

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO

19
2E1

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION Y LA
NECESIDAD DE INCREMENTAR SU PENALIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A I

MARIA GUADALUPE BECERRA OSORIO

Conductor: Lic. María del Pilar León Uribe

México, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

PROLOGO.

INTRODUCCION.

CAPITULO 1

DESARROLLO HISTORICO DEL DELITO DE VIOLACION

	Página
1.- GENERALIDADES.	1
2.- GRECIA.	2
3.- ROMA.	2
4.- DERECHO CANONICO.	3
5.- ESPAÑA.	4
6.- MEXICO:	
Epoca Precolonial, Colonial, y México Independiente.	5
7.- HISTORIA DE LA CODIFICACION PENAL.	7
8.- CODIGOS PENALES MEXICANOS:	
a) 1871	10
b) 1929	12
c) 1931	14
9.- COMENTARIOS.	16

CAPITULO 11

ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION Y SU CONCURSO CON OTROS TIPOS DELICTIVOS.

1.- DEFINICION DE VIOLACION.	19
2.- DEFINICION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE Y SUS ELEMENTOS DE INTEGRACION.	19

	Página
3.- COPULA.	20
4.- VIOLENCIA:	
a) Física	21
b) Moral	23
5.- SUJETO PASIVO.	24
6.- SUJETO ACTIVO.	26
7.- AUSENCIA DE LA VOLUNTAD DEL OFENDIDO.	28
8.- BIEN JURIDICO TUTELADO.	29
9.- CONCURSO ENTRE VIOLACION Y OTROS TIPOS DELICTIVOS:	
a) Estupro y Violación.	31
b) Incesto y Violación.	34
c) Adulterio y Violación.	37
d) Lesiones y Violación.	39
10.- COMENTARIOS.	43

CAPITULO 111

TEORIA DEL DELITO.

1.- DEFINICION DE DELITO.	46
2.- ELEMENTOS DEL DELITO:	
a) Conducta	51
b) Tipicidad.	55
c) Antijuridicidad.	56
d) Culpabilidad.	57
3.- AUSENCIA DE CONDUCTA	64

	Página
4.- AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD	65
5.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.	67
6.- AUSENCIA DE CULPABILIDAD.	69
7.- COMENTARIOS.	70

CAPITULO IV

ETIOLOGIA DE LA PENA Y LA NECESIDAD DE INCREMENTARLA.

1.- HISTORIA DE LA PENA.	73
2.- CONCEPTO DE PENA.	76
3.- FINALIDAD DE LA PENA.	78
4.- LA PENA VISTA A TRAVES DE LAS ESCUELAS PENALES CLASICA Y POSITIVA.	80
5.- CLASIFICACION DE LA PENA.	85
6.- LA PENA CONSIDERADA COMO PRIVACION DE BIENES.	87
7.- FORMAS DE EXTINCION PENAL:	
a) Cumplimiento de una pena.	90
b) Muerte del delincuente.	90
c) Amnistía.	90
d) Indulto.	91
e) Perdón y Consentimiento del Ofendido.	93
f) Rehabilitación.	94
g) Prescripción.	94
8.- LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA A LOS SUJETOS ACTIVOS DE LA VIOLACION.	99
9.- COMENTARIOS.	102

CONCLUSIONES

PROPUESTAS

BIBLIOGRAFIA

P R O L O G O

Día con día aumenta la población en nuestro país, - situación que aunada a la crisis económica por la que estamos atravesando, trae como consecuencia un incremento en la criminalidad.

Nuestra legislación para proteger los bienes de las personas ha tipificado algunos actos que califica como delictivos; entre ellos se encuentra el delito de violación que ha llegado a alcanzar índices tan elevados, que de no frenarlos de inmediato, después será casi imposible lograrlo.

Me preocupa sinceramente que a los sujetos activos de este delito, no se les sancione con una pena que este acorde con la importancia del bien o bienes que lesionaron.

Así mismo, me he percatado que el Estado además de imponer penas tan leves en delitos verdaderamente lesivos como es el caso de la violación, no le ofrece otra clase de ayuda a los infractores de la ley.

Es necesario que el Estado proporcione ayuda psicológica real y efectiva durante el tiempo que dure el proceso de rehabilitación.

Las víctimas de la violación sufren lesiones físicas, psicológica y sociales, esta dos últimas son las más difíciles de superar.

Por lo que creo se debe condenar al violador al pago de una indemnización, para que la persona que fué agredida pueda pagar un tratamiento que le ayude a superar su problema.

Con esto pretendo que el acto delictivo, que se está juzgando sea de manera justa, también para la víctima, en todos los sentidos.

Los motivos antes expuestos son los que me indujeron a elegir este tema.

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

El presente trabajo pretende analizar el delito de violación y la necesidad de incrementar su penalidad, no por creer que el aumento en esta erradique dicho delito, pero trataremos de probar que si establecemos penas verdaderamente ejemplares e intimidatorias aunadas a tratamientos psicológicos e implantamos talleres de ocupación manual obligatorios para los internos, nos encontraremos en un futuro no muy lejano con la disminución notable en la comisión de este delito.

Esperamos con esta investigación concientizar a los estudiosos del Derecho Penal sobre la importancia de incrementar la pena a los sujetos activos de la violación, y de proporcionar ayuda psicológica al delincuente con el propósito de convertirlo en un individuo no peligroso y readaptado a la sociedad.

Primeramente consideramos necesario realizar una breve reseña histórica de la manera en que se sancionaba a los violadores en distintas épocas y lugares, tomando como punto de partida a Grecia que fué el primer lugar en donde se castigó a este delito, y finalizando el capítulo primero con el contenido del código penal vigente en lo que a violación se refiere

Luego desarrollamos un estudio del delito de violación en forma específica, para este efecto, tomamos como base el artículo 265 de nuestro ordenamiento jurídico penal vigente que tipifica dicho delito.

Se analiza en el capítulo tercero, la teoría del

delito para tener un amplio conocimiento sobre la formación -- de este; cuales son los elementos que lo integran y cuando -- existe ausencia de estos.

La violación es un problema social que demuestra -- por una parte la crisis valorativa de un sector de nuestra -- sociedad, y por otra el fracaso del Estado al no lograr una -- seguridad para el ciudadano.

Por último citaremos los antecedentes históricos de la pena, su concepto, finalidad, y las razones que nos conducen a sugerir un incremento en esta.

La víctima de una violación sufre un daño físico -- que es mínimo en comparación con el psicológico.

Las lesiones físicas pueden ser curadas en un corto lapso con una atención médica oportuna, pero las psicológicas puede que nunca sean sanadas, porque si observamos, la mayoría de las víctimas no tienen ingresos para obtener una terapia adecuada a través de un psicólogo.

Una vez que hemos tomado en cuenta que se ha lesionado el bien de una persona, y que esto tendrá consecuencias sociales, familiares, y sobre todo psicológicas que para superarlas necesitará ayuda externa y esto representa un egreso económico, creemos que corresponde al violador absorber este gasto, por lo que también insistimos en una sanción pecuniaria equivalente en proporción a la reparación del daño causado.

Sugerimos que en los Centros de Readaptación Social se instalen talleres de trabajo y que la participación en estos sea obligatoria para los internos.

Por lo manifestado anteriormente, sería satisfactorio, que la presente investigación logre los propósitos de -- seados y conclusiones obtenidas.

El método de investigación utilizado fué el deducti
vo.

C A P I T U L O 1

DESARROLLO HISTORICO DEL DELITO DE VIOLACION

1.- GENERALIDADES.

2.- GRECIA.

3.- ROMA.

4.- DERECHO CANONICO.

5.- ESPAÑA.

6.- MEXICO.

Epoca Precolonial, Colonial y México Independiente.

7.- HISTORIA DE LA CODIFICACION PENAL.

8.- CODIGOS PENALES MEXICANOS.

a) 1871

b) 1929

c) 1931

9.- COMENTARIOS.

1.- GENERALIDADES.

La palabra violación proviene del vocablo latino - violare que significa gozar por la fuerza a una mujer.

Consideramos que es importante tener una idea del - desarrollo, a lo largo del tiempo, del delito de violación, - de su concepto y de la forma en que se castigaba a los autores de éste, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente.

En la antigüedad fué común que las legislaciones de signaran bajo un concepto genérico a la violación, abusos -- deshonestos y rapto, distinguiéndose estos delitos solamente por las sanciones que se aplicaban.

Con el advenimiento del matrimonio por rapto y después por compra, surge el primer objeto de valorización, que es la libertad sexual, y con el la violación como primer deli to sexual.

Al destacar los antecedentes históricos del delito de violación en el presente trabajo, observaremos la severidad con que se castigó a este delito en las diferentes épocas de la historia.

A continuación haremos mención del desarrollo histó rico que ha tenido la aplicación de la pena para el delito de violación, tanto en Europa como en México.

2.-GRECIA.

Las leyes penales atenienses, fueron las primeras -- que castigaron el delito de violación, la pena se fundamentaba en la venganza y en la intimidación, dependiendo de la lesión que hubiera sufrido el derecho individual.

Respecto del delito de violación en Grecia, se castigaba al violador, con el pago de una multa y se le obligaba unirse en matrimonio con la víctima, si ésta consentía y en -- caso contrario, se le condenaba a muerte. (1)

3.- ROMA.

La mujer libre romana estaba obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes del matrimonio, y a no tenerlo -- durante éste más que con su marido. Por el contrario el hombre se hallaba solamente sometido a ésta prescripción moral hasta cierto punto, ya que no debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres. La observancia de ésta obligación moral correspondía garantizarla, según el sistema romano, al derecho penal, había casos en los que se trataba de imponer la más grave de las penas o sea la pena de muerte. (2)

(1) Mommsen, Teodoro.. Derecho Penal Romano. Ed. Temis. Bogotá-
1976. p.437
(2) Ibid. p.437

Al desarrollarse posteriormente el derecho de las -- Doce Tablas por medio de la Interpretatio, concedíase dicha -- acción a la mujer o a la doncella seducida sin consentimiento ni complicidad por parte de ella. Esta acción consistía en una pecuniaria que el seductor debía dar a la víctima como forma -- de indemnización moral por el hecho. En la legislación relativa al matrimonio, publicada por Augusto en el año 736 - 18 por tene la " Lex Julia De Vis Pública " sobre el adulterio en la -- cuál se sometió a pena de carácter criminal las ofensas a la -- castidad. Esta ley castigaba la unión sexual violenta en perso -- nas casadas o solteras con la pena de muerte. (3)

4.- DERECHO CANONICO.

Encontramos la opinión del español Eugenio Cuello -- Calón quien define al derecho penal como " El conjunto de nor -- mas jurídicas que determinan los delitos y las penas que el -- Estado impone a los delincuentes, así como las medidas de segu -- ridad que él mismo establece para la prevención de la crimina -- lidad." (4)

En esta definición encontramos tres elementos que de -- ben ser mencionados:

a) El delito, que es el acto u omisión que sanciona -- la ley y que consiste en un hacer o en un no hacer del hombre.

(3) Ibid. p.437

(4) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México 1980. p.141

b) La pena, que es el sufrimiento establecido por -- el Estado, y que tiene que ser aceptado por el infractor de la ley.

c) Medidas de Seguridad, consisten en el procedimiento administrativo que el Estado aplica para evitar la comisión de los delitos.

Cuello Calón manifiesta que " El derecho penal canónico consideró el delito de violación tan sólo en la desfloración de una mujer contra su voluntad ", en mujer ya desflorada no podía cometerse este delito, en cuanto a la penalidad canónica los tribunales laicos aplicaban la pena de muerte.(5)

5.- ESPAÑA.

El antiguo derecho español, en el Fuero Juzgo (Ley - XVI, título V, libro III), se ordenaba: " Si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, é sda dado por siervo a la mujer que hizo fuerza; é si es siervo, sea quemado en fuego". En la Partida Setena (Ley III, título XX), se decía "Robando algún omne alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada o religiosa, o yaziendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende: é demás deven ser todos sus bienes de la mujer que assi oviesse robada o forzada.

(5) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona 1952. p.584

E la pena que diximos de suso que debo aver el que -- forzasse alguna de las mujeres sobre dichas, essa misma deven- aver los que ayudaron a sabiendas a robarla o a forzerla: mas- si alguno forzasse alguna mujer otra, que no fuesse ninguna de sobredichas, deve aver pena por ende, según alvedrío del judge- dor; catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la mujer que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo. (6)

6.- MEXICO.

Epoca Precolonial, Colonial y México Independiente.

EPOCA PRECOLONIAL.- Se tienen pocos datos sobre el -- derecho penal en nuestro país anterior a la llegada de los con- quistadores, los distintos reinos y señoríos solamente poseye- ron reglamentaciones esenciales sobre la materia penal. En los diversos núcleos aborígenes no existía unidad política, aludi- remos a tres de los principales pueblos encontrados por los -- europeos poco después del descubrimiento de América: El pueblo maya, el tarasco, y los aztecas.

El derecho penal en el pueblo maya era muy severo, y las penas que se aplicaban eran la pena de muerte y la esclavitud; la primera se aplicaba a los adúlteros, incendiarios, -- raptores, y corruptores de doncellas; la segunda era para los ladrones, si el autor del robo era un señor principal se le la braba el rostro desde la barba hasta la frente, las sentencias eran inapelables. (7)

(6) González De La Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1961. p.377

(7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1981. p.40

El Pueblo Tarasco.- De la legislación de éstos se -- sabe mucho menos que de otras. El adulterio con alguna mujer -- del soberano se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, -- sino, que también sus bienes eran confiscados. Al forzador de -- mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo luego -- hasta que moría. El derecho de juzgar estaba en manos de Cal-- zontzi que era el soberano; en ocasiones la justicia la ejer-- cía el sumo sacerdote o Petámuti. (8)

El estudio del derecho penal entre los aztecas es -- de gran importancia, porque a la hora de la conquista fué el -- pueblo de más relieve. Dentro de los delitos considerados de -- mayor gravedad está; el aborto, adulterio, asalto, calumnia, -- estupro, y violación, esta última se castigaba con la muerte.

La severidad con que se aplicaban las penas era de -- gran eficiencia y daban por resultado que la vida social del -- pueblo azteca fuera tranquila y ordenada, situación que asom-- bró a lo españoles cuando aconteció la conquista. Vaillant ex-- presa que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y -- la mantenían unida constituyendo el origen y fundamento del or-- den social; eran la religión y la tribu, la primera porque pa-- ra el individuo todo dependía de la obediencia religiosa y és-- ta se complementaba con la autoridad civil. (9)

En cuanto a la pena de muerte, se dan diversos medios -- para ejecutarla así; la horca, descuartizamiento, lapidación.

--- --
(8) Ibid. p.41

(9) Ibid. p.41

EPOCA COLONIAL.- En la colonia se puso en vigor la --
 Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de To
 ro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de --
 Indias. La legislación colonial tendía a mantener las diferen-
 cias de castas, por esto en materia penal hubo un cruel siste-
 ma intimidatorio para los negros, mulatos y otras razas, te---
 nían que pagar tributos al rey, prohibición de portar armas, -
 penas de trabajo en minas y de azotes todo esto se llevaba a -
 cabo por procedimientos sumarios. En el Puerto Viejo de Casti---
 lla se encuentran tres leyes de las cuáles dos de ellas se re-
 fieren a la violación, en la cual se estipula que se debe cas-
 tigar al autor de este delito con la pena de muerte, o con la
 enemistad que permitía dar a los parientes de la víctima, el -
 derecho de matar al ofensor. (10)

MEXICO INDEPENDIENTE.- A partir de la independenciam
 de México el ejercicio de la sexualidad es aceptado en la medi
 da en que se de dentro del matrimonio y en la procreación, las
 condiciones morales siguen la misma línea y no existe ninguna-
 innovación en la aplicación de penas por la comisión de deli---
 tos sexuales. (11)

7.- HISTORIA DE LA CODIFICACION PENAL.

La primera codificación penal de la República Mexicana
 na, se expidió en el estado de Veracruz, por decreto de 8 de -
 abril de 1835 y cuyo proyecto fué elaborado desde 1832.

 (10) Ibid. p.44

(11) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Ed. Porrúa. -
 México 1982. p.62

Esto prueba que fué el Estado de Veracruz el que primeramente contó con un código penal local, En el Estado de México se había redactado en 1831 un Bosquejo General de Código Penal que no llegó a tener vigencia. (12)

En 1868 se formó una Comisión integrada por los señores Licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua y Manuel Ortíz la cual trabajó teniendo como modelo de inspiración el código español de 1870; y el 7 de diciembre de 1871 fué aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir para el Distrito Federal y Territorio de Baja California en materia común y para toda la República en materia federal el día primero de abril de 1872. Este ordenamiento jurídico se conoce como código de Martínez de Castro y estuvo vigente hasta el año de 1929.

En 1903 el General Porfirio Díaz que desempeñaba el cargo de Presidente de la República Mexicana nombró una comisión presidida por el Licenciado Miguel Macedo para revisar la legislación penal, este trabajo se terminó en el año 1912 sin que se pudiera plasmar debido a la revolución. Siendo Presidente de México el Licenciado Emilio Portes Gil se expidió el código de 1929, conocido como código Almaraz, este nombre se debió a que el licenciado José Almaraz dirigió la Comisión Redactora. Este código rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931 y fué criticado por basarse en gran parte en los principios de la Escuela Positiva.

(12) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.46

Al día siguiente (17 de diciembre de 1931) entro - en vigor el que rige en la actualidad, fué promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto del mismo año, se denominó Código Penal para el Distrito y -- Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda -- la República en materia de Fuero Federal, contribuyeron a la redacción los Licenciados Alfonso Teja, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira, y Carlos Angeles.

En la exposición de motivos elaborada por el Licenciado Alfonso Teja se lee: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir una -- tendencia ecléctica y pragmática, es decir, práctica y realizable. La fórmula no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así, no hay delincuentes sino hombres.(13)

El código Penal Mexicano de 1931 ha sufrido múltiples reformas entre ellas la de 1951 cuyos autores principales fueron Francisco Arguelles y Jorge Reyes.

Se han elaborado tres anteproyectos; el primero en 1949, el siguiente en 1958 publicado en la Revista Criminología en el mes de noviembre del mismo año, y en 1963 por mandato -- del 11 Congreso Nacional de Procuradores de Justicia se confeccionó un Proyecto de Código Penal Tipo, con el propósito -- de que fuera adoptado por las Entidades Federativas.

(13) Ibid. p.48

8.- CODIGOS PENALES MEXICANOS.

Código Penal de 1871.- Este código reglamentó el delito de violación en su Título sexto, comprendido en los Delitos Contra el Orden de las Familias, La Moral Pública, o las Buenas Costumbres, en su capítulo lll en la siguiente forma:

CAPITULO TERCERO

ATENTADOS CONTRA EL PUDOR.- ESTUPRO.- VIOLACION.

Artículo 795.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física ó moral tiene cópula con una persona sin la 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 expedido el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

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

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

Artículo 798.- Si la violación fuere precedida ó -- acompañada de golpes ó lesiones, se observaran las reglas de-acumulación.

Artículo 799.- A las penas señaladas en los artículos 794, 796, y 798 se aumentaran:

Dos años cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro ó madrastra del ofendido; ó la cópula sea contra el orden natural.

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido ó fuere su tutor, su maestro, su criado asalariado de alguno de estos ó abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón ó ministro de algún culto.

Artículo 800.- Los reos de que habla la fracción tercera del artículo anterior, quedaran inhabilitados para ser tutores; y además podrá el juez suspender desde uno hasta cuatro años el ejercicio de su profesión, al funcionario público médico, cirujano, comadrón, dentista ó maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 801.- Cuando los delitos de que se habla en los artículos 796, 796, y 798 se cometen por un ascendiente quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la Patria Potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío ó sobrino del ofendido no podrá heredar a éste.

Artículo 802.- Siempre que del estupro o de la violación resulte alguna enfermedad a la persona ofendida, se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro ó la violación y por la lesión.

Considerando el delito como ejecutado con una cir -
cunstancia agravante de cuarta clase. (14)

CODIGO PENAL 1929.

Este código tipifica el delito de violación en su -
Título Décimotercero como un delito contra la Libertad Sexual
en su capítulo 1, estableciendo lo que corresponde en la si-
guiente forma:

CAPITULO PRIMERO

DE LOS ATENTADOS AL PUDOR, DEL ESTUPRO Y DE LA VIOLACION.

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 san-
cionará como tal; la cópula con una persona que se halle sin-
sentido ó 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 a treinta días-
de utilidad, si la persona ofendida fuese púber; si no lo fue-
re, la segregación será hasta por diez años.

(14) Código Penal para el Distrito Federal Y Territorios de -
Baja California. Ministerio de Justicia ó (sic) --
Instrucción Pública, México 1872. paga. 280 y 281 .

Artículo 864.- A las sanciones señaladas en los artículos 852, 856, 862 se aumentaran:

1.- De dos a cuatro años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra, o hermano del ofendido ó cuando la cópula sea contra el orden natural.

11.- De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, tutor ó maestro y cometiére la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto, funcionario o empleado público.

Artículo 865.- Los reos de que habla la fracción 11 del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y además podrá el juez suspender hasta por cuatro años el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 866.- Cuando los delitos de que hablan los artículos 851, 857, y 860 se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes, e inhabilitado para ser tutor o curador.

Si el reo fuese hermano, tío, ó sobrino del ofendido no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso, la tutela ó curatela del ofendido.

Lo prevenido en este artículo sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 293 y 294 del Código Civil.

Artículo 867.- Siempre que se persiga un delito de estupro o violación, se averiguará de oficio si se contagió - el ofendido de alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte . (15)

CODIGO PENAL 1931.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, expedido por el C. ex-presidente de la República Mexicana Pascual Ortiz Rubio, por decreto de 2 de enero de 1931, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931, y vigente hasta la fecha.

Este código Penal establece el delito de violación en su Título Décimoquinto con el Estupro, y Los Atentados al Pudor, los cuales se denominaban Delitos Sexuales. A partir - del día 21 de enero de 1931 el Diario Oficial de la Federación publicó una serie de reformas al Código Penal para el Distrito Federal respecto de estos delitos, por lo que con dichas - reformas estos ilícitos quedaron comprendidos bajo el rubro - de "Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psico--sexual"

El delito de violación se encuentra reglamentado en en el Capítulo 1, Título Décimoquinto, y está regulado por -- los artículos 265, 266, y 266 bis que a la letra dicen:

(15) Martínez Roaro, Marcela. Opus. Cit. p.140

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

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

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al -- que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia- física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 266.- Se equipara a la violación y se san- cionará con la misma pena:

1.- Al que sin violencia realice cópula con persona- menor de doce años.

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

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

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

1 1.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos ó más personas.

11.- El delito fuere cometido por un ascendiente con- tra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su -

colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o - amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela en los casos en que la ejerciere sobre la víctima.

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe - un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando - los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además - de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo - o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejer - cicio de dicha profesión; y

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tie - ne al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aprove - che confianza en el depositada. (16)

9.- COMENTARIOS.

Es de vital importancia destacar los antecedentes - históricos del delito de violación en las diferentes épocas de la historia universal, y conocer así la severidad con que se - castigó a este delito, ya que nuestros antepasados generalmen - te aplicaban la pena de muerte como sanción a los violadores.

En la antigüedad no existió unidad de criterios res - pecto del bien jurídico tutelado; pues en Grecia se protegía - la honestidad de la mujer, en Roma la honestidad, castidad y - libertad sexual de la mujer.

En el derecho canónico se protegía la virginidad de la mujer, porque en esta época sólo se castigaba al violador -- si la ofendida no había sido desflorada con anterioridad, de lo contrario no se tipificaba el delito.

En España, la libertad sexual y la castidad eran -- los valores que el Estado protegía, y dependiendo de las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y tomando en -- cuenta la calidad que como persona ostentaba el violador era -- el castigo que recibía.

El código de 1871 establece en su artículo 795 que -- el bien jurídicamente tutelado en el delito de violación es la libertad sexual de cualquier persona sea cual fuere su sexo.

Lo mencionado en el párrafo anterior es de gran relevancia, pues en la investigación realizada respecto de la violación en los países que mencionamos, nos hace pensar que sólo se castigaba al violador de mujeres.

Lo establecido en el código de 1871 respecto de que la libertad sexual es lo que la ley tutela al tipificar el delito de violación, es un criterio que ha prevalecido hasta -- nuestros días, porque lo adoptó el código de 1929 en su artículo 860, y de igual manera lo ha regulado nuestro código penalvigente en el artículo 265.

C A P I T U L O 11

ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION Y SU CONCURSO CON OTROS TIPOS DELICTIVOS.

- 1.- DEFINICION DE VIOLACION.
- 2.- DEFINICION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE Y SUS ELEMENTOS DE INTEGRACION.
- 3.- COPULA.
- 4.- VIOLENCIA.
 - a) Física
 - b) Moral
- 5.- SUJETO PASIVO
- 6.- SUJETO ACTIVO.
- 7.- AUSENCIA DE LA VOLUNTAD DEL OFENDIDO.
- 8.- BIEN JURIDICO TUTELADO.
- 9.- CONCURSO ENTRE VIOLACION Y OTROS TIPOS DELICTIVOS.
 - a) Estupro y Violación.
 - b) Incesto y Violación.
 - c) Adulterio y Violación.
 - d) Lesiones y Violación.
- 10.- COMENTARIOS.

1.- DEFINICION DE VIOLACION.

Existen varias definiciones sobre el delito de violación, la mayoría de los tratadistas consideran a éste como el más importante dentro de los llamados delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual (a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 21 de enero de 1991) antes se denominaban delitos sexuales; a continuación citaremos algunas definiciones de este delito:

En su acepción más amplia consiste en el acceso carnal logrado en contra de la voluntad de la víctima. (17)

Porte Petit dice que por violación se entiende la co-pula realizada en persona de cualquier sexo, con violencia. (18)

Para Maggiore Giuseppe, consiste en obligar a alguna a la unión carnal por medio de violencia o amenazas. (19)

2.- DEFINICION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE Y SUS ELEMENTOS DE INTEGRACION.

El delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 265 del código penal vigente que a la letra dice: --

-
- (17) Fontan Balestra, Carlos. Delitos Sexuales. Ed. De- Palma.- Buenos aires, Argentina.1953. p.39
 - (18) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Ed. Porrúa. México 1980. p.11
 - (19) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá 1972- p.56

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le aplicará prisión de ocho a catorce años.

De esta definición se desprenden los siguientes elementos: cópula, violencia (física o moral), sujeto pasivo - (sin distinción de sexo) y ausencia de voluntad por parte de éste. Consecuentemente haremos una descripción de cada uno de ellos.

3.- COPULA.

La palabra cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra, el verbo copular proviene de copulare que en latín quiere decir juntar, En el campo jurídico no existe uniformidad de criterio sobre lo que debe entenderse por cópula por lo que es necesario precisar su concepto para evitar confusiones que se deriven de la equivocada interpretación de su significado.

Para los Doctores Arturo Baledon Gil y José Torres-Torrija por cópula debe entenderse "El ayuntamiento sexual entre varón y mujer precisamente por vía vaginal. (20)

El código penal vigente; en su artículo 265, establece que, por cópula se entiende la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal, u oral, independientemente de su sexo.

(20) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Ed. Porrúa.- México 1974. p.147 Cita a los referidos.

Se ha discutido que la cópula pueda ser realizada - por la boca, para Eusebio Gómez en la fellatio in ore falta - propiamente el acceso carnal que se requiere en la violación - y estima a este acto como un abuso deshonesto. (21)

La conjunción carnal debe interpretarse con un criterio jurídico y no biológico y así entenderíamos por acceso carnal toda actividad directa en la que intervengan los órganos genitales del actor.

4.- VIOLENCIA.

a) Violencia Física.

La palabra violencia proviene del latín violentia - que significa acción violenta o contra el natural modo de proceder.

Se entiende por violencia física, la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que vence su resistencia y lo obliga a la conjunción carnal. Dicha fuerza debe ser ejercida sobre la persona en la que se intenta realizar el acto sexual. No existe violencia cuando se violentan - las cosas para llegar al sujeto pasivo y éste accede sin oponer resistencia.

Carrara establece que para valorar a la fuerza material como suficiente para vencer la voluntad opuesta, la resistencia debe ser seria y constante. (22)

(21) González De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano.- Ed. Porrúa México 1961. p.387

(22) Ibid. p.387

Sería, no fingida para simular honestidad y constante, es decir, sostenida hasta el último momento y no solamente al comienzo del acto para después sucumbir a éste.

No compartimos la opinión de Carrara, porque el empleo de la fuerza material en la presunta víctima no representa únicamente un problema muscular entre el violador y la violentada, esta fuerza en algunas ocasiones se puede traducir - en psicológica causando en el sujeto pasivo reacciones diferentes a las de defensa como fatiga y miedo a ser lesionado - en el momento del acto, esta situación va a contribuir a que el sujeto activo logre su objetivo.

Fontán Balestra nos dice que es el medio empleado - para vencer la voluntad de la víctima cuando ella sea psíquica o físicamente incapaz de oponerla de donde resulta el elemento tipificador de este delito en su forma pura. Por violencia física (vis- absoluta) se entiende el uso de la fuerza material sobre el cuerpo de una persona, es decir, que esta -- fuerza debe ser ejercitada sobre la misma víctima para obligarla a la realización de la cópula. (23)

La violencia física constriñe al ofendido para realizar en él la fornicación y superar su resistencia.

El empleo de la fuerza material física, reviste al delito de un carácter muy grave por el extremo peligrosamente a la libertad personal de ejercer su sexualidad.

(23) Fontán Balestra, Carlos. Opus. Cit. p.43

b) Violencia Moral.

La esencia de esta violencia consiste en intimidar a una persona para obtener de esta el resultado querido. La intimidación destruye e impide el libre ejercicio de voluntad así - el sujeto pasivo se ve obligado a sufrir el acto que no ha querido para evitar que se le perjudique en forma mayor o a personas ligadas a él. (24)

La violencia moral expresa Contieri "Es la manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica-escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de hacer un daño o de determinar una situación de peligro, si el amenazado no conciente en la conjunción carnal".

"Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula. (25)

El código penal vigente para el Distrito Federal estipula en el artículo 373 que "Hay violencia moral cuando el la--drón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla".

La violencia moral es una violencia física anunciada-ya que si la víctima no coopera con el actor, la dañará.

(24) González De La Vega, Francisco. Opus. Cit. p.390

(25) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1978. p.264

(26) González Blanco, Alberto. Opus. Cit. p.155

Para Carrara es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, presente e irreparable. (27)

No se pueden establecer reglas absolutas respecto a la amenazas, ya que debe tomarse en consideración el grado de intimidación que pueda tener el sujeto pasivo.

Así como la violencia domina al cuerpo del hombre y lo priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos a la fuerza física.

5.- SUJETO PASIVO.

Las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo, ya que todos los seres humanos somos posibles víctimas del delito de violación, no importa su edad, sexo, conducta anterior, etcétera.

Para González De La Vega el sujeto pasivo en la violación puede ser cualquier persona sin distinción alguna. Esto obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos, atacándose primeramente, aparte de su seguridad, su libertad sexual. (28)

La libertad sexual es lo que la ley trata de tutelar al tipificar este delito.

(27) Jiménez Huerta, Mariano. Opus Cit. p.264 Cita al referido.
(28) González De La Vega, Francisco. Opus. Cit. p.382

El código penal vigente para el Distrito Federal estipula en el artículo 266 lo siguiente: "Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

11.- 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 ejerciere violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarían en una mitad".

Respecto de la inferioridad psíquica Maggiore Giuseppe apunta "Es todo estado permanente o transitorio del sujeto pasivo que debilita sin aniquilarlo el conjunto de sus facultades mentales, poniéndolo en condiciones desventajosas con relación al sujeto activo". (29)

La inferioridad puede ser física o psíquica, pero cualquiera de éstas debe ser tal que el sujeto pasivo no se pueda resistir a los deseos del agresor.

Cuando una persona se encuentra imposibilitada para producirse voluntariamente, la cópula que se efectúe en ella aún cuando se realice con su consentimiento lleva consigo el vicio de nulidad que invalida todos los actos de las personas que no se hallan en su juicio. La ley tiene por objeto tutelar los bienes de todas las personas que sufren de inferioridad psíquica.

(29) Maggiore, Giuseppe. Opus. Cit. p.68

6.- SUJETO ACTIVO.

Atendiendo a los sujetos activo y pasivo en el delito de violación considera González De La Vega que se dan las hipótesis siguientes:

- 1.- Cópula de hombre realizada sobre mujer por vía normal.
- II.- Cópula de hombre efectuada sobre mujer por vía anormal.
- III.- Cópula de hombre realizada sobre hombre por vía anormal.

Así mismo indica "Creemos que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de introducción sexual, lo que implica necesariamente una actividad viril normal o anormal, pues sin ésta no se puede decir con propiedad, que ha habido conjunción carnal. (30)

Considerando que la cópula consiste precisamente en la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, llegamos a la conclusión de que quien puede tener cópula es únicamente el hombre, la mujer no puede desarrollar una conducta que sea típica del artículo 265 del código penal.

Pero para algunos autores como Martínez Roaro el sujeto activo puede ser también una mujer y nos dice "no encontramos objeción que nos impida aceptar que la violación pueda realizarse por una mujer sobre otra, e incluso sobre un hombre, si se está llevando a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, en cuanto al sujeto activo-

(30) González De La Vega, Francisco. Opus. Cit. p.390

la efectúe con el ánimo de copular, como al pasivo que se ve - agredido y ofendido en su libertad sexual, en igual medida que si se realizara la cópula normal. Si aceptamos otras vías distintas a la vaginal para integrar lo que es la cópula violenta no hay razón de no aceptarla cuando lo que se substituye es el órgano sexual masculino". (31)

Para Porte Petit "La mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante violencia física, puesto que puede lograr se la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada por el sujeto activo. (32)

Jiménez Huerta opina que la mujer puede ser sujeto activo secundario, porque puede ser que ésta sujete o intimide a la víctima, en tanto que el sujeto activo primario cópula con ella. (33)

La ley no señala con exactitud a los sujetos que integran este delito, lo que trae como consecuencia diferentes criterios al respecto. Nosotros consideramos que sólo el hombre puede ser sujeto activo, en virtud de la definición que de cópula la nos da el código penal en el artículo 265 párrafo segundo.

(31) Martínez Roaro, Marcela. Opus. Cit. p.243

(32) Porte Petit Candaudap, Celestino. Opus. Cit. p.42

(33) Jimenez Huerta, Mariano. Opus. Cit. p.255

Para que se configure el delito de violación es necesario que la cópula se efectúe sin la voluntad del ofendido, pero nos encontramos con diversos obstáculos para probar que la víctima ofreció resistencia para no sufrir el acto sexual en su cuerpo.

Cuello Galón puntualiza que la dificultad de probar la resistencia del sujeto pasivo llevó a los Jurisconsultos a establecer una serie de presunciones que sirvieran de guía:

- I.- Que la resistencia fuera constante y siempre igual
- II.- Que entre la fuerza del agresor y la de la agredida existiera una evidente desigualdad.
- III.- Que la agredida demandara auxilio.
- IV.- Que la mujer presentara en su cuerpo huellas que atestiguarán el empleo de la fuerza física. (34)

Pero no podemos basar nuestro juicio en estos puntos para establecer que existió ausencia de voluntad del sujeto pasivo, ya que la oposición de la víctima puede ser quebrantada o anulada por la impresión o miedo que experimente en el momento que es agredida y como consecuencia ceder, pero no por esto no existió resistencia.

Por otra parte el consentimiento debe ser espontáneo ya que el sujeto activo puede lograr excitar al pasivo logrando así el acceso carnal.

(34) González Blanco, Alberto. Opus. Cit. p.159 Cita al referido

Todos los delitos tienen consagrado un bien jurídico-protegido por la ley, entendemos por bien jurídico, aquel interés que el derecho va a proteger, que va a cuidar el tipificar-el delito.

Existen diversas opiniones respecto de cual es el -- bien jurídico que la ley tutela en el delito de violación, cita remos algunos criterios:

González De La Vega opina que el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a - la libertad sexual, ya que el acceso carnal por medio de la violencia constituye el máximo ultraje y la víctima sufre el acto-sexual que no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal-de la libertad de conducta en materia erótica. (35)

Manfredini estima que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, ya que la ley trata de proteger la inviolabilidad carnal. (36)

Fontán Ballestre nos dice que se protege la libertad - individual, porque cada individuo tiene el derecho de elegir su actividad sexual. (37)

Algunos autores no están de acuerdo en que la liber-- tad sexual sea el bien jurídico que tutela la ley entre ellos:

(35) González De La Vega, Francisco. Opus. Cit. p.390

(36) Forte Petit Candaudap, Celestino. Opus. Cit. p.35

(37) Ibid. P.36 Cita al referido

Eusebio Gómez que sostiene que el bien jurídico lesionado es la honestidad y que la violación es también un ataque a la libertad sexual pero no es directamente lo que se afecta, sino el pudor que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y la moralidad. (38)

Frías Caballero dice que el bien jurídico protegido por la ley al tipificar el delito de violación es el pudor individual como sinónimo de honestidad y subsiguientemente, la libertad sexual. (39)

La libertad sexual consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales, tomando en consideración los límites señalados por el derecho y costumbres sexuales.

En relación de las personas que ejercen la prostitución, no existe duda de que pueden ser víctimas de violación, ya que el artículo 265 del código penal vigente no establece limitación alguna por lo que hace a la condición social de la víctima, y considerando que se trata de proteger al tipificar este delito es la libertad sexual y ésta es por-se de todo ser humano, no le puede ser negada a una persona por ejercer la prostitución.

Nosotros estamos de acuerdo que lo que la ley trata de proteger al tipificar este delito es la libertad sexual.

(38) Ibid. p.36 Cita al referido.

(39) Ibid. p.36 Cita al referido.

9.-CONCURSO ENTRE VIOLACION Y OTROS TIPOS
DELICTIVOS.

a) Estupro y Violación.

El artículo 262 del código penal vigente establece que comete el delito de estupro "El que tenga cópula con -- persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño".

Los elementos que de esta definición se desprenden -- son; cópula, sujeto activo, sujeto pasivo, consentimiento, con -- secuentemente definiremos cada uno de ellos:

I.- La cópula, al igual que en el delito de violación entendemos por ésta la introducción del miembro viril en la -- abertura anal, vulvar, o bucal.

II.- Sujeto activo, en ambos delitos éste debe ser -- una persona de sexo masculino, ya que la conducta prevista por los dos tipos legales puede ser llevada a cabo únicamente por el hombre en virtud de la definición que de cópula nos da el -- código penal vigente.

III.- Sujeto pasivo, en el delito de violación la -- víctima puede ser cualquier ser humano, en el estupro el pasivo se encuentra condicionado por los factores edad, sexo y con -- consentimiento, requisitos que no concurren para la integración -- del tipo de violación en el cual la persona sobre la que puede recaer la acción es indiferente.

IV.- Consentimiento.- En la violación no existe el -- consentimiento de la víctima, ya que el agente activo realiza la cópula empleando la violencia coartándole la libertad al pa -- sivo de querer o no el resultado, Para que se configure el es -- tupro el consentimiento debe obtenerse por medio de engaño.

Porte Petit nos dice: "Engaño es la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es". (40)

La Suprema Corte de Justicia ha determinado que "Engaño es la tendenciosa actividad seguida por el agente activo del delito para alterar la verdad y producir en el pasivo un estado de error, confusión o equivocación para lograr la pretensión erótica". (41)

Existen dos criterios referentes al engaño:

1.- Engaño sexual, en el cuál media una promesa de la misma índole, por ejemplo, contraer matrimonio después de realizar el acto sexual.

II.- La existencia de un engaño de naturaleza extra-sexual, podemos citar a la persona que ofrece un puesto mejor de trabajo si la otra conciente en la relación sexual.

La ley no establece una definición de engaño, de manera que para establecer si lo hubo o no se adopta el concepto emitido por La Suprema Corte de Justicia.

Respecto del valor jurídico protegido autores como Eusebio Gómez y Frías Caballero coinciden en que el bien tutelado por la ley es la honestidad al igual que en el delito de violación. (42)

Consideramos que si el bien jurídico tutelado en

(40) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático obra el Delito de Estupro. Ed. Porrúa. México 1980. p.22

(41) Ibid. p.23

(42) Ibid. p.24. Cita a los refereridos,

este delito fuera la honestidad estarían incluidas todas las mujeres, es decir, la ley no establecería un mínimo y un máximo de edad como lo hace en este tipo, considerando que la honestidad de una mujer no la determina su edad.

Fontán Balestra apunta que en el estupro se protege la libertad sexual, la ley considera que a virtud de la edad la mujer no tiene capacidad para disponer libremente de su cuerpo y como consecuencia no se puede proteger una libertad sexual que no se tiene. (43)

Para establecer cuál es el bien que se tutela debemos analizar que la protección penal está dirigida a las menores de dieciocho años y mayores de doce, esto nos indica que la ley señala un límite de edad para incluir a las mujeres que carecen de juicio en lo sexual, aunque la mujer a cualquier edad puede ser inmadura sexualmente, la ley sólo protege a las que se encuentran en este límite de años.

En el delito de violación la libertad sexual es el bien que la ley tutela, ya que el sujeto pasivo no da su consentimiento para la consumación del hecho, sino que es sometido por medio de la violencia, en el estupro el valor protegido es la seguridad sexual de las mujeres mayores de doce años y menores de dieciocho, ya que la doctrina determina que no tienen la capacidad para conducirse en materia erótica.

(43) Ibid. p.25 Cita el referido.

El código penal de 1871 incluye al estupro entre los "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres" (Título Sexto).

El código penal de 1929 lo estima como delito "Contra la libertad sexual" (Título Décimotercero).

El código penal de 1931 denomina "Delitos Sexuales" los delitos entre los que se encuentra el estupro (Título Décimoquinto). (44)

A partir del día 21 de enero de 1991 el Diario Oficial de la Federación publicó una serie de reformas al código penal para el Distrito Federal respecto de estos delitos, quedando estos ilícitos ubicados bajo el rubro de "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

b) Incesto y Violación.

El delito de incesto se encuentra tipificado en el artículo 272 del código penal vigente que a la letra dice: Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

El incesto para González De La Vega consiste en la relación carnal entre parientes (hasta el cuarto grado) que por respeto al principio exogámico regulador moral y jurídico-

de las familias, les está absolutamente vedado el concubito y contraer nupcias. (45)

Los elementos que integran el delito de incesto son; relaciones sexuales, parentesco entre los sujetos que lo constituyen y consentimiento por parte de ambos. Haremos una descripción de cada uno de estos;

1.- Relaciones sexuales.- Marcela Martínez Roaro nos dice que si el código penal vigente en el artículo 272 habla de relaciones sexuales y no de cópula (como en el estupro y la violación) es porque el legislador quiso darle mayor amplitud al concepto, incluyendo en el otras conductas sexuales. (46)

No coincidimos con la opinión de Martínez Roaro expresada en el párrafo anterior, porque para que se determine si se configura el delito de incesto, es necesario que haya existido cópula, independientemente de que el legislador al hacer la descripción del tipo penal haya utilizado el término "relaciones sexuales", si existen otras conductas sexuales sin llegar a la cópula se tipifica otro delito.

Por relaciones sexuales, nos dice Carranca y Trujillo debe entenderse tanto la cópula normal como la anormal. (47)

11.- Sujetos.- Los sujetos que integran a este tipo deben tener un parentesco por consanguinidad en línea recta o colateral (hasta el cuarto grado).

(45) Martínez Roaro, Marcela. Opus. Cit. p. 263 Cita referido.

(46) Ibid. p.262

(47) Ibid. p.262 Cita al referido.

El parentesco entre los incestuosos es indiferente - que sea legítimo o natural; lo que importa, expresa González - Blanco, es que exista consanguinidad. (48)

González De La Vega opina que el parentesco para que se integre el incesto, es el existente entre ascendientes y -- descendientes consanguíneos así como entre afines o por adop-- ción, ya que en su opinión, la ley no establece distinción alguna. (49)

En nuestro concepto el único parentesco aceptable pa-- ra constituir el incesto es el que está dado claramente en el artículo 272 del código penal vigente, que es exclusivamente - el parentesco por consanguinidad en línea recta (ascendientes- y descendientes) y en línea colateral (hermanos), dicho paren- tesco hasta el cuarto grado, en cuanto a los hermanos como el- precepto no hace especificación alguna, debemos entender que - se incluye tanto a los hermanos de padre y madre, como a los - hermanos de parte de uno. sólo de los progenitores.

III.- Consentimiento.- A diferencia de la violación- en la cual sólo existe voluntad por parte del sujeto activo -- para llevar a cabo la conducta sexual, en el incesto es neces- aria la voluntad de ambos, si no existe ésta en cualquiera de - los dos agente nos encontramos con otro tipo penal.

El consentimiento por parte de los agentes debe ser- espontáneo, no debe mediar engaño como en el delito de estupro ni violencia como en la violación.

(48) Ibid. p.262 Cita al referido.

(49) Ibid. p.263 Cita al referido.

En lo que se refiere al bien jurídicamente protegido en el delito de incesto para Cuello Calón ese objeto es el orden moral y jurídico familiar, al observar que esos bienes precisan una abstención de las relaciones sexuales entre personas ligadas por vínculos de sangre. (50)

González Blanco nos dice que en el incesto la ley -- protege la organización exogámica de la familia. No está de -- acuerdo en considerarlo un delito autónomo, sino como agravante de alguno de los delitos de tipo sexual, ya que el incesto no ofende al sujeto pasivo. (51)

La justificación de que se tipifique penalmente el -- incesto es la lesión al orden moral y jurídico de la familia.

c) Adulterio y Violación.

Nuestra ley no define el adulterio, se limita a establecer su penalidad en el artículo 273 del código penal vigente, y establece; Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en domicilio conyugal o con escándalo.

Cuello Calón apunta "Comete el delito de adulterio -- la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el -- que yace con ella sabiendo su estado civil, aunque después se declare nulo el matrimonio. (52)

González Blanco opina en relación con este ilícito --

(50) González Blanco, Alberto. Opus. Cit. p.181 Cita referido.

(51) Martínez Roaro, Marcela. Opus. Cit. p.226 Cita al referido

(52) Cuello Calón, Eugenio. Opus. Cit. p.273

que es la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer eg tando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero. (53)

González De La Vega hace una clara distinción entre el adulterio civil y el adulterio penal. En tanto el derecho civil considera ilícito el adulterio ejecutado por el marido o por la esposa, cualquiera que sean las circunstancias en que se realiza. El derecho penal considera que se comete adulterio únicamente bajo dos circunstancias; en el domicilio conyugal o con escándalo y salvo esos casos de excepción y por regla general el adulterio no es punible. (54)

La doctrina y la Jurisprudencia han establecido que el adulterio consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada. (55)

Los elementos que constituyen a este delito son:

I.- Un acto de yacimiento y de infidelidad consumada ya que solamente la unión carnal integra este delito.

II.- Matrimonio preexistente, que la persona adúltera en el momento de la unión carnal se halle ligada por matrimonio con un tercero.

III.- Voluntariedad del hecho.- El acceso carnal a diferencia de la violación, debe ser realizado con conciencia y voluntad.

(53) Ibid. p.274 Cita al referido

(54) González De La Vega, Francisco. Opus. Cit. p.425

(55) Ibid. p.425

IV.- Sujetos activo y pasivo. En cuanto al sujeto pasivo lo constituye la persona ofendida (sea hombre o mujer).

El sujeto activo, es la persona que está ligada en matrimonio con un tercero siempre que el acto se efectúe en el domicilio de ésta o con escándalo, aunque la ley sanciona a los dos sujetos responsables del acto.

El interés protegido es el orden jurídico y moral de la familia. Entre los elementos integrantes del orden jurídico matrimonial uno de los más relevantes es la fidelidad conyugal y como el matrimonio es una institución de derecho público, la violación del orden matrimonial es la violación de un interés estatal.

El delito de violación es el único dentro de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual que se ejecuta sin la voluntad de ambas partes.

d) Lesiones y Violación.

El código penal vigente para el Distrito Federal tipifica el delito de lesiones como un delito contra la vida y la integridad corporal, estableciendo lo correspondiente en el artículo 289 de la siguiente manera; "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez. Si tardaren en sanar más de quince días se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y multa de cien pesos".

Las lesiones a las que se refiere la primera parte del párrafo anterior se perseguirán por querrela.

La doctrina ha elaborado varias definiciones respecto del delito de lesiones, siendo común denominador en ellas - destacar el daño causado en el cuerpo o la alteración del equilibrio de las funciones fisiológicas.

El artículo 288 del código penal vigente establece - que; Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las - heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones- quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro- daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos --- efectos son producidos por una causa externa.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que "la lesión, por definición legal, es toda alteración en la salud y cualquiera otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa extraña; es decir, la definición envuelve como presu- puesto indispensable la actualidad y realidad del daño sobre - lo que debe estructurarse indefectiblemente la clasificación - legal de la lesión, para efecto de la penalidad a imponer" (56)

Los elementos del delito de lesiones son los siguientes; alteración de la salud, causa externa que produjo dicha - alteración, y un elemento moral, si alguno de éstos está ausente no se integra el tipo penal. En seguida estudiaremos cada - uno de los elementos ya mencionados.

1.- Alteración de la salud. Dentro del concepto general de daño alterador de la salud, mencionaremos las siguientes-

(56) Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática Sobre los Delitos Contra La Vida y La Salud Personal. Ed. Jurídica Mexicana. México 1975. p.65

tes hipótesis; las lesiones externas, las lesiones internas, y las perturbaciones psíquicas o mentales.

a) Las lesiones externas son aquellas que por estar colocadas en la superficie del cuerpo son perceptibles directamente por la vista.

b) Las lesiones internas, o sea aquellos daños viscerales que por no estar situados en lugar visible requieren, para su diagnóstico, examen clínico a través de la palpación, auscultación, pruebas de laboratorio, etcétera.

c) Las perturbaciones psíquicas o mentales, siempre que en ellas se reúnan los elementos necesarios para constituir un delito. Respecto de estas perturbaciones, es incuestionable que, dados los términos tan generales empleados por el artículo 288 del código penal vigente, las mismas quedan comprendidas como posibles daños integrantes del delito de lesiones, salvo que en casos es difícil, en la práctica judicial, establecer la relación de causalidad entre el daño psíquico como efecto y la causa externa productora del mismo.

11.- Causa externa. No es suficiente la alteración de la salud para integrar el delito de lesiones, sino que ésta debe ser producida por una causa externa, la cuál puede consistir en el empleo de medios físicos, de omisiones, o de medios morales. Los medios físicos consisten en acciones positivas tales como dar un golpe, como ejemplo de los medios omisivos podemos citar el abandono de personas, y los morales son aquellos que producen una alteración en la salud que no es visible y que tampoco puede encuadrar en las lesiones internas, por ejemplo, una perturbación mental, las amenazas, contrariedades estados de terror impresiones desagradables, y todas aquellas actitudes que puedan lesionar mentalmente a una persona.

111.- Elemento moral. Para considerar una lesión como delito además de la existencia de un daño en la salud y de la comprobación de que ese daño sea efecto de una causa externa debe concurrir el elemento moral, es decir, es necesario -- que la causa externa del daño de lesiones sea imputable a un hombre por su realización intencional.

Respecto del sujeto activo en este delito Maggiore -- observa que puede ser cualquier persona, este delito se caracteriza por ser impersonal, y monosubjetivo. (57)

En lo que se refiere al sujeto pasivo, éste es indiferente para la integración del tipo penal, el único requisito para que se infliera una lesión a una persona es que ésta estuviera viva, ya que el delito de lesiones no puede ser cometido en un cadáver.

En el delito de lesiones se hace patente que el objeto substancial específico es la salud personal, alterándose ésta, al causarse daños anatómicos, fisiológicos, o psíquicos.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "el tipo de las lesiones tutela el bien jurídico -- integridad corporal". (58)

Carlos Saltelli y Romano Di Falco sostienen que "el objeto del delito es el interés relativo a la protección de la integridad física, psíquica o fisiopsíquica de la persona (integridad corporal); integridad que no es un bien de interés --

(57) Ibid. p.72 Cita al referido.

(58) Ibid. p.73

privado únicamente, sino principalmente un bien colectivo, por que asegura el normal desarrollo de la actividad individual de la persona, que constituye al mismo tiempo, un bien jurídico - el cuál tutela la ley. (59)

El delito de lesiones es el que más concurre con la violación, ya que ésta siempre se presenta con violencia, las víctimas en el delito de violación presentan alteraciones en su salud que van desde golpes físicos hasta lesiones psíquicas en las cuáles es más difícil su recuperación.

10.- COMENTARIOS.

Una vez que hemos analizado en este capítulo el delito de violación y a sus elementos integrantes procederemos a hacer las siguientes consideraciones.

Pensamos que la violación es el más lesivo de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y lo encontramos confirmado en la calidad de delito que ha tenido a través del tiempo y del espacio, como lo comprobamos en nuestra parte histórica, así como lo que analizamos en este segundo capítulo.

Consideramos que éste delito siempre concurre con el de lesiones, ya que es característica principal de la violación la violencia, la cuál no sólo ocasiona daños físicos, sino también psíquicos que son los más difíciles de superar y por lo regular tienen una gran trascendencia en la vida de la víctima.

• - - - - -
(59) Ibid. p.75 Cita a los referidos.

Respecto del bien jurídico tutelado fundamentalmente es la libertad sexual, aunque en la comisión de este delito también se afecten otros bienes del sujeto pasivo, como es el caso de cuando se lesiona la integridad corporal que es el bien que protege el delito de lesiones.

C A P I T U L O 111

TEORIA DEL DELITO

- 1.- DEFINICION DE DELITO.
- 2.- ELEMENTOS DEL DELITO.
 - a) Conducta.
 - b) Tipicidad.
 - c) Antijuridicidad.
 - d) Culpabilidad.
- 3.- AUSENCIA DE CONDUCTA.
- 4.- AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.
- 5.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.
- 6.- AUSENCIA DE CULPABILIDAD.
- 7.- COMENTARIOS.

1.- DEFINICION DE DELITO.

La palabra delito deriva del verbo delinquere que significa abandonar el camino señalado por la ley.

Existen dentro de la doctrina varias definiciones sobre el delito, a continuación mencionaremos cuatro de las más aceptadas entre ellas la que establece el código penal vigente;

Francisco Carrara exponente de la escuela clásica de fine al delito como "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso". (60)

El positivista Rafael Garófalo establece que delito es "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (61)

Jiménez de Asúa dice "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". (62)

El código penal vigente en el artículo 7o establece que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

(60) Castellanos Tena, Fernando, Opus. Cit. p.125 Cita referido

(61) Ibid. p.126 Cita al referido.

(62) Ibid. p.130 Cita al referido.

A continuación redactaremos los artículos del código penal vigente para el Distrito Federal referentes al delito.

El mismo artículo 7o antes mencionado establece que 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 y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8o.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales;

II.- No intencionales o de imprudencia;

III.- Preterintencionales.

Artículo 9o.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

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

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

Artículo 10.- La responsabilidad penal no pasa de la

persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley.

Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto -- las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados en la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Artículo 13.- Son responsables 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 intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilios a otro a cometerlo.
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Artículo 14.- Si varios delincuentes toman parte en

la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, to dos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Artículo 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Artículo 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

De acuerdo a nuestro sistema positivo una conducta - constituye un delito cuando ésta es sancionada por las leyes - penales, pero existen conductas delictuosas que no son punibles porque median causas de justificación,, y la conducta permanece pero la pena no se aplica, la legítima defensa, el estado de - necesidad, la obediencia jerárquica son algunos ejemplos de -- causas de justificación.

El actuar del ser humano es un hecho natural que sólo puede convertirse en delito si se identifica con la clasificación de las conductas plasmadas en las leyes penales por el legislador.

No existe unidad de criterios en lo que se refiere a los elementos del delito, hay diversas opiniones al respecto - entre las más aceptadas están la teoría tetratómica y la heptatómica. La primera admite la existencia de cuatro elementos para la constitución del delito y son; conducta, tipicidad, anti juricidad y culpabilidad. La segunda teoría considera que se necesitan siete elementos para la integración de un delito, - además de los ya mencionados nombra a la punibilidad, imputabilidad y a las condiciones objetivas.

Estamos de acuerdo con la teoría tetratómica por considerar que la imputabilidad la absorbe la culpabilidad, y la punibilidad es una consecuencia en la comisión de un delito.

Los elementos del delito no tienen una prioridad temporal, pero es necesario analizarlos en orden cronológico, con la finalidad de llevar a cabo una secuencia lógica.

2.- ELEMENTOS DEL DELITO.

Analizaremos los elementos del delito de acuerdo con la teoría tetratómica, la cuál considera a la conducta, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad como únicos elementos que integran al delito.

a) Conducta.- Es el comportamiento humano voluntario-positivo o negativo, encaminado a un propósito. (63)

La conducta puede ser realizada por una acción o por una omisión.

Acción es todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior. (64)

Jiménez de Asúa nos dice que los elementos del acto son; manifestación de voluntad, resultado, y nexo causal. (65)

La manifestación de voluntad es la actividad externa del hombre. El hombre es libre de pensar en delinquir, pero -- mientras no exteriorice en forma material esta resolución no -- puede ser castigado, al referirnos a una manifestación de voluntad debemos entender que ésta sólo puede ser realizada por el hombre.

Existe la problemática de que si las personas morales son o no responsables ante el derecho penal la mayoría de

(63) Ibid. p.152

(64) Ibid. p.152

(65) Jiménez De Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada. Buenos Aires 1963. p.334

critérios han rechazado ésta posibilidad en virtud de que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos en la comisión de un delito por carecer de voluntad propia, cuando un miembro de una persona jurídica comete un delito que afecte dicha corporación por hacer parecer que ésta es la culpable el juez puede decretar la disolución o suspensión de la agrupación pero el que comete el delito es una persona física no una moral.

La voluntad debe ser consciente y referida a cierta representación con un motivo determinado.

Para que una voluntad sea manifestada le preceden una serie de estados y representaciones, es decir, momentos de voluntad puramente internos y enseguida actos de manifestación externa que tienen un carácter físico a diferencia de los primeros que se estacionan en la psique del agente. Esta exteriorización puede presentarse como movimiento corporal (delitos de acción) o como inactividad del cuerpo del agente (delitos de omisión)

En lo que se refiere al resultado que es el segundo elemento del acto, es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

El tercer elemento del acto es el nexo de causalidad el cuál existe entre la conducta y el resultado formando una relación entre ambos, el resultado debe tener como causa un hacer del agente.

La conducta puede ser realizada por una omisión ésta consiste en abstenerse de obrar, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, la omisión es una forma negativa de la acción.

Cuello Calón dice "La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone un hecho determinado". (66)

En la omisión debemos distinguir la omisión simple u omisión propia, de la comisión por omisión u omisión impropia.

La omisión simple o propia consiste en no impedir voluntariamente el resultado. Como ejemplo podemos citar la persona que tiene conocimiento de que se está cometiendo un ilícito y no lo denuncia.

Los delitos de comisión por omisión consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada. Se logra una verdadera mutación en el mundo exterior.

La mayor parte de los delitos son de acción o de omisión, resultando difícil la aparición de la omisión impropia - en la cuál el autor no hace lo que debe y produce un resultado que no debería de ser, infringiendo al mismo tiempo una norma preceptiva y otra prohibitiva.

Las dificultades que presentan los delitos de comisión por omisión ha logrado confundir a los penalistas ya que-

(66) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.152

algunos como Carnelutti los identifica con los de omisión simple, asegurando que no es necesaria la distinción con los de comisión por omisión. (67)

Como ejemplo de un delito de comisión por omisión citaremos a la madre que dolosamente y con el propósito de causar la muerte a su hijo no lo amamanta ni le proporciona alimento.

La mayoría de los autores concuerdan que el ejemplo del párrafo anterior es un delito de comisión por omisión pero que se equipara a los de omisión, ya que la madre está usando un medio omisivo para la configuración de un delito en virtud de que la ley no establece cuáles son los medios que el agente activo debe utilizar para la comisión de un delito en este caso homicidio o infanticidio.

Jiménez de Asúa distingue los delitos de omisión simple de los de comisión por omisión y de estos los de acción -- con accidental medio omisivo. (68)

a).-Delitos de omisión simple, existe voluntad interna de no hacer, pero no se quiere el resultado.

b).-Delitos de comisión por omisión, concurre la voluntad externa del no hacer tendiente a un resultado.

c).-Los de acción con accidental medio omisivo, existe voluntad de lesionar un bien tutelado.

(67) Jiménez De Asúa, Luis. Opus. Cit. p.407 Cita al referido.

(68) Ibid. p.409

b) Tipicidad.- Es el encuadramiento de una conducta en la descripción hecha en la ley.

Al hablar de tipicidad debemos referirnos también al tipo, ya que la conducta delictiva debe identificarse con la descripción hecha por el legislador, y es cuando surge la tipicidad.

Existen hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social se sancionan con una pena entonces las leyes los definen, los concretan y los castigan.

El tipo legal es una descripción de la conducta y -- del resultado y por ende acción y resultado quedan comprendidos en él.

Existen tipos de descripción objetiva por ejemplo el homicidio en el cuál no se establecen condiciones específicas para los sujetos, hay otros más detallados en los que se dan modalidades de la acción referentes a los agentes que participan en el delito, podemos citar al delito de estupro que necesita de ciertas características especiales para que se configure.

La historia de la tipicidad es la misma que la del tipo, el cuál era considerado en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, después Beiling lo considera como mera descripción. (69)

(69) Ibid. p.410

En 1915 Ernesto Mayer establece que la tipicidad no es sólo descriptiva sino que indica antijuricidad. (70)

No todas las conductas típicas son antijurídicas por que puede existir alguna causa de justificación, al advertir la existencia de una justificante no significa que se va a anular la antijuricidad, ya que ésta nunca existió, aunque la conducta haya sido típica estuvo dentro de los límites que marca el derecho, por ejemplo, cuando un individuo comete el delito de homicidio pero lo hace en legítima defensa, el comportamiento del agente estuvo justificado y no se le sanciona.

c) Antijuricidad.- Es todo lo contrario a derechos decir, todo hecho definido en la ley y que no esté protegido por alguna causa de justificación.

Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad, la material y la formal. (71)

El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídica cuando signifique contradicción a los intereses colectivos, (cuando se causa un daño social.

Una acción punible es antijurídica, debe estar en contradicción con el derecho la conducta del agente y no mediar causa de justificación.

(70) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.167 Cita al referido.

(71) Ibid. p.178

Para Jiménez Huerta "La antijuridicidad es un juicio en el que se afirma la contradicción de la conducta con las normas de derecho". (72)

Edmundo Mezger nos dice que una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho, concibiendo a éste como una ordenación objetiva de vida y lo injusto y antijurídico como una lesión a dicho ordenamiento. (73)

La antijuridicidad se verifica por una voluntad humana capaz de obrar y de moverse en sentido contrario a lo establecido, no se castiga por el ordenamiento jurídico la sola desobediencia, sino ésta en contra de lo establecido y que -- combinada con otros elementos de la realidad dan lugar a la perturbación de los intereses tutelados por la ley.

d) Culpabilidad.- Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (74)

Dos son las principales corrientes que despiertan polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad. El psicologismo y el normativismo.

La teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad establece que ésta requiere de un análisis del psiquismo del agente para investigar cuál ha sido su actitud respecto al resultado que obtuvo con su delito y también sostiene --

(72) Jiménez DE Asúa, Luis. Opus. Cit. p.982 Cita al referido

(73) Ibid. p.981 Cita al referido.

(74) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.231

que existe un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado encerrando dos elementos, uno volitivo y otro intelectual, el primero indica la conducta y el resultado y el segundo el conocimiento de que esa conducta es antijurídica.

La teoría normativa o normativista de la culpabilidad es en base a un juicio de reproche, es decir, existe la imperatividad de la norma la cuál debe ser acatada por los sujetos de derecho para comportarse de acuerdo al deber, en caso contrario se hacen acreedores a una sanción. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que pueden comportarse conforme a lo mandado, así la culpabilidad no puede recaer en aquellos sujetos que están imposibilitados para entender el significado de lo establecido por el orden normativo (inimputables) porque no pueden recibir el juicio de reprochabilidad.

El juicio de reprochabilidad surge de una situación real que es la conducta dolosa o culposa que el agente activo pudo haber evitado y por otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho.

Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como "El reproche que se hace al autor de un concreto acto punible al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin o cuyo alcance le era conocido o conocible siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas. (75)

(75) Jiménez de Asúa, Luis. Opus. Cit. p.93

La culpabilidad reviste tres formas que son; dolo, - culpa, y preterintencionalidad. Haremos un análisis de éstas.

Cuando existe dolo el agente conoce el resultado de su conducta y procede a realizarla.

El dolo consiste en el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (76)

La doctrina señala diversas clases de dolo sólo haremos referencia a las de mayor importancia en la práctica.

Dolo directo.- Es cuando el autor se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, existe voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

Cuello Calón nos dice que el dolo existe cuando el resultado corresponde a la intención del agente. (77)

El dolo indirecto o conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el autor tiene la certeza de que causará otros resultados también tipificados que no persigue directamente pero aún previendo que va a dar lugar a otro delito ejecuta el hecho.

El dolo eventual existe cuando el agente cree que va a obtener con su conducta un resultado delictuoso, y no impor-

(76) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.239

(77) Ibid. p.239

tándole esto ejecuta el hecho aceptando sus consecuencias, -- existe voluntariedad en la conducta y representación de la posibilidad de resultado, éste no se quiere directamente pero -- tampoco se deja de querer. En ésta clase de dolo el agente sólo se representa la posibilidad de obtener un resultado delictuoso y en el dolo indirecto existe la certeza de que se obtendrán otros resultados también tipificados.

Dolo indeterminado.- Es cuando se tiene la seguridad de causar daño pero no se quiere un resultado en especial.

A continuación citaremos ejemplos de las diversas -- clases de dolo;

Dolo directo.- Cuando un sujeto decide privar de la vida a otro, con ésta acción está obteniendo el resultado que había previsto.

Dolo indirecto.- Un sujeto quiere dar muerte a otro que se encuentra en un lugar en donde están más personas y coloca una bomba en ese sitio, con la seguridad que además de morir esa persona perderán la vida otras que se encuentran en -- ese lugar, es decir, se propone un fin con el conocimiento que ocasionará otros.

Dolo eventual.- Al incendiar un almacén existe la posibilidad que el velador muera. Se desea un resultado pero se sabe que pueden surgir otros no queridos. Dicho incendio puede ser derivado de una venganza en relación al dueño.

Dolo indeterminado.-- Hay voluntariedad para delin --
quir pero no se espera un resultado específico, citaremos al --
anarquista que lanza una bomba, quiere matar pero no específicamente a alguien.

La segunda forma de la culpabilidad es la culpa Castellanos Tena al referirse a esta cuestión expresa, que se --
obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (78)

Para Edmundo Mezger actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede preveer. (79)

Para poder determinar la naturaleza jurídica de la culpa se han elaborado tres teorías que son; a) De la previsibilidad, b) De la previsibilidad y evitabilidad, c) Del efecto de la atención.

a) De la previsibilidad, es sostenida por Carrara, --
explica que la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido, y en una voluntaria omisión de --
dejando de calcular las posibles consecuencias del hecho. (80)

b) De la previsibilidad y evitabilidad, expuesta por Binding acepta la previsibilidad pero también considera el carácter de evitable. (81)

(78) Ibid. p.245

(79) Ibid. 246 Cita al referido

(80) Ibid. p.246

(81) Ibid. p.247 Cita al referido.

c) Del efecto de la atención, la sustenta Angliolini y nos dice que es la esencia de la culpa la que radica en la - violación por parte del sujeto activo a un deber de atención - impuesto por la ley. Establece que una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, y así la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haberse sometido a las disposiciones establecidas - por el legislador. (82)

Los elementos de la culpa son un actuar voluntario - positivo o negativo, es decir, que esa conducta se realice sin las precauciones exigidas por el Estado, los resultados del ac to deben ser previsibles y evitables.

Dos son las principales especies de culpa a) conscien te, con previsión o con representación, b) Inconsciente, sin - previsión o sin representación.

a) La culpa consciente existe cuando el agente ha -- previsto que su conducta puede ocasionar un resultado típico - pero no lo quiere y además tiene la esperanza de que no suceda, esto ocurre cuando una persona que tiene urgencia de llegar a - un lugar no respeta la luz roja que indica alto sabiendo que-- puede ocasionar un accidente o atropellar a un peatón, y aun-- que se representa el resultado tipificado penalmente realiza - la conducta confiado en la no realización del hecho.

b) La culpa inconsciente se presenta cuando no se --

(82) Ibid. p.247

prever un resultado previsible. Hay voluntariedad de la conducta pero esta ausente la representación del resultado de naturaleza previsible. Como ejemplo tenemos cuando una persona limpia una pistola en presencia de otra sin la precaución debida se le dispara y puede lesionar al individuo que está presente aunque el hecho era previsible por el peligro del manejo de arma, el sujeto no previó la posibilidad de un resultado que debió haber evitado.

Para Soler se da la culpa inconsciente cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta que se pudo haber evitado, pero al no hacerlo se produce una consecuencia penalmente tipificada. (83)

A la culpa inconsciente se le clasificaba en lata, leve, y levísima según la mayor o menor facilidad en la previsión. La doctrina actual ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto la gravedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad. La culpa era lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.

Suele confundirse la culpa consciente con el dolo eventual en los dos existe voluntariedad de la conducta y representación del resultado típico, pero la diferencia estriba en que en el dolo eventual se asume indiferencia en el resulta

(83) Ibid. p.250 Cita al referido.

3.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos que impiden la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior a que se refiere la fracción 1, del artículo 15, del código penal vigente para el Distrito Federal que a la letra dice; Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias.

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

La Suprema Corte de la Nación establece que por fuerza física exterior irresistible se entiende cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar. (84)

Se consideran como factores eliminitorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Estas causas adquieren carácter suprallegal por no estar expresamente destacadas en la ley, pero operan, porque su presencia demuestra la falta de voluntad, elemento indispensable

(84) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1990 p.322

para la aparición de la conducta, que como señalamos anteriormente, es un comportamiento humano voluntario, la vis absoluta deriva del hombre y la vis maior de la naturaleza, es decir, - es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o retardarlos ya no funcionan como factores negativos del delito).

Algunos tratadistas consideran aspectos negativos de la conducta; el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, ya que en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado inconsciente.

Ignacio Villalobos nos dice que en el sonambulismo - si existe conducta más falta una verdadera conciencia, porque el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, y que estas imágenes sólo producen "una especie - de conciencia no correspondiente a la realidad. (85)

En el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que hay obediencia automática, pero debemos tener presente que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión - hipnótica, nos encontramos ante la ausencia de conducta.

4.- AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la con

(85) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.164 Cita al referido.

ducta al tipo. Si la conducta no es típica no puede ser delictuosa.

Debemos distinguir entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, que debería estar incluida en el catálogo de los delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad se reducen a las siguientes:

I.- Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

II.- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.

III.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.

IV.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.

V.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto-legalmente exigidos.

VI.- Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo, si no se ejecuta el ilícito como la ley lo señala, la conducta será atípica.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas tienen que reunirse para integrar el ilícito.

5.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Una conducta puede ser típica y estar en aparente oposición al derecho y no ser antijurídica por mediar alguna causa de justificación, las cuáles constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Castellanos Tena define a las causas de justificación como "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (86)

Las causas de justificación son las siguientes; legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, e impedimento legítimo. Consecuentemente haremos mención de cada una de estas causas.

Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. (87)

Según Franz Von Liszt se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante. (88)

Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones afirma que se legitima la defensa privada, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto. (89)

(86) Ibid. p.181

(87) Ibid. p.182 Cita al referido.

(88) Ibid. p.188 Cita al referido.

(89) Ibid. p.190 Cita al referido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que "la causa de justificación denominada estado de necesidad hace calificar de ilícita la conducta ejecutada. (90)

Franz Von Liszt afirma que este aspecto negativo de la antijuridicidad se caracteriza, por la existencia de un -- conflicto entre bienes tutelados por el derecho, de tal manera, que no existe otra solución que el sacrificio del bien menor para salvar el de mayor jerarquía. (91)

Filangeri estima que el problema de esta causa de -- justificación es considerar la acción humana como un proceder de la violencia moral, pues el sujeto actúa ante una situa -- ción de peligro y tiene que elegir bajo una coacción provocada por la amenaza del mal por sobrevenir, entre ese mal o lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio. (92)

Esta causa opera por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar -- el resto, aún cuando la parte destruida sea igual o mayor a -- la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio.

Respecto del cumplimiento de un deber y ejercicio -- de un derecho, el código penal vigente para el Distrito Federal establece en la fracción V, del artículo 15, como exclu-- yente de responsabilidad; obrar en cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho consignados en la ley.

(90) Forte Petit Candaudap, Celestino. Opus. Cit. p.431.

(91) Ibid. p.432 Cita al referido

(92) Castellanos Tena, Fernando. Opus Cit. p.204 Cita al referido.

6.- AUSENCIA DE CULPABILIDAD.

La inculpabilidad opera cuando se hallan ausentes - los elementos esenciales de la culpabilidad; conocimiento y voluntad.

Para Castellanos Tena las causas de inculpabilidad - son el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual)- y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)- si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad- sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores. (93)

e El error es un vicio psicológico consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce equivocadamente.

El error de derecho no produce efectos de eximente, - porque el equivocado concepto que se tenga sobre la ley no justifica ni autoriza su violación.

El error esencial de hecho para tener efectos eximentes escribe Porte Petit, debe ser invencible; de lo contrario- deja subsistente la culpa. (94)

En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamen

(93) Ibid. p.255

(94) Ibid. p.255 Cita al referido.

te creyendo actuar jurídicamente, es decir, hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el elemento intelectual del dolo.

La doctrina alemana contemporánea divide el error - en dos clases; de tipo y de prohibición, según recaiga sobre - un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa en - contra del derecho, cree hacerlo protegido por una causa justificante.

Como ejemplo de un error esencial tenemos cuando un - sujeto copula con mujer menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, pero cree fundadamente que la mujer es mayor de edad, en virtud de que ésta le ha mostr - ado una acta de nacimiento falsa, de tal manera que el agente - activo considera correcto su proceder.

7.- COMENTARIOS.

Después de haber realizado en él presente capítulo - el estudio sobre la teoría del delito y haber hecho un análisis de los elementos de éste haremos los comentarios siguientes.

Al hacer el análisis de los elementos del delito -- tomamos como base a la teoría tetratómica, la cuál considera - a la conducta, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, como únicos elementos integrantes del delito, la teoría heptató - mica establece que la imputabilidad, las condiciones objeti--

vas y la punibilidad, aunados a los cuatro ya mencionados -- constituyen los siete elementos necesarios para la integración del delito.

A nuestro juicio la imputabilidad, no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto o soporte del elemento culpabilidad porque al estudiar esta es cuando se determina si el sujeto que ejecutó el acto lo hizo con conciencia y voluntad, como consecuencia tenemos que la culpabilidad absorbe a la imputabilidad.

Por lo que se refiere a la punibilidad, la concebimos como consecuencia del delito, no como un elemento esencial para la constitución de éste, ya que el sujeto activo merece una pena en función de la realización de cierta conducta típica, pero no necesitó la presencia de la punibilidad para realizar dicha conducta, sino que una vez que la ha ejecutado se hace merecedor a una sanción recibiendo esta el nombre de punibilidad que significa merecer una pena.

C A P I T U L O I V

ETIOLOGIA DE LA PENA Y LA NECESIDAD DE INCREMENTARLA.

- 1.- HISTORIA DE LA PENA.
- 2.- CONCEPTO DE PENA.
- 3.- FINALIDAD DE LA PENA.
- 4.- LA PENA VISTA A TRAVES DE LAS ESCUELAS PENALES
CLASICA Y POSITIVA.
- 5.- CLASIFICACION DE LA PENA.
- 6.- LA PENA CONSIDERADA COMO PRIVACION DE BIENES.
- 7.- FORMAS DE EXTINCION PENAL:
 - a) Cumplimiento de una pena.
 - b) Muerte del delincuente.
 - c) Amnistía.
 - d) Indulto.
 - e) Perdón y Consentimiento del Ofendido.
 - f) Rehabilitación.
 - g) Prescripción.
- 8.- LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA A LOS SUJETOS
ACTIVOS DE LA VIOLACION.
- 9.- COMENTARIOS.

1.- HISTORIA DE LA PENA.

La pena en las tribus primitivas era la reacción natural del hombre contra su ofensor, en estas existía la venganza, la cuál se encontraba limitada por el propio espíritu de conservación de ese núcleo social con el objeto de que no se rompieran los vínculos que les unían.

La venganza dentro del propio núcleo social no se podía dejar abandonada a la reacción de quien la ejercía, es por eso que surge la necesidad de regular la aplicación de la pena.

La pena limitada servía para proteger aquellos valores que eran considerados como indispensables para la convivencia social.

Ruiz Funes dice que la idea de la igualdad limita la venganza y proyecta una proporción. (95)

La misma justicia empieza a evocar las ideas de igualdad, proporción, compensación, y así la pena que se va a imponer al ofensor debe estar limitada, su límite será el de daño producido, surgiendo de esta manera la "Ley del Tali6n" (ojo por ojo, diente por diente).

En el Derecho romano la pena se perfecciona, el castigo se impone considerando la intención que tuvo el delincuente al cometer el ilícito, la pena será mayor o menor según -

(95) González Alpuche, Juan. El Crepúsculo de la Doctrina Positiva de Derecho Penal. Ed. Imprenta Universitaria. México 1952. p.22

haya habido voluntad de hacer el daño, o medie imprevisión.

El haber introducido la intención en el campo de la pena es de gran importancia para la ciencia penal, porque para aplicar una sanción se va a considerar la relación entre el daño producido y la intencionalidad.

En el Derecho canónico se valoró al igual que en el romano el elemento intencional para la imposición de la pena.

La iglesia establece que el derecho punitivo no correponde a los particulares sino al Estado. (96)

El Derecho canónico hizo una división entre delito y pecado, pero en los dos existe un común denominador que es el ataque a la moral.

En el Derecho germánico para la aplicación de la pena se atiende solamente al daño realizado sin darle importancia a la intencionalidad, esta situación prevalece hasta que se distinguen los delitos intencionales de los no intencionales.

En Europa pese al desarrollo ascendiente en el campo de la cultura no existían principios de moral; el estado explota al desheredado, se le obliga a pagar fuertes contribuciones que no tenía porque darlas, ya que no estaban en equilibrio con el sueldo que percibían, al delincuente se le sujeta a un

proceso irregular en el cuál se le aplican tormentos, las cárceles son oscuras y pestilentes, todas estas injusticias constituyen el antecedente de la Revolución Francesa.

La Tesis de Beccaria junto con la de John Howard, alcanzan su realidad en el código penal francés de 1791, esta fase se denominó humanitaria y sus notas más destacadas son:

I.- Su deseo de mejorar las condiciones del delincente.

II.- Más justas penas.

III.- Un procedimiento a seguir en el juicio, que sea a la vez, seguridad para el delincente y para la sociedad ofendida. (97)

En la declaración de los derechos del hombre destacan los siguientes conceptos:

I.- Las leyes no tienen derecho a prohibir más que aquellas acciones nocivas a la sociedad.

II.- Las penas establecidas deben ser estrictamente necesarias.

III.- La ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. (98)

Posteriormente aparece el período denominado científico, el cuál fija la atención en que el delito "es la manifestación de la personalidad del delincente y se expresa que la pena ya no es un fin sino un medio para reeducarlo con la finalidad de que sea útil a la sociedad. (99)

(97) Ibid. p.28

(98) Ibid. p.29

(99) Ibid. p.29

En este período se recurre a las medidas de seguridad las cuales junto con la pena están contra el delito.

Castellanos Tena advierte que no deben confundirse -- las medidas de seguridad con la pena, ya que esta última lleva consigo la idea de retribución, ejemplaridad, y reeducación -- mientras que las medidas de seguridad intentan de modo fundamental evitar los delitos. (100)

En Alemania antes de 1918 la pena tenía las notas de carácter retributivo e intimidatorio, y el concepto de pena -- orientaba hacia la idea de autoridad y al delito se le caracte-- rizaba como violación a ésta.

En esta época se constituye una democracia social y -- trajo como consecuencia una nueva acepción de la pena, y en lu-- gar de las ideas de retribución e intimidación aparece el pen-- samiento de la defensa social y el de un derecho educativo y -- preventivo.

2.- CONCEPTO DE PENA.

La realización de estudios lingüísticos afirman que -- la palabra pena tiene su origen etimológico en el vocablo lati-- no "poena" y a la vez este procedía del sustantivo "pondus" o -- del verbo "pendere" que significa pesar, a medida que la inves-- tigación avanzó se pensó que el vocablo griego poine era equi-- valente del término latino, pero ésta etimología no subsistió--

y se observó que en el sánscrito existía la voz punya derivada de la raíz pun con significado de puro limpio, que daba para la pena la función de hacer puro limpio y purificar.

La palabra poena en latín adquirió dos significados-uno genérico y otro específico. El primero significa aflicción o sufrimiento de todo ser humano, el segundo es el castigo impuesto por la autoridad debido a la comisión de un delito.

Eugenio Cuello Calón, nos dice que pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal. (101)

Franz Von Liszt expresa que pena es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito para manifestar la reprobación social con respecto al acto y al autor. (102)

Marcelino Rodríguez Molinero opina que pena es el sufrimiento que ocasiona un daño al que lo soporta o al menos es apto para ocasionarlo sino se impide de alguna manera impuesto o contraído por una culpa propia o pretérita. (103)

Alfonso de Castro dentro ya del campo específicamente penalista distingue dos clases de pena, la primera denomina da contracta y la segunda inflicta. (104)

(101) Ibid. p.305

(102) Ibid. p.306

(103) Rodríguez Molinero, Marcelino. Origen Español de la Ciencia del Derecho Penal. Ed. Cisneros. Madrid 1959.p.242

(104) Ibid. p.236

La pena contracta es la que nace de la perpetuación-misma del acto criminoso, que será mayor o menor según el temple del sujeto que ejecuta el acto, ya que en todos los casos-la consumación de un crimen lleva implícita una pena la cuál -nace del conocimiento que el criminal tiene del mal que causa-y aún para los delinquentes que les ocasiona placer sus distintas comisiones delictivas, no cabe duda que existe una pena interior.

La pena específica es la impuesta por el derecho, -por haber violado un precepto jurídico que el mismo estableció.

3.- FINALIDAD DE LA PENA.

Este ha sido uno de los problemas más antiguos del -derecho penal, y es preciso remontarnos a los pensamientos de-los filósofos Platón y Aristóteles para comenzar a trazar la -historia de la finalidad de la pena.

Para Platón la pena tiene como finalidad purificar -el alma manchada por el delito. (105)

Aristóteles pensaba que la pena es una insinuación -de prevención y ejemplaridad. (106)

Anselmo Von Feuerbach fundador de la moderna ciencia del derecho punitivo propone la teoría de la prevención por la coacción psicológica; la amenaza de la pena ejerce un influjo-

(105) Ibid. p.245
(106) Ibid. p.247

psicológico, inhibitorio y coactivo. (107)

79

Rossi señala que la finalidad de la pena es la compensación jurídica por la lesión del orden moral de la conciencia y de la sociedad. (108)

Se han elaborado numerosas teorías para justificar a la pena, haremos mención de las más importantes;

Teorías Absolutas.- Para estas concepciones la pena carece de una finalidad práctica. Se aplica una sanción porque así lo exige la justicia, deduciendo que si el bien merece el bien, el mal por consiguiente merece el mal. La pena es entonces consecuencia del delito que se cometió y el delincuente la debe sufrir como retribución del hecho ejecutado o a título de reparación.

Teorías Relativas.- Considera a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad.

Teorías Mixtas.- Toma como base el orden moral preexistente a todas las cosas del cuál surge el orden social. La pena es considerada por esta teoría no solamente como remuneración del mal, pues también la toma como medida preventiva, ya que los sujetos de derecho al saber que existe una sanción si se realizan determinadas conductas procuraran no llevarlas a cabo por temor de hacerse acreedores a un castigo.

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes

(107) Ibid. p.247 Cita al referido.

(108) Ibid. p.248 Cita al referido.

tes fines; obrar en el delincuente creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en el porvenir y reformarlo para readaptarlo a la vida social. (109)

Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes; debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, personal, variada, y elástica. (110)

Compartimos el criterio de la teoría mixta, porque - consideramos que además de ser la pena un castigo, es una medida de prevención general, la cuál tiene como finalidad la eficacia sobre la colectividad, y así disminuir la delincuencia.

La finalidad de la pena para Alfonso de Castro lleva consigo varios fines, entre ellos, uno retribucionista con su doble faceta, primero restaurar el orden perturbado y reintegración del delincuente a dicho orden y el fin social como defensa y tutela de la sociedad constituida y por último el fin correccional. (111)

Alfonso de Castro estipula "Sería injusto y absurdo imponer penas que no fuesen para castigo de una culpa pasada, - para cautela y corrección en lo futuro y finalmente para conseguir algún bien. (112)

4.- LA PENA VISTA A TRAVES DE LAS ESCUELAS PENALES CLASICA Y POSITIVA.

Con la iniciativa de Cesar Beccaria en su tratado de-

(109) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.307

(110) Ibid. p.307 Cita al referido.

(111) Rodríguez Molinero, Marcelino. Opus. Cit. p.259

(112) Ibid. p.259 Cita al referido.

los delitos y de las penas se determinó en Italia y Alemania - la formación de una corriente científica que se llamó Escuela Clásica.

Los positivistas del siglo pasado bautizaron con el nombre de escuela clásica a todo lo anterior a las doctrinas - que no se adaptaban a las nuevas ideas. Esta escuela no integra un criterio uniforme, ya que en ella se advierten tendencias - diferentes.

El método que utilizó esta corriente es el deductivo o lógico-abstracto, ésta metodología es la adecuada en las -- disciplinas relativas a la conducta humana.

Mucho se le censuró a esta escuela el empleo del método deductivo en la investigación científica, porque el derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales.

El máximo exponente de esta corriente es Francisco - Carrara y entre otras ideas sostiene que el derecho es connatu - ral al hombre, y que el delito es un ente jurídico que recono - ce dos fuerzas esenciales, primero una voluntad inteligente y - un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo, la pena con el mal que inflige al culpable no debe exceder a - las necesidades de la tutela jurídica, si excede ya no es pro - tección del derecho sino violación del mismo. (113)

Manuel Kant fué uno de los principales pensadores --

(113) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.55 Cita al re--
ferido.

cuyas teorías antecederon a las de Carrara, y opinaba que la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia, que es además una consecuencia jurídica del delito realizado. (114)

Las tendencias comunes de la Escuela Clásica son:

I.- Marca un límite al derecho de castigar. Beccaria protesta por la inútil severidad y crueldad en las penas.

II.- Pretende abolir las penas capitales e infamantes, por ello se establecen regímenes carcelarios y penas pecuniarias.

III.- Reivindica la garantía de audiencia, de proceso, y de defensa para el individuo.

La Escuela Positiva surge a mediados del siglo XIX - como una corriente eminentemente materialista.

En materia penal esta corriente se presenta como negación rotunda de la Escuela Clásica, y nace con el auge de las ciencias naturales, el máximo exponente del positivismo es Augusto Comte quien no niega la existencia de lo absoluto pero se limita al estudio de lo real.

El positivismo establece que todo pensamiento científico debe basarse en la experiencia y observación mediante el uso del método inductivo, porque de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas.

Entre los fundadores de la Escuela Positiva destacan los pensadores italianos César Lombroso, Enrique Ferri, y Rafael Garófalo.

Para César Lombroso el criminal es un ser atávico con regresión al salvajismo. (115)

Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar - que si la conducta humana está determinada por instintos heredados también debe considerarse su relación en el medio ambiente y así crea la sociología criminal y establece que las causas del delito son:

- a) Factores individuales, orgánicos y psíquicos.
- b) Factores físicos.
- c) Factores sociales. (116)

Garófalo quiere dar contextura jurídica a las concepciones positivistas y produce la definición de delito natural - de la siguiente manera, "Es la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo o la colectividad. (117)

Las características de esta corriente son:

- 1.- El punto de mira de justicia penal es el delincuente.
- 11.- La pena debe ser proporcional al estado peligroso del delincuente, no a la gravedad objetiva de la infracción.

(115) Ibid. pp.64 Cita al referido.

(116) Ibid. p.65 Cita al referido.

(117) Ibid. p.65 Cita al referido.

III.- El método es el inductivo experimental.

IV.- La pena posee una eficacia muy restringida, importa más la prevención que la represión de los delitos, así - las medidas de seguridad importan más que las penas.

V.- La pena como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.

A continuación mencionaremos las diferencias más importantes entre estas escuelas:

Escuela Positiva, utiliza el método inductivo.

Escuela Clásica, emplea el método deductivo.

Escuela Positiva, atiende al delincuente.

Escuela Clásica, estudia al delito.

Escuela positiva, pretende el equilibrio entre los - derechos del individuo y el Estado.

Escuela Clásica, Establece en forma desmedida las ga- rantías frente al Estado.

Escuela Positiva, dice que las penas tienen una efi- cacia mínima con motivo psicológico que se opone al delito.

Escuela Clásica, establece que las penas no tienen - una eficacia mínima, sino que la pena es proporcional al deli- to.

Escuela Positiva, el delincuente es un loco.

Escuela Clásica, el delincuente no es un loco, porque el loco no entra en el campo del derecho penal.

Ferri dice que en la Escuela Positiva la medida de - defensa social represiva no debe proporcionarse sólo a la gra- vedad objetiva y jurídica del delito, sino en primer término -

a la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, con - la segregación por tiempo indeterminado, esto es, hasta que se readapte. (118)

5.- CLASIFICACION DE LA PENA.

Las penas se clasifican en intimidatorias, correctivas y eliminatorias según se apliquen a sujetos no corruptos, - a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a - inadaptados peligrosos.

Carrancá y Trujillo manifiesta que atendiendo a la - naturaleza de las penas, y por el bien jurídico que afectan es - tas pueden ser; contra la vida (pena capital); corporales (azo - tes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confi - namiento); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales como la multa y reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o tutela. (119)

El artículo 24 del código penal vigente establece - que las penas y medidas de seguridad son:

1.- Prisión.

ll.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.

lll.- Internamiento o tratamiento en libertad de inim - putables y de quienes tengan el hábito y la necesidad de consu - mir estupefacientes o psicotrópicos.

(118) González Alpuche, Juan. Opus. Cit. p.38 Cita al referido.

(119) Castellanos Tena, Fernando. Opus. Cit. p.45

- IV.- Confinamiento.
 - V.- Prohibición de ir a lugar determinado.
 - VI.- Sanción Pecuniaria.
 - VII.- (DEROGADA)
 - VIII.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
 - IX.- Amonestación.
 - X.- Apercibimiento.
 - XI.- Caución de no ofender.
 - XII.- Suspensión o privación de derechos.
 - XIII.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
 - XIV.- Publicación especial de sentencia.
 - XV.- Vigilancia de la autoridad.
 - XVI.- Suspensión o disolución de sociedades.
 - XVII.- Medidas tutelares para menores.
 - XVIII.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.
- Y demás que fijen las leyes.

A partir de la Ley del Talion se ha tratado de que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito, después de esta ley, se sintió la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad o peligrosidad social.

No debemos confundir a las penas con las medidas de seguridad, la primera lleva ínsita la idea de retribución y la segunda es prevención del delito.

6.- LA PENA CONSIDERADA COMO PRIVACION DE BIENES.

La pena lleva consigo una privación activa, puesto que el dañar es privar de un bien o provecho propio, y no puede decirse que en realidad dañe quien no priva de un bien poseído o posible. Y según este principio tanto mayor es el bien de que se priva a una persona, es mayor el daño que se le causa, y en consecuencia la pena que sufre.

No es sólo la naturaleza del delincuente de lo que depende la relatividad de la pena, sino que también se encuentra determinada por la costumbre y el hábito, ambos factores aumentan o disminuyen el volumen aflictivo de la pena, es decir, el individuo está tan acostumbrado al sufrimiento que la imposición de un castigo no logra los resultados que el juez pretende al señalarle una sanción.

Existen otras causas que pueden modificar la pena y son las llamadas pasiones anímicas del amor y del odio. Estas influyen cuando la pena se sufre en relación a una tercera persona que es el sujeto en el cuál se canaliza alguno de estos sentimientos. Según sea el amor o el odio la pena puede aumentar o disminuir por esa relación inevitable.

Supuesta la relatividad mencionada en el párrafo anterior y las causas que la originan, concluimos que a pesar de existir esos determinantes de la pena que pueden llegar a anularla en algunos casos, no obstante las penas que por su naturaleza son aptas para dañar al delincuente o capaces de infringir molestia serán siempre penales.

Alfonso de Castro apunta que "Cualquiera que sea el modo de impedir que ofenda o dañe una cosa que por su naturaleza es capaz de ofender o dañar, la verdad es que se llamará siempre penal y el tolerarla se llamará pena". (120)

Existen dos formas por las cuales se pueden llamar a una cosa pena y a un acto penal: a) de un modo absoluto y propio, es decir, si el sujeto o el acto tienen por su misma naturaleza aptitud para causar pena, y b) de un modo relativo, impropio y con restricción, si, debido a la condición peculiar del que la sufre, le causa daño, aunque el acto u objeto no sean por su naturaleza aptos para producirlo.

Citaremos ejemplos de estas dos modalidades, absoluta y relativa de la pena. En el primer caso tenemos que cuando un individuo comete un delito que está castigado con una pena determinada, el juez no debe imponer otra pena distinta aunque el reo, por estar habituado a ella o por su modo de ser, no sienta ningún efecto afflictivo. En el segundo supuesto, si no existe pena determinada, el juez puede imponer una que por su naturaleza, y atendidas las condiciones normales del hombre, es ofensiva, aun cuando para aquel delincuente en especial no lo sea.

El mismo Alfonso de Castro expone tres casos del régimen de aplicación de penas, los cuales han sido merecedores de elogios por tener una visión tan exacta, que más bien para

ce propia de un penalista del siglo XX y no de un jurista del XVI; consecuentemente haremos una cita de estos casos:

a) Si alguno cometiere un cierto crimen, para el - cuál hay una pena cierta determinada, aun cuando el criminal- no sintiera ninguna aflicción penal al serle infligida, no -- por eso se le podría infligir otra pena más que la decretada.

b) Si no hubiese asignada ninguna pena para tal cri- men, sino que dependiera del arbitrio del juez establecer la - pena con que se ha de castigar, podría el juez justamente apli- car al delincuente cualquier pena que por su naturaleza sea - ofensiva y nociva, aun cuando aquí ninguna aflicción soporta- ra por ella.

c) Lo mismo cuando se trata de alguna cosa que por- su naturaleza no es ofensiva o nociva, pero que por la propia disposición del cuerpo o por su especial modo de ser, es noci- va para un sujeto particular, aunque no lo fuera para otro, - por ser este más fuerte. (121)

Las dos primeras consideraciones de Castro impiden- que el juez establezca otra pena distinta de la legal para -- adaptarla a la personalidad del delincuente.

Con lo antes expuesto establecemos una segunda esca- la del concepto de pena consistente en la privación de un bien - riviación que esencialmente ha de ser necesariamente relativa.

El fin primario de la pena es ordenar la culpa, es- decir, restaurar el orden quebrantado por aquella.

(121) Ibid. p. 238

7.- FORMAS DE EXTINCION PENAL.

La acción penal es la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a casos concretos.

El ejercicio de la acción penal y de su ejecución pueden extinguirse por distintas situaciones que a continuación mencionaremos:

a) Cumplimiento de una pena.- Cuando el delincuente cumple la pena que le fué impuesta por el Estado, los órganos encargados de impartir justicia dejan de interesarse en este individuo porque cumplió con el castigo al que se hizo acreedor.

b) Muerte del delincuente.- La pena y la acción penal se extinguen con la muerte del infractor de la ley.

El artículo 91 del código penal vigente establece:

La muerte del delincuente extingue la acción penal así como las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto de él.

c) Amnistía.- Extingue la acción penal y las sanciones impuestas, (excepto la reparación del daño).

La amnistía significa olvido del delito; mediante-

ella se dan los hechos por no realizados y no se conserva el registro de los antecedentes de quien se beneficia con dicho bienestar.

El artículo 92 del ordenamiento jurídico penal vigente establece:

La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito.

d) Indulto.- El indulto sólo produce la extinción de la pena. Se distingue el indulto gracioso del necesario.

El indulto gracioso es potestativo para el Ejecutivo, el necesario se concede cuando se concluye que no fue cometido el delito por el sentenciado. El indulto no borra la infracción penal como lo hace la amnistía, pero se hace remisión de la pena judicialmente impuesta, es decir, obra como si la pena se hubiere cumplido.

En seguida citaremos los artículos penales relativos al indulto:

Artículo 94.- El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable.

Artículo 95.- No podrá concederse de la inhabilitación para ejercer una profesión o algunos de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistía o la rehabilitación.

Artículo 96.- Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Artículo 97.- Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no presente un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional, se le pedrá conceder indulto por el Ejecutivo Federal, en uso de facultades discretionales, expresando sus razones y fundamentos en los casos siguientes:

I.- Por los delitos de carácter político a que allude el artículo 144 del código penal vigente.

II.- Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social, y

III.- Por delitos de orden federal o común en el -

Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación y previa solicitud.

Artículo 98.- El indulto en ningun caso extingue la obligación de reparar el daño causado. El reconocimiento de la inocencia del sentenciado extingue la obligación de reparar el daño.

e) Perdón y Consentimiento del Ofendido.- El perdón del ofendido por el delito produce, en determinados casos, la extinción del ejercicio de la acción penal. Sólo opera esta causal de extinción en delitos que se persiguen por querrela y si se otorga dicho perdón antes de que el Ministerio Público formule sus conclusiones.

El artículo 93 del código penal vigente establece:

El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor.

f) Rehabilitación.- No extingue la acción sólo el derecho de ejecución.

El artículo 99 del código penal vigente dice:

La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al -- condenado en los derechos civiles, políticos o de familia -- que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso.

g) Prescripción.- Esta es un medio extintivo, tanto de la pena cuanto de la acción penal. Opera por el correr -- del tiempo. Es la pérdida, por el transcurso de cierto tiempo, de la atribución del Estado para ejercitar la acción penal contra el indiciado, o para ejecutar la pena impuesta al condenado.

La prescripción de la sanción se fundamenta en que su tardía ejecución carecería de objeto; no colmaría los fines de la represión y ya tampoco resultaría útil para lograr la readaptación del delincuente.

Los artículos penales que regulan a la prescripción son los siguientes:

Artículo 100.- Por la prescripción se extingue la -- acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos.

Artículo 101.- La prescripción es personal y para -- ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la

ley.

Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso, o ejecutar una sanción.

La prescripción producirá su efecto, aunque no alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

Artículo 102.- Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:

1.- A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;

II.- A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;

III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y

IV.- Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

Artículo 103.- Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción penal, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria.

Artículo 104.- La acción penal prescribe en un año si el delito mereciere multa; si el delito mereciere, además de esta sanción, pena privativa de libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad; lo mismo se observará cuando correspondía imponer alguna otra sanción accesoria.

Artículo 105.- La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años.

Artículo 106.- La acción penal prescribirá en dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, salvo lo previsto en otras normas.

Artículo 107.- Cuando la ley no prevenga otra cosa la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia.

Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio.

Artículo 108.- En los casos de concurso de delitos

las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán -- cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor.

Artículo 109.- Cuando para ejercitar o continuar -- la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr des de que se dicte la sentencia irrevocable.

Artículo 110.- La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en la aviguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias -- contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará -- a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

Artículo 111.- Las prevenciones contenidas en el -- artículo anterior, no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la aprehensión del inculpado.

Artículo 112.- Si para deducir una acción penal -- exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna -- autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción.

Artículo 113.- Salvo que la ley disponga otra cosa la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual

al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, -- prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Artículo 114.- Cuando el reo hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser menor de un año.

Artículo 115.- La prescripción de la sanción privativa de libertad, sólo se interrumpe aprehendiendo al reo, -- aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso. Si se dejare de actuar, la prescripción comenzará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

La prescripción de las demás sanciones se interrumpirá, por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas.

Con la prescripción desaparece el derecho del Estado para ejecutar la pena, pero no elimina al delito, que queda subsistente, con todos sus elementos, pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena.

El Estado circunscribe con la prescripción, su poder de castigar a límites temporales, excedidos los cuales, cree inoperante mantener la situación creada por el delito.

8.- LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PENA A LOS SUJETOS
ACTIVOS DE LA VIOLACION.

Ya que hemos estudiado el delito de violación en forma específica como lo hicimos en los capítulos que anteceden y de establecer en el presente lo relativo a la pena en general concluimos que la pena no es un fin sino un medio para reeducar al delincuente, con el fin de que se reincorpore a la sociedad.

Todo hombre por el hecho de vivir en sociedad disfrutando de protecciones y garantías, debe responder ante este del comportamiento que lleva a cabo, y cuando ofenda a otros hombres o que viole ese mínimo de respeto se hará acreedor a una sanción.

En el caso de la violación y sabiendo que dentro de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual es el más lesivo, no estamos de acuerdo con la pena que se impone a los violadores, porque la sanción que se les impone no está acorde con la importancia del bien o bienes que lesionaron.

Las víctimas del delito de violación sufren independientemente de las físicas lesiones psíquicas y sociales que trascienden en toda su vida, porque si el sujeto pasivo denuncia la violación, tiene que enfrentar además de su trauma y de las lesiones físicas de que fué objeto en el momento del acto forzado, la situación social que se forma a su alrededor que por lo general es de lástima y a veces de rechazo, y para que-

la víctima se reincorpore a su vida normal debe someterse a - tratamientos, los cuales son largos y por ende costosos.

En el caso de la mujer violada, corre el riesgo de - quedar embarazada, y en este supuesto cuando decide abortar, - el procedimiento para que se autorice una intervención médica - que haga efectivo el propósito de la violentada es demasiado - lento, de tal manera que, cuando se obtiene la autorización - correspondiente, el embarazo está tan avanzado que la afectada por razones de moral generalmente opta por no abortar, teniendo así otro problema que superar, que es el de tener un hijo - no deseado.

Por las razones antes expuestas y en virtud de la -- crisis de confianza en la administración de justicia por la -- que está atravesando nuestro país, las penas impuestas por el Estado deben ser verdaderamente ejemplares e intimidatorias pa -- ra que los sujetos que no han delinquido, por miedo al castigo no realicen conductas típicas, y para que los que han sido -- infractores de la ley no reincidan en estas.

En nuestro concepto la pena que se establece en el - código penal vigente para los sujetos activos de la violación - no es suficiente ni ejemplar, por lo que consideramos es real - mente necesario que se incremente la pena a dichos infracto - res, además el juzgador debe tomar en cuenta que la víctima ha sufrido lesiones físicas, psíquicas y sociales, razones por -- las que se tiene que someter a tratamientos y esto significa - un gasto económico, el cual debe absorber el agente activo, y esto lo puede hacer mediante una indemnización que le de a su -

víctima.

Es necesario que el violador durante el tiempo que -- durante el tiempo que se encuentre segregado de la sociedad -- sea sometido a un tratamiento de tipo psicológico proporcionado por el Estado, con la finalidad que esto le ayude a no tener resentimientos por el castigo al que fué condenado, y que cuando haya cumplido este se reintegre a la sociedad, otro resultado esperado con el tratamiento antes mencionado es que le ayude a manejar sus emociones y una vez en la vida social no realice la misma u otras conductas típicas.

Creemos conveniente que mientras el delincuente cumple su sentencia, se le obligue a participar en talleres de -- trabajo previamente establecidos por el Estado en los Centros de Readaptación Social.

Lo sugerido en el párrafo anterior es con la finalidad de que los individuos que se encuentren privados de su libertad, tengan su mente ocupada en cosas positivas, canalizando en esta forma sus frustraciones, esto también les servirá -- para que aprendan un oficio y una vez reintegrados a la sociedad podran llevar una vida decente.

En los Centros de Readaptación Social, existen actualmente talleres, pero no funcionan debido al mantenimiento o a la falta de materias primas, lo que necesitamos es que no sean representativos, sino de real eficacia, al igual que la -- ayuda psicológica, cuando ingresa un individuo a la prisión se le somete a un análisis mental y al salir a otro para determi-

nar si esta apto para conducir su vida socialmente, pero es necesario que además de estos exámenes, se le proporcione la ayuda psicológica durante todo el tiempo que el delincuente se encuentre recluido.

9.- COMENTARIOS.

El hombre una vez que se ha reunido con sus semejantes su actividad no puede quedar en completa libertad porque chocaría con la de los demás al no haber un mínimo de respeto-obligatorio y esto destruiría al grupo social, de ahí que haya surgido la necesidad de regular la conducta humana.

Para regular el comportamiento humano en la sociedad se necesita de leyes, esto es, normas de conducta dictadas por un poder el cual tenga el carácter de imperativo y coercitivo a fin de que las disposiciones que éste ordene sean obedecidas por las personas a las que van dirigidas, y nos estemos refiriendo al Estado, que es un órgano jurídico-político que para poder llevar a cabo sus funciones necesita del Derecho.

El derecho tiene como fin realizar la paz social y la felicidad común, así el individuo empieza a adquirir el hábito de evitar conductas típicas por miedo al castigo que se le impondrá.

Por eso ha sido indispensable la institución de leyes, las cuales establecen un mínimo de seguridad para los ciudadanos. Y aquellos que no respetan estas leyes son segregados de la sociedad, hasta que se hayan readaptado nuevamente a es-

ta.

Pero en algunos casos no es suficiente apartarlos de los demás, ya que vuelven a reincidir en sus conductas delictuosas, es por eso que insistimos en ofrecerles otro tipo de ayuda.

Si al hombre no se le protege su vida, honor, bienes vivirá en un estado de continuo desasosiego, preocupación, es la sociedad jurídicamente organizada la que asegura hasta donde le es posible los valores esenciales para hacer posible la convivencia social.

El Estado está facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, para proteger aquellos valores de las personas cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar y así garantizar el orden social.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria, sino de manera sistemática y ordenada.

Las penas deben ser de la misma proporción al bien que se lesionó, esto es, entre más difícil sea para la víctima su recuperación, más larga debe ser la pena que se le imponga al responsable.

Lo anterior con la finalidad que las personas agredidas sientan realmente el apoyo de la ley.

Por lo dicho anteriormente es que insistimos en - este capítulo que las penas deben cumplir en realidad con su función, y deben ser equitativas al daño causado.

La ley no debe abandonar a la víctima, y al delin no solamente lo tiene que condenar a prisión.

Debe existir ayuda para la pareja penal, esto hará posible su verdadera recuperación.

CONCLUSIONES

Primera.- La violación es el más lesivo de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, razón por la cuál creemos necesario el incremento de la pena para este delito.

Segunda.- El violador debe ser condenado por el juzgador independientemente de la pena privativa de libertad, a resarcir el daño con una sanción pecuniaria suficiente para que la víctima pueda someterse a un tratamiento médico psicológico-

Tercera.- El Estado debe proporcionar ayuda psicológica al infractor de la ley, durante el tiempo que este cumpliendo su condena.

Cuarta.- Es necesaria la creación de talleres de trabajo en los Centros de Readaptación Social, y que la participación en estos sea obligatoria para los delincuentes.

Quinta.- Las víctimas de la violación deben estar amparadas por la ley, para que se les asegure la reparación del daño que sufrieron.

Sexta.- Las lesiones que sufre el sujeto pasivo de este delito deben ser calificadas por profesionales como médicos, psicólogos y trabajadoras sociales con el fin de establecer un tratamiento adecuado.

Séptima.- Las penas deben ser ejemplares e intimidatorias, para que tengan eficacia en la colectividad a la cuál van dirigidas.

Octava.- La pena no es un fin, sino un medio para reeducar al delincuente, con la finalidad de reintegrarlo a la vida social.

PROPUESTAS

Se propone que se incremente la pena para el delito de violación, que en vez de ocho a catorce años como lo establece el código penal vigente para el Distrito Federal, sea de veinte a treinta años.

Se propone es establecimiento obligatorio de instalaciones que funcionen como clínicas de terapia en los Centros de Readaptación Social, con el fin de brindar ayuda psicológica constante al delincuente.

Tercera.- Se propone se les de relevancia a los casos de violación, con la finalidad de que se agilice el procedimiento correspondiente, para que la víctima en el supuesto de que resulte embarazada a causa de la violación y desee abortar, lo haga lo más pronto posible, ya que por lo regular la autorización de aborto se les proporciona cuando su embarazo está muy avanzado y por razones de moral se ven obligadas a tener un hijo que no deseaban.

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

- I.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de -
Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1981.
- II.- Cuello Galón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Ed. Bosch.
Barcelona 1952.
- III.- Fontan Balestra, Carlos. Delitos Sexuales. Ed. De-Palma.-
Buenos Aires, Argentina 1953.
- IV.- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Dere-
cho. Ed. Porrúa. México 1980.
- V.- González Alpuche, Juan. El Crepúsculo de la Doctrina Posi-
tiva del Derecho Penal. Ed. Imprenta Universitaria. Méxi-
co 1952.
- VI.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Ed. Porrúa. -
México 1974.
- VII.- González De La Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. -
Ed. Porrúa. México 1961.
- VIII.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. - -
Porrúa. México 1978.
- IX.- Jiménez De Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losa
da. Buenos Aires 1963.

- X.- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Ed. Temis. Bogota 1972.
- XI.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Ed. Porrúa. - México 1982.
- XII.- Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. Ed. Temis. Bogota 1976.
- XIII.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1990.
- XIV.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática Sobre los Delitos Contra La Vida y La Salud Personal. Ed. Jurídica -- Mexicana. México 1975.
- XV.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre El Delito de Estupro. Ed. Porrúa 1980.
- XVI.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre El Delito de Violación. Ed. Porrúa. México 1980.
- XVII.- Rodríguez Molinero, Marcelino. Origen Español de la Ciencia del Derecho Penal. Ed. Cisneros. México 1959.

OTRAS PUBLICACIONES CONSULTADAS

- 1.- Código Penal Para El Distrito Federal. 48 Edición. Ed. --
Forrúa, S.A. México 1991.
- 11.- Código Penal Para El Distrito Federal Y Territorios De Ba-
ja California. Ministerio de Justicia é (sic) Instrucción-
Pública. México 1872.
- 111.- Diario Oficial De La Federación. 21 de Enero de 1991.