

308  
29

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



"LOS DELITOS SEXUALES EN LAS REFORMAS  
DE 1989"

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
GOMEZ ESPINOSA MONICA YAZMIN



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

I N T R O D U C C I O N.....	1
CAPITULO I "GENERALIDADES"	
A. Iniciativa Presidencial.....	3
B. Evolución del artículo 265 del Código Penal.....	9
C. Los delitos sexuales en los Códigos Penales de la República Mexicana.....	14
D. Problemas Procesales.....	18
CAPITULO II "EXAMEN ANALITICO DE LOS DELITOS DE VIO- LACION PROPIA E IMPROPIA"	
A. Concepto de violación propia.....	26
B. Concepto de violación impropia.....	27
C. Clases de violación propia e impropia.....	30
D. Conducta y su aspecto negativo.....	68
E. Tipicidad y ausencia de tipo.....	70
a. Bien jurídico tutelado.....	70
b. Sujeto activo.....	73
c. Sujeto pasivo.....	77
d. Medios.....	80
F. Antijuricidad y causas de justificación.....	85

G. Imputabilidad y causas de inimputabilidad.....	95
H. Culpabilidad y causas de inculpabilidad.....	99
I. Punibilidad y excusas absolutorias.....	102
CAPITULO III "ABERRACION SEXUAL INSTRUMENTADA. PARRA FO SEGUIDO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL"	
A. Conducta y su aspecto negativo.....	104
B. Tipicidad y ausencia de tipo.....	106
a. Bien jurídico tutelado.....	106
b. Sujeto activo.....	107
c. Sujeto pasivo.....	108
d. Medios.....	108
C. Antijuricidad y causas de justificación.....	112
D. Imputabilidad y causas de inimputabilidad.....	113
E. Culpabilidad y causas de inculpabilidad.....	114
F. Punibilidad y excusas absolutorias.....	115
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	119

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

A través de los tiempos el índice de la delincuencia ha ido en aumento. Día tras día se ve incrementado el marco de inseguridad y violencia que vive el país; se cometen infinidad de crímenes, situación que tiene al pueblo sumido en una constante aflicción, despertando el escándalo y clamor social ante la creciente comisión de delitos bárbaros como lo es el de violación.

Robo, lesiones, homicidio y violación son los delitos que con más frecuencia se cometen en nuestra Ciudad, siendo perpetrados, éstos, con alto grado de sadismo y salvajismo.

Como lógica consecuencia de la comisión desenfrenada de ilícitos, se ven mermados y afectados bienes jurídicos protegidos como el patrimonio, la vida, la libertad y la salud; resultando necesario poner un alto a tan terrible situación, hacer frente a los problemas que aquejan a nuestra comunidad creando las medidas necesarias para atacarlos.

Hemos mencionado que uno de los ilícitos que con mayor frecuencia se cometen es el de violación, delito que desde tiempos remotos ha sido ejecutado, aún cuando -

son pocas las ocasiones que se denuncian estos hechos, - precisamente por las características e índole del delito en cuestión.

Teniendo como objetivo, realizar en el presente trabajo un estudio del artículo 265 del Código Penal, numeral que prevee el ilícito de violación, el cual fué adicionado con un segundo párrafo; adición que ha dado origen a algunas inquietudes y dudas, las que tratamos de reseñar en este trabajo.

**CAPITULO I**  
**GENERALIDADES**

**A. INICIATIVA PRESIDENCIAL.**

**B. EVOLUCION DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL.**

**C. LOS DELITOS SEXUALES EN LOS CODIGOS PENALES DE LA  
REPUBLICA MEXICANA.**

**D. PROBLEMAS PROCESALES.**

**CAPITULO I**  
**GENERALIDADES**

**A. INICIATIVA PRESIDENCIAL**

Primeramente, nos permitimos transcribir la iniciativa presidencial de las Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, reformas que fueron decretadas con fecha 30 de diciembre de 1988, mismas que entraron en vigor el 19. de febrero de 1989; reproduciendo los puntos que consideremos relevantes en lo conducente al delito de violación.

"Durante mi campaña política por la Presidencia de la República a lo largo del Territorio Nacional, escuché el reclamo de la comunidad por mayor seguridad y justicia, que garanticen con eficacia la paz y aseguren la protección de la sociedad defiéndole de la violencia. — Este reclamo se manifestó con mayor intensidad en la Ciudad Capital, donde se hicieron importantes pronunciamientos en el sentido de que se ha tolerado el incremento de la actividad delictuosa sin tomar providencias suficientes para limitar la violencia que invade gravemente en la comunidad provocando zozobra e intranquilidad social.



Ante el incremento delictivo que afecta bienes jurídicos de especial relevancia, como son la vida, el patrimonio, la libertad y la salud colectiva de nuestro pueblo, el ejecutivo a mi cargo considera que es indispensable profundizar en la reforma jurídica que concierne a la política criminal del Estado, por poner énfasis en la tutela de la paz colectiva, en un orden jurídico de libertad y democracia. Perseguimos el fin primordial de fortalecer la conciencia de seguridad general como que haga posible que todos los ciudadanos puedan desarrollar en libertad, la plenitud de su personalidad.

El logro de la seguridad no se agota únicamente con la mayor penalización de conductas, sino que se requiere de un enfoque global del problema de la criminalidad. Este enfoque exige nuevos ordenamientos jurídicos en lo material y en lo formal o instrumental. Exige así mismo una lucha frontal contra los factores criminógenos que surgen de una sociedad moderna y plural con una consideración dinámica demográfica y un importante fenómeno de urbanización.

La sociedad, demanda, sin embargo, soluciones inmediatas. Es por ello que someto a la consideración del H. Congreso de la Unión la presente iniciativa, que pretende responder al clamor ciudadano por penas más severas con forma a la gravedad de los ilícitos y a su vez, tengan una mayor eficacia preventiva.

La misión del Derecho Penal es proteger los intereses individuales y sociales para permitir la convivencia humana y para que tal convivencia pueda tutelarse con eficacia, resulta indispensable que los delitos graves no se minimicen por infundada benevolencia y que se impongan a sus autores las penas que merezcan, denunciando el carácter ilícito de sus conductas e impidiendo su legitimación.

El Derecho Penal tiene una función jurídica correctiva al castigar las conductas delictivas cometidas, pero tiene a la vez una función preventiva al inhibir la comisión de los futuros delitos.

La eficacia preventiva del Derecho Penal no puede obtenerse sin que exista una nueva conciencia ciudadana, que advierta con claridad que al cometerse determinados delitos de especial gravedad, el Estado reaccionará con la aplicación de penas más elevadas y que los delincuentes — quedarán excluidos de la vida social por lapsos prolongados. Lo anterior debe tener la fuerza configuradora de nuevas costumbres sociales, que alejen a la juventud de la actividad delictiva e inhiba a los adultos que piensan delinquir.

Se dan en la vida social delitos de extrema gravedad, por lo que se estima indispensable que para esas determinadas hipótesis, a las que más adelante se hará referencia, pueda imponerse pena privativa de libertad hasta -

por cincuenta años. Esta propuesta ha sido considerada por el ejecutivo a mi cargo, en vista de la realidad social, - sin soslayar la crítica doctrinal sobre la eficacia y donde las penas de larga duración, pero consciente de que la - comunidad reclama una nueva actitud del Estado para reforzar el carácter controlador del Derecho Penal.

Es evidente que para la aplicación de las penas de larga duración, habrá de ser revisado el procedimiento normativo de la ejecución de sanciones, en el que se ponga particular énfasis en la ejemplaridad que comporte la pena de prisión, determinándose con precisión las hipótesis que le permitan al reo mantener viva la esperanza de una más - pronta libertad.

Empero, reiteramos, la sociedad exige contra organizaciones delictivas que afectan la vida e integridad - de las personas y que atentan contra su libertad y patrimonio. Clama por mayor penalización de conductas abusivas de los servidores públicos responsables de la seguridad ciudadana y de aquellos que están encargados de funciones de -- fiscalización, vigilancia e inspección. Exige mayor con-- trol sobre el ejercicio de la función policíaca y, particularmente, repudie la conducta de los que atentan contra la libertad sexual y corrompen a menores e incapaces.

### **Incremento de la pena de prisión.**

Se plantea una nueva fórmula para el artículo -- 25 que permite que el máximo de cuarenta años pueda rebajarse en determinados y muy graves casos, como son los previstos en los artículos 315 bis, 320, 324 y 366 que tipifican los delitos de homicidio a propósito de violación o robo, homicidio calificado, parricidio y secuestro, en el -- que el límite máximo de la pena, se propone sea hasta de cincuenta años.

### **Violación.**

En atención a los reclamos populares se aumenta -- el máximo de la pena para el delito de violación simple, -- previsto en el artículo 265. Asimismo, se sanciona con pena de prisión de uno a cinco años al que, por medio de la violencia física o moral introduce por la vía anal o vaginal, cualquier instrumento o elemento distinto del miembro viril.

En el texto que se propone para el artículo 266 -- se distingue la violación impropia sin y con violencia, para permitir la agravación de la pena en el segundo caso.

La fórmula propuesta para la violación tumultuosa a que alude el artículo 266 bis, permite un incremento a la pena de prisión, hasta en una mitad. Con ello se responde al reclamo popular, particularmente de asociaciones -- femeninas."

De lo anteriormente señalado se deduce fácilmente que el motivo fundamental que dió origen a las reformas que sufrió nuestro Código Penal, fué el alto grado de criminalidad y la ausencia de seguridad existente en la Ciudad de México, respondiendo a las demandas del pueblo, el cual exige un marco de seguridad y paz, tratando de --paralizar el crecimiento del índice de criminalidad que --se va incrementando día tras día ante la alarma general --de los ciudadanos que sienten cada vez mayor inseguridad.

Vemos como las reformas aludidas son sustentadas en las necesidades de los gobernados, orientándose --sustancialmente en el aumento de las sanciones, teniendo como objetivo fundamental hacer más efectiva la lucha contra la criminalidad de acuerdo al reclamo y preocupación de la comunidad.

## B. EVOLUCION DEL ARTICULO

### 265 DEL CODIGO PENAL.

A través de los tiempos, las situaciones han --  
ido cambiando. Como efecto lógico y natural del crecimiento  
propio del país la actividad criminal tiende a incre--  
mentarse. En consecuencia, es necesario adecuar, actuali--  
zar nuestras leyes a la realidad, al momento que se vive.  
Así tenemos que en la historia de la legislación mexicana,  
particularmente en el Distrito Federal, contamos con el -  
Código de 1871, también conocido como Código de Martínez  
de Castro ó Código de Juárez, el cual en el numeral 795 -  
señala "comete el delito de violación el que por medio de  
la violencia física o moral, tiene cópula con una persona  
sin la voluntad de éste, sea cual fuere su sexo." 1

Posteriormente, este ordenamiento penal resultó  
obsoleto, siendo necesaria la elaboración de un nuevo có-  
digo, dándose origen de esta forma al Código de 1821, el  
cual en su artículo 860 enuncia: "Comete el delito de vio-  
lación: el que por medio de la violencia física o moral -  
tiene cópula con una persona sin la voluntad de éste, sea  
cual fuere su sexo." 2

Más tarde se realizó un anteproyecto del Código  
Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en  
el año de 1930, apuntando en su artículo 258 "Al que por

medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber la pena será de dos a ocho años". 3

En el año de 1931, al elaborarse el nuevo código, el legislador plasmó las teorías más modernas de la época, aún cuando en el artículo 265 del referido ordenamiento no hubo mayor reforma, siendo la redacción de dicho precepto la siguiente: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos". 4

Más sin embargo, la realidad de un país como el nuestro exige mayor seguridad en la convivencia social, por lo que por decreto de fecha 12 de diciembre de 1966 se reformó el artículo 265 del Código Penal, mismo que -- fué publicado en el Diario Oficial del día 20 de enero de 1967, y después por el artículo primero del decreto de 30 de diciembre de 1983 publicado en el Diario Oficial de 13

1. Leyes Penales Mexicanas. T 1, Instituto Nacional de -- Ciencias Penales. México 1979. p.449.
2. Idem.

de enero de 1984, en vigor a los noventa días de su publicación, para quedar como sigue: "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 seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber, - la pena de prisión será de seis a diez años".<sup>5</sup>

Y por último, el multicitado artículo 265 fué reformado nuevamente por decreto de fecha 30 de diciembre de 1988, siendo publicado dicho decreto en el Diario Oficial de 3 de enero de 1989, reformas que entraron en vigor el día 10. de febrero del mismo año, quedando el artículo de referencia como sigue: "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.

Se sancionará con prisión de uno a cinco años - el que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere su sexo."<sup>6</sup>

De los artículos anteriormente transcritos podemos observar que en esencia, el texto de los artículos reproducidos con antelación es el mismo, presentando pequeñas modificaciones, como en el Anteproyecto de 1930, -

3. Idem. T 2, p.341

4. Idem. T 2, p.400

5. Idem. T 4, p.411



que como innovación se aumenta "Si la persona ofendida --  
fuere impúber, la pena será de dos a ocho años"; lo que -  
da lugar a una nueva hipótesis.

Dicha adición es adoptada por el Código de 1931,  
encontrando que en este ordenamiento legal el precepto --  
265, anteriormente reproducido contempla pena de prisión  
mayor que la que señalaba el Anteproyecto del Código Pe--  
nal para el Distrito Federal y Territorios Federales de -  
1930, así mismo, admite pena pecuniaria.

Con la reforma de 1966 que sufrió el artículo --  
265, nuevamente el precepto citado con antelación es en--  
mendado, tratándose en este caso tal modificación de la -  
supresión de la pena pecuniaria prevista por el artículo  
265 del Código Penal antes de su reforma, asimismo, se --  
aumenta la pena de prisión prevista.

Por último, llegamos a nuestros días, teniendo  
en el año de mil novecientos ochenta y ocho una nueva re-  
forma al multicitado artículo 265 de nuestro ordenamiento  
penal, esta vez, la reforma se orienta a edicionar, supri-  
mir y modificar dicho precepto, teniendo que se aumenta un  
segundo párrafo, del que se desprende que ya no se habla -  
de cópula sino de introducción de cualquier elemento o ins-  
trumento distinto del miembro viril mediante el uso de la  
violencia, ya sea ésta física o moral; en vaso anal o vagi-  
nal; introducción que puede ser efectuada por cualquier --

persona, esto es, persona de cualquier sexo.

Así mismo, se suprime el supuesto de que la persona ofendida fuere impúber.

De la misma manera, se suprime la expresión "sin la voluntad de éste", expresión que a criterio del maestro Celestino Porte Petit es innecesaria, toda vez que la imposición de la cópula por medio de la violencia, sea dicha violencia, física o moral, implica necesariamente la ausencia de consentimiento de la víctima a quien le es impuesta la cópula.

Y por último, se ve modificada la pena de prisión prevista por el numeral 265 antes de la referida reforma, siendo aumentada de seis a diez años, a ocho a trece años como lo señala el artículo ya reformado.

6. Diario Oficial de La Federación, de fecha 3 de enero de 1989. p.7

## C. LOS DELITOS SEXUALES EN LOS CODIGOS PENALES DE LA REPUBLICA MEXICANA.

Los códigos de los distintos estados que integran nuestra República Mexicana agrupan el delito materia de nuestro estudio con los ilícitos de estupro y atentados al pudor, variando únicamente el rubro, así tenemos, por ejemplo que el Código Penal para el Estado de Hidalgo lo contempla bajo el título de Delitos contra la libertad y la seguridad sexual; el Código Penal del Estado de Guanajuato con el de Delitos Contra la Libertad Sexual, etc.

Encontrando que, respecto del del delito de -- Atentados al pudor, el Código Penal del Estado de México lo llama Actos libidinosos, mientras que el Código de Michoacán lo llama Abusos deshonestos.

Los Códigos Punitivos de Aguascalientes y Morelos sitúan este ilícito dentro de los delitos sexuales -- siempre que el sujeto pasivo sea púber menor de dieciocho años y dentro de la corrupción de menores cuando el pasivo es impúber.

El Código Penal del Estado de Guanajuato considera además del acto erótico-sexual ejecutado en el púber o impúber que se ejecute el acto erótico-sexual en presencia del impúber o impúber.

El Código Penal de Morelos por lo que hace a la calidad del sujeto pasivo señala "el que sin consentimiento

to de persona púber ó aún con su consentimiento, si es menor de dieciocho años...".

Por su parte el Código Penal del Estado de Nuevo León señala que este delito se tipifica cuando no existe violencia si se trata de una menor de catorce años pero si hay violencia se integrará el ilícito aún cuando el pasivo sea mayor de catorce años.

El Código Penal de Puebla unicamente admite como sujeto pasivo a la mujer, lo que se desprende de la redacción del artículo 249 al señalar "ofendida".

Por último, el Código de Zacatecas incluyen como sujeto pasivo de este delito a la persona que por cualquier causa no pudiera resistir.

Mientras que en lo referente al delito de Estupro, encontramos que los Códigos Penales de Aguascalientes y Zacatecas requieren que la mujer sea casta, honesta y púber; el de Campeche unicamente menciona que la mujer sea doncella; el del Estado de Chiapas señala que la edad de la mujer debe ser mayor de doce años y menor de dieciocho, mientras que los Estados de Chihuahua y México exigen que la edad mínima es de catorce años y la máxima de dieciocho.

Por lo que hace a los Códigos de Sonora y Veracruz, unicamente señalan que la mujer viva honestamente.

Del mismo modo, al analizar el contenido de los artículos referentes a la violación, de los ordenamientos penales de los Estados que forman nuestro país advertimos que existen diferencias en cuanto a la edad del sujeto pasivo en la violación impropia, el aumento o disminución de la pena para este ilícito, teniendo así que:

Los Códigos de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Querétaro, San Luis Potosí y Tlaxcala excluyen al menor de doce años como sujeto pasivo de la violación impropia.

Los ordenamientos penales de Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, Sonora y Tamaulipas sancionan al que obtenga cópula con una mujer fingiéndose su concubino o marido.

La violación impropia en persona menor de catorce años es tipificada por las legislaciones de Baja California, Durango, Estado de México y Veracruz.

Los Códigos de Baja California, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas prevén hipótesis similares a la del artículo 166 del Código Penal para el Distrito Federal.

El Código Penal de Puebla agrava la sanción cuando se trate de impúber o mujer doncella; mientras que los Códigos de los Estados de Hidalgo y Yucatán excluyen al varón como sujeto pasivo de la violación.

El Código Penal de Chihuahua acepta la cópula vaginal, anal u oral para la integración del delito de violación. Mientras que para la violación equiparada anota como sujeto pasivo de ésta al menor de catorce años especificando que cuando la ofendida sea mayor de doce años se dedique a la prostitución y haya otorgado su consentimiento no se sancionará al sujeto activo.

Por último, el Código Punitivo del Estado de Michoacán señala que se perseguirá de oficio la violación cuando recaiga sobre mujer casada, y para el caso de que el marido formule querrela, será necesario además el consentimiento de la ofendida.

#### D. PROBLEMAS PROCESALES.

El delito de violación presenta diversos problemas que se dan durante el proceso, tales como:

##### a. Violencia.

Para entender y explicar mejor este problema -- principiaremos por definir la violencia, así tenemos que Groizard nos dice que "la violencia en sentido jurídico -- es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza -- tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar". 7

El maestro González de la Vega apunta que del concepto de violencia dado por Groizard tenemos que la -- violencia "es el aniquilamiento de la libertad de la persona en contra de quien se emplea." 8

De acuerdo al Código Penal en su artículo 373, la violencia se distingue en física y moral.

##### b. Violencia física.

La violencia física es la naturaleza material aplicada en una persona, fuerza que anula o vence la resistencia de dicha persona y la obliga a realizar o dejar

de hacer algo.

En el delito de violación, la violencia física será entonces la fuerza de carácter material que es aplicada en el sujeto pasivo, anulando o venciendo su resistencia y obligándolo a sufrir en su cuerpo la cópula. La fuerza o violencia material debe recaer sobre la persona de la víctima más no sobre las personas o cosas que la rodean, sin perjuicio de que la ejecutada sobre éstas pudiera resultar trascendente vista desde el ángulo de la intimidación, por ser enunciativa y demostrativa de lo que el agente hará en la persona de su futura víctima en caso de que oponga resistencia y no acceda a sus deseos.

Jiménez Huerta, siguiendo a Carrera señala — que la violencia es verdadera cuando la voluntad opuesta del sujeto pasivo es dominada por la fuerza física, siendo preciso que la resistencia de la ofendida sea exteriorizada a través de gritos o actos de manifiesta protesta que demuestren en forma indubitable su voluntad contraria a la de su violador, pues no es suficiente que la mujer se limite a manifestar que no quiere y a la vez permite que el sujeto activo realice su deseo.

Asimismo, la resistencia que oponga la víctima debe ser seria y constante, esto es que esté libre de cualquier simulación y que la expresión de la voluntad contraria sea auténtica; en cuanto a la constancia, ésta



se presenta cuando la resistencia es sostenida hasta el último instante, excluyéndose, desde luego y por razones obvias la resistencia que se opone al inicio para posteriormente ceder y participar en el reciproco goce.

Así tenemos que se presenta el problema de demostrar la violencia física como medio comisivo del delito de violación cuando el mencionado delito se denuncia - después de sucedida la violación, es decir, meses después y no inmediatamente, cuando la violencia física causó lesiones que por su propia naturaleza hubieren dejado huella material en el cuerpo de la ofendida pero que por el paso del tiempo ésta se ha borrado; o bien cuando denunciando el delito en forma mediata al momento de su realización el uso de la violencia física no ha dejado huellas, caso que consideramos remoto toda vez que la perpetración del ilícito a estudio mediante la violencia material necesariamente deja lesiones, como pueden ser hematomas o rasguños, que por leves que sean, siendo denunciado el delito en forma mediata son visibles.

#### c. Violencia moral.

Siguiendo lo establecido en el artículo 373 -- del Código Penal, en su parte segunda, tenemos que existe la violencia moral cuando el agente amaga a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimi--

darle; es decir, se traduce ésta en amenazas o amagos de un mal grave e inmediato suficiente para afectar el ánimo del ofendido o vencer su resistencia resultando sumamente difícil comprobar la existencia de la violencia moral como medio para obtener la cópula pues sólo se cuenta -- con el singular dicho de la víctima. En consecuencia, debe tomarse en cuenta que la amenaza debe llenar ciertos requisitos o características tales como que sea grave e seria, inminente y posible, debiendo valorarse en conjunto la eficacia de las amenazas constitutivas de la violencia moral con las circunstancias del evento delictivo y con la personalidad del sujeto pasivo.

De igual manera, se debe tomar en cuenta el vínculo de efecto que une a la víctima con la persona en quien recae la violencia moral, pues es de explorado derecho que esta clase de violencia puede recaer en terceros y no en la persona misma de la ofendida.

Siendo trascendente, para resolver si faltó -- el consentimiento de la víctima, la conducta que posteriormente a la supuesta violación observe la violada, esto es, que resultan indicios, que consideramos de gran -- envergadura para valorar la ausencia de voluntad o el -- consentimiento de la ofendida el que ésta hubiese proseguido sus relaciones sexuales con el presunto violador -- así como que el evento delictivo hubiese sido denunciado

posteriormente al saberse en estado de gravidez.

#### d. Violación entre cónyuges.

Otro problema a que se enfrenta, tratándose del delito de violación es el de la existencia de la violación entre cónyuges ó concubinos, toda vez que no existe entre los autores un acuerdo respecto de este punto, estando divididos los criterios, por lo que mencionaremos los puntos de vista sostenidos por algunos autores y la solución que dan a este problema.

El maestro Jiménez Huerta -- acepta que puede haber violación tanto entre concubinos como en la relación de amasiato, toda vez que su opinión es la siguiente: "el concubinato o amasiato no cercena la libertad ni engendra ninguna servidumbre". 9

Del mismo criterio es González Blanco, quien señala que la cópula obtenida por medios violentos, aún dentro del matrimonio constituye el delito de violación.

Por su parte, González, de la Vega anota que la "cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetivos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse -- justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos" 10

Jorge R. Moras no acepta que el esposo puede te-

ner legalmente la cópula mediante el uso de la violencia, pues tal situación en todo momento constituiría el delito de violación, señalando en forma categórica "la violencia no se acepta, ni se justifica, ni en virtud del matrimonio, ni del concubinato." 11

Así mismo, Eusebio Gómez y José Ignacio Garona afirman que la cópula impuesta por medios violentos dentro del matrimonio, integra el delito de violación.

Comparte este Criterio Antonio de P. Moreno, quien dice que "el acto integra todos los elementos del delito de violación, porque el marido carece de derecho para imponer su voluntad, porque no puede alegar en su favor la excluyente de responsabilidad a que se refiere la fracción V del artículo 15 del Código Penal; y si bien es cierto, entratándose de compulsión del marido a la mujer, para el ayuntamiento normal, menos hay justificación alguna para que le fuerce a ejecutar actos que son notoriamente contrarios a uno de los fines del matrimonio, - por añadidura contrarios al orden natural". 12

En contraposición a estas opiniones encuentran las opiniones y criterio de tratadistas como Chaverau y Hélie, José Vicente y Cuello Calón, quienes niegan que pueda existir violación entre cónyuges.

**Recordaremos cuales son los medios que la ley -  
acepta como medios de prueba:**

- 1. La confesión judicial;**
- 2. Los documentos públicos y los privados;**
- 3. Los dictámenes de los peritos;**
- 4. La inspección judicial;**
- 5. Las declaraciones de testigos; y**
- 6. Las presunciones.**

**Consideramos que algunos de los medios de prueba anotados anteriormente pueden presentar ciertos problemas procesales; a continuación haremos un pequeño análisis de cada uno de los medios probatorios mencionados:**

**1. La confesión judicial, no representa problema, pues en éste el procesado acepta haber cometido el ilícito y si su confesión reúne los requisitos del artículo 249 -- del Código de Procedimientos Penales, no existe motivo para restarle validez alguna.**

**2. Los documentos públicos y los privados, no tienen a nuestro parecer, aplicación en el delito de violación.**

**3. Los dictámenes de peritos, tienen gran importancia en el ilícito a estudio.**

**4. La inspección judicial y reconstrucción de hechos, la primera no tiene problema alguno para su realización, pero la reconstrucción de los hechos, estimamos que**

no es conveniente la realización de esta prueba tratándose del delito de violación, pues implicaría obligar a la víctima a revivir el momento del hecho, lo que ésta, lógicamente desea borrar de su mente.

5. Las declaraciones de testigos, por ser el delito de violación un ilícito de oculta realización, es difícil que puedan presentarse testigos de los hechos; caso distinto es aquel en que la testimonial se refiere al comportamiento de la violada para con el agente, antes y después de sucedido el evento delictivo.

6. Las presunciones, son importantes, pues el conjunto de ellas puede integrar la prueba plena, o bien desvirtuar las pruebas existentes.

**CAPITULO II**  
**EXAMEN ANALITICO DE LOS DELITOS DE**  
**VIOLACION PROPIA E IMPROPIA**

- A. CONCEPTO DE VIOLACION PROPIA.**
- B. CONCEPTO DE VIOLACION IMPROPIA.**
- C. CLASE DE VIOLACION PROPIA E IMPROPIA.**
- D. CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO**
- E. TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.**
- F. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.**
- G. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.**
- H. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.**
- I. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

**CAPITULO II**  
**EXAMEN ANALITICO DE LOS DELITOS DE**  
**VIOLACION PROPIA E IMPROPIA**

**A. CONCEPTO DE VIOLACION PROPIA.**

Esriche define la violación como la violencia - que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad. 14

Cerrero dice que violación es el conocimiento - carnal de una persona ejercida contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta.

Según el Doctor José María Orgeira "la violación es el acceso carnal logrado con fuerza o intimidación para vencer la oposición del sujeto pasivo". 15

El maestro Celestino Porte Petit referente a la violación propia señala que por éste se debe entender la cópula ejecutada en persona de uno u otro sexo, usando - como medio comisivo la vis absoluta o la vis compulsiva.

Fontan Balestra considera en su más amplia aceptación a la violación, entendiéndola como el acceso carnal - obtenido contra la voluntad del sujeto pasivo.

Para Soler, "el delito de violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante - violencia real o presunta". 16



Maggiore dice que la violación consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias ó amenazas" 17

De acuerdo con el diccionario de Derecho Penal y Criminología, violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o -- presunta.

Así mismo, encontremos en el artículo 265 del - Código Penal vigente, en su párrafo primero, regulada la violación de la siguiente manera: "Al que por medio de -- la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo..."

De acuerdo a las definiciones dadas con anterioridad, por violación propia debemos entender la cópula -- con persona de cualquier sexo obtenida por medio de la -- fuerza física o bien de la fuerza moral.

#### B. CONCEPTO DE VIOLACION IMPROPIA

El concepto de violación impropia lo obtenemos - del artículo 266 del Código Penal, el cual a la letra di-

14. Confr. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 2ª -- edición, Edit. Porrúa, México 1969. p.139.
15. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXVI. Editores-Libreros. Buenos Aires 1968.

ce: "...al que sin violencia realice cópula con persona - menor de doce años o que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa". Así mismo, González de la Vega nos señala que consiste "en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica o corporalmente el acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o análogas condiciones de indefensión." 18

De donde podemos afirmar que violación impropia es la cópula ejecutada con persona, de cualquier sexo, menor de edad o que no esté facultada para resistir - dicha cópula.

De igual modo, de las definiciones dadas de - violación propia e impropia se desprende que la violación implica la cópula o acceso carnal.

Teniendo que cópula etimológicamente es sinónimo de unión. El verbo copular proviene de copulare que significa en latín juntar o unir una cosa con otra.

De acuerdo con el diccionario de la Academia, cópula significa estatura, ligamento de una cosa con otra.

16. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. T. III, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1956. p.342.
17. CONFR. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Ob. cit. p.
18. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano Edit. Porrúa. México 1970, p. 804

Reúí Golstein dice que el acceso carnal es la -  
"expresión penalmente relevante que equivale a la penetra-  
ción sexual cuando se realiza en la forma que la ley defi-  
ne como ciertos delitos contra la honestidad. Ocurre cuan-  
do el órgano genital masculino penetra en el cuerpo de la  
víctima, ya sea por vía normal o anormal. Es sinónimo de  
ayuntamiento carnal, coito, cópula, yacimiento, etc." 19

José Ignacio Garona define el acceso carnal co-  
mo la penetración del órgano masculino en cavidad natural  
de la víctima, con el propósito de practicar el coito o -  
un acto que lo reemplace." 20

Mancini opina que conjunción carnal es el acce-  
to por el cual el miembro viril de una de las personas, -  
ya sea sujeto pasivo o sujeto activo, penetra en el cuer-  
po de la otra, por vía normal o anormal, de manera que sea  
posible el coito o un acto equivalente a éste.

Mientras que Fontan Balestra define el acceso  
carnal como "la penetración del órgano genital masculino  
en orificio natural de otra persona, sea por vía normal -  
o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalen-  
te anormal de él" 21 Opinión que es compartida por auto-  
res como Sebastián Soler, Ure y Nufez.

Del término cópula González Blanco señala que  
partiendo del punto de vista fisiológico, ésta se carac-  
teriza por la penetración sexual, la que implica natural

te una actividad viril, la cual puede ser normal o anormal. Asimismo, apunta que se da actividad sexual tanto en los actos normales como en los anormales o contranatura, criterio que es compartido por González de la Vega, quien anota que siguiendo las definiciones tomadas del diccionario de la academia, en un sentido gramatical muy amplio, cópula significa el ligamento o atadura de una cosa con otra 22 haciendo notar que esta conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en la que se realice o el modo como se opere. En consecuencia, aplicando las anteriores nociones al lenguaje relativo a la conducta sexual, resulta que por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna.

Retomando el criterio del autor citado anteriormente, anota que "fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril -normal o anormal-, pues, sin ésta, no se puede con propiedad decir que ha habido copulativa conjunción carnal." 23

Por lo que, de los diversos criterios que hemos mencionado se infiere que los mismos divergen en cuanto a la naturaleza de la cópula, es decir, que algunos autores aceptan la existencia de cópula normal y otros más aceptan además de la cópula normal la cópula anormal; te-

niendo dentro del grupo que acepta la cópula anormal a An tolisei quien señala que según algunos autores, "por con-  
junción carnal se entiende el acoplamiento anormal o fi-  
siológico entre dos personas de sexo diferente, es decir,  
el coito vaginal". 24

El criterio antes transcrito es compartido por Pannain quien manifiesta que la materialidad del delito -  
está constituida por la introducción del órgano genital -  
masculino en el órgano genital femenino y en contraste --  
con la opinión dominante, no admite que pueda constituir  
violencia carnal, el coito anal, el coito oral y cualquier  
otra manifestación anormal entre personas del mismo sexo.

En contraposición al criterio visto con antela  
ción, tenemos el criterio que sostiene que existe la vio-  
lación anormal. Dentro de los seguidores de esta postura  
están la maestra Martínez Roaro, Porte Petit, Sebastián -  
Soler, Fontan Balestra, Eusebio Gómez y González de la Ve  
ga. Tomando la opinión de este último, tenemos que señala,  
a este respecto, que "por cópula deberá entenderse todo -  
ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas -

19. GOLDSTEIN, PAUL. Ob. cit.

20. Confr. MARTINEZ ROARO, MARCELA. Delitos Sexuales. 3a.  
edición. Edit. Porrúa. México 1985. p.239.

21. FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho Penal. Parte Especial.  
8a. edición. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1956.  
p. 170.

sin distinción alguna" 25, continúa diciendo, que desde el punto de vista fisiológico se caracteriza por la penetración sexual, misma que implica necesariamente una actividad viril, ya sea normal o anormal, toda vez que sin dicha actividad viril no puede hablarse propiamente de acceso carnal.

Ahora bien, dentro de esta corriente no hay acuerdo respecto de la anormalidad de la cópula, es decir, si ésta es por vía anal u oral, resultando tres puntos de vista a este respecto:

El primero, que acepta el acceso carnal anormal por vía anal únicamente.

El segundo, sostiene que la cópula anormal comprende la vía anal y oral; y

El tercero, que acepta la cópula anormal sin precisar en que se hace consistir ésta.

Dentro de la primera corriente la maestra Marce la Martínez Roaro nos dice "la conducta de obtener cópula descrita en el artículo 265 debe entenderse como penetración del pene o cualquier sustituto del mismo en la vagina

22. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. cit. p. 385.

23. Ibid.

24. Confr. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Ob. cit. p. 17

25. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. cit. p.

26. MARTINEZ ROARO, MARCELA. Ob. cit. p. 243.

27. Ibid. p. 238.

o ano." 26 Criterio que es compartido por Gómez, Molina--  
rie y Nuñez quienes opinan que la introducción del órgano  
genital masculino en la boca de la persona ofendida no es  
más que un ultraje al pudor.

En la segunda postura podemos ubicar a Jorge R.  
Moras quien señala "lo que aquí cuenta es la anormalidad  
del conducto y función, que es usado, por la que accede, -  
como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción  
erótica, sin que importe como va a reaccionar sexualmente  
el sujeto que la soporta" 27; así mismo, Ignacio Garona ex  
press que lo importante es el ánimo de ejecutar el ayunta-  
miento carnal o un acto parecido, afectando así la honesti-  
dad y la libertad de la ofendida. Por otra parte, siguiendo  
el punto de vista de Sebastián Soler, podemos decir que  
la cópula por vía oral no tiene diferencia relevante de ---  
otra penetración contra natura, y Ure observa que si bien  
es cierto que la cavidad oral no tiene la actividad eróge-  
na de los órganos sexuales también lo es que los mismos --  
por parte del agente del delito y objeto de una verdadera  
penetración sucedánea del coito vaginal o anal.

Jiménez Huerta sostiene que la conjunción o ---  
ayuntamiento que supone la cópula ha de rebasar el simple  
contacto físico del miembro viril con la parte externa de  
una cavidad natural del cuerpo ajeno, es decir, el acceso  
o penetración del órgano viril en la cavidad, anal u oral.

Finalmente, apoyando esta postura González Blanco señala correctas las opiniones de los penalistas que sostienen que la fellatio in ore sí constituye violación, en virtud de que el legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece restricción alguna sobre este punto.

Por lo que hace al tercer grupo, el que acepta el acceso carnal anormal sin determinar en qué consiste éste, se encuentran el maestro Celestino Porte Petit, González de la Vega y Fontan Balestra, quienes opinan que la cópula es la introducción del pene en cavidad natural de otra persona, ya sea por vía normal o bien por vía anormal.

A nuestro criterio, la corriente más acertada es la segunda, es decir, aquella para la cual la cópula o acceso carnal incluye no sólo el acceso carnal por vía vaginal o anal, sino también por vía oral, también llamado fellatio in ore, toda vez que es una forma de penetración sexual en orificio o cavidad natural que proporciona en igual forma placer, en virtud de una actitud sexual, además de que, como acertadamente señala González Blanco, al no estar limitada en la ley la cópula, se justifica en su más amplia interpretación, pues si bien es cierto que en el precepto legal no se aclara qué debe entenderse por cópula, también lo es que al decir "con persona de cualquier sexo" deja abierta la posibilidad de un coito normal o anormal, pues -



es bien sabido que entre personas del mismo sexo no puede hablarse de cópula normal y por ende, entre dichas personas sólo podrá haber relaciones anormales, ya sea por vía anal u oral.

Pasando a otro punto, encontramos que existe un acuerdo de los diversos autores que tratan el momento de la consumación de la cópula; transcribiendo algunos de -- los criterios sostenidos al respecto:

Nos dice Fonten Balestra que no es indispensable que el acceso carnal llegue a la perfección, en otras palabras, independientemente de la existencia de eyacula--ción, de que la penetración sea completa o no, toda vez -- que en cualquiera de estas hipótesis el bien jurídico tutelado por este ilícito se ve lesionado.

Siguiendo este orden de ideas, Sebastián Soler -- anota que no es requisito esencial que el ayuntamiento al cance la perfección o bien que sea completo, siendo suficiente la simple existencia de penetración.

Eusebio Gómez señala que no es necesario que el acceso carnal sea completo para tener por consumada la -- cópula, y apoyándose en lo manifestado por Manfredini, -- quien anota que basta que se haya producido la unión del miembro viril con la abertura vulvar o anal, siendo indiferente que la penetración haya sido completa o bien, más o menos incompleta.

El mismo autor cita a Tardieu, quien afirma que desde el punto de vista médico legal la intromisión completa, con o sin desfloración, constituye la violación, y que la no intromisión es propia del simple atentado al pudor.

Por su parte el maestro Jiménez Huerta señala - que la cópula se da en el momento en que se lleva a cabo la introducción del pene en la vagina, ano o boca, aún -- cuando ésta sea incompleta.

Contando al respecto con el criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que a - la letra dice:

"En el delito de violación el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier -- forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no - haya llegado a realizarse completamente" 28

"La cópula es la conjunción sexual que se consume en el momento mismo de la introducción del sexo mascu-

28. Semanario Judicial de la Federación, XII. p. 89, Segunda parte, Sexta Época.
29. Semanario Judicial de la Federación, CXVI, p. 26 Segunda parte, Sexta Época.
30. Semanario Judicial de la Federación, XLII. p. 36, Segunda Época, Segunda Parte.

lino en el femenino, con independencia de que produzca — desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez" 29

"Aún cuando es verdad que la cópula es un elemento constitutivo del delito de violación, puede tenerse — por realizada, aún en el supuesto de que no se haya agotado fisiológicamente en el acto sexual, ante la prueba de lesiones y signos encontrados en los órganos genitales de la víctima" 30

"En el delito de violación no es requisito indispensable que el acto se agote fisiológicamente, si existió introducción sexual" 31

"No es necesaria la eyaculación para configurar el delito, pues no se exige la plena consumación del acto fisiológico, y basta sólo el ayuntamiento aún cuando sea incompleto" 32

"Por cópula se entiende cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella. En consecuencia, para demostrarse la existencia de este elemento, no es necesario probar que en la vagina de la ofendida se encuentren residuos de coito, sino que en ese

31. Semanario Judicial de la Federación, XVI. p. 263, Segunda Parte. Sexta Época.

32. Semanario Judicial de la Federación, XL. p. 92, Segunda Parte. Sexta Época.

momento se encuentra debidamente probado en autos, con los certificados médicos que hacen constar la desfloración de la ofendida administradas con las declaraciones del acusado, de la víctima y de los testigos" 33

En consecuencia, la cópula o acceso carnal se integrará con la simple introducción del miembro viril en cavidad natural, es decir, vagina, ano o boca, sin que sea -relevante el grado de introducción.

#### C. CLASES DE VIOLACION PROPIA E IMPROPIA.

Primeramente entraremos al análisis de las clases de violación propia. Así, del concepto de violación dado con anterioridad, 34 obtenemos dos clases de violación:

1. Cópula obtenida por medio de la violencia física.
2. Cópula obtenida por medio de la violencia moral.

En primer lugar, recordaremos que la violencia -- se hace consistir en los medios que se usan para dominar - la oposición de la víctima.

Reproduciendo lo dicho en el apartado D del capítulo que antecede, tenemos que Groizard dice que desde el

33. Semanario Judicial de la Federación, CXXVIII. pp. 446-447. Quinta Época.

34. Supra. p. 27

punto de vista jurídico la violencia es la fuerza por la cual el hombre es despojado de su libre albedrío constringiéndolo a ejecutar lo que tiene derecho a no realizar - o bien obligándolo a no ejecutar lo que tiene derecho a realizar.

Por su parte, González Blanco, señala que la -- violencia se hace consistir en los medios que se usan pa -- ra debilitar la resistencia de la víctima.

Del Código Penal, en su artículo 373 se desprende que tenemos dos tipos de violencia, la física y la mo -- ral.

De la violencia física, nos dice González de la -- Vega, que aplicada directamente a la violación es la fuerza material aplicada en forma directa en el cuerpo del -- ofendido, que anula, domina o vence su resistencia y lo constringe a sufrir en su cuerpo la conjunción carnal.

Carlos Fontan Balestra señala "la fuerza es el -- medio que emplea el autor de la violación para vencer la voluntad del sujeto pasivo, cuando éste, en el momento -- del hecho delictivo, esté psíquica y físicamente capacitado para oponer resistencia" 35

Mariano Jiménez Huerta apunta que la violencia -- física implica el empleo de la fuerza material sobre el

35. FONTAN BALESTRA CARLOS. Ob. cit. p. 171.

cuerpo del ofendido, con el fin de ayuntarse carnalmente - con éste, sin su consentimiento.

Coincidiendo los autores en que la fuerza material debe ser aplicada sobre la persona con quien se pretende llevar a cabo el acceso carnal.

Garraud citado por González de la Vega anota como doble requisito que "el constreñimiento sea ejercido - sobre la persona misma de la víctima y que sea suficiente para paralizar su resistencia" 36

Del mismo criterio es Carrera quien expresa que la violencia debe ser realizada sobre la persona y precisamente sobre la persona misma del sujeto del que se quiere aprovechar.

Así mismo Fontan Balestra nos dice que la fuerza debe recaer sobre el sujeto pasivo, pues de otro modo no sería la fuerza el medio directo que venció la resistencia de la víctima.

González de la Vega se adhiere a este punto de vista al expresar que entre los actos de violencia usados por el activo y la cópula debe existir relación causal, - es decir, es requisito esencial que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento del pasivo y de la obtención de la cópula impuesta, por lo tanto, no habrá violación - en situaciones en que la víctima, después de ser golpeada y humillada por un deseo enfermizo acepta el acceso car-

nal o cuando el maltrato se verifique después de haber --  
efectuado el acto sexual.

Opinión que comparte Eusebio Gómez, quien al --  
respecto dice que la violencia debe haberse ejercido con  
el afán de lograr la cópula; mientras que la ejecutada --  
durante el acceso carnal cuando éste fué aceptado sin pre  
siones no puede ser considerada como la violencia requeri  
da por el delito de violación.

Así mismo, dicha fuerza material debe ser ejer-  
cida sobre el ofendido y no en las personas u objetos que  
rodean a éste, aún cuando en algunos casos debe darse ---  
trascendencia a la violencia ejercida en las personas o -  
cosas que circundan al sujeto pasivo.

Acertadamente Jiménez Huerta observa que la ---  
fuerza física debe ser suficiente para aniquilar la resis  
tencia del sujeto pasivo, por lo que debe haber relación  
con la constitución física de éste.

Por su parte Carrara señala que se da la violen  
cia auténtica cuando la voluntad contraria del sujeto pa-  
sivo es dominada por la fuerza física de su atacante. ---  
Siendo necesario que la voluntad contraria de la víctima  
sea expresada por medios o actos de protesta que demues--  
tren en forma verídica y veraz dicha voluntad contraria -

36. Confr. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob, cit. p. 394.

a la de su violador.

Afirmando Garraud que la resistencia de la víctima ha de ser real y formal, no bastando la aislada negativa para admitir que la presunte víctima fué constreñida por la fuerza del sujeto activo para tener el ayuntamiento carnal, es decir, no bastando que se diga no quiero y se demuestre otra voluntad, primero porque se dudará si la presunte víctima quiso negarse con la voz y prestarse con el cuerpo y; segundo porque el agente podrá alegar en su favor que no hizo uso de la violencia ya que fué un acto grato para la ofendida.

Siendo evidente que del análisis minucioso se desprenderá cuando se trata de aceptación y cuando de sometimiento por medio de la fuerza en quien no expresa oposición en virtud de que ya nada le queda por hacer para evitarla. En efecto, el decir que la resistencia debe tener el carácter de seria y constante no significa que ésta deba ser anulada por una fuerza irresistible, sino que la víctima al darse cuenta de la inutilidad de su oposición ante la fuerza física aplicada por su violador se da por vencida; lo que no deberá entenderse como que el pasivo cedió en forma voluntaria, y si en cambio deberá interpretarse como que su resistencia llegó al límite y sucumbió frente a la energía física del sujeto activo.

Añadiendo a lo anterior, lo dicho por el maes-



tro Jiménez Huerta en el sentido de que la resistencia ha de ser seria y constante. El mismo autor nos dice que la resistencia es seria cuando está libre de falsedad y muestra realmente la voluntad contraria; la constancia se refiere a que debe ser sostenida hasta el último instante, siendo excluida por lo tanto la resistencia que se opone al principio y la cual se abandona posteriormente para -- participar en el ayuntamiento o acceso carnal.

Siguiendo lo establecido en el artículo 373 segunda parte del Código Punitivo estamos en presencia de la violencia moral cuando el sujeto activo amaga al sujeto pasivo con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla, es decir, es la vis compulsiva en la que la voluntad del sujeto pasivo está presente, pero no es libre su elección, esto es; aplicando lo dicho anteriormente al delito que nos ocupe resulta que la violencia moral -- consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal magnitud, que por el miedo que causen en la víctima o bien por impedir males mayores le impiden resistir el acceso carnal que no quiere.

Contieri, citado por Mariano Jiménez Huerta dice: "la violencia moral o amenaza es la manifestación expresa o tácita, explícita o implícita, real o simbólica, escrita, oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de ocasionar un daño y de determinar una si-

tusión de peligro, si el amenazado no consiente en la --  
conjunción carnal" 37

Saltelli y Romano Di Felco anotan que la violen-  
cia moral se hace consistir en una manifestación de volun-  
tad del sujeto activo encaminada a anunciar al sujeto pa-  
sivo un mal futuro para el caso de que no ejecute el acco-  
so carnal.

Por lo que podemos decir que la violencia moral  
es el anuncio que se hace al sujeto pasivo o víctima de -  
un mal o daño grave venidero que sufrirá de no acceder al  
ayuntamiento o conjunción carnal.

La violencia moral o amenazas de un mal grave -  
pueden recaer en la víctima o persona cuya voluntad se de-  
sea vencer para poder realizar el acceso carnal pero tam-  
bién puede ejercerse dicha violencia moral en las perso-  
nas ligadas al sujeto pasivo por lazos de estrecho afecto.  
Aceptando Jiménez Huerta que las amenazas pueden recaer  
en cualquier interés jurídico de esencia personal, como -  
pueden ser la vida, la integridad corporal, el honor, la  
libertad; o el patrimonio, siempre que, hablando de este  
último implique bienes de alta estima.

Apuntando los tratadistas de este tema que no -  
cualquier amenaza de un mal es suficiente para integrar -

37. Confr. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit. p. 264.

la violencia moral.

Así Carrera nos manifiesta "que es indispensable que el mal con que se amenaza sea grave, presunto e irreparable, aunque reconoce que sobre las condiciones del temor no pueden establecerse reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter de la mujer elegida por el culpable como sujeto pasivo. El carácter tímido y débil de la mujer puede fácilmente conducir a un juez prudente a hallar los requisitos de la violencia moral, incluso en las simples amenazas verbales desplegadas sobre una joven, sobre todo, en las violaciones que se efectúan por padres o tutores sobre sus hijas o pupilas, en las que frecuentemente entran en juego junto a la intimidación o amenaza el llamado temor reverencial." 38

Señala Carlos Fontán Balestra que lo que la ley toma en cuenta no es la amenaza en sí, sino el resultado psicológico que causa en la víctima, es decir, el miedo que siente ésta, temor que es suficiente para debilitar su voluntad contraria.

Anota el maestro Porte Petit que la violencia

38. Confr. CARRERA, FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. II, 3a. edición. Edit. Temis Bogotá, 1973. p. 253.

moral debe cumplir con ciertas características, esto es, que debe ser seria, grave y que de ella se derive un mal inminente o futuro.

Ure añade a estos requisitos el que la violencia moral sea determinada, es decir, que el daño que se amenaza causar sea determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad y actuar del sujeto activo.

En cuanto a que sea determinado, dice que de no serlo la ofendida no puede hallarse en posibilidad de valorarlo en toda su dimensión.

Referente a que sea posible, señala que de estar ausente este requisito habría ausencia de fuerza o poder intimidatorio.

Por lo que hace a que debe ser futuro anota - que no causaría efecto alguno el daño o mal que ya ha sido producido.

Y por último, que el daño con el que se amenaza dependa de la voluntad del agente, pues aquí también estaríamos en ausencia de efecto de intimidación sobre el sujeto pasivo si el agente que pretende realizar la cópula con la persona amenazada anuncia un mal que no puede realizar dicho agente.

Así tenemos que la violencia física se distingue de la violencia moral ya que la primera se cumple, es decir se lleva a cabo, es presente, mientras que las

amenazas se anuncian, en efecto, siempre serán futuras. - Como dice Ure, la fuerza es energía física ya consumada - en tanto que la violencia moral es energía física simplemente anunciada; aquella es vis absoluta mientras que la fuerza moral es vis relativa.

La violencia física o material debe recaer en forma directa sobre el sujeto pasivo, más no así la violencia moral, esto es, que la violencia moral puede recaer sobre la víctima o sobre personas unidas al sujeto pasivo por lazos afectivos muy estrechos.

Ahora nos ocuparemos del estudio de las clases de violación impropia: Siguiendo la redacción del artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual regula la violación impropia, tenemos que a la letra dice: "...el que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad ó que por cualquier causa no tenga - posibilidad para resistir la conducta delictuosa..."

Artículo del que se desprende que la cópula que sanciona este precepto es la que se lleva a cabo con persona que no esté en posibilidad de resistir la conducta - ilícita.

Así también, de dicha redacción se infiere que una causa que impide que el sujeto pasivo pueda resistir el actuar del agente es la edad, que en este caso se limita a menor de doce años; existiendo otras causas que no

permiten a la víctima resistir la conducta delictuosa.

Citando a continuación Jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal sobre este punto:

"VIOLACION, DELITO EQUIPARADO A LA. Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación la configura la sola cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impiden resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente uso de razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual, o carencia de voluntad consciente para copular." 39

De donde se infiere que hay dos clases de violación impropia y son las siguientes:

a) Cópula con persona menor de doce años de edad, sin hacer uso de la violencia.

b) Cópula con persona que por cualquier causa

39. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Segunda Parte. p.654-655.

no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa.

En la hipótesis prevista en el inciso "a" tenemos que el acceso carnal ó cópula se tiene con un sujeto menor de doce años de edad, sin hacer uso de la violencia, lo que implica necesariamente que el menor otorgó su consentimiento para tener el ayuntamiento carnal con el agente. Siendo precisamente por su corta edad que no está en posibilidades para resistir la conducta delictuosa, esto es, no está en posibilidades de comprender las consecuencias de dicha conjunción carnal, toda vez que no se encuentra facultado, precisamente en razón de su escasa edad, para entender el significado y alcance de la conjunción carnal, siendo por ende nulo el consentimiento que dicho menor otorgue para que en su cuerpo se realice la cópula.

Al respecto podemos citar el criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que a la letra dice:

"VIOLENCIA IMPROPIA. IRRELEVANCIA DE LA EXISTENCIA O NO DE LA VIOLENCIA. Para que el delito de violación se acredite, en tratándose de impúberes, no importa que en autos no se haya acreditado dicha violencia, si se comprobó la cópula y que la ofendida es impúber, pues en atención a la inconsciencia de un menor, impúber, de corta edad, la cópula con ella debe interpretarse como equiva-

lente al empleo de la violencia física o moral, dada la imposibilidad que tiene para resistir, debiendo agregarse que la edad propia de un impúber no se tiene aún completamente desarrollado el deseo genésico, para que la menor se hubiera entregado voluntariamente." 40

Dentro de la segunda hipótesis encontramos que la cópula se lleva a cabo en persona que no está en posibilidad para resistir la conducta delictuosa, es decir, que el sujeto pasivo no está en posibilidad de conducirse en sus relaciones sexuales.

El maestro Jiménez Huerta señala que la víctima está imposibilitada para conducirse en sus relaciones sexuales cuando no se encuentra facultada para entender y discurrir a causa de una alteración patológica de la mente.

De igual modo anota que las causas por las que el sujeto pasivo está imposibilitado para resistir la conducta delictuosa son todas aquellas situaciones que tienen un origen más o menos transitorio o pasajero, en que la víctima se encuentra en estado de inconciencia que no le permite saber y entender, y consecuentemente de re

40, Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Segunda Parte. p. 180.



sistir.

Nos dice Cuello Calón que "las mujeres privadas de razón, enajenadas, idiotas e imbeciles son incapaces por su estado mental, de apreciar la ofensa que el culpable infiere a su honestidad y, por tanto, incapaces de consentir". 41

Es decir, que se encuentran imposibilitados para resistir la conducta ilícita en virtud de que por la situación en que se hallan no pueden comprender el alcance del actuar del sujeto activo.

Apoyando lo anterior en lo que sostiene nuestro máximo Tribunal, donde textualmente expresa:

"VIOLACION POR EQUIPARACION. VICTIMA DEBIL MENTAL. Carece de importancia la edad de la ofendida, tratándose de la integración de la violencia, si la equiparación de la violencia fué apreciada en función de su debilidad mental que le impidió discernir sobre los hechos e igualmente resistir a la cópula". 42

Estimamos que en este caso no hay mayor problema para entender en qué consiste la incapacidad de cometer y resistir el proceder del agente.

41. CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal Parte Especial, Vol. II, T. II. Bosch, Casa Editorial Vigés. 13a. Edición. Barcelona. p. 583.

De igual manera, sentimos que la cópula con -- persona privada de razón por enfermedad mental es totalmente imputable al sujeto activo, sin que pueden esgrimirse argumentos de que la víctima se colocó en dichos estados voluntariamente, aceptando de alguna manera el acceso carnal. 43

Contando entre las principales causas de este estado de inconsciencia las accidentales y las originadas por el propio actuar doloso del agente. Las primeras pueden a su vez dividirse en fisiológicas y patológicas. El maestro Mariano Jiménez Huerta encuadra en las fisiológicas el sueño y el sonambulismo, aún cuando hace notar lo difícil de tales situaciones, mismas situaciones con las que no estamos de acuerdo por considerar imposible que la víctima, no salga de su estado de inconsciencia provocado por el sonambulismo o sueño, al tener cópula con ella.

Siguiendo al mismo maestro, tenemos que dentro de las causas patológicas se encuentran los estados epilépticos o comatosos, los cuales tienen como características producir desvanecimientos o síncope en los que --

42. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Segunda Parte. Vol. 39 p. 97.

el sujeto pasivo se encuentre carente de sentido y es -- objeto del acceso carnal.

Los estados originados por el actuar doloso -- del agente pueden ser, estados tales como hipnotismo, -- narcotización, anestésicos o embriaguez, ya que como es bien sabido, el efecto de dichos estados es precisamen-- te la privación del sentido de las personas que se en-- cuentran en él.

Por su parte, el maestro González de la Vega -- divide en dos grupos las causas o situaciones que impi-- den al sujeto pasivo resistir el actuar doloso.

El mismo autor incluye en el primer grupo a to-- das las personas que por algún motivo sufren alguna ano-- malía mental, sea ésta congénita o adquirida, permanente o transitoria, y las que no obstante poseer el pleno go-- ce de sus facultades mentales y físicas se encuentran -- excepcionalmente en un estado de inconsciencia, debido -- a un origen fisiológico o patológico, como sería el sue-- ño, la ebriedad, normal o patológica, el sonambulismo, -- un desmayo, etc., en virtud de que en estos estados la -- víctima carece de capacidad para poder darse cuenta del alcance que tiene el acto sexual.

Dentro del segundo grupo anota que se encuen-- tran "todas aquellas personas que sufren alguna anomalía -- orgánica, tales como ciertas parálisis, algunas mutila--

ciones, etc., que aún cuando, por su naturaleza, no afectan la conciencia para darse cuenta del acto sexual, producen en ellas imposibilidad para oponer resistencia." 44

El maestro Mariano Jiménez Huerta citando a -- González de la Vega, señala que otras causas, independientes de las enfermedades mentales, que imposibilitan al sujeto pasivo para resistir el actuar ilícito del -- agente son los estados patológicos excesivamente debilitantes o que impiden cualquier reflejo o movimiento tendiente a la defensa, como puede ser una parálisis generalizada, atonías muy extensas, casos extremos de debilidad, estados agónicos lúcidos, estados caquéticos, etc.

Mientras que Nufes anota, como origen de la incapacidad de afrontar la conducta delictuosa del violador "una lesión, una hemiplejía, un estado febril" 44.

Añadiendo el citado autor en primer término -- como causas que no permiten al sujeto pasivo resistir -- "los estados de involución senil o decrepitud física causados por la avanzada edad. Incluyendo también los estados físicos anormales en que la víctima se halla como resultado de viejas enfermedades, lesiones o accidentes -- sufridos. Así como una fatiga física intensa que produ-

44. Confr. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit, p.269.  
44] Ibid.

ce una debilidad muscular, la cual en un momento determinado puede imposibilitar al pasivo para resistir; o bien "la circunstancia casual de hallar el sujeto activo a su víctima tirada en el suelo con las manos atadas, por haber sido previamente asaltada en despoblado por unos bandoleros" 45

De lo manifestado por los autores citados con antelación inferimos que el texto legal al decir "que por cualquier causa no tenga posibilidad para resistir la conducta delictuosa" se refiere a causas del orden físico y mental.

Incluyendo en las causas físicas las parálisis, siempre que éstas afecten la capacidad del sujeto pasivo para repeler el acoso sexual a que es sometido, así como los casos de extrema debilidad del sujeto pasivo.

Dentro de los impedimentos mentales encontramos que éstos pueden ser de naturaleza pasajera o permanente esto es, que la víctima no esté facultada mentalmente para resistir el ayuntamiento carnal ni para entender o comprender cualquier otro acto; o bien que la imposibilidad de resistir mentalmente sea únicamente durante el acceso carnal así como en momentos después de efectuarse la cópula o bien que dicha imposibilidad de resistir sea durante

45. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit. p. 269.

el ayuntamiento sexual y momentos antes de que se realice. ésta.

En las causas permanentes que imposibilitan al sujeto para resistir la conjunción carnal tenemos la locura.

Mientras que dentro de las causas pasajeras podemos mencionar el sueño, el sonambulismo, la embriaguez, la narcotización o bien la locura con interválos de lucidez.

Encontrando como diferencia entre la imposibilidad física y la imposibilidad mental para resistir que en la primera el sujeto pasivo o víctima se percata de los actos que se lleven a cabo en su cuerpo en contra de su voluntad pero está incapacitado para defenderse o evitar dichos actos; mientras que en la imposibilidad mental la víctima no se da cuenta de los actos realizados en su persona debido al estado de inconsciencia en el que se encuentra.

Pacheco señala que la violación puede ser ejecutada privando del conocimiento a la persona sobre lo que se quiere copular, con la finalidad de que ésta no oponga resistencia, así como también se puede presentar este delito valiéndose del estado de inconsciencia en que se encuentra la víctima. 46

46. Confr. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit. p.408

El mismo maestro González de la Vega dentro de las situaciones o estados de imposibilidad en que el sujeto activo hace caer a la víctima para copular con ésta incluye los afrodisíacos, de los que nos dice que son -- sustancias con efectos tóxicos más o menos destacados -- que concurren a estimular o excitar el deseo erótico.

Señalando el autor indicado que "para la posible existencia del delito que se equipara a la violación será necesario que el actor los hiciera ingerir a su pregunta víctima sin que ésta se diera cuenta de la manobra o de su toxicidad erótica o de la pretensión lúbrica del sujeto; sería menester, además, que su efecto fuera tan intenso que el paciente se viera obligado, por verdadero furor lúbrico, para la entrega carnal, supuesto -- bien creíble" 47. Desde nuestro punto de vista, los casos que requieren de un análisis son los que versan sobre la cópula con persona que no puede resistir en virtud de encontrarse bajo los efectos del sueño natural -- embriaguez, hipnosis y drogas p anestésicos. En consecuencia, a continuación haremos una breve referencia a los mismos.

Autores como Cuello Celón, sostienen que la posibilidad de que el agente abuse del sueño natural de

47. *Ibid.* p. 409.

la víctima para ejecutar el ayuntamiento carnal en ésta es increíble. Mientras que Tardier señala que puede ser posible cuando se trata de mujeres acostumbradas al comercio carnal.

Compartiendo este criterio V. Balthazard apunta: "...otras veces, mujeres ya desfloradas y hasta vírgenes, han acusado a sujetos de haberlas violado durante el sueño natural, lo que si bien es posible en mujeres cuyas vías genitales son fácilmente accesibles y estando profundamente dormida, es materialmente irrealizable en una virgen" 48

A su vez, Sydney Smith dice que muy discutida ha sido la posibilidad de conjunción carnal con una mujer mientras duerme sin que ella se percate de ello, manifestando que es realizable cuando se trata de una mujer habituada al coito, más no así en el caso de una mujer virgen.

Por su parte, Nerio Rojas señala que "si se trate de un sueño natural, el hecho debe ser considerado imposible tratándose de una persona virgen durmiendo en las condiciones corrientes. Pero puede aceptarse como posible la afirmación de la víctima, si se trate de

48. Confr. KUITKO, LUIS ALBERTO, La violación Edit. Trilles, 1a. edición, México 1986. p. 25



una mujer de amplias vías (múltipara, por ejemplo)" 49

Compartimos el criterio sostenido por los autores, en cuanto a que una mujer virgen no puede ser accedida carnalmente durante el sueño normal, más no así en lo referente al punto en que sostienen que es posible el ayuntamiento carnal con una mujer dormida, acostumbrada al coito o bien de una mujer de vías amplias (vías genitales fácilmente accesibles), pues creemos que una persona dormida a causa de sueño natural fácilmente despertaría al sentir los actos tendientes a la ejecución de la cópula que realice el agente, es decir, para nosotros es inverosímil que una mujer, sin importar si es virgen o acostumbrada al acceso carnal, no pueda sentir los movimientos previos al coito y aún más, los propios de la cópula al estar bajo un estado de sueño natural.

Distinto será la situación, a nuestro particular punto de vista, que la mujer casada al estar dormida sea accedida carnalmente por un hombre distinto de su marido y que ésta, a pesar de percibirse de dicho acceso no realice ningún acto o movimiento tendiente a evitarlo al creer que es su marido el hombre que la accede.

De la hipótesis referente a que la víctima se halle en estado de embriaguez, debido a la ingestión de be-

bidas alcohólicas, el maestro Cuello Calón manifiesta que dicha embriaguez puede ser producto de dos situaciones -- distintas, esto es, que en un primer caso tenemos que la embriaguez puede ser producida con el consentimiento o -- conocimiento de la víctima ó sujeto pasivo, pues no conoce la fuerza tóxica de la bebida que ha tomado; y la segunda situación que puede presentarse es que la presunta víctima a sabiendas del efecto y fuerza de la bebida ingerida, se embriaga en compañía de su supuesto violador, - pues en esta hipótesis, en cierta medida acepta las consecuencias de su embriaguez.

Sydney Smith manifiesta que los casos que presentan mayor problema son aquellos en los que la víctima manifiesta que fué embriagada para copular con ella; ya que como es bien conocido, el primer efecto del alcohol se hace consistir en la disminución del dominio e inhibición de la persona que lo ingiere, y en dichos estados - es posible acceder voluntariamente al ayuntamiento carnal.

Por su parte Alfredo Acheval señala "El alcohol ha resultado ser entonces un aliado útil para vencer las restricciones y represiones"<sup>50</sup>

50. Id.

González Blanco hace notar sobre este punto que el estado de embriaguez bajo el cual se encuentre el sujeto pasivo debe ser áquel en que está privado de sentido, es decir, cuando se halla en completo estado de inconsciencia y no el estado de inhibición a que conduce generalmente cierto grado de embriaguez alcohólica.

Sobre este punto encontremos Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que a la letra dice:

"VIOLACION, El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la libertad sexual, y no por la honestidad y la castidad, que son elementos constitutivos del estupro, pero no del de violación, y estando demostrado que tanto el acusado como el coacusado realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida, la circunstancia de que esta se hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabilidad jurídica penal en que incurren, ya que, en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad, solo daría la posibilidad para que la autoridad responsable y el Agente del Ministerio Público -en su caso-, hubieran hecho el encuadramiento del delito equiparado a la violación la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de sentido;

pero de todas formas, su conducta antijurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que como se dijo, se caracteriza por que el sujeto activo del delito realice una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida." 51

De donde se desprende que acepta la violación en persona que no puede resistir la conducta delictuosa en -- virtud de encontrarse bajo el efecto de bebidas embriagantes.

Nos parece bastante acertados los criterios transcritos, en consecuencia acorde a los mismos podemos decir que ingiere bebidas alcohólicas por su propia voluntad, en forma tácita acepta las consecuencias de dicho acto, aún -- más, si la presunta víctima conocía las intenciones del -- agente de realizar el acto sexual con ella.

Efectivamente, a nuestro criterio es requisito -- indispensable, analizar las circunstancias de cada caso en particular a efecto de demostrar que la persona ofendida -- fué obligada o "engañada" para ingerir las bebidas alcohólicas que le privaron del sentido.

Por lo que hace al acceso carnal cuando el pasivo se halle bajo un estado de hipnosis tenemos la opinión

51. Seminario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol. XIII. p.170.

de Strassmann, citado por el maestro González de la Vega, quien advierte que tratándose de cópula obtenida en estas circunstancias debe actuarse con toda la precaución posible, en virtud de que en la mayoría de las personas con tendencia a la hipnosis son histéricas y en estos sujetos se encuentra como característica primordial la inclinación a mentir y dejar volar la imaginación, en cierta medida conscientemente. 52

Contando con el punto de vista de E.F.P. Bonnet sobre esta cuestión, el que coincide con el tratadista citado al afirmar "la comisión de delitos sobre personas en estado de hipnosis (en especial delitos de violación) debe ser considerado con suma cautela, no sólo en cuanto a su realidad, sino también respecto de la posibilidad de denuncias falsas, propias de una personalidad histérica, mitomaniaca ó perversa" 53

López Gómez y Calabuig reconocen tres etapas -- en la hipnosis, las que a continuación mencionamos:

- La primera, a la que llaman hipnosis superficial en la que la persona hipnotizada acata los órdenes que le da el hipnotizador, pero únicamente aquellas que se refieren a cuestiones agradables para la hipnotizada.

52. Confr. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. cit. p. 408

53. KVITKO, LUIS ALBERTO. Ob. cit. p. 25.

- El segundo periodo, al que nombran cataléptico, en el que se da una connotación catatónica del cuerpo --- que, materialmente impiden la ejecución de la cópula.

- Y en el último estado, el cual nos dicen tiene como característica esencial la relajación muscular y -- pérdida de la voluntad y por lo tanto, en esta tercera - fase el agente hipnotizador esté en condiciones de obtener de la hipnotizada todo lo que desee, haciendo hincapié dichos autores, en que para poder llegar a esta etapa se requiere que la persona sometida a la hipnotización haya sido inducida en repetidas ocasiones al estado hipnótico siendo siempre inducida por el mismo agente -- hipnotizador, en virtud de no ser ésta una experiencia -- única. En consecuencia, señalan, que la ofendida ha tenido posibilidades de conocer el peligro a que se exponía y no hizo intento alguno para liberarse de él.

Por su parte Jiménez Huerta hace la observación de que "En el estado hipnótico el sujeto está aparentemente en posesión de todos sus sentidos, pero sus movimientos y su voluntad se hallan bajo el dominio del -- hipnotizador, quien está en posibilidad de determinar a la persona a él sometida a que se preste a la cópula. -- Preciso es para que la violación sea factible por este -- medio, que el sujeto activo esté en posesión de un gran poder hipnótico y que su víctima fuere persona propensa

-por sobreexcitación nerviosa, histerismo, étc.- a sufrir este psíquico influjo." 54

Con los criterios sostenidos por los autores citados con antelación, respecto del acceso carnal a una persona hipnotizada estamos en aptitud de negar la existencia de éste. Pues tomando lo manifestado por los autores citados en primer término tendríamos que la persona que se pone en manos de un sujeto con poderes hipnóticos, acepta en forma tácita las consecuencias de sus actos al estar bajo estado hipnótico.

Pasando a la violación de un sujeto privado del sentido por medio de drogas, narcóticos o anestésicos tenemos las siguientes opiniones:

López Gómez y Gilbert Calabuig, señalan que "la narcosis deja al anestesiado en estado inconsciente, pero en la práctica es muy poco probable que tenga lugar una violación bajo sus efectos. Es posible, aunque no conocemos casos, en que se hayan utilizado modernos derivados -- barbitúricos de acción rápida para conseguir un sueño rápido y profundo en que satisfacen los deseos lúbricos, su administración por vía endovenosa facilitaría la realización de la narcosis y, por consiguiente, del delito, pero siempre habría que preguntarse ¿Por qué la llamada victi-

54. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit. p. 268.

me consintió en que le administraran aquella inyección?" 55

Sydney Smith sobre la utilización del cloroformo asevera "la hipótesis del peñuelo aplicado a la boca, o agitado en el rostro de la víctima, que inmediatamente pierde el conocimiento es pura invención de la fantasía, más fácil sería, probablemente violar por la fuerza a una mujer que privarla del sentido contra su voluntad mediante el cloroformo". 56

Refiriéndose el mismo autor a los anestésicos - señala, que puede darse el caso de la aplicación de éstos, con consentimiento de la víctima por cuestiones médicas como pueden ser operaciones quirúrgicas o dentales.

Añadiendo dicho tratadista que las mujeres, particularmente las neuróticas, bajo estados anestésicos --- tienen alucinaciones o sueños realistas, los que son de índole erótica que las lleva a creer verdaderamente que han sido objeto de una violación.

Nos inclinamos por aceptar la violación tratándose de personas bajo los efectos de drogas. Pero nos parece acertada la observación de López Gómez y Gilbert Campbell en cuanto al consentimiento prestado por la violada para que le aplicaran la inyección; aún cuando pensa-

55. KVITKO, LUIS ALBERTO. Ob. cit. p. 26.  
56. Ibid.



mos en la posibilidad de que la víctima haya consentido en la aplicación de la droga por creer que se trataba de algún medicamento.

De la misma manera admitimos que el estado de inconsciencia de un sujeto como resultado de la aplicación de anestésicos, para la realización de intervenciones quirúrgicas, puede ser aprovechado por un médico o por cualquier otra persona encargada del cuidado de la persona anestesiada para copular con ella.

Creemos pertinente hacer referencia a aquellos casos en que la persona violada es narcotizada haciéndole ingerir alguna droga mezclada con otro tipo de bebida como por ejemplo refresco, aprovechando la confianza que la víctima tiene en el agente.

Así mismo, el Maestro Jiménez Huerta señala que "Dada la naturaleza de dichas sustancias, la posibilidad de hallarse las mismas más o menos fácilmente al alcance de cualquier persona y la factibilidad que presentan de ser ministradas o mezcladas con alimentos o bebidas de apariencia inocuas, asumen y revisten en la praxis una gran frecuencia e importancia como medios comisivos del delito de violación." 57

57. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Cb. cit. p. 269.

#### D. CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Primeramente recordaremos el concepto de conducta, teniendo que conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Ahora bien, el artículo 265 de nuestro Código Penal, en su primera parte dispone "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo..."

Se infiere en forma clara, que el acto ejecutivo o conducta en el numeral enunciado con antelación, consiste en tener cópula con una persona, teniendo como medio de comisión la violencia, en cualquiera de sus formas, esto es física o moral.

González de la Vega señala que la acción típica del ilícito de violación consiste en la cópula, pudiendo ser ésta normal o contranatura.

Resultando, que la cópula ó acceso carnal por sí sólo no constituye conducta ilícita, como acertadamente lo hace notar Mariano Jiménez Huerta, quien manifiesta que "la conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo 'tenga cópula con una persona". Este comportamiento fáctico, empero, solo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia típica, la cual sólo surge cuando la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral o se rea

liza con persona menor de doce años o que esté imposibilitado para producirse voluntariamente o de resistir." 58

Careciendo de relevancia jurídica el ayuntamiento carnal obtenido con el consentimiento de la persona, es decir, sin que concurra violencia, física o moral, con persona menor de doce años ó que no esté en posibilidades de resistir la conducta ilícita, en virtud de que para -- trascender al ámbito legal requiere enlazarse con los medios empleados para obtenerla; violencia moral o física -- para el caso de violación propia; (entratándose de la violación impropia debe enlazarse con la condición del sujeto pasivo), esto es, el ayuntamiento o conjunción carnal debe lograrse a través de la violencia, ésta necesariamente el camino usado para alcanzar la cópula, resultando -- evidente que al ser utilizada la violencia se procede sin el consentimiento de la ofendida y, aún más, contra su voluntad.

#### AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo de la conducta, por lo que se presenta dicho aspecto negativo en el delito que nos ocupa si fuere posible llevar a cabo el acceso carnal ó cópula contrariando la voluntad --

58. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit. p. 253.

del sujeto activo y desde luego la voluntad de la víctima, es decir, que el agente fornicara sin el consentimiento - del sujeto pasivo en éste y en contra de su propia voluntad, hipótesis que nos parece imposible de realizarse.

#### E. TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.

Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal.

Son elementos del tipo: el bien jurídico tutelado, sujeto activo, sujeto pasivo.

##### a. BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado en el delito que nos ocupa, no escapa a las diversas interpretaciones de los tratadistas, quienes adoptan muy particulares puntos de vista, resultando que algunos autores ubican el bien jurídico protegido por la violación en la honestidad, dentro de esta corriente, entre otros autores están Beling, Jiménez de Azúa y Eusebio Gómez, quien sostiene la equiparación del pudor y la honestidad, y dice textualmente que "la violencia encierra, desde luego, un ataque a la libertad sexual; pero no es ella el bien que con ese delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor que existe en las relaciones sexuales fuera de la normalidad y naturalidad." 59

Frias Caballero, citado por Celestino Porte -- Petit sostiene un criterio semejante, indicando que se - lesiona la honestidad o pudor individual y subsidiaria-- mente la libertad sexual.

Garona por su parte señala como bienes protegidos por el delito de violación, el pudor, a la libertad sexual, así como al orden de las familias.

Mientras que Guillermo Cabanillas lo trata como un ataque al pudor y la libertad.

Ahora bien, por honesto el diccionario de la Academia entiende al recatado, pudoroso, decente, justo y honrado, esto es, cualidades propias de los poseedores de la honestidad, a virtud de que sus actos y no de actos ajenos, los que no perjudican ni comprometen en nada su decencia o pudor individual, en consecuencia, la violación sufrida en contra de la voluntad no empobrece ni disminuye la honestidad del sujeto violado por no ser un hecho imputable a su actuar toda vez que su voluntad no ha concurrido al acto, sino que es producto de un actuar totalmente ajeno al pasivo. También se ha afirmado, que este delito afecta la honestidad familiar, afirmación -- que damos por falsa, en virtud de que la víctima del delito puede carecer de familia.

59. GOMEZ, EUSEBIO. Ob. cit. p. 88

Carrera por su parte sitúa a la violación carnal dentro de los delitos contra la pudicia individual.

Manzini y Vannini refieren como bien jurídico tutelado en la violación a la inviolabilidad carnal.

Fontan Balestra señala que la libertad individual es el bien jurídico tutelado que se lesiona con el delito de violación, en virtud de que quien tiene derecho a elegir el objeto de su actividad sexual y de prescindir de ella cuando así lo desee, es el sujeto pasivo; con similar apreciación Jiménez Huerta determina que es el derecho que tiene el hombre de copular con quien le place y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su agrado.

José Ignacio Garona estima que los objetos -- que la ley protege en el ilícito a estudio son el pudor individual, la libertad sexual y el orden familiar.

González Blanco, señala que el bien jurídico tutelado por el delito de violación es la libertad sexual.

Criterio al que se adhiere el maestro Porte - Petit, al citar a Saltelli y Romano Di Falco, quien manifiesta que la libertad sexual se hace consistir en la libre determinación del sujeto sobre su cuerpo en cuanto - hace a las relaciones sexuales dentro del marco del derecho y la costumbre sexual.

Nuestros Tribunales en algunas Jurisprudencias también han hecho patente que el bien protegido que se - lesione con la conducta delictiva es, como se ha venido diciendo, la libertad sexual; así en ellas establece:

"El delito de violación, no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual" 60

"El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación concierne esencialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto -- por la violencia constituye el máximo ultraje" 61

Martínez Rosero acepta como la mayoría de los - autores citados, que el bien jurídico que la ley protege en el delito de violación es la libertad sexual.

#### b. SUJETO ACTIVO.

En cuanto a quien puede ser sujeto activo en el delito de violación encontramos diversos criterios, entre los que podemos mencionar:

1. El que sostiene que sólo el hombre puede ser sujeto activo en la violación, en virtud del significado

60. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Segunda Parte. Vol. XXV. p. 117.

61. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, - Vol. CV. pp. 829-839.

de la palabra acceso.

2. El que asegura que sólo el varón puede ser sujeto activo en el ilícito a estudio en razón del funcionamiento fisiológico propio del sexo masculino.

3. El que considera que tanto el hombre como -- la mujer pueden ser sujetos activos en el delito materia de nuestro estudio.

La primera corriente es sostenida por autores - argentinos como Sebastián Soler, Ure, Nuñez y García Zava lia, los que no aceptan a la mujer como sujeto activo en el delito de violación, tal negativa es comprensible si - tomamos en cuenta que la misma se encuentra apoyada en la redacción del artículo 119 del Código Penal Argentino, el que señala: se sancionará al que tuviere acceso carnal, - en tanto que acceso significa entrar, penetrar. En consecuencia tiene acceso quien penetra, en tal virtud, sólo - el hombre es quien puede penetrar o acceder, lo que es -- bien claro en razón de su físico, en tanto que la mujer - únicamente podrá ser sujeto pasivo de este ilícito.

En nuestro país, dentro de esta corriente podemos nombrar a González Blanco, quien manifiesta: "el elemento nuclear de la acción descrita en el artículo 265 -- del Código Penal para el Distrito Federal -- es tener cópula-. y tener cópula consiste en la introducción de un órgano capaz de ser introducido en el cuerpo ajeno, es de--



cir, el hombre. En consecuencia, como la mujer no puede tener cópula no cabe admitir que pueda desarrollar una conducta que sea subsumible en el precepto citado con antelación." 62

Jorge R. Moras, citado por la maestra Marcela Martínez Roaro, considera que sólo el hombre puede ser sujeto activo tratándose del delito de violación, en virtud de que para que éste exista debe darse la penetración, la que únicamente el varón puede llevar a cabo, por lo tanto la mujer no puede ser sujeto activo.

Particularmente, no aceptamos esta corriente, pues del propio artículo 265 del Código Penal deducimos -- que puede ser sujeto activo de este delito el hombre o la mujer pues si no existe limitación o especificación en la redacción del numeral citado respecto al sexo del sujeto activo, no hay razón para interpretarlo limitativamente al sexo masculino.

Lo anterior, aunado a que el Código Penal señala: "tengo cópula", más no "acceco carnal", como menciona el Código Penal Argentino, lo que a nuestro criterio da una visión o significación más amplia del término cópula.

En la segunda corriente mencionaremos a Teodoro González, quien anota que parece imposible que un su-

62. GONZALEZ BLANCC, ALBERTO. Ob. cit. p. 160.

jeto del sexo masculino sea objeto de violación por parte de una mujer, obteniendo de éste la conjunción carnal por medio de la violencia física, toda vez que en el ayuntamiento carnal la parte activa esté a cargo del varón, la cual no puede llevarse a cabo contra su consentimiento.

Por último, en la tercera postura, Carrara, -- siguiendo a Carpozovio anota que "generalmente se sostiene que la violencia carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre, pero mal podrá configurarse la violencia carnal consumada por la mujer sobre el hombre y en términos de la violencia física, y por esto los doctores suponen comunmente esta hipótesis dentro de la violencia moral." 63

Pannain indica que la mujer puede ser sujeto activo en la violación, y no sólo el varón, aún cuando en éste no se puede incitar la erección por medio de la violencia.

Fontan Balestra, por su parte, acepta como sujeto activo de este delito a la mujer. Siendo coincidentes Pannain y Carlos Fontan Balestra al concebir a la mujer como sujeto activo en la violación en el caso de que el pasivo sea un varón menor de doce años.

Aclarando el autor argentino, que en el ámbito

63, CARRARA, FRANCISCO. Ob. cit. p. 239.

de la práctica es difícil obtener la cédula sobre el varón en contra de su voluntad, en virtud de la naturaleza propia del hombre, ya que el varón requiere una colaboración psíquica para lograr que sus órganos genitales estén en -- condiciones de llevar a cabo el ayuntamiento carnal.

El maestro Celestino Porte Petit sobre este punto nos dice que la mujer puede ser sujeto activo de violación cuando se haga uso de la violencia física en razón de que "puede lograrse 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." 64

Por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquiera, es decir, toda persona del sexo masculino o femenino, siendo prudente, a nuestro particular punto de vista, recordar que debe ser cualquier persona con capacidad de entender y querer, es decir, que sea imputable.

#### C. SUJETO PASIVO.

En cuanto a quien puede ser sujeto pasivo en el delito de violación, Vannini señala que puede serlo cual--

64. PORTE PETIT CANAUDAR, CELESTINO. Ob. cit. p. 77.

quier persona siempre que sea de sexo diferente al del su  
jeto activo.

El artículo 265 del Código Penal señala "Al que -  
por medio de la violencia física o moral realice cópula -  
con persona de cualquier sexo...". De donde inferimos que  
sujeto pasivo en este ilícito puede serlo hombre o mujer.

Encontrando entre los distintos penalistas acuer-  
do respecto de este punto; así tenemos a:

Sebastián Soler quien acertadamente anota que de  
acuerdo a la característica esencial de este ilícito, por  
lo que hace al bien jurídico tutelado es natural que para  
configurarlo sea irrelevante el sexo y la condición del -  
sujeto pasivo, pues es suficiente que se trate de una per-  
sona, y por lo tanto, únicamente se excluyen los actos de  
bestialidad y la ofensa inferida a un cadáver. En conse-  
cuencia puede tratarse de una mujer o de un varón; de per-  
sona honesta o deshonesto.

Fontan Balestra señala que toda vez que no hay --  
distinción en cuanto a las características del sujeto pa-  
sivo puede ser cualquier persona sin que sea relevante su  
condición. Siendo indispensable que la cópula se haya re  
lizado sobre persona viva, en virtud de que el muerto no  
es titular de ningún derecho.

Mientras que el maestro Forte Petit, citando a -  
Ranieri y Manfredini manifiesta que siguiendo la redac--

ción del artículo 265 del Código Penal tenemos que el sujeto pasivo de la violación puede serlo el hombre o la mujer, añadiendo que independientemente del sexo del agente, el hombre puede ser sujeto pasivo; mientras que la mujer podrá ser sujeto pasivo siempre y cuando el sujeto activo lo sea el varón.

En efecto, nuestra ley no realiza distinción alguna para excluir a determinadas personas como sujeto pasivo del delito de violación, por ello creamos que tal determinación no represente ningún problema, entonces, cualquier persona (hombre o mujer) puede ser sujeto pasivo de este delito.

Aclarando, que no requiere de calidad especial, pudiendo ser como ya se dijo anteriormente, varón o mujer; siendo indiferente el estado civil de la víctima, si es viuda, soltera, ó casada; así como la forma de vida, esto es, si es honesta o deshonesto, o bien si es virgen o no. Siendo esto válido lo mencionado con entelección para la violación propia.

A diferencia de la violación impropia, donde el sujeto pasivo requiere tener una calidad especial, la cual consiste en la minoría de edad, doce años, o bien en la incapacidad que sufre el sujeto pasivo por cualquier causa que impide al sujeto pasivo resistir la conducta delictuosa del agente.

#### d. MEDIOS.

Los medios que exige el tipo descrito en el artículo 265 del Código Punitivo son:

a) Cópula por medio de la violencia física (vis absoluta).

b) Cópula por medio de la violencia moral (vis compulsiva).

Toda vez que anteriormente ya hemos estudiado - la violencia moral, en sus dos formas, física como moral, en este apartado unicamente haremos una breve reseña:

Violencia física es la fuerza material aplicada precisamente sobre el cuerpo del sujeto con el que se pretende copular, la cual es suficiente para aniquilar la resistencia de dicha persona, obligándolo a la realización del ayuntamiento carnal.

La resistencia que opone la víctima debe ser -- constante y seria.

Es constante cuando es sostenida hasta el último instante, lo que no significa que deba ser una mártir la víctima, resistiendo la violencia de su atacante, sino que la persona violada al percaterse de lo vano de su esfuerzo ante la fuerza material desplegada por su violador, se da por vencida.

Es seria cuando está libre de toda simulación, es decir, que realmente muestra la voluntad contraria de la víctima, a la copulación.

Mientras que la violencia moral es la amenaza de un mal grave presente e inmediato, pudiendo recaer sobre la persona con la que se quiere realizar la conjunción carnal ó sobre persona ligada al sujeto pasivo por fuertes lazos de afecto. Así como también puede recaer sobre intereses jurídicos como son la libertad, la vida, la integridad corporal, el patrimonio o el honor.

Recordando que la amenaza o amago en que se haga consistir la violencia moral debe ser lo suficientemente grave para intimidar a la víctima, debiendo depender la realización o actualización de la amenaza directamente del sujeto activo, pues de lo contrario, no encontramos la causa por la cual puede atemorizar o intimidar una amenaza cuya realización no depende del sujeto amenazador, es decir, -- que está fuera de su alcance la realización de ella.

De igual manera, debe tomarse en cuenta:

- La constitución física de la violada como del agente, en el caso de violación por medio de la vis absoluta.

- El carácter de la víctima tratándose de violación haciendo uso de la vis relativa.

Lo anterior en virtud, que consideramos son pun-

tes claves que en muchos casos nos daran la pauta para --  
llegar al conocimiento de la verdad.

#### AUSENCIA DE TIPO.

A este respecto, la maestra Martínez Rosero nos --  
dice que la ausencia de tipo o atipicidad puede presentarse  
se por ausencia del bien jurídico protegido, ausencia de  
calidad en el sujeto pasivo, tratándose de violación im--  
propia; ausencia de medios o bien por consentimiento del  
sujeto pasivo, tratándose de violación propia.

Por su parte el maestro González Blanco señala --  
que la atipicidad en la violación propia puede presentar--  
se por ausencia de los medios violentos; y en lo que se --  
refiere a la violación equiparada, se presentará porque --  
la víctima no se encontrara privada de razón.

Así mismo, Porte Petit anota que se puede estar --  
frente a la tipicidad cuando falten los medios exigidos --  
por el tipo, es decir, la violencia física o moral, esto  
es, que el consentimiento de la víctima esté presente.

Dice el mismo autor que el consentimiento de la --  
presunta víctima es una causa de atipicidad, en virtud --  
de que el numeral 265 del Código Penal demanda que el --  
exceso carnal se realice contra el consentimiento del su--  
jeto pasivo.



Vannini citado por el autor mencionado con antelación, afirma que en el delito de violación carnal e comparación de otros ilícitos, el consentimiento del sujeto pasivo es una causa que convierte el hecho que prevé el Código Penal en condición negativa del hecho.

Contando con Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal que a la letra dice:

"VIOLACION. Este ilícito tiene como presupuestos: a) realización de una cópula entre el sujeto activo y la ofendida, sin el consentimiento de ésta; b) empleo de la violencia física o moral por parte del agente que anule toda resistencia para evitar la agresión sexual; — por lo tanto si no está demostrado que la cópula se realizó con la ofendida sin su consentimiento, se destruye el tipo penal de la violación." 65

El penalista Jiménez Huerta señala que "como en los delitos de violación, rapto de fuerza o atentados al pudor realizados sobre una persona púber, se tutela la libertad sexual como derecho subjetivo, el consentimiento otorgado por su titular, imposibilita la valoración antijurídica de la conducta." 66

65. Boletín de Información Judicial, Año XI, Num. 111. — pp. 715-716. Año 1956.

66. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Ob. cit. p.

A continuación daremos ejemplos de casos en que se presente la atipicidad:

1. Cuando la persona violada ha prestado su consentimiento, esto es, que la cópula o conjunción carnal - ha sido obtenida con ausencia de los medios exigidos por la ley, violencia física o violencia moral, puesto que -- la presunta víctima dió su consentimiento.

2. En el caso de la violación impropia, cuando el sujeto pasivo ha otorgado su consentimiento para el acceso carnal y dicha presunta víctima es mayor de doce -- años de edad, estando en consecuencia, plenamente facultada para resistir el actuar doloso del agente.

3. Siguiendo con la violación impropia, cuando la ofendida tenga facultad para resistir el actuar doloso del agente pero hace aparecer que carece de tal capacidad, como sería el caso de que la presunta víctima finje un -- desmayo y durante éste esta es copulada.

Aunque el tipo penal del delito de violación no marca en forma expresa, como calidad del sujeto pasivo, - que sea un sujeto vivo, tal situación se desprende de los términos empleados para la redacción del artículo 265 del Código Penal, en tal virtud, estaremos ante ausencia de - tipo cuando el sujeto activo lleva a cabo el acceso carnal sobre el cuerpo de una persona fallecida creyendo que éste está desmayada, esto es, que el agente hace uso de -

la violencia física para obtener la cópula pero los golpes inferidos al sujeto pasivo son tales que le provocan la — muerte instantánea de la víctima y el violador, en virtud del grado de excitación en que se encuentre no se percata de la muerte de su víctima y creyendo que unicamente está desmayada ejecuta en ella la cópula, por lo que su conducta no podrá encuadrarse a la prevista en el precepto citado, sino a la que prevé el artículo 281 del mismo Código Punitivo.

#### F. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Pennain manifiesta que el hecho es ilegítimo siempre que se reúnen todos los extremos del hecho abstracto y no existan causas de exclusión del delito.

Concretándonos al delito de violación, señala — Eugenio Cuello Calón que la cópula, debe ser ilícita, así mismo dice Antolisei que "la violencia debe ser ilegítima".

Por su parte Carlos Fontan Balestra anota que el ayuntamiento carnal es ilegítimo siempre que se realiza en persona sobre la que el sujeto activo no tiene derecho a — requerir ni el pasivo tiene el deber de tolerar.

Concluye Forte Petit diciendo que en el delito a estudio la conducta antijurídica es aquella que encuadra en el tipo previsto por la ley y no existe una causa de lícitu.

De donde anotamos que adecuándose la conducta - del agente a lo descrito en el artículo 265 del Código Penal, hay ausencia de causas de licitud, en consecuencia, es antijurídica la cópula obtenida por medio de la violencia física o moral cuando no existe alguna causa de licitud.

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION.

También son llamadas causas de licitud. Son las condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica.

Teniendo que el artículo 15 del Código Penal -- anote como causas de justificación las siguientes:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Obediencia jerárquica.
- e) Impedimento legítimo.
- f) Ejercicio de un derecho.

Entre los tratadistas existe acuerdo respecto - de que en el delito de violación no pueden darse las causas de licitud enunciadas en los incisos "a" al "e", es decir, los contenidos bajo los rubros de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica e impedimento ilegítimo.

Nuestro punto de vista es que salvo el caso, que consideramos hasta cierto punto fantasioso, de aquel que es obligado a copular a alguna persona, amenazado de un mal a su persona, como podría ser la muerte o alguna mutilación, por un sicópata sexual, caso que como ya dijimos sería muy remoto y su veracidad debería estar lógicamente apoyada no sólo en la versión del sujeto activo obligado a la realización del ayuntamiento carnal por medios violentos, sino también en la declaración de la propia violada.

Siendo éste, el único caso que a nuestro parecer podría presentarse.

Por su parte, algunos autores opinan que puede presentarse el ejercicio de un derecho como causa de justificación, como es el caso de la cópula violenta obtenida por uno de los cónyuges sobre el otro, mientras que otros penalistas afirman que no existe tal causa de justificación.

En efecto, los criterios de los tratadistas, respecto de este punto, pueden agruparse en dos grandes corrientes:

La primera es la que sostiene que no puede darse el delito de violación entre cónyuges, en virtud de que el varón que impone a la esposa la cópula por medio de la violencia absoluta no está haciendo otra cosa que reclamando un derecho del que es el legítimo titular.

Entre los seguidores de este punto de vista tenemos a:

Carrara, quien señala: "Es indudable que aunque pueda reprochársele brutalidad, el marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto que autorice la consumación o tentativa de la cópula carnal" 67

Carrance y Trujillo sostiene que el acceso carnal del varón con su esposa, en contra de la voluntad de ésta o bien haciendo uso de la violencia, no hay delito de violación en virtud de que el marido únicamente está ejerciendo un derecho.

Siguiendo esta línea tenemos el criterio de Eugenio Cuello Celón, quien anota que la cópula del marido con violencia o sin el consentimiento de la mujer no es constitutiva del delito de violación, toda vez que es legítima, pues el hombre actúa en el ejercicio de un derecho.

Maggiore señala que el ayuntamiento carnal obtenido por uno de los cónyuges sobre el otro por medio de la violencia no es violación, siempre que no sea un desahogo indebido y de manera ilícita.

Así mismo, Manzini manifiesta que el acceso carnal en condiciones normales, al que uno de los cónyuges -

67. CARRARA, FRANCISCO. Ob. cit. p. 242.

obligo al otro por medio de la violencia física o moral no es un hecho punible.

Asegura Pannain que es obligación de los cónyuges la conjunción carnal, por lo que no puede negarse a ella en ausencia de argumentos válidos, en consecuencia el cónyuge que es constreñido a realizar la cópula no -- puede alegar ser víctima de violación.

Opina Sebastián Soler que por el matrimonio, - los cónyuges limitan su libertad sexual y que la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud esté imbuida en la recíproca obligación sexual de -- parte de los cónyuges y consiguientemente, cuando uno de ellos realice la cópula por medio de la fuerza física o de la fuerza moral, no ataca la libertad sexual del otro puesto que no existe tal libertad en virtud del matrimonio, no produciéndose en consecuencia, delito de violación.

Del mismo modo, Sebastián Soler manifiesta que no hay delito de violación dentro del matrimonio cuando existe de por medio un deber conyugal.

Otro autor que comparte este criterio es Carrancé y Rivas, quien sostiene que no es constitutivo -- del delito de violación la cópula del varón con su cónyuge en ausencia del consentimiento de la mujer y aún cuando se emplea moderada violencia, toda vez que se esté en

el ejercicio de un derecho y la cónyuge no pueda oponerse a ello argumentando hacerlo en legítima defensa en virtud de que existe ilícita agresión; apoyando tal criterio en el argumento de que el matrimonio es un contrato definido por el Código Civil como unión legal de dos personas de - sexo diferente, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente y para el cumplimiento de todos los fines de la vida. En consecuencia, las relaciones homosexuales, degeneradas, contra natura son causas de nulidad y disolución del matrimonio, siendo lo anterior prueba de que dichas aberraciones van en contra de los fines del matrimonio y por lo tanto, la relación sexual normal, es cosubstancial del matrimonio y por ende, la negativa para la copulación normal dentro del matrimonio constituye un abandono de obligaciones de los cónyuges, excepto, en los casos de enfermedad del cónyuge que requiere del - otro el ayuntamiento carnal.

Porte Petit opina que un efecto del matrimonio es que los cónyuges limitan su libertad sexual cuando se trata del ayuntamiento carnal lícito en virtud de que étos tienen una obligación carnal recíproca y consiguientemente, cuando uno de los cónyuges lleva a cabo el coito por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no actúa contra la libertad sexual del otro por estar ausente ésta.

Anotando los autores citados que caso distinto



el ejercicio de un derecho y la cónyuge no puede oponerse a ello argumentando hacerlo en legítima defensa en virtud de que existe ilícita agresión; apoyando tal criterio en el argumento de que el matrimonio es un contrato definido por el Código Civil como unión legal de dos personas de - sexo diferente, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente y para el cumplimiento de todos los fines de la vida. En consecuencia, las relaciones sexuales homosexuales, degeneradas, contra natura son causas de nulidad y disolución del matrimonio, siendo lo anterior prueba de que dichas aberraciones van en contra de los fines del matrimonio y por lo tanto, la relación sexual normal, es consubstancial del matrimonio y por ende, la negativa para la copulación normal dentro del matrimonio constituye un abandono de obligaciones de los cónyuges, - excepto, en los casos de enfermedad del cónyuge que requiere del otro el ayuntamiento carnal.

Porte Petit opina que un efecto del matrimonio es que los cónyuges limitan su libertad sexual cuando se trate del ayuntamiento carnal lícito en virtud de que éstos tienen una obligación recíproca y consiguientemente, cuando uno de los cónyuges lleva a cabo el coito por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no actúa - contra la libertad sexual del otro por estar ausente ésta.

Anotando los autores citados que caso distinto

y por ende constitutivo del delito de violación, es aquel en el que el cónyuge constriñe al otro por medio de la -- violencia física o moral a la cooulación anormal o contra natura, o bien cuando la realización del acceso carnal implique peligro para la mujer o la prole, como es el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.

Los partidarios de esta posición, argumentan -- fundamentalmente que los cónyuges tienen un derecho correlativo al demandar del otro la prestación sexual y por -- ello es lícito y legítimo cualquier acto encaminado a hacer valer ese derecho.

Así mismo, aducen que en virtud del matrimonio los cónyuges renuncian a su libertad sexual (bien jurídico tutelado en el delito de violación) y al no haber bien jurídico no se puede hablar de lesión a un bien jurídico.

Igualmente, la mayoría de los seguidores de este criterio, aceptan que sólo habrá violación cuando el -- cónyuge es obligado al fornicio anormal o contranatura; ó cuando represente un peligro para el otro cónyuge o bien para la prole.

En nuestra opinión, sostenemos que si bien es -- cierto que el cónyuge tiene un derecho correlativo al pedir del otro la relación sexual, también lo es que ello -- no lo autoriza a exigirlo por medio de la violencia física o moral, pues como acertadamente señala González de la

Vega, apoyándose en el artículo 17 de la Constitución Mexicana, ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar sus derechos.

No estamos de acuerdo con la idea de que en virtud del matrimonio los cónyuges renuncian o nulifican su libertad sexual, pues ello nos llevaría a convertir al -- cónyuge en un objeto o instrumento de placer al servicio del otro cónyuge, perdiendo por tanto toda calidad de persona, ubicándolo en una situación semejante a la de un esclavo, haciendo a un lado la igualdad jurídica de los sexos establecida y consagrada en el artículo 40. de nuestra Carta Magna.

En efecto, consideramos que la opinión de los - autores en este sentido, de que no hay violación cuando - uno de los cónyuges exige del otro la relación sexual por medios violentos, se encuentra apoyada en la vieja y caduca idea que concede superioridad al varón frente a la mujer, y en consecuencia considera a la esposa esclava al - servicio del otro cónyuge.

De igual manera, señalamos que tal negativa del cónyuge a corular puede constituir en su caso, abandono - de las obligaciones maritales, pero por ningún motivo sentimos que tal negativa dé derecho al otro cónyuge para hacer uso de la violencia, por moderada que ésta sea, para llevar a cabo el fornicio.

Por otra parte, respecto a que existe violación unicamente cuando el marido impone la cópula padeciendo sifilis consideramos que tal enunciación es limitativa, pues podríamos entonces decir que cuando tenga alguna otra enfermedad venérea, está obligada la mujer a consentir la conjunción carnal sin que este hecho; de acuerdo a la postura de algunos autores, integre delito de violación?. Por tanto estimamos que en todo caso debiera manejarse el término "enfermedad venérea".

Y para cerrar este punto, diremos que al no excluir la propia ley penal a la esposa como sujeto pasivo del ilícito a estudio, se debe afirmar que donde la ley no distingue, no tenemos por qué distinguir los interprettes de la ley.

Así mismo, contamos con el criterio que sostiene que puede constituirse el delito de violación entre cónyuges, en virtud de que el ejercer violencia sobre uno de los cónyuges para obtener la cópula es una conducta ilícita por no existir una causa de justificación que revista de licitud su conducta.

Entre los autores que comparten este criterio -- tenemos a:

Ignacio Garza quien considera que la cópula obtenida por medios violentos por parte de uno de los cónyuges es constitutiva de la violación.

Jorge R. Moras señala que la violación no es justificable en razón del matrimonio, en consecuencia, - acepta que comete violación el marido que obtiene el coito por medio de la violencia.

González Blanco sostiene que, dentro del matrimonio el acceso carnal ejecutado con violencia integra - el delito de violación.

De igual manera, Antonio de P. Moreno manifiesta que el hombre que accede carnalmente por medio de la violencia a su cónyuge incurre en la comisión del delito de violación en virtud de que el marido carece de derecho para imponer su voluntad a través de medios violentos escudándose en la razón de la perpetuación de la familia, toda vez que no puede argumentar que obra en el cumplimiento de un deber o bien en el ejercicio de un derecho, que le otorga la ley.

Consecuentemente, si no existe justificación alguna para el varón que constriñe a la mujer, a través de la violencia el acceso carnal normal, menos la hay - entendiéndose de actos contrarios a los fines del matrimonio, como lo es la conjunción carnal contra natura.

Añadiendo Jiménez Huerta que por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el varón que haciendo uso de la violencia física o moral, obtiene cópula con su cónyuge es penalmente responsable del delito de viola-

ción.

Por su parte la maestra Martínez Roaro se adhiere al criterio de los tratadistas citados admitiendo que comete violación el cónyuge que obtiene la cópula haciendo uso de la violencia física o moral.

A nuestro particular punto de vista, esta es la corriente acertada. En efecto, el matrimonio es un vínculo que crea derechos y obligaciones para los contrayentes, pero no un vínculo que cercene la libertad de alguno de los cónyuges, en consecuencia, no admitimos que uno de los cónyuges pueda obtener la cópula con el otro por medio de la violencia, y toda vez que el bien jurídico tutelado -- por el delito de violación es la libertad sexual, los cónyuges, al igual que cualquier otra persona tiene la facultad de decidir en qué momento desea tener relaciones sexuales.

#### G. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Imputabilidad. Es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal.

Señala Porte Petit que "el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad, originándose una hipótesis de inimputabilidad en este delito, cuando exista en el sujeto activo una hipótesis de las previstas en la fracción II del artículo 15 del Código Penal" 68

Continúa diciendo el autor citado con antelación que por lo que hace a las acciones libres en su caso, es posible que se presente el delito a estudio, pero siempre que el agente, actuando dolosamente se sitúe en estado de inimputabilidad para cometer el delito de violación, pues como es de explorado derecho, el delito de violación únicamente puede cometerse dolosamente.

En efecto, para que una persona pueda ser imputable, ésta debe tener capacidad de querer y entender.

Interpretando a contrario sensu la fracción II del artículo 15 del Código Punitivo tenemos que es imputable todo sujeto que no padezca trastorno mental al cometer el delito, o que no padezca desarrollo intelectual retardado que no le permita entender el carácter ilícito de su actuar.

#### CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

De igual manera, el artículo citado anteriormente nos indica que son inimputables aquellos sujetos que al momento de cometer la conducta delictuosa, se encuentre afectado por un trastorno de carácter mental o que tenga una deficiencia intelectual que le imposibilite para comprender la ilicitud del hecho o bien que no le permite ag

68. PORTE PETIT.CANDAUDAP, CELESTINO. Ob. cit. p. 60.

tuar de acuerdo a esa comprensión.

Excluyendo naturalmente, a aquellos sujetos que en forma intencional o imprudencial se han colocado en tales situaciones.

A este respecto Vannini manifiesta que sujeto activo en el delito de violación puede ser cualquiera, es decir, toda persona de sexo femenino o masculino, pero -- que posea capacidad de entender y de querer. Agregando -- que en cuanto al delito que nos ocupa son dos las causas que pueden disminuir o descartar la capacidad de querer y entender, y éstas son: la enfermedad mental y los estados pasionales.

De la enfermedad nos dice que por mínima que -- sea ésta, puede, en algunos casos ser una causa determinante de la violación.

Anotando que "En los individuos neuropáticos, -- la vehemencia del estímulo puede alcanzar el grado de una necesidad orgánica que pone en peligro su libertad de querer, pues en tales casos, el no satisfacer el instinto sexual produce una verdadera fiebre o un estado de éxtasis -- acompañado de ansia, estado en que el individuo es dominado por la violencia del impulso" 69

69. VANNINI, OTTORINO. El delito de Violación Carnal. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. 15 Julio-Agosto 1966. México.



Por otra parte, nos dice, del estado pasional: "cuando no esté limitado a imprimir los motivos de la conducta una fuerza impulsiva particular pero vencible, sino que, al hacer arder y activar el fuego de la conciencia, altere de tal manera o llegue hasta trastornar el funcionamiento del psique incapacitando al sujeto para entender o querer (aunque tal estado no puede definirse como enfermedad mental en el sentido clínico de la palabra) ofrece una importancia especial, en el campo de los delitos contra la libertad sexual" 70.

Así mismo, este autor anota que la persona que encontrándose en estado de embriaguez culpable copule con un sujeto haciendo uso de la violencia física o moral, -- no es penalmente responsable de su conducta.

De la misma manera, Forte Petit señala que se presenta el delito de violación cuando el sujeto activo dolosamente se sitúa en estado de inimputabilidad para -- llevar a cabo el acceso carnal violento, más no, cuando -- su conducta dolosa es únicamente respecto de colocarse en el estado de inimputabilidad más no para cometer el delito de violación toda vez que este delito sólo puede cometerse dolosamente.

Creemos que aún cuando pudiera presentarse la -- hipótesis señalada por el maestro Forte Petit, en la práctica es muy difícil de probar que el agente sólo se colocó

en estado de inimputabilidad dolosamente sin el propósito de llegar al yacimiento carnal violento, pues únicamente se contraría con el dicho de éste en cuanto a la forma en que llegó a dicho estado de inimputabilidad.

Resumiendo, tenemos que una persona es inimputable cuando sufre algún trastorno mental o deficiencia de la misma índole que no le permite entender su actuar ilícito, o bien, que aún cuando lo entiende no puede adecuar su conducta a dicho entendimiento.

Debiendo diferenciarse entre los estados de inimputabilidad por causas ajenas o no provocados por el sujeto activo de aquellos en que el agente se coloca dolosamente para ejecutar su conducta ilícita.

#### H. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Culpabilidad. El delito materia de nuestro estudio sólo puede cometerse dolosamente, es decir, que el agente debe querer el resultado de su actuar.

En efecto, como acertadamente señala Porte Petit para la existencia del delito de violación, se requiere que el acceso carnal se obtenga haciendo uso de la violencia física o moral, siendo necesaria la concurrencia del dolo pues es imposible que se de la violencia física o moral, sin la asistencia de éste.

González Blanco manifiesta que el delito de vio-

lación es un ilícito de dolo, toda vez que éste se infiere del uso de los medios de comisión exigidos por este ilícito.

Añadiendo este autor, que en lo referente a la violación impropia es indispensable para que la conducta del sujeto activo sea considerada dolosa, que dicho agente tenga conocimiento de la situación en que se encuentra el agente pasivo, misma situación que le impide resistir el ayuntamiento carnal a la víctima.

En consecuencia, el dolo se desprende de la voluntad del sujeto activo de realizar el acceso carnal con persona, de uno u otro sexo, por medio de la fuerza física o moral, tratándose de violación propia; y aprovechándose de la situación en que se encuentra la ofendida en el caso de la violación impropia.

#### CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad.

Son causas de inculpabilidad:

1. El error de hecho
2. La no exigibilidad de otra conducta.

En nuestra opinión, y por lo que respecta al delito a estudio, únicamente puede presentarse como causa de inculpabilidad la hipótesis prevista en primer término, — pues nos parece inconcebible que el agente copule violenta

mente al sujeto pasivo en virtud de que no se le exige otra conducta.

Del error podemos señalar que como ejemplo, suponiendo que la cópula violenta ejecutada por uno de los cónyuges sobre el otro no constituye delito de violación imaginemos que el cónyuge copula violentamente con una persona creyendo que copula con su cónyuge, no es culpable de su actuar, pues si bien es cierto que lleve a cabo el ayuntamiento carnal violento, ésta violencia es lícita, y él, el cónyuge que accede carnalmente al "otro" tenía la certeza de que era su cónyuge con quien copulaba y precisamente en virtud de esa creencia fué que realizó la cópula, por lo que no es posible calificar su conducta de dolosa; pero cabría aquí la pregunta: ¿En que circunstancias puede darse tal confusión de personas? Admitiendo únicamente el caso de personas idénticas, pero consideramos muy difícil de presentarse.

Al respecto Vannini dice que el error excluye el dolo, pero no el error de mero hecho, sino el error de derecho. En efecto, es el error en virtud del cual, queremos y creemos realizar un hecho distinto al que prevé la ley, ejemplificando lo anterior, tenemos que un sujeto se une carnalmente con otro que ha prestado su consen-

70. Ibid.

timiento, pero este sujeto padece alguna enfermedad mental que invalida o nulifica su consentimiento, y el sujeto activo ignora tal circunstancia.

Añadiendo, a nuestro parecer, que tal enfermedad debe ser de cierto grado para que pueda pasar desapercibida para el sujeto activo.

Pareciéndonos casi imposibles las hipótesis señaladas con anterioridad.

#### I. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

**Punibilidad.** El párrafo primero del artículo -- 265 del Código Penal para el Distrito Federal señala la pena de ocho a catorce años de prisión para el que haciendo uso de la violencia física o moral ejecute cópula con persona de cualquier sexo (violación propia).

Misma pena de prisión que es aplicable en el caso de la violación impropia prevista en el artículo 266 -- del mismo código Punitivo, es decir, a aquel que sin hacer uso de la violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa esté imposibilitada para resistir la conducta delictuosa.

Aumentando la pena señalada anteriormente hasta en una mitad en el caso de que la violación impropia sea ejecutada por medios violentos.

Nos parece que en el caso de la violación impropia

pie la pena debiere ser mayor no sólo cuando es ejecutada con violencia, esta idea de que debe aumentarse la pena por la violación impropia surge en razón de que la situación del sujeto pasivo es especial, pues al no ser éste igual a los demás sujetos en virtud de su situación, debe protegérsele más y en consecuencia, al ser mayor el bien jurídico protegido, debe aumentarse la pena que se imponga como sanción.

En lo referente a la parte final del artículo 266 del Código Penal, creemos que al señalar "hasta en una mitad" permite, a criterio del Juzgador, aplicar únicamente la pena de ocho a catorce años sin que ésta sea aumentada, por lo que estimamos que debiere establecerse en dicho artículo "en una mitad más" y no "hasta en una mitad".

#### EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En el delito de violación, no encontramos que la ley establezca alguna excusa absolutoria.

**CAPITULO III**  
**ABERRACION SEXUAL INSTRUMENTADA**  
**PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL**

- A. CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.**
- B. TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.**
- C. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.**
- D. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.**
- E. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.**
- F. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

### CAPITULO III

#### ABERRACION SEXUAL INSTRUMENTADA,

#### PARRAFO SEGUNDO DEL CODIGO PENAL

Con motivo de las reformas hechas a nuestro Código Penal, el artículo 265 de dicho ordenamiento se vio adicionado con un segundo párrafo, el cual a la letra dice:

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

Dando así lugar a un nuevo tipo al que hemos dado el nombre de aberración sexual instrumentada.

#### A. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

Conducta. Como ya hemos advertido, la conducta que enuncia el precepto citado es introducir por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al -- miembro viril.

Y, que se entiende por elemento y qué se entiende



de por instrumento?

Elemento.- Cada una de las partes más o menos separables de un todo complejo.

Instrumento.- Lo que se emplea para alcanzar - un resultado. Objeto empleado para la comisión de un delito.

Las definiciones encontradas en el diccionario respecto del significado de instrumento y elemento, no -- nos dan exactamente una pauta para la interpretación co--  
rrecta del segundo párrafo del artículo 265 del Código Pu  
nitivo.

En consecuencia, creemos que por instrumento o elemento debemos entender cualquier objeto o parte del -- cuerpo humano que pueda ser introducido en vaso anal o va  
ginal, sustituyendo al miembro viril, como por ejemplo, - un dedo, un palo, el cañón de una pistola, etc.

Estimando pertinente anotar aquí que para que - la introducción del instrumento o elemento en orificio -- anal o vaginal sea constitutiva del delito de violación - no requiere que dicha introducción sea completa, bastando con que ésta sea en el más mínimo grado y sin que se re--  
quiera desfloración de la víctima, para el caso de que la víctima sea mujer; toda vez que la introducción puede ve  
rificarse por vía vaginal y por vía anal.

## AUSENCIA DE CONDUCTA.

Estaríamos en presencia del aspecto negativo de la conducta, en el tipo a estudio si fuere posible la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto - al pene por vía anal o vaginal, en la persona del ofendido si este conducta se realiza no solamente en contra de la voluntad de la víctima, sino también en contra de la voluntad del sujeto pasivo. Estimando nosotros, que es ig posible que se presente este aspecto negativo.

### B. TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.

**Tipicidad.** La tipicidad consiste en la adecuación de lo prescrito por el artículo 265 párrafo segundo del Código Penal, es decir, que existe introducción de -- cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, en cavidad anal o vaginal de cualquier persona, esto es, persona de cualquier sexo, por medio de la violencia física o moral.

Analizando los elementos del tipo tenemos:

#### a. BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado en el segundo párrafo del precepto citado es la libertad sexual, pues estimamos que todo acto de índole sexual que es impuesto por medio de la violencia física o moral, ataca la libertad sexual, así como también estimamos que se tutela la dignidad humana, pues esta conducta descrita en el multicitado párrafo

del numeral 265 del Código Punitivo a nuestro particular - punto de vista resulta humillante en virtud de que el sujeto activo del del ilícito al realizar estos actos tiene no sólo un ánimo sexual sino también un ánimo de humillar a su víctima, dada la anormalidad de la conducta desplegada por el agente.

#### b. SUJETO ACTIVO.

En esta especie del delito de violación, el sujeto activo puede serlo el hombre o la mujer indistintamente. Lo que se infiere claramente de la lectura del artículo -- 265 en su segundo párrafo de nuestro Código Penal vigente, pues tanto el varón como la mujer pueden realizar la introducción de cualquier elemento o instrumento en vaso anal ó vaginal de otra persona, usando como medio comisivo la violencia física o moral.

En efecto, a diferencia del primer párrafo del precepto citado, no cabe la menor duda de que el sujeto -- activo en el caso a estudio puede serlo el hombre o la mujer, pudiendo darse las siguientes hipótesis:

1. Sujeto activo varón y víctima también varón, realizando la introducción el activo por vía anal.
2. Sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer, -- ejecutando la introducción por vía anal o vaginal.
3. Sujeto activo mujer y sujeto pasivo varón, --

siendo en consecuencia la introducción por vía anal, y

4. Sujeto activo mujer y el sujeto pasivo también mujer, realizándose la introducción por vía anal o vaginal.

#### c. SUJETO PASIVO.

De la propia redacción contenida en el artículo 265 párrafo segundo del Código Penal se infiere claramente que la víctima o sujeto pasivo puede serlo persona del sexo femenino o masculino, esto es, que al varón ó a la mujer les puede ser introducido un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía anal; y a la mujer también por la vía vaginal.

#### d. MEDIOS.

Los medios exigidos por el tipo del delito objeto de nuestro análisis, al igual que en la violación propia, son la violencia física y la violencia moral.

Presentándose las siguientes situaciones:

1. Introducción de elemento o instrumento distinto al miembro viril por vía anal, haciendo uso de la violencia física.

2. Introducción de elemento o instrumento distinto al pene por vía anal, haciendo uso de la violencia moral.

3. Introducción de elemento o instrumento diverso del miembro viril por vía vaginal empleando la violencia física.

4. Introducción de elemento o instrumento diverso del pene, por vía vaginal empleando la violencia moral.

En este apartado, creemos conveniente señalar - que al igual que en la violación propia la violencia debe ser ejercida con la finalidad de llevar a cabo la introducción de elemento o instrumento en vaso vaginal o anal de la víctima.

De la violencia física apuntaremos que ésta debe ser ejercida precisamente sobre la persona a la que se pretende introducir el instrumento o elemento; violencia que debe ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima o minarla.

A diferencia de la violación propia, ante la -- simple manifestación de que no se quiere la introducción del objeto sustituto del pene, el agente no podrá argumentar que realizó el acto equiparable a la cópula creyendo que era grato para su víctima, toda vez que en virtud de la naturaleza del acto no nos imaginamos que éste pueda - resultar grato a persona alguna, y únicamente lo aceptamos en el caso de un enfermo sexual, en cuyo caso, será - materia del proceso la comprobación de la desviación sexual del sujeto pasivo y por ende su consentimiento para

que el activo realizara tal conducta.

Estimando que a pesar de lo anotado anteriormente no es del todo suficiente la simple negativa del pasivo, pues si bien es cierto, como ya dijimos, es imposible que a una persona le sea grata la introducción en vaso anal o vaginal de algún elemento o instrumento distinto al miembro viril, también lo es que ante un acto de tal envergadura no es verosímil que únicamente se niegue el pasivo a sufrir tal conducta, sin que ejecute cualquier acto defensivo para evitar tal penetración.

En consecuencia, nos atrevemos a señalar que la resistencia que oponga la víctima deber ser seria y constante, siendo constante cuando es sostenida hasta el último momento, excluyendo, por razones obvias la resistencia que se opone al principio y que es olvidada posteriormente para participar en la conducta desplegada por el activo; siendo seria la resistencia cuando ésta esté libre de toda simulación, es decir, cuando no se finge y se muestra verdaderamente la voluntad contraria de la víctima.

De la violencia moral anotaremos que puede ser ejercida en persona distinta de aquella a la que se procure violentar, siempre que esta tercera persona esté unida al sujeto pasivo del delito por fuertes lazos de parentesco o afecto; o bien, la violencia moral puede ser ejercida directamente sobre la persona del sujeto pasivo.

La amenaza en que consiste la violencia moral - ha de ser creíble y futura así como depender su realización del agente activo.

En efecto, para que pueda hablarse de que el ilícito se cometió haciendo uso de la violencia moral, ésta debe haber consistido en amagos o amenazas de un mal grave e inmediato capaz de atemorizar a la víctima, temor que debe alcanzar tal grado que mine o elimine la resistencia de la persona ofendida, considerando que la violencia moral en virtud de la cual el pasivo no opone resistencia ó ésta es vencida psicológicamente, es aquella que reúne las siguientes características.

Presente ó inmediata y que importe bienes de alto valor para la víctima como por ejemplo, la vida, la integridad corporal, propia o de seres allegados a la víctima por lazos de parentesco o amistad, lazos que deben ser lo suficientemente estrechos para que el pasivo al saber en peligro a dichas personas, unidas por amistad o parentesco a ellas, sienta temor por las mismas.

#### AUSENCIA DE TIPO.

Se presenta cuando hay introducción del miembro viril y no de elemento o instrumento diverso de éste.

Cuando no existe violencia física o moral.

Cuando la introducción seefelada en el artículo

265 párrafo segundo del Código Penal Vigente se realice en persona menor de doce años o que por alguna otra causa no esté en posibilidades de resistir la conducta ilícita del agente, sin hacer uso de la violencia física o moral.

#### C. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Antijuricidad. Esta se presente cuando la conducta es ilegítima y en la hipótesis que nos ocupa, será ilegítima siempre que por medio de la violencia física o moral se introduzca cualquier elemento o instrumento distinto del pene en vaso vaginal o anal de persona sobre la que no se tiene derecho para ejecutar dicho acto. En efecto, es ilegítima la conducta que reúne los extremos señalados por el tipo cuando no concurre ninguna causa de licitud.

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION.

No encontramos en esta hipótesis del delito a -- estudio alguna causa de justificación o licitud que pueda operar.

Efectivamente, al hacer un análisis de las causas de justificación, no concebimos que bajo el título de alguna de ellas pueda ampararse el actuar del sujeto pasivo.

No cabiendo la menor duda de que existe acuerdo de los tratadistas con la aseveración anterior, pues aquí



no se puede argumentar el ejercicio de un derecho, como en la violación propia, en que el cónyuge obtiene el acceso carnal con el otro haciendo uso de la violencia física o moral, pues en el presente caso no puede esgrimirse que se tiene un derecho a la realización de la conducta descrita en el segundo párrafo del artículo -- 265 del Código Penal por ser ésta uno de los fines del matrimonio.

#### D. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

**Imputabilidad.** Es imputable aquel sujeto que tiene capacidad de entender y comprender el alcance de su conducta.

Es decir, que el sujeto es imputable siempre que no exista una causa de inimputabilidad que le impida entender las consecuencias y alcances de su proceder.

#### CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

En el inciso "G" del capítulo anterior señalamos como causas de inimputabilidad la enfermedad mental y los estados pasionales, pero en esta hipótesis consideramos que sólo puede operar la primer causa enunciada, o sea, la enfermedad de carácter mental.

En efecto, creemos que la enfermedad mental -- puede ser un motivo para que el individuo que la padece

realice esta conducta, al no comprender el alcance de sus actos.

Descartando la posibilidad del estado pasional como causa de inimputabilidad toda vez que como mencionamos anteriormente, apoyándonos en lo expresado por Vanni ni, si bien es cierto que la vehemencia del estímulo llega a un grado de necesidad orgánica, también es cierto que la conducta que tipifica el artículo 265 párrafo segundo del Código Punitivo no es una necesidad de carácter orgánica derivada de un estado pasional.

#### E. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Culpabilidad. Este delito únicamente se concibe que puede ser cometido dolosamente, pues no es imaginable que se despliegue la conducta descrita en el segundo párrafo del numeral 265 del Código Penal, en ausencia de dolo.

En efecto, el simple hecho de que la introducción del objeto diverso del miembro viril se realice usando la violencia física o moral, implique necesariamente la concurrencia del dolo, esto es, que no es comprensible que por medio de la violencia se ejecute la introducción por la vía anal o vaginal de elemento o instrumento distinto del pene, en ausencia de la voluntad del sujeto activo.

### CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Son causas de inculpabilidad:

El error y la no exigibilidad de otra conducta.

Estimamos que en el presente caso no opere ninguna de las dos causas de inculpabilidad que mencionamos.

### P. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Punibilidad. El Código Penal para el Distrito Federal en el párrafo segundo de su artículo 265 señala pena de prisión de uno a cinco años para aquel que introduzca por la vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral.

Pena que particularmente consideramos ridícula, pues de ninguna manera es acorde a la gravedad del delito que se sanciona.

En efecto, si la conducta prevista en el artículo 265 párrafo segundo del Código Punitivo es análoga a la conducta prevista en el primer párrafo del precepto mencionado ¿Por qué no se le aplica la pena análogamente al párrafo segundo del numeral enunciado?

Resultando, que la pena de prisión impuesta en el artículo 265 segundo párrafo del Código Penal permite al autor de la conducta descrita en el párrafo citado gozar del beneficio de la libertad provisional.

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

1. La violación es una de las acciones más bárbaras cometidas en perjuicio del hombre; toda vez que con ésta se ataca la libertad del ser humano a elegir y decidir con quien y cuando tener relaciones sexuales.

2. Aceptamos la cópula o acceso carnal por vía oral, anal y vaginal, pues al no especificar el Código Penal en que se hace consistir la cópula, creemos que debe interpretarse en su más amplio significado.

3. La fuerza física desplegada por el activo para obtener el ayuntamiento carnal debe ser bastante y suficiente para minar la resistencia grave, persistente y continuada del sujeto pasivo, debiendo ser ejercida precisamente sobre la persona con quien se quiere copular.

4. La fuerza moral requiere ser suficiente, en virtud de su formalidad y gravedad, para atemorizar a la víctima y obligarla a soportar el coito; esta fuerza puede ser realizada directamente sobre la víctima o sobre personas ligadas a ella por vínculos de parentesco o afinidad muy estrechos.

5. En lo concerniente al acceso carnal obtenido con violencia dentro del matrimonio, consideramos que ---

constituye violación, en virtud de que los cónyuges al --  
contraer nupcias no mutilan su libertad; por tanto la ne-  
gativa de uno de los cónyuges a copular con el otro, no -  
legitima al otro para ejercer violencia en contra de su -  
cónyuge para conseguir la relación sexual.

6. Resulta importante la adición realizada al -  
artículo 265 del Código Penal, aún cuando consideramos --  
que es incompleta pues de su redacción se desprende que -  
los sujetos menores de doce años de edad o que por cual--  
quier causa no puedan resistir la conducta del agente, no  
son comprendidos como sujetos pasivos, en el caso de que  
a éstos se les introduzca, por la vía anal o vaginal, un -  
elemento o instrumento distinto del miembro viril, sin --  
hacer uso de la violencia.

7. Igualmente, la penalidad aplicada al párrafo  
segundo del artículo 265 del Código Punitivo nos parece -  
por demás mínima, toda vez que la conducta descrita en --  
la aludida adición es desplegada en razón de un instinto  
sexual enfermo ó bien por el ánimo de humillar al sujeto  
pasivo, lo que, en el segundo caso, nos hace suponer una  
reflexión antes de la comisión del ilícito, aunado al da-  
ño físico y psicológico que se causa con la realización -  
de esta conducta. Siendo incomprensible que se aplique --  
una pena menor a la hipótesis prevista en el segundo párra-  
fo del artículo 265 del Código Penal; y una pena mayor a

la hipótesis señalada en el primer párrafo del numeral citado; aún cuando la gravedad de la conducta descrita en el segundo párrafo, es mayor.

8. Una lógica consecuencia de la pena tan baja que se impone al sujeto que despliega la conducta descrita en el multicitado párrafo segundo del precepto mencionado con antelación es que el agente ni siquiera está en prisión por unas horas, toda vez que dicha penalidad le permite obtener el beneficio de la libertad provisional y, aún cuando al terminar el proceso se le considere responsable, puede alcanzar el beneficio de la condena condicional.

9. Sentimos que el bien jurídico tutelado por el segundo párrafo del artículo 265 del Código Penal es la libertad sexual, en virtud de las partes del cuerpo en que es ejecutado el acto delictuoso; así como también lo es la dignidad humana en razón de la anormalidad de la conducta delictuosa.

10. Por lo que respecta a la penalidad aplicada al que copule con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidades de resistir la conducta delictuosa, sin hacer uso de la violencia, pensamos que debiera elevarse pues el estar imposibilitado el sujeto pasivo para resistir el actuar del agente, no es necesario que el sujeto activo actúe violentamente.

### BIBLIOGRAFIA

1. CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen II, 3a. edición. Edit. Temis Bogotá, 1973.
2. CUELLO CALÓN, EUGENIC. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II, Tomo II, 13a. edición. Edit. Bosch, Casa Editorial Vigal, Barcelona.
3. DE P. MPRENO, ANTONIC. Curso de Derecho Penal Mexicano. De los delitos en particular. Edit. Porrúa, México, - 1968.
4. FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho Penal. Parte Especial. 8a. edición. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1956.
5. GOMEZ, EUSUBIO. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Compañía de Editores, Buenos Aires, 1940.
6. GOLDSTEIN, RAUL. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 2a. edición actualizada y ampliada. Editora - Astres, Buenos Aires, 1983.
7. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 2a. edición. Edit. Porrúa, México, 1969.

8. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1970.
9. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Edit. Porrúa. México, 1971.
10. KVIKIC, LUIS ALBERTO. La violación. 1a. edición. Edit. Trillas. México, 1986.
11. MARTINEZ ROARO, MARCELA. Delitos Sexuales. 3a. edición. Edit. Porrúa, México, 1985.
12. PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV, Volumen IV, 5a. edición. Edit. Nauta, Barcelona.
13. PONTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 4a. edición. Edit. Porrúa. México, 1985.
14. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Compendio de Derecho Penal. Volumen II. Parte Especial. Edit. Revista de Derecho - Privado. Madrid.
15. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tomo III, - Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.
16. VANNINI, OTTORINO. El delito de violación carnal. Derecho Penal Contemporáneo. 15 Julio-Agosto 1956. México.



## LEGISLACION

- Código Penal para el Estado de Aguascalientes, 1986.
- Código Penal para el Estado de Baja California, 1983.
- Código Penal para el Estado de Chiapas, 1985.
- Código Penal para el Estado de Chihuahua, 1989.
- Código Penal para el Estado de Coahuila, 1985.
- Código Penal para el Estado de Colima, 1985.
- Código Penal para el Estado de Durango, 1983.
- Código Penal para el Estado de Guanajuato, 1988.
- Código Penal para el Estado de Guerrero, 1986.
- Código Penal para el Estado de Hidalgo, 1983.
- Código Penal para el Estado de Jalisco, 1985.
- Código Penal para el Estado de México, 1989.
- Código Penal para el Estado de Michoacán, 1988.
- Código Penal para el Estado de Morelos, 1985.
- Código Penal para el Estado de Nuevo León, 1985.
- Código Penal para el Estado de Puebla, 1985.
- Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, 1980.
- Código Penal para el Estado de Sinaloa, 1989.
- Código Penal para el Estado de Tamaulipas, 1985.
- Código Penal para el Estado de Tlaxcala, 1964.
- Código Penal para el Estado de Veracruz, 1989.

**Código Penal Anotado.**

**Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, edición  
Décima Cuarta; Edit. Porrúa, S.A., México 1989.**

**Leyes Penales Mexicanas.**

**Tomo 1, 2, 3 y 4. Instituto Nacional de Ciencias Penales,  
México, 1979.**