas que atacan la capacidad del hombre, así tenemos que. *“Son causas de ininputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber”* (118). En relación a éstas, Castellanos afirma que son, *“todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”*. (119)

Las causas de ininputabilidad son: *minoría de edad, trastorno mental, desarrollo intelectual retardado y miedo grave*. Respecto a las anteriores el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 15 fracción VII, establece:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando: . . .

VII.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente; al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. . . .”

Ahora, en relación al delito en estudio y de acuerdo con Martínez Roaro el sujeto activo de este delito goza de la protección de las causas establecidas por la fracción VII del artículo 15 del Código Penal.

(118) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 339

(119) Castellanos, *op. cit.*, p. 223

En cuanto a los menores infractores, serán remitidos al Consejo Tutelar para Menores Infractores.

5. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad, y en virtud de los elementos que integran esta última, la inculpabilidad se presentará siempre que por alguna causa se invaliden o cancelen los elementos, intelectual o ético y emocional o volitivo o alguno de ellos. Para los normativos las causas de inculpabilidad son: el error y la no exigibilidad de otra conducta, pero, en virtud de que nuestra legislación penal se afilia a la teoría psicológica, tenemos que dogmáticamente, las causas de inculpabilidad son: el error esencial de hecho, y la coacción sobre la voluntad. (120) Respecto a las causas de inculpabilidad, la fracción VIII del artículo 15 señala:

“ . . . VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el cuerpo del delito; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. . . . ”. (121)

(120) Cfr. Castellanos, *op. cit.*, p. 258

(121) CODIGO PENAL MEXICANO, art. 15, fracc. XI

En la violación equiparada, el sujeto activo de este delito no será culpable cuando cometa, "*error de hecho invencible*". (122)

"En cuanto a la culpabilidad en la violación equiparada, es requisito para fincarla que el sujeto activo conozca las condiciones que guarda la víctima, pues de lo contrario no incurre en responsabilidad, según estima Fontan Balestra, al considerar que en éste último caso, (no existirá violación por falta de dolo específico, que es indispensable para la configuración del delito)". (123)

6. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Respecto a esta, tenemos que en virtud de que las condiciones objetivas no se prevén en la parte general del Código Penal, "*. . . su falta ha de investigarse en cada caso concreto de la Parte especial de la ley*". (124)

Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa no se dan, o mejor dicho no se requieren por el cuerpo del delito.

7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las excusas absolutorias, pero antes de proceder al concepto de las mismas, hay que hacer énfasis en que en virtud de que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia de éste, las excusas absolutorias no afectan la integración del delito, sólo su punibilidad.

(122) Cfr. Martínez Roero, *op. cit.*, p. 232

(123) González Blanco, *op. cit.*, p. 170, 171.

(124) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 425

En cuanto al concepto, Castellanos Tena expresa: “. . . *son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena*”. (125)

La razón de ser, el fundamento de las excusas absolutorias lo constituyen *la mínima temibilidad, y la no exigibilidad de otra conducta.*

Por otra parte, las excusas absolutorias propiamente dichas son: (126)

a) *Excusa en aborto imprudencial, o en aborto resultado de una violación.*

b) *Excusa respecto a la falsa declaración del acusado*

c) *Excusa por razones de mínima temibilidad.*

d) *Excusa a ciertos familiares cuando facilitan la evasión de un preso.*

e) *Excusa a ciertos familiares de un homicida si ocultan, destruyen o inhuman el cadáver de la víctima sin autorización para ello.*

Luego, en la violación equiparada, el sujeto activo no puede actuar al amparo de ninguna excusa absolutoria, pues la ley no registra alguna para este delito. (127)

(125) *Op. cit.*, p. 278.

(126) Cfr. Carranca y Trujillo, *CODIGO PENAL ANOTADO, ARTICULOS 333, 247 FRACCION IV, 375, 151, 280.*

(127) Cfr. González Blanco, *op. cit.*, p. 171; Martínez Roaro, *loc. cit.*

D. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

En primer término, cabe hacer una breve referencia al concepto y contenido del *iter criminis*, ya que útil a fin de ubicar lógicamente y acertadamente las formas de aparición del delito.

Así, el camino del crimen o *iter criminis*, consiste en: "*el camino que recorre el delito, desde su ideación hasta su culminación . . .*" (128)

Ahora bien, el *iter criminis* contiene o comprende dos fases. *Fase interna, aquella que se desarrolla en la mente del sujeto, desde su iniciación (idea criminosa) hasta antes de exteriorizarse (resolución); fase externa, que se inicia con la manifestación y termina con la consumación.*

Estas fases están constituidas a su vez por diversos momentos: la primera, por *la idea criminosa o ideación, deliberación y resolución*; la fase externa, por *la manifestación, preparación y la ejecución*. Y en éste último momento, se dan las formas de presentación del delito, *tentativa y consumación* según sea el caso, mismas que abordamos a continuación.

1.- CONSUMACION.

El delito se tiene por consumado, cuando la ejecución ha sido perfecta, es decir, cuando la acción encuadra en el cuerpo del delito. Al respecto tenemos que:

(128) Osorio y Nieto, *op. cit.*, p. 77

(128) CODIGO TOSCANO, ART. 43, pos., Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 492.

(129) Castellanos, *op. cit.*, p. 287.

" el delito es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata". (129)

En cuanto a la violación equiparada, la consumación se verifica, cuando el sujeto activo realiza la cópula con o sin violencia con los sujetos pasivos (cualquiera de ellos) descritos en el cuerpo del delito.

2.- TENTATIVA

Se entiende por tentativa, según criterio de Castellanos Tena: *"los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". (130)*

Respecto a la tentativa, también tenemos que, se presenta sólo en los delitos de acción, comisión por omisión, siempre que se equiparan a los de acción; en los delitos materiales; y por último, la tentativa es compatible únicamente con los delitos dolosos. (131)

Por otra parte, la tentativa puede asumir dos formas: *la tentativa acabada y la tentativa inacabada*, lo anterior, con base en la doctrina, pues nuestra legislación no hace distinción alguna en éste sentido. El Código Penal se ocupa más bien, cuando es punible la tentativa, y cuando no, lo que se desprende del artículo 12, del citado ordenamiento, que a la letra dice:

(130) *Ibidem*, op. cit.

(131) Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 475, 476, 481

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Ahora bien, realmente el Código Penal no hace una distinción expresa, no obstante, para Castellanos el dispositivo capta ambas formas, en virtud de la imprecisión en la realización u omisión de los actos integrantes de la conducta. (132) Luego, es menester su estudio, al que ahora procedemos.

a. TENTATIVA ACABADA

La *tentativa acabada o delito frustrado*, se refiere a la realización de todos los actos de ejecución encaminados directamente a la producción de un resultado típico y antijurídico, empleando los medios idóneos para ese fin, pero aquél no se produce por causas ajenas a su voluntad.

(132) Cfr. *op. cit.*, p. 288.

En el delito frustrado no cabe el desistimiento, ya que no es posible desistirse de lo ya ejecutado, pero sí puede hablarse del arrepentimiento activo o eficaz, el cual no es punible como vimos en el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal.

b. TENTATIVA INACABADA

También recibe el nombre de delito intentado, en éste la ejecución no es incompleta, en virtud de que se omite uno o varios de los actos tendientes a la producción del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Y a diferencia de la tentativa acabada, sí admite el desistimiento, que en caso de presentarse origina que la tentativa no sea punible.

En cuando a la tentativa en el delito de violación equiparada, citamos a algunos autores, a fin de que con base en sus opiniones elaboremos una conclusión propia. Así tenemos que:

Para González Blanco, la violación “ . . . no descarta la posibilidad de la tentativa, en los términos del artículo 12 de nuestro Código Penal . . . y tampoco para la tentativa desistida . . . Por lo que respecto a la tentativa desistida, en la violación, las violencias ejercitadas por el sujeto activo, sobre el pasivo, constituyen actos eróticos en virtud del elemento subjetivo que les anima”. (133)

“ . . . Garraud opina también, que la tentativa desistida constituye un delito de atentado al pudor”. (134)

(133) González Blanco, *op. cit.*, p. 172, 173.

(134) *Ibidem.*

Según criterio de Vannini “ . . . lo que no consiente el delito de violación (en cuanto es delito formal) es la figura de la tentativa perfecta, la que en un tiempo se llamó -delito frustrado - desde el momento que una vez llevada a cabo en este delito la acción ejecutiva, el delito se consuma, agregando, que . . . no consiente la figura de la tentativa atenuada por el arrepentimiento activo, . . . pero, en cambio, es posible el desistimiento voluntario, circunstancia subjetiva resolutive de la ilicitud de la tentativa imperfecta”.

(135)

En cuanto a la tentativa en el delito de violación, Porte Petit afirma que: “Es indudable que, en el delito de violación, puede darse la tentativa inacabada, la acabada o frustración, así como el delito imposible. En otros términos, considerando el concepto que sostuvimos de cópula, (136) habrá tentativa cuando, existiendo un comienzo o total ejecución, no se realiza la introducción del órgano masculino en el orificio vulvar por causas ajenas a la voluntad del agente.” (137)

Eugenio Cuello Calón señala, “ . . . para que los actos impudicos realizados violentamente sobre una mujer, o sin su consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación, debe probarse cumplidamente en el culpable el ánimo de yacer.

Si el culpable, en el momento de haber dado principio a la ejecución del delito, desiste espontáneamente, no será punible . . . sin embargo, si los actos anteriores al desistimiento constituyen por sí un abuso deshonesto, será penado conforme al artículo 439. Si el desistimiento no es espontaneo, si tiene lugar ante la resistencia de la víctima o de la llegada de un tercero, hay tentativa punible.” (138)

(135) Cit. pos., Porte Petit, op. cit., p. 68

(136) “ . . . la cópula puede ser normal o anormal . . . el acceso carnal normal se consuma desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar, con o sin la “seminatio intra vas”.

(137) Porte Petit, op. cit., p. 18, 19, 72.

(138) Eugenio Cuello Calón, op. cit., p. 595, 596.

Francisco Carrara, admite también la tentativa de violencia carnal, lo que se ve claramente cuando dice, “. . . es suficiente que el conocimiento carnal haya estado en el fin, aunque no haya estado en el resultado, cuya frustración da origen al título de *violencia carnal intentada*”. (139)

Una vez analizados estos criterios, podemos concluir, según nuestro propio criterio, que respecto a este tema se dan las siguientes hipótesis:

a. La violación equiparada si admite la tentativa, pero únicamente, la inacabada o delito intentado.

b. La tentativa inacabada en este delito admite el desistimiento, no obstante si los actos anteriores a éste constituyen por sí un delito, será penado como corresponda al mismo, como lo establece la parte final del párrafo tercero en el artículo 12 de la Ley Penal, que dice: “. . . sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”

c En atención a lo anterior a pesar del desistimiento de la violación, puede integrarse el cuerpo del delito descrito en el artículo 261, que establece:

artículo 261. Al que sin propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Formulamos las hipótesis anteriores, en virtud de que consideramos al igual que Vannini, que si se lleva a cabo la acción ejecutiva, el delito se consuma. E independientemente del concepto de cópula que ofrece Porte Petit, si se ejecuta la conducta cabalmente para la producción del resultado y puesto que este ilícito es considerado como formal, no podemos separar la conducta del resultado. Por lo que el resultado se produce originándose la consumación, y consiguientemente no hay lugar a la tentativa acabada; por otra parte, la segunda hipótesis, tiene su fundamento, en el multicitado artículo 12 de nuestro Código Penal; finalmente, si bien es cierto que el artículo 261 del citado ordenamiento legal, y la tentativa inacabada punible se excluyen, en virtud de que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda si, también es cierto que al presentarse el desistimiento en la violación, desaparece el propósito de copular y en atención a la última parte del artículo 12 anteriormente citado, lo que fue tentativa de violación (equiparada) da lugar a la configuración del cuerpo del delito señalado en el artículo 261 de la Ley Penal.

3. DELITO IMPOSIBLE.

En éste no se realiza la infracción de la norma penal por imposibilidad material, por idoneidad en los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. (140)

El delito imposible que podría ser confundido con el delito pasivo, se diferencia de él, ya que en el primero, el resultado nunca se produce por imposibilidad material, en tanto que el delito se considera putativo por inexistencia total de la norma.

Por otra parte, en el Código Penal no se incluye la tentativa del delito imposible por lo que éste no es sancionado. (141)

(140) Cfr. Castellanos, *op. cit.*, p. 291

(141) Cfr. CODIGO PENAL MEXICANO, art. 12

Respecto al delito en estudio, hay autores v. gr. Porte Petit, que piensan que sí se presenta el delito imposible, o mejor dicho la tentativa del mismo, e incluso, nos dan el ejemplo de aquel que siendo impotente no puede verificar la cópula y no introduce ningún objeto material en la vagina de la víctima, y por ende, no comete el delito. No obstante, como ya se mencionó la ley penal de nuestro país no capta la tentativa del delito imposible, por lo que, aún si el citado ejemplo, no puede darse, no será punible en grado de tentativa de violación, sino, que quizá encuadre en el artículo 261.

E. CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION)

Respecto al concepto de participación, tenemos que ésta:

“ . . . consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad ”. (142)

Ahora bien, cabe destacar que no todos los participantes en el ilícito responderán en igual grado, ya que se tendrá que valorar dicha responsabilidad en cada caso concreto, donde ésta se determinara con base en el acto, aptitud para entender y querer, culpabilidad y en sí la forma y grado en que cada sujeto haya participado en la comisión del delito.

Luego, tenemos pues diversos grados o formas de participación:

“a) Autores y coautores.

b) Instigadores.

c) *Cooperadores necesarios.*

d) *Cómplices*". (143)

Nuestra legislación penal, trata de la participación en su artículo 13, que a la letra dice:

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quién produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno a la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64-bis de éste Código"

Así, tenemos que de acuerdo a la ley se pueden distinguir las siguientes formas de participación:

1. *Autoría material (fracc. II)*
2. *Coautoría (fracc. III)*
3. *Autoría mediata (fracc. IV)*
4. *Autoría intelectual (fracc. V)*
5. *Complicidad (fracc. VI y VII)*
6. *Complicidad correspectiva (fracc. VIII)*

En cuanto al ilícito que se estudia, es claro que pueden presentarse, casi todas las formas de participación: La autoría material, aquel que realiza, por sí, la cópula en los términos del artículo 266, colmando el cuerpo del delito en cuestión; respecto a la coautoría, ésta no es posible, si se piensa en que se trata de la realización conjunta de la cópula; la autoría mediata, puede darse cuando se utiliza a un inimputable, para que realice la cópula típica y antijurídica; la autoría intelectual, se da cuando un sujeto induce a otro a cometer el delito que el ha planeado; complicidad, ésta en los términos de las fracciones VI y VII, es indudable que puede presentarse muy fácilmente, en el delito que se analiza o en cualquier otro delito. (144)

F. CONCURSO DE DELITOS.

"Se da el concurso de delito cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos."

Pensamos que resulta clara la definición anterior, tenemos pues que lo único que requiere el concurso de delitos es la producción de varios cuerpos del delito, no obstante, de acuerdo con el concepto citado, en cuanto al concurso de delitos se presentan dos situaciones, dos especies de concursos: *concurso ideal* y *concurso real*, que se regulan en el artículo 18 del Código Penal, especies que abordamos enseguida:

(144) Cfr. Porte Petit, ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, p. 78 y ss.

1. CONCURSO IDEAL

Este se presenta cuando, como dice el artículo 18, “ *con una sola conducta se cometen varios delitos*”. O bien, como cita Jiménez de Asúa, el concurso ideal se caracteriza como, “*un hecho que cae bajo más de una sanción punitiva*” (145)

Ahora bien, de los citados conceptos se deducen ciertos requisitos: *unidad de hecho (acto)*; *violación de varias disposiciones legales*; *unidad de resolución*.

Unidad de hecho. Se refiere a una sola conducta, a la conducta como el elemento del delito, es decir, aquella que comprende el acto voluntario, el resultado y el nexo causal.

Violación de varias disposiciones legales. Puede decirse que, no es otra cosa que el encuadramiento de la conducta con varios cuerpos del delito, así, e.g. el que manejando, choca con otro auto y ocasiona muertos, lesionados y además daños a la propiedad ajena.

Unidad de resolución. El sujeto activo, quiere y procura sólo un resultado típico, es decir, resuelve cometer una conducta pensando en obtener únicamente un resultado.

La penalidad al concurso ideal se encuentra establecida en el artículo 64, en su primer párrafo dice:

“*Artículo 64. En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero*”.

2. CONCURSO REAL

Antes de proceder al concepto de éste, hay que hacer énfasis en que, tanto en el concurso ideal, como en el concurso real se habla de un solo sujeto activo aunque de forma implícita.

Ahora, en relación al concepto del concurso real tenemos que: *“Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos”*. Así lo dispone la segunda parte del artículo 18 de nuestro Código Penal; y en términos similares, según criterio de Jiménez de Asúa, el concurso real consiste en: *“La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos”*. (146)

Por otra parte, respecto a la penalidad, está se encuentra regulada también por el artículo 64, pero, en su párrafo dos, que establece:

“Artículo 64. . . .En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado. . . .”

Son tres los sistemas que hay para la represión en caso del concurso real, de acuerdo a la doctrina, y éstos son:

- Acumulación material.
- Absorción.
- Acumulación jurídica.

Acumulación material. En ésta, se suman las penas correspondientes a cada delito.

Absorción. La pena del delito mayor absorbe a las otras por lo que se impone únicamente aquélla.

Acumulación jurídica. Se toma como base la pena más grave, y ésta se puede aumentar en relación a los demás delitos, de conformidad con la personalidad del culpable.

Ahora bien, como puede verse en el segundo párrafo del artículo 64 del Código Penal, antes descrito y apoyándonos también con la opinión de Castellanos Tena, tenemos que, nuestra legislación penal, parece captar los tres sistemas. (147)

Finalmente, respecto al concurso de delitos, con la violación equiparada pueden concurrir diversos delitos, dándose las siguientes hipótesis:

a. Pueden concurrir *el artículo 266 y el 261*, siempre que el acto sexual con intención lasciva sea ejecutado con posterioridad a la violación.

b. Concorre también con el delito en estudio, el cuerpo del delito de lesiones, situación en la que cabe destacar, que la violencia física, como uno de los posibles medios comisivos de la violación equiparada, no implica necesariamente la producción de lesiones, por lo que si éstas se presentan siendo innecesarias como son, constituyen un delito autónomo e independiente de la violación ficta.

Lo anterior se confirma con el criterio jurisprudencial expresado en las siguientes tesis:

“VIOLACION, ACUMULACION REAL DEL DELITO DE LESIONES A LA. En la violación, la violencia física se caracteriza por que se constriñe objetivamente a la víctima para realizar en ella la fornicación, y siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en su cuerpo a fin de impedir o superar su resistencia física; mas tales imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas o en la comisión de ataques corporales constitutivos de otros delitos y entonces el golpe productor de lesiones que se propine al ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación por que no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutadas con actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal”. (148)

“VIOLACION Y LESIONES, AUTONOMIA DE LOS DELITOS DE. Tratándose de un caso de violación, no puede afirmarse que las lesiones producidas a la ofendida no constituyan conducta ilícita independientemente de la violación, por constituir el medio violento para integrar este ilícito, si la violencia empleada no fue sólo la necesaria para vencer la resistencia, en tanto que haya motivado lesiones que pusieron en peligro la vida de la ofendida”. (149)

c. Igualmente pueden concurrir con la violación equiparada: el homicidio (art. 302), amenazas (art. 282), siempre que éstos se verifiquen con posterioridad a la violación equiparada. Y pueden concurrir también los delitos siguientes: peligro de contagio (art. 199 bis), corrupción de menores (art. 201), lenocinio (art. 207), privación de la libertad (art. 365 bis), robo (art. 367).

(148) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 6ª. Epoca, Tomo LXXVI, p. 46

(149) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8ª. Epoca, Volumen 36, p. 41

G. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO.

En relación con las formas de persecución, queremos hacer primero una breve referencia a las formas de conocer el delito y a los requisitos de procedibilidad, a efecto de complementar el presente título.

Luego entonces, hablaremos de *la denuncia, querrela, autorización y excitativa*.

1. DENUNCIA.

En cuanto al concepto de ésta tenemos que, Manzini define: "*la denuncia facultativa, o denuncia en sentido estricto, es el acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo, con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio, lesivo o no de interés del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que hayan cometido ese mismo delito o hayan tomado parte en él*". (150)

Y por su parte, García Ramírez indica que la denuncia, "constituye una participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente, sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio". (151)

Ahora bien la denuncia como condición de procedibilidad debe distinguirse de la denuncia como medio informativo, ya que la primera siempre que está a cargo del Ministerio Público, se refiere a "*. . . la instancia necesaria para que el órgano jurisdiccional pueda avocarse a la instrucción del proceso*". (152)

(150) cit. pos., Sergio García Ramírez, CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, p. 387

(151) Ibidem.

(152) Guillermo Colín Sánchez, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, p. 237

Y por último hacemos énfasis en que la denuncia como medio informativo, puede ser formulada o presentada por cualquiera.

2. QUERELLA

Esta igual que la denuncia, puede considerarse un medio legal de informar al órgano competente, la comisión o posible comisión de un delito. No obstante se diferencia de aquélla, porque sólo puede recurrir a ella, el ofendido o su legítimo representante, y siempre que sean de aquellos ilícitos que por disposición legal se persigan a instancia de parte, y en ella se ejerce además el derecho de demandar que se proceda.

Para González Blanco, *"la querella es el derecho que se le concede a la víctima de un delito que por disposición de la ley se persiga a instancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento del órgano competente, y expresarle su voluntad de que se proceda en contra del delincuente"*. (153)

Por otra parte, la querella se entiende como un requisito de procedibilidad, en virtud de que aquella se concibe como un derecho del ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades y demandar que se proceda, luego, el poder judicial está condicionado a la voluntad del particular, pues sin la manifestación de ésta no puede proceder. (154)

(153) González Blanco Alberto, **EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO**, p. 89

(154) Cfr. Colín Sánchez, *op. cit.*, p. 242 y 243.

3. AUTORIZACION.

Esta consiste en el permiso o anuencia de una autoridad competente, a efecto de que en algunos casos previstos por la ley, sea posible proceder penalmente contra algún funcionario, por la comisión de un delito del fuero común. (155)

4. EXCITATIVA

La excitativa, se entiende en sí como una forma de querrela, constituye también un requisito de procedibilidad, en los términos de la misma, se encuentra regulada en el artículo 360 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal. Y se refiere a la queja de petición que presenta el representante de un país extranjero para que se proceda en contra de aquel que ha injuriado al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos, como se desprende del texto legal citado:

“ artículo 360.- No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes: . . .

II.- Cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en éste país. En el primer caso corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público; pero ser necesaria excitativa en los demás casos.”

El hecho de que la excitativa es un requisito de procedibilidad se ve claramente en el artículo transcrito, especialmente en la última parte.

Ahora bien, en cuanto a las formas de persecución de los delitos, tenemos *los delitos que se persiguen de oficio y los de querella, que son aquellos que se persiguen a petición o instancia de parte ofendida*. Puede decirse que la regla es la persecución de oficio, y la excepción los delitos de querella, inclusive la forma de persecución es expresa en la ley para cada caso, tratándose de éstos últimos.

En los delitos de oficio, la denuncia constituye un requisito de procedibilidad y un medio de poner el delito en conocimiento de la autoridad en los términos que antes señalamos, en éstos, se expresa cabalmente el poder punitivo del Estado, ya que sólo de éste depende todo el procedimiento; en tanto que los delitos de querella necesaria, la querella es la forma útil para poner en conocimiento de la autoridad competente el delito, y el requisito de procedibilidad para estos delitos lo es la querella como manifestación de voluntad expresa con la que se demanda la persecución y el ejercicio de la acción penal en contra del delincuente. Por lo anterior, la persecución de estos delitos es potestad del ofendido, el cual en el momento que desee puede otorgar el perdón.

Finalmente, con relación al delito en estudio, sólo podemos decir que éste es perseguido de oficio, en virtud de que no hay en nuestra legislación disposición alguna en contrario.

1º. Todo acto psíquico tiene una significación y obedece a una motivación conciente e inconciente.

2º. Este es consecuencia de que la fuente primitiva de toda energía es el instinto sexual.

3º. Todas las experiencias psíquicas del sujeto, dañosas para su tranquilidad espiritual, son rechazadas del plano conciente hacia el inconciente, mismo en el que siguen activas.

4º. En éste el tomo afectivo de una idea pasa a otra cualquiera y la anima insospechadamente.

Todos los principios expuestos se refieren a la psique del individuo, por lo que, los factores que influyen en la conducta son para esta teoría, factores de carácter interno.

Teorías endocrinológicas. Estas recurren al estudio de las glándulas de secreción interna para explicar la conducta sexual del hombre.

Las hormonas secretadas por las glándulas, regulan, tanto la evolución orgánica del individuo, como la constitución psíquica, por lo que: *“de la distinta fórmula endocrina individual, depende en último término, la personalidad psíquica de todo sujeto”*.
(167)

Dicha fórmula recibe el nombre de biotipo, en relación a lo cual, las teorías endocrinológicas, han diferenciado dos grandes grupos: *a) las constituciones normales y b) las constituciones displásicas.*

La constitución morfológica normal se refieren al volumen corporal y las proporciones existentes entre el tronco y las extremidades, y se divide a su vez en: *macroesplánicos o brevilineos y microesplánicos o longilineos*, en los primeros son preponderantes, la función vegetativa y el ahorro de energías, y en lo segundos sucede a la inversa.

Las constituciones morfológicas displánicas o anormales se dividen en: *hipergenitales, hipogenitales y disgenitales*.

Respecto a los individuos hipergenitales, hipogenitales o disgenitales, basta decir que sufren de alteraciones endocrinas, por lo que en ellos se halla la identidad que se encuentra en los delincuentes sexuales.

Ahora bien, "*el biotipo del delincuente sexual corresponde a la variedad hipogenital del tipo brivilíneo de Pende*". (168)

Con base en esta teoría la acción regulada de las hormonas constituye el único factor determinante de la conducta sexual. Factor que viene a ser, obviamente, de carácter interno.

1. ENDOGENOS

Visto lo anterior, podemos decir, que los factores endógenos son aquellos de carácter interno, o bien, inherentes al hombre, ya por herencia, por la anatomía y fisiología del cerebro, por la psique del sujeto o en su defecto por la acción reguladora hormonal. Según se prefiera una u otra teoría de las expuestas anteriormente.

A nuestro juicio todos los factores comentados influyen de una manera u otra en la conducta del hombre.

2. EXOGENOS.

Estos son aquellos externos al hombre, tratándose de factores adquiridos, de ambiente (físicos y sociales), mismos que son estudiados por parte de la antropología criminal (bio-sociológica o biotipológica), y la sociología criminal.

Ahora bien, aún aceptando, que la conducta debe ser motivada y que el delito sexual se presenta como respuesta a los factores endógenos y exógenos, nos parece que, no se debe generalizar halando de un cuerpo del delito o biotipo de delincuente sexual. No todos los individuos que encuadran en los cuerpo del delito establecidos cometeran necesariamente un delito sexual y a la inversa, no todos los delincuentes son anormales. (169)

Por otra parte, *"Muchos violadores, en especial los que agreden a niños pequeños, les conocen, planean previamente lo que van a hacer y llevar su plan a la práctica cuando se les presenta la ocasión . . . Esto rebate la idea de que todos los violadores atacan al azar y dominados por un súbito e incontrolable apetito sexual"*. (170)

Pensamos que hay que tomar concierta reserva la idea de que los violadores están, por decirlo así, predeterminados por los factores endógenos o exógenos.

(169) Cfr. Finkelhor David, EL ABUSO SEXUAL AL MENOR: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y TRATAMIENTO PSICOSEXUAL, p. 38, 39; En éste sentido, Benjamin Karpman, LA PSICOPATOLOGIA SEXUAL, p. 18

(170) Dowdeswell Jane, LA VIOLACION: HABLAN LAS MUJERES, p. 46; Cfr. Sigmund Freud, TRES ENSAYOS SOBRE TEORIA SEXUAL, pp. 17,18.

No estamos de acuerdo con Dowdeswell Jane, cuando manifiesta que: "*No hay nada absolutamente cierto sobre los violadores*". (171)

B. CASTIGO Y PREVENCIÓN COMO FINES DE LA PENA.

En primer término indicaremos el concepto de la pena, según el maestro Villalobos la pena es "*un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico*". (172)

Carrancá y Trujillo señala, "*la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social*". (173)

Otros autores expresan los siguientes conceptos: "*La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Lizst)*". (174)

Por su parte Castellanos Tena, define la pena de la siguiente manera: "*castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico*". (175)

(171) Op. cit., p. 56

(172) Ignacio Villalobos, **DERECHO PENAL MEXICANO**, p. 522.

(173) Raúl Carrancá y Trujillo, **DERECHO PENAL MEXICANO: PARTE GENERAL**, p. 516

(174) Castellanos Tena, **LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL**, p. 317

(175) *Ibidem*, p. 318; Cfr. Eugenio Zaffaroni, **MANUAL DE DERECHO PENAL**, p. 59

Ahora, observemos que la definiciones de Villalobos y Castellanos son prácticamente las mismas. Sin embargo, no parecen junto con la de Carrancá, de las más completas y acertadas, excepto por una cosa, la de los primero equivoca su parte final, en tanto la de Carrancá nos parece un tanto extensa. Luego para nosotros la pena es:

Un castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, en pro de la justicia y la prevención de nuevos delitos, para la seguridad y defensa social.

Una vez manifestado el concepto de la pena que, a nuestro juicio es acertado, tenemos que profundizar en el tema, con el propósito de destacar él porque de dicho concepto.

Ahora bien, en cuanto a la fundamentación de la pena, creemos firmemente que la justificación de la misma radica en su necesidad, lo cual apoyamos con el criterio de Maurach Reinhart, para quien: *“Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su misma existencia”*. (176)

No obstante lo anterior, en relación al fundamento de la pena, surgen diversas teorías, las cuales han sido clasificadas en tres grupos: *absolutas, relativas y mixtas*. (177)

Las primeras se apoyan en la fórmula de Séneca, “punitur quia peccatum” (se castiga porque se ha pecado). Así la pena, en consecuencia directa e inevitable de la comisión del delito. Y es impuesta para restablecer el equilibrio preestablecido, situación en la que se encuentra su razón de ser, lo que le concede el carácter de justa; restablecimiento que se da por reparación o retribución, y cabe destacar que en estas teorías la determinación de la pena se da con base en su culpabilidad. (177 bis).

(176) Maurach Reinhart, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, p. 63

(177) Cfr. Baumman Jürgen, **DERECHO PENAL: CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA**, P. 14 Y SS.

(177 bis) bis. Cfr. Argiboy Molina, **DERECHO PENAL: PARTE GENERAL VOLUMEN II**, p. 32, 34; *Ibidem*, p. 79.

Las teorías relativas se basan en el contrato social, y en éstas la pena se presenta como un medio para mantener la seguridad pública misma que se obtiene a través de la prevención general o especial; admiten que la pena constituye un mal, el cual se justifica sólo si se persiguen por éste determinados fines que sirven a la prevención del delito. (178)

Aunado a lo anterior, es conveniente hacer énfasis es que para las teorías relativas, la medida de la pena se basa en la peligrosidad y no en la culpabilidad como sucede en las teorías absolutas, lo cual no hay que perder de vista porque en éste título, quizá el fundamento no importe tanto como la medida de la pena, al efecto de contribuir a la comprobación de nuestra hipótesis.

Tengamos presente que, en ellas *“el sustento de la imposición de la pena no se encuentra en la culpa sino en la peligrosidad”*. (179)

Teorías mixtas o criterios intermedios o combinados, mismos que, según Maurach Reinhart son: *“aquellos criterios que dejan intacto el carácter de la pena, de retribución de la culpabilidad del hecho”*. (180)

Dentro de las teorías mixtas se encuentra, entre otras, la de Carrara y de las ideas de éste doctrinario nos interesa aquella que se relaciona con la medida de la pena, pues Carrara afirma que: *“ . . . la medida de la sanción se encuentra en la importancia del Derecho que protege”*. (181)

(178) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 150; Maurach Reinhart, *op. cit.*, p. 64, 65.

(179) Argibay Molina, *op. cit.*, p. 48

(180) *Op. cit.*, p. 65

(181) *Cit. pos.*, Raúl Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 152.

Nosotros nos ubicamos dentro de las teorías mixtas, en virtud de que, si bien es cierto que la justificación del Derecho de castigar se encuentra en su necesidad, también lo es que la prevención de los delitos es tan necesaria y útil, como lo es la justicia, a efecto de alcanzar el fin último de la pena, mismo que consiste en el bien, la justicia y la defensa social.

Ahora, consideramos conveniente y necesario hacer la observación de que independientemente de la teoría que se trate, la medida de la pena o sanción, no es algo que se pueda dejar de lado, sin importar que el sustento de la misma, lo constituya, la culpa, la peligrosidad y/o la importancia del Derecho que se protege. Aunado a lo cual, es menester que se trate brevemente la individualización de la pena, cuyo concepto Argibay Molina formula de la siguiente manera: *“no es sino la adecuación de la reacción punitiva, en naturaleza y grado, al sujeto acreedor de ellas, realizada en función de la importancia del delito y de la personalidad actuante”*. (182)

Respecto a esto último y en relación al delito que se estudia, preguntamos: *¿Qué importancia tiene la violación equiparada para los pasivos, nosotros y el legislador?, ¿son acaso iguales los bienes que tutelan los artículos 265 y el 266 del Código Penal vigente en el Distrito Federal o tienen la misma importancia?, ¿Qué tan peligroso puede considerarse el activo del delito en cuestión?*

En lo relativo a la individualización de la pena, cabe hacer notar por último, que son tres los tipos de individualización: 1. *Legislativa*; 2. *Judicial* y 3. *Penitenciaria*, pero en función del presente trabajo, la única que nos interesa es la primera.

Lo expuesto hasta el momento es relación con la pena, no tiene otra finalidad que demostrar: en primer término que la pena es sin lugar a dudas, un mal necesario y que su fundamento es sólido, sin importar en que teoría no basemos, pero lo - -

(182) Op. cit., p. 277

mas importante radica en entender que la sanción debe tener una medida, misma que será útil para no rebasar los límites de la justicia y para que contribuya realmente a la prevención de los delitos, ya sea general o especialmente.

Ya se han mencionado repetidas veces los criterios de la medida de la pena, ahora en relación a ellos, preguntamos:

¿Deben ser sancionados con la misma pena, dos delitos cuyo bien tutelado es diverso, de diferente jerarquía o cuyo sujeto activo presenta índice de peligrosidad diferente en un delito y otro?

No obstante lo anterior, pensamos que quizá se encuentren otros argumentos a fin de justificar nuestro deseo de reforma al artículo 266 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

A continuación haremos referencia a las circunstancias agravantes de la responsabilidad, indicando aquellas que desde nuestro punto de vista deben ser consideradas como tales, esto en relación con el delito que estudiamos.

C. LA IMPUBERTAD Y LA INCAPACIDAD PARA RESISTIR LA CONDUCTA DELICTUOSA, CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD.

En términos generales circunstancia es toda situación o eventualidad que modifica el hecho en el que se presenta, sin alterar su esencia.

En cuanto a las circunstancias agravantes, son aquellas que motivan el aumento de la sanción.

No debemos olvidar que el tema que ahora se trata tiene relación directa con la medida de la sanción e inclusive se hace necesario referirnos nuevamente a los criterios que se han utilizado para ésta última, ya que sólo así sabremos a que naturaleza pertenecen las circunstancias.

Recordemos que uno de los criterios es la gravedad del delito. Sin embargo, de que forma ha de medirse ésta, para el Marqués de Beccaría “ *la medida de la gravedad está en el daño social*”. (183)

En oposición a la idea de Beccaría se encuentran las opiniones de Filangieri y Romagnosi: el primero pretendía medir el delito por el elemento moral, dolo y culpa, elemento que se dividía en infimo, medio y máximo; por su parte Romagnosi se basaba en la *spinta criminosa* (el deceso del fruto del delito, la mayor o menor facilidad y esperanza de satisfacerlo y la mayor o menor probabilidad presunta para escapar de la pena), criterios subjetivos a los cuales rechaza Carrara, para el cual, la cantidad del delito depende del daño inmediato y del daño moral, fuerza física, intimidación y disminución de la seguridad general respectivamente. (184)

Se ha optado también, por oponer a la gravedad del delito la temibilidad del delincuente, abandonando el primer criterio. Sin embargo, el positivismo a pesar de sustituir el criterio de la gravedad del delito por el de la peligrosidad del delincuente, no abandona por completo aquél, ya que el segundo comprende al primero, tan es así que Jiménez de Asúa, afirma, “ *la peligrosidad ha de fijarse por la gravedad del delito, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente*”. (185)

(183) Cit. pos., Jiménez de Asúa, LA LEY Y EL DELITO, p. 444

(184) Cfr. *Ibidem*.

(185) *Op. cit.*, p. 445

Luego, las circunstancias modificativas pretenden, desentrañar el grado de peligrosidad, según criterio del autor antes citado todas ellas son de carácter subjetivo, en virtud de que para él, *"las atenuantes se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad y las agravantes al móvil del dolo y al peligro de agente"*. (186)

Algo que hay que destacar, es que una de las cosas que aporta serios indicios de peligrosidad es la calidad personal de la víctima del delito. (187)

Por otra parte, dentro de la clasificación de las agravantes en: Formas alevosas, traidoras o cobardes, hay que hacer énfasis en una de ellas *"abusar de la superioridad"* y de aquellas de móvil bajo o brutal, las que constituyen una *"Ofensa o desprecio de la dignidad debida a la edad o sexo del ofendido . . "*. (188)

Es conveniente reflexionar y preguntarnos, si la calidad personal de la víctima de la violación equiparada, *¿No implica en sí mayor peligrosidad?* si el activo del ilícito que se estudia, *¿No está acaso abusando de su superioridad, o no ofende y desprecia la dignidad debida a la edad y estado particular de los pasivos del cuerpo del delito en cuestión, o acaso dichas calidades no merecen un mayor respeto?*.

Estamos seguros que la impúbertad y la incapacidad o imposibilidad para resistir la conducta delictuosa, constituyen verdaderas circunstancias agravantes de responsabilidad de delito en análisis, y como tales, debían ser tomadas en cuenta por el legislador.

(186) *Ibidem*, p. 450

(187) Cfr. Argibay Molina, **DERECHO PENAL: PARTE GENERAL V. II**, p. 294

(188) Cfr. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 452

La opinión anterior, la apoyamos también, en el pensamiento de Carrancá y Trujillo, quién refiriéndose al texto vigente antes de las últimas reformas en comparación con el artículo que le antecedió (artículo 266), manifiesta claramente no comprender, que en el entonces nuevo texto, no se considere la impúbertad como agravante del delito. Para mayor claridad, a continuación hacemos una transcripción de ambos textos y de la opinión de Carrancá y Trujillo.

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

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

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad.

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena;

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

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

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

Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

(Texto vigente conforme al decreto de diciembre 30 de 1997)

"No es entendible que el nuevo texto del artículo 266 no sea circunstancia agravante de la pena la realización de la hipótesis típica, aunque falte la violencia, con persona menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa; porque lo grave es aquí, precisamente, la existencia de la impúbertad." (189)

Y la imposibilidad de resistir la conducta delictuosa, es igualmente grave, situaciones frente a las cuales el sujeto activo goza de una superioridad de la que abusa, sin respetar mínimamente las calidades de los pasivos, lo cual, debería sin lugar a dudas, agravar la penalidad.

D. REFLEXIONES RESPECTO A LA VIOLENCIA EN LA VIOLACION EQUIPARADA.

En éste capítulo pretendemos hacer un breve análisis para resolver varias interrogantes que nos intrigan y cuyas respuestas son de gran trascendencia en el presente trabajo, las preguntas que nos interesa responder son:

1. ¿Qué clase de violencia requiere el cuerpo del delito?
2. ¿Hay o no violencia presunta en el ataque a los pasivos del delito en cuestión?

3. De haber violencia implícita o presunta en el ataque al menor, incapaz o imposibilitado, ¿puede o no de hecho ejercerse la violencia física o moral?

4. Y finalmente, si se da la violencia física ¿cómo ha de sancionarse, deberá ser considerada como agravante, o se presentará el concurso de delitos en caso de que aquellas, lesione el pasivo?

A tal efecto, es indispensable el estudio del concepto y las clases de la violencia, mismo al que procedemos a continuación.

En primer término, ha de señalarse un concepto razonable de violencia, para lo cual citamos a Rafael de Pina, quién en su diccionario de Derecho define la violencia como: "*Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quién se ejerce*". (190)

Por su parte, González Blanco señala "*La violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima . . .*" (191)

No vamos a discutir en esta parte si los conceptos anteriores están completos o no, pero si a destacar aquello que nos interesa relacionado con el tema de la presente tesis.

Nótese que en el primer concepto se habla de . . . *anular la capacidad de reacción de la persona sobre quién se ejerce*. Y entonces nos atrevemos a preguntar *¿Es acaso necesaria la acción física o moral de la que habla el concepto en cuestión si dicha capacidad de reacción no existe?*

(190) Op. cit., p. 484.

(191) González Blanco, DELITOS SEXUALES, p. 151, 152.

Y por lo que respecta al segundo de los conceptos, *¿Qué resistencia puede ofrecer la víctima (menor de doce años, incapaz o imposibilitada para resistir la conducta delictuosa) de la violación equiparada?* Podemos ver claramente como de la segunda parte de la descripción de los pasivos se desprende que no es posible resistencia alguna.

En cuanto a las clases de violencia, se pueden señalar: *la violencia física, moral y presunta (por menor edad o por inconciencia ya sea provocada u originada por cualquier causa)*, mismas que acto seguido abordamos.

La violencia física (*vis*) "*es aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, y debe ser de tal grado que domine su resistencia*". (192)

La violencia moral (*metus*) "*. . . se traduce en las amenazas o amagos de males graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima . . .*" (193)

Ahora, en relación a los conceptos anteriores, recordemos que con antelación cuestionamos la necesidad de la violencia física o moral cuando no hay capacidad de reacción en los pasivos, como es el caso en la violación equiparada, y por nuestra parte, creemos firmemente que la violación física o moral es innecesaria en el delito que se estudia, lo que afirmamos con base en las calidades que presenta el pasivo, queremos aclarar que no por el hecho de no ser necesarias estas formas de violencia, las mismas no se presentarán. Ahora bien, no porque éstas no se presenten, el delito deja de ser violento, pues aunque no se de una violencia propia por así decirlo, independientemente de que la conducta se verifique sin, contra o con el consentimiento de la víctima, se da la violencia presunta, es decir, presumida por la ley.

(192) Luis Carlos Pérez, *TRATADO DE DERECHO PENAL*, T. IV, p. 436

(193) González Blanco, *op. cit.*, p. 155

La violencia física o moral no son necesarias debido a varias circunstancias, tratándose de los menores, éstos carecen de la fuerza necesaria para oponerse a su agresor, de plena conciencia o ninguna (dependiendo de la edad de la víctima, ya que puede ser incluso un bebé) de la naturaleza del acto que se realiza, a lo que contribuye el hecho de que como señala Dowdeswell Jane “ . . . *la mayor parte de las violaciones son cometidas por conocidos casuales o de personas con las que tienen contacto diario, como amigos del colegio o parientes y, como hemos dicho, especialmente aquellos en los que confían, incluidos padres, abuelos, hermanos y tíos – y por sí esto fuera poco – De pequeños nos enseñan a confiar en los mayores y a no discutir lo que dicen*”. (194)

En cuanto a los incapaces o imposibilitados para resistir la conducta delictuosa, la inconciencia del ofendido o su imposibilidad para ofrecer resistencia alguna, es la causa para que la violencia física o moral no sea necesaria.

Respecto a la violencia presunta, antes de ver como se conceptualiza, hay que dar énfasis al hecho de que, no sólo puede darse la violencia física o moral, sino, que además, si se llegan a presentar concurren con la violencia presunta, ya que ésta siempre estará presente en la violación ficta, lo que se entenderá más claramente una vez que se trate el concepto de violencia presunta, la que a su vez se divide en dos clases: *a. Por menor edad; y b. Por inconciencia.*

En la primera se presume violencia con base en que se considera que el ofendido carece de la madurez necesaria para producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y por lo mismo se le considera incapaz de consentir, motivo por el cual resulta indiferente que se realice el acto con o sin el consentimiento del menor.

La segunda hipótesis (cuando el pasivo es incapaz o se encuentra imposibilitado para resistir la conducta delictuosa) motiva el hecho de que se presume la violencia con base en dos circunstancias, mismas a las que hace referencia la jurisprudencia siguiente:

“Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sola cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental o cualquier causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues estas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual o carencia de volición consciente para copular”. (195)

Observemos que, la presunción se deriva de dos circunstancias: Primera, ausencia de fuerza y condiciones físicas; y segunda, carencia de volición consciente para copular. Sin temor a equivocarnos pensamos que tales circunstancias son las mismas que motivan la presunción por menor edad, con la diferencia de que surgen o se derivan de causa diversa.

Ya se ha expresado, de forma más o menos clara, el concepto de violencia y las clases que de la misma hay, debemos ahora intentar dar respuesta a las preguntas formuladas al principio del presente título, las cuales transcribimos ahora, para mayor comprensión de sus respectivas respuestas:

1. ¿Qué clase de violencia requiere el cuerpo del delito?

(195) (S.C., Jurisp. De., 6ª época, 2ª parte, núm. 296). Cit. pos., Raúl Carrinca y Trujillo, *op. cit.*, p. 650

Con el propósito de dar una respuesta clara, consideramos conveniente, citar nuevamente el texto legal correspondiente:

“Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena;

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

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

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

Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.” (196)

En las fracciones I, II y III requiere que no se ejecute el acto mediante violencia, suponemos que se refiere a la violencia física o moral, con base en el contenido del quinto párrafo. Y puede decirse que a fin de que la pena se agrave y aumente en una mitad, el cuerpo del delito requiere el empleo de la violencia física o moral, lo que se desprende del texto mismo del artículo 266 del Código Penal.

2. ¿Hay o no, violencia presunta en el ataque a los pasivos del delito en cuestión?

Definitivamente podemos afirmar, que sí la hay, lo que se deduce del contenido mismo de la violencia presunta, y se apoya también en el criterio jurisprudencial siguiente:

“VIOLACION, DELITO EQUIPARADO A LA.

El delito de violación tiene como presupuesto que el sujeto activo imponga a la ofendida la cópula sin consentimiento, empleando violencia material o moral; por consiguiente, cuando el ataque a la libertad sexual se realiza contra una menor, basta esa sola circunstancia para que la violencia quede acreditada”. (197)

“VIOLACION. EL CONSENTIMIENTO DE UNA IMPUBER SE EQUIPARA A LA VIOLENCIA FISICA O MORAL.

Carece de relevancia el que el inculpado manifieste que la menor impúber ofendida le haya hecho insinuaciones tendientes a ejecutar el acto sexual, pues aún en dicho caso habría que tomar en cuenta que una menor impúber es carente de discernimiento en cuanto a los fenómenos genésicos, por lo que, el consentimiento de ésta, debe conceptuarse como equivalente al empleo de la violencia física o moral, en atención a que por su corta edad no puede resistirse”. (198)

Y por otra parte, no olvidemos la jurisprudencia que se citó con relación a la segunda hipótesis de la violencia presunta, nótese que se presume violencia precisamente por la carencia de discernimiento y la imposibilidad de resistir, situaciones en las que sin duda se encuentran los pasivos del delito en estudio.

3. De haber violencia implícita o presunta en el ataque al menor, incapaz, o imposibilitado, ¿puede o no de hecho ejercerse la violencia física o moral?

(197) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 7ª Época, Tomo 51, p. 35

(198) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 6ª Época, Volumen C1, p. 58

Sí, se puede ejercer, pues el que no sea necesaria la aplicación de la fuerza material o el empleo de las amenazas, no implica que no puedan ser utilizadas, quizá por un sádico, o alguien que simplemente aprovecha la oportunidad, "*Empezó con amenazas . . . Me dijo si le delataba mataría a mi hermana y a mi madre . . .*" (199)

4. Si se da la violencia física o moral, ¿cómo ha de sancionarse, deberá ser considerada como agravante o se presentará el concurso de delitos, en caso de que aquellas lesionen al pasivo?

Con fundamento en el artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, el uso de la violencia física o moral constituye una agravante que aumenta la penalidad hasta en una mitad. Sin embargo no olvidemos que el uso de la violencia no es necesaria para la comisión de la violación equiparada, que no puede considerarse como medio comisivo necesario para la integración del cuerpo del delito, y que aún si lo fuera, no necesariamente producirá lesiones, por lo que, si el uso de la violencia física produce lesiones en el cuerpo del ofendido deberá considerarse el concurso de delitos y utilizar las reglas de acumulación, lo cual se desprende de la jurisprudencia siguiente:

"VIOLACION Y LESIONES. ACUMULACION. TENTATIVA.

Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual sólo admita como medio adecuado, en la violencia física, la consumación de lesiones y, por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad delictiva independiente, supuesto que el empleo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento, sujeción o ligaduras o en general inmovilización del paciente; pero cuando, además ocasionan alteración a la salud o la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones y homicidio y en otros, disparo de arma de fuego u otros ataque peligroso, de suerte que son aplicables a estos casos las reglas del concurso de infracciones (artículo 58 del Código Penal), por lo

que al oponerse al designio criminal, el sujeto pasivo fue golpeado por el reo. Este consumo, además de la tentativa acabada o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones.” (200)

Por lo que, es claro que la violencia física produce lesiones, da origen al concurso de delitos y al empleo de las reglas de acumulación.

Respecto al uso de la violencia moral y en vista de que el mismo no es necesario, podría originar también un concurso de delitos, entre la violación acompañada de violación moral y las amenazas, de acuerdo con la fracción I del artículo 282 del Código Penal:

“Artículo 282.- Se aplicará . . .

1. Al que por cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quién esté ligado con algún vínculo; y . . .”

Se deduce de todo lo anterior y en relación con la violencia física, que la misma puede o no producir lesiones, por lo que nos atrevemos a sugerir que en el primer caso se considere como agravante, pero no así en el segundo, en virtud de que éste constituye el concurso de delitos.

E. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO.

Una vez más, se hace necesario advertir al lector de nuestras limitaciones, en relación a este título, nótese que no somos médicos o siquiera estudiantes de psicología, psiquiatría, sociología, etc., por tanto, las observaciones o comentarios que hacemos respecto a los efectos que produce el delito, e incluso el esquema que presentamos del tema, se deben a un razonamiento lógico que parte de la hipótesis relativas al delito y de las opiniones y teorías de algunos autores.

Aclarando lo anterior, podemos decir que los efectos que produce el delito pueden ser de naturaleza diversa, ya que pueden ser físicos, morales y sobre todo psicológicos; y por otra parte, pueden recaer no solamente en el sujeto pasivo, sino además en la familia y aun en la colectividad. Ahora bien, en este caso en particular recordemos que son tres hipótesis posibles en cuanto a los sujetos pasivos e incluso dentro de las mismas se pueden presentar variantes que pueden originar que el grado e incluso la naturaleza de los efectos varíe, cabe aclarar también que la naturaleza de los efectos y el grado cambia dependiendo de si los efectos recaen sobre el sujeto pasivo, cualquiera que éste sea; la familia del mismo; o la colectividad en general. Para mayor claridad elaboramos un cuadro, en relación a los posibles sujetos y a la naturaleza de los efectos.

<i>Sujetos Posibles</i>	<i>Efectos Físicos</i>	<i>Efectos psicológicos</i>	<i>Efectos Morales</i>
<i>S. pasivo Impúber:</i>			
<i>Meses-2 años</i>	<i>Si</i>	<i>No</i>	<i>No</i>
<i>2 a 6 años</i>	<i>Si</i>	<i>Posibles</i>	
<i>6 a 12 años</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>	<i>Posibles</i>

<i>Incapaz</i>			
<i>Temporal</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>	<i>si</i>
<i>Permanente</i>	<i>Si</i>	<i>No</i>	<i>No</i>
<i>Otras causas Posibles:</i>			
<i>Parálisis</i>	<i>Si</i>	<i>si</i>	<i>Si</i>
<i>Inconciencia Provocada</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>
<i>Inconciencia Imprudencial</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>	<i>Si</i>
<i>Familiares:</i>			
<i>Padre</i>	<i>No</i>	<i>Posibles</i>	<i>Si</i>
<i>Madre</i>	<i>No</i>	<i>Posibles</i>	<i>Si</i>
<i>Hermanos</i>	<i>No</i>	<i>Posibles</i>	<i>Si</i>
<i>Colectividad</i>	<i>No</i>	<i>Posibles</i>	<i>Si</i>

Nota: el grado de los efectos se desconoce, no obstante, su variación es segura, respecto a los efectos físicos, su grado dependerá de la condición física del pasivo y de la fuerza empleada en el ataque; en tanto que los efectos psicológicos, serán diferentes en grado; dependiendo del grado de conciencia o inconciencia del pasivo y de si ésta es temporal o permanente. En términos generales, podemos decir, v.gr. que el delito no puede afectar igual al sujeto pasivo del mismo que a las personas que se enteran del hecho por el periódico.

No profundizaremos en el tema debido a las limitaciones mencionadas, no obstante, aunque de manera general abordamos a continuación los efectos que el delito produce.

1. EN EL IMPUBER.

Los efectos que una violación puede producir, en términos generales, en un impúber, pueden ser. Físicos, psicológicos y morales.

a. Físicos

Los efectos físicos, como mencionados anteriormente, pueden variar según las circunstancias y van desde dolores de cabeza, vómitos o pérdida de apetito, insomnio, dolores abdominales o genitales, hasta contagio de enfermedades venéreas, e incluso lesiones graves que ponen en peligro la vida. (201)

b. Psicológicos.

En cuanto a éstos hay dos teorías; la antialarmista, en donde se encuentran aquellos para los que una experiencia sexual infantil, es una ofensa, aunque desagradable, inofensiva, argumentando que la perspectiva del adulto no es igual a la de un niño, es decir, que en virtud de la poca o nula conciencia del acto no puede decirse que el resultado traumático perdure en el tiempo, si es que lo hay. Y por otra parte, están aquellos que con base en *historias clínicas de niños que ha quedado permanentemente marcados por la experiencia*, señalan que los niños parecen sufrir graves consecuencias e indican algunas de las mismas, tales como: *la confusión, llanto, depresión y subsecuentemente un sentimiento de vergüenza, culpabilidad y conciencia de un estigma*. Y a largo plazo, las víctimas del sexo infantil con frecuencia sufren depresiones y no les resulta nada fácil relacionarse con los hombres, el abuso sexual puede llevar a la víctima incluso a la desviación o a la drogadicción. (202)

(201) Cfr. ¡DESPERTAD!, EL ABUSO SEXUAL DE MENORES, p. 3,8

(202) Cfr. Finkelhor, EL ABUSO SEXUAL AL MENOR: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y TRATAMIENTO PSICOSEXUAL, p. 49 y ss. En este sentido, Cfr. *Ibidem*, p. 4,8

Luego, estos efectos nos deben importar sobre manera, ya que al ser la víctima un menor que se encuentra en desarrollo e implicar la experiencia traumas psicológicos tan profundos, la experiencia puede traer como consecuencia última un cambio de carácter, una personalidad agresiva, ya no únicamente contra los hombres, sino contra la sociedad entera.

c. Morales

Los efectos morales, tienen cierta relación con los efectos psicológicos y se refieren a la pérdida total o parcial de los valores o principios morales, que hasta el momento sus padres les inculcaran.

2. EN EL INCAPAZ O IMPOSIBILITADO

Respecto a éstos, recordemos que hay diversas situaciones, pero serán comentadas en los subincisos correspondiente.

a. Físicos

Respecto a estos no tenemos mucho que decir, ya que en éstos es indiferente que el sujeto sea incapaz o no pueda resistir por otra causa, puede decirse, hasta cierto punto que los efectos físicos en estos casos son los mismos que en el caso de los menores, por lo que a fin de evitar repeticiones obvias, nos remitimos a lo dicho en el subinciso a) del inciso anterior.

b. Psicológicos

Aquí, cabe destacar varias hipótesis, como las siguientes: *1) cuando el sujeto es incapaz de comprender el significado del hecho por una enfermedad mental transitoria;*

2) cuando el sujeto es incapaz de comprender el significado del hecho, de forma permanente; 3) cuando la causa de la imposibilidad es física, como la parálisis, pero hay conciencia plena; 4) cuando la inconciencia es provocada, y por tanto temporal; y 5) cuando el pasivo se coloca imprudencialmente en el estado de inconciencia.

En la única hipótesis que nos atrevemos a negar efectos psicológicos, es la número 2). En relación con las demás, creemos que los efectos se presentan en todas ellas en más o menor grado y con pequeñas variantes, así como en los casos de violación en su cuerpo del delito básico, los efectos psicológicos, son diversos, lo cierto es que *“La violación sexual puede ser una de las experiencias más devastadoras de la vida de una persona, y las secuelas pueden durar toda la vida”*. (203)

Dentro de los efectos psicológicos se dan al principio, la reacción del choque y negación, hay también sentimientos de culpabilidad, impotencia, rechazo a las relaciones sexuales, una de las reacciones más aplastantes el miedo, la depresión, la ira que al principio se dirige a todos los hombres y que posteriormente se circunscribe al violador, todos éstos dan origen a un cambio que puede ser permanente. (204)

Respecto a las variantes que mencionamos, podemos decir e.g. que el sujeto de la hipótesis 3), puede experimentar mayor impotencia, o el sujeto de la hipótesis 5) un mayor sentimiento de culpabilidad, etc.

c. Morales

Como lo señalamos anteriormente, éstos se relacionan con los efectos psicológicos y se refieren a la moralidad que la persona tiene antes y después del evento, con esto no queremos decir que alguien que ha sido víctima de un ataque sexual se convierta en una persona inmoral, sino más bien que los principios o valores en los que

(203) ;DESPERTAD!, VIOLACION SEXUAL, p. 8

(204) Cfr. *Ibidem*, p. 8 y ss.

creía entran en conflicto. Y utilizando las hipótesis del punto anterior, hay que destacar que tampoco experimenta conflicto moral alguno, el sujeto de la hipótesis 2), en virtud de su completa y permanente inconciencia.

3. EN LA COLECTIVIDAD

Es por demás obvio que aquí no se dan efectos físicos y en cuanto a los psicológicos y morales éstos son posibles, aunque en mayor grado dependiendo de la sensibilidad de las personas.

a. Psicológicos

La violación de un menor, de un incapaz o cualquier otra persona produce en la colectividad que se entera del hecho sentimientos de inseguridad y temor en relación con sus seres queridos y su propia persona, sobre todo cuando el hecho ocurre cerca de la comunidad.

b. Morales

En términos generales, puede decirse que la violación es un delito que causa fuerte impacto social y más aún cuando “ . . . las víctimas son criaturas, . . . la comunidad se indigna.” (205)

Por otra parte, éstos hechos que indignan a la comunidad, en ocasiones sirven para que algunos de sus miembros justifiquen conductas antisociales y antijurídicas que consideran menos graves.

A fin de realizar el análisis comparativo, esencia de éste capítulo, procedemos al título siguiente, que se refiere al contenido y penalidad de los mismos artículos, pero después de la última reforma.

B. CONTENIDO Y PENALIDAD DEL ARTICULO 265 PRIMER PARRAFO Y EL 266 DEL CODIGO EN CITA, DESPUES DE LAS ULTIMAS REFORMAS.

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

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena;

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

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

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

Si se ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.”(207)

En relación al contenido y penalidad de los artículos citados cabe señalar que: el primero de ellos no sufre cambio alguno en su primer párrafo en las reformas decretadas el 30 de diciembre de 1997, y el segundo no sufre modificación alguna en su penalidad, pero, si hay cambios en la forma y el contenido del artículo 266, mismo que destacamos a continuación:

En cuanto a la forma, obsérvese que en el texto reformado se le ha aumentado un párrafo el cual es la fracción III donde se habla de la violación equiparada (no fálica). Respecto al cambio de forma, pensamos que es bueno en virtud de que se encuentra mas completo el texto, no obstante el cambio en sí, nos parece intrascendente.

Los cambios de contenido son pocos, sin embargo, son muy oportunos en virtud de la necesidad que se tenía de ellos, éstos son:

1° Se indica que el cuerpo del delito establecido en el artículo 266 se equipara a la violación.

2° Se añade la fracción III, la cual solo se encontraba establecida en el artículo 265 del Código Penal, pero no se señalaba en el presente artículo y es la siguiente:
III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Es necesario hacer un comentario breve en relación a ésta última fracción, ya que no necesariamente se puede producir la violación por la introducción del miembro viril por vía anal, vaginal u oral en el cuerpo de la víctima; dado que hoy en día en la sociedad existe depravación, desviaciones sexuales, así como demasiada violencia; por lo que consideramos acertada la ampliación del artículo en estudio.

Ahora remontándonos un poco al pasado consideramos necesario citar una reforma decretada y publicada el día 22 de Diciembre de 1991, la cual declara: "Se reforma la denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo; y el Capítulo I, del Título Decimoquinto del Código Penal en el Distrito Federal, para quedar como sigue:

"TITULO DECIMO QUINTO
Delitos contra la Libertad y el Normal
Desarrollo Psicosexual
CAPITULO I
Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual,
Estupro y Violación"

De la reforma anterior, nos interesa la parte a que se refiere al Título Decimoquinto, ya que cabe señalar, que dicha reforma nos parece de lo más acertada, ya que indica claramente cuales son los bienes protegidos por el mismo, y precisamente gracias a ello se puede decir que, el bien jurídico tutelado por la ley en el artículo 266, es el normal desarrollo psicosexual, criterio con el que estamos de acuerdo, siempre que se trate del impúber, ya que pensamos que en el incapaz no puede decirse que haya un normal desarrollo psicosexual; y en el sujeto pasivo que no puede resistir por cualquier otra causa, se puede y debe hablar de libertad sexual.

Ahora nos preguntamos, *¿si estas reformas aunque acertadas son suficientes para satisfacer los fines de justicia y prevención de los delitos, a fin de lograr la defensa social más adecuada?*

Pensamos que no y ello es la base que sustenta el título siguiente.

C. NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 266 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Vamos a argumentar, hasta donde la limitación de nuestra perspectiva lo permite, dicha necesidad y ofrecemos a su consideración una humilde propuesta en la parte final.

No deben perderse de vista las diferencias señaladas en el presente capítulo, a efecto de que se pueda comprender cabalmente nuestra opinión, ya que aquellas han servido en gran manera de base a nuestros argumentos. Además, también se deben tomar en cuenta la serie de consideraciones que se hicieron en el capítulo III, así tenemos que:

En primer término, sin duda hay quienes piensan que es mejor atacar la causa generadora del delito, por lo que, en virtud de considerar enfermo al delincuente sexual, es mejor curarlo que castigarlo, lo cual no discutimos, no obstante hay que recordar que, son varias las teorías acerca de los factores que influyen en la comisión del delito y sobre todo que no todos los delincuentes sexuales están enfermos, puesto que "*Los delincuentes sexuales no se ajustan a un tipo determinado*". (208)

Ahora bien, siempre que se pretende lograr la cura para una enfermedad, primero hay que tener un cabal conocimiento de la misma y de sus causas, y por lo que se refiere al delito sexual, lo anterior no se ha logrado, ya que se requiere de una labor conjunta e interdisciplinaria, que hoy se encuentra en su génesis. (209)

(208) Benjamin Karpman, *op. cit.*, p. 33

(209) Cfr. Luis Muñoz S., *INTRODUCCION A LA PSICOLOGIA JURIDICA*, p. 15, 156; *Ibidem*, p. 57