

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ACATLAN”



ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION
EN EL PROYECTO CODIGO PENAL TIPO



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

LUIS FERNANDO CHIMAL GARDUÑO

MEXICO, D. F.

1984

M-0028445



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi Padre, a quien agradezco sus consejos experimentados y su apoyo, tanto económico como moral, factores importantes que hicieron posible que terminara - mi carrera profesional.

A mi Madre, a quien sus esfuerzos y desvelos fueron los que - contribuyeron también, para que lograra uno más de mis objetivos en la vida.

A mis queridos hermanos:

Rogelio Antonio

y

José Luis

por sus consejos.

A mi tfo, Ingeniero Pedro Garduño
Díaz, por sus orientaciones en el
transcurso de mi carrera profesion
nal.

A mis demás familiares,
por su apoyo moral.

M-0028445

A mi estimado y querido camarada y Director de Tesis Lic. René Archundia Díaz, a quien sin sus sabios consejos y orientaciones, no hubiera podido realizar satisfactoriamente este modesto trabajo.

A mis maestros de la E.N.E.P. -- "Acatlán" Licenciados: Solís, Neri Rivera, Francisco Lozano, Juan Manzanita, Carlos Oronóz, Cortina Peláez, Gabino Rosales, Ma. Teresa Higuera, Reyes Colín, Eusebio Guerrero, Garrido Villa, Sánchez Gavito, Gereón, Dibray, Ovalle y demás, cuyos nombres escapan a mi memoria, a quienes agradezco sus enseñanzas y consejos profesionales, que serán guía rectora en el ejercicio de mi profesión.

A mis compañeros de facultad,
cuyas experiencias me sirvie-
ron para formarme un criterio,
tanto para mi vida cotidiana, co
mo en el inicio de mi vida pro-
fesional, Gracias.

P R O L O G O

Independientemente de referirme al aspecto dogmático del Delito de Violación en cuestión, en el Código Penal Tipo, en este sencillo trabajo, trato de establecer las diferencias que existen entre nuestra ley penal actual y el Proyecto de Ley denominado Código Penal Tipo de 1963, en relación clara está con el Delito de Violación.

Ya que como lo expondré en renglones posteriores, es incorrecto por ejemplo, clasificar a dicho Delito, dentro del Capítulo referente a los "Delitos Sexuales", debido a que este término jurídico, se basa en la naturaleza de la conducta realizada solamente y no en el bien jurídico tutelado, siendo más correcta la expresión establecida por el Proyecto de Ley al que antes me referí y que es la de: "Delitos contra la Libertad e Inexperiencias Sexuales", porque señala claramente y con precisión, los bienes jurídicos que se tratan de proteger, así mismo existen muchas otras comparaciones entre ambos Códigos Penales, aunque el segundo sólo sea un Proyecto de Ley, que durante el desarrollo de este trabajo se irán tratando.

Sin embargo, también es importante hacer mención a la obsolescencia de las penas y sanciones que señala nuestro Código Penal Vigente, en relación con el ilícito en cuestión, comparándolas con las que le señala el Código Penal Tipo de 1963, dando como resultado de dichas comparaciones, la necesidad urgente de que se reforme nuestra ley penal, ya que como se sabe, data de 1931 su última modificación normativa.

También hago referencia a algunos aspectos doctrinarios y en cuyos puntos difiero de ellos, utilizando un razonamiento lógico - jurídico en mis aseveraciones, abriendo una serie de caminos, para un estudio más profundo, sobre este mundo jurídico, fascinante y complejo.

Por lo demás, sugiero que dicho Código Penal Tipo de 1963, al estar elevado a la categoría de Proyecto de Ley, debe pasar por todos y cada uno de los requisitos que son indispensables para estructurar una ley y que como sabemos son: El de Iniciativa o Proyecto de Ley, el de Aprobación, el de Revisión, el de Promulgación y el de Publicación, llegando posteriormente a ser una ley.

Por último, espero que en el presente estudio dogmático de dicho ilícito, se encuentren algunas aportaciones al mismo, que puedan servir para su mejor comprensión y estudio, así también para lo mismo, en la elaboración de los artículos de nuestro Código Penal Vigente y su aplicación, referidos al Delito en cuestión.

EL AUTOR.

C A P I T U L O I

A) DEL DELITO EN GENERAL

1. - ASPECTOS GENERALES.

2. - LA ESCUELA CLASICA.

3. - LA ESCUELA POSITIVA.

B) DIVERSAS TEORIAS QUE ESTUDIAN AL DELITO.

C) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

C A P I T U L O I

A) DEL DELITO EN GENERAL.

1. - ASPECTOS GENERALES.

La palabra Delito deriva del latín Delinquere, que significa, abandonar alejarse del sendero señalado por la ley, apartarse del buen camino.

Los autores a través de la historia del Derecho, han tratado de encontrar -- una definición de Delito que sea esencial, filosófica y universalmente válida, en todo tiempo, espacio y lugar.

Debido a situaciones diversas cuando se ha tratado de encontrar dicha defini
ción, los hechos a medida que se van suscitando la van modificando, y esto es, debido a que el Delito se dá según las costumbres, idiosincrasia, tradi
ción, religión y modo o manera de ser de cada pueblo, así como de sus ne
cesidades, en sus diversas etapas y épocas a medida que se va desarrollan
do, produciendo ésto, que acciones aparentemente no delictuosas lo sean, pero no vamos a encuadrar al Delito desde el punto de vista de ingredientes causal explicativos, como el maestro Fernando Castellanos Tena lo menciona, sino desde el punto de vista "del Derecho" (1), porque sólo a través de éste, podemos llegar a definir con precisión y exactitud y a la vez jurídica
mente, tanto en su carácter formal como substancial al Delito.

(1) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 15a. Edición. Página 125. México 1981.

No es cierto que el Delito Penal esté en contra u oposición con las diversas ciencias o disciplinas que en su medida tienen cierta relación con el mismo, tales como la Psicología, Biología, Sociología, Criminales y otra más.

Pero lo cierto es que una definición de Delito, no la podemos obtener en toda su esencia jurídica de la Antropología, Sociología o Psicología.

Por lo que sólo debemos de referirnos a aspectos meramente de Derecho, para encontrar una definición que se ajuste a la época y realidad en que vivimos, aunque no sea universalmente válida.

Esto es, debido a que a medida que evoluciona la historia del mundo donde tenemos nuestro habitat, nuestro modus vivendi, han venido y seguirán viniendo una gama extensa de definiciones, y así como en un lugar se van conociendo y se va transformando el tiempo, se admiten o se exterminan por no estar adecuadas a la vida actual, por el grupo de gente que poseen sus conceptos propios de lo que es o no es Delito.

Por otra parte, Maggiore expresa, (2) que así como existe una Teoría General del Derecho, también existe una Teoría General de Delito, que está comprendida en aquella y de la cual emana.

De la variedad de definiciones que se han escrito acerca de lo que significa el Delito, citaré algunas de las más importantes.

(2) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Segunda Edición. Página 170. México 1963.

He de referirme primeramente a la que cita Francisco Carrara, gran cate-
drático y jurista de la Universidad de Pisa, quien se refiere al Delito como:
"La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguri-
dad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o
negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (3). Carrara, es
el más destacado jurista de la Escuela Clásica por su lógica y conocimien-
tos jurídicos.

De este concepto se desprende que nos habla de un ente jurídico y no de un
hecho natural, teniendo razón el jurista italiano, ya que no podemos some-
ter al Delito a medios causales que producen las leyes de la naturaleza, y
que son consecuencia del mundo de la misma.

Aparece después Rafael Garófalo quien conceptúa al Delito Natural dicien-
do que: "Es una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en
los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la
medida media en que son poseidos por una comunidad y que es indispensa-
ble para la adaptación del individuo a la sociedad" (4).

El maestro Villalobos Ignacio, expresa: "Que si aceptamos que es la viola-
ción de los sentimientos, sería caer en un sentido subjetivo variable en ca-
da sujeto, por lo que no se puede aplicar a una sociedad".

En la época actual los penalista han sentado las bases para encontrar una
definición jurídicamente estricta del Delito, pero en sí los verdaderos - -

(3) Carrara Francisco. Programa del Curso de Derecho Penal. Volumen I,
Número 21. Página 60.

(4) Garófalo Rafael. Criminología. Página 8. Turín 1891.

poseedores de éstas, son los grandes penalistas alemanes de principios de siglo, porque para tal fin recogen a los elementos del Delito, formando así definiciones dogmáticas jurídicas.

Como la de Edmundo Mezger, Profesor de la Universidad de Munich, quien se refiere al Delito como: "Una acción típicamente antijurídica y culpable" (5).

Con razón afirma el maestro Castellanos Tena, que para Edmundo Mezger, "El Delito es una acción punible" (6).

Porque motivado Edmundo Mezger, por los hechos ocurridos en Gundriss Alemania en Junio de 1935, que causó la modificación del párrafo segundo del Código Penal del Raid, agrega en su definición obligado por las circunstancias la terminología "amenazado con una pena", por lo que esto cambió su definición inicial.

Pero ésto, no causa desmérito a este autor alemán, ya que nos dió una definición de Delito, que aunque no sea perfecta, descubrió el camino para estudiar la dogmática jurídica en relación al Delito y darnos un concepto y definición jurídica, en su esencia y contenido.

El concepto jurídico del Delito, sus raíces deben de encontrarse en el Derecho mismo, para reunir a los elementos del Delito y hacer el análisis de cada uno de ellos, para tener una idea clara de lo que es, en su conteni

(5) Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Caracas. -Páginas 206 y 255.
(6) Castellanos Tena. Ob. Cit. Página 129.

do, y para encausar el estudio del Delito nos encontramos, con la noción jurídica formal y la noción jurídica substancial del Delito.

En relación a lo que establece nuestro Código Penal Vigente en su artículo séptimo que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", y en el concepto jurídico formal del delito, nos hace suponer que la noción formal del Delito, se inicia en la ley positiva.

Nuestro Código Penal en su definición se refiere a la amenaza penal, donde algunos autores dicen que es la consecuencia del delito y otros la apoyan diciendo que es una caracterización del Delito.

Edmundo Mezger se contradijo en sus ideas al no aceptar primero dicha amenaza penal y posteriormente apoyándola refiriéndose a ella en el sentido de que era necesario que se estableciera en la definición.

Luis Jiménez de Asúa, toma como base lo anterior para expresar su pensamiento diciendo: "Cuando no la precisamos se queda reducida a mera consecuencia, cuando nos hace falta, reasciende a su categoría de característica específica.

Esto no puede ser muy hábil, pero no tiene la menor seriedad científica. Un elemento característico de la infracción no puede cambiar de índole conceptual a mero efecto, para recuperar su puesto luego. Si es un carácter del Delito ahora, es porque nunca dejó de serlo" (7).

(7) Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Páginas 439. y 536.

A pesar de la defensa inteligente que hace Jiménez de Asúa, de la amenaza penal y no particularmente de nuestro Código Penal, sino de un punto en general.

Autores mexicanos como Fernando Castellanos, que critican acertadamente dicha definición formal a la que se refiere nuestro Código Penal, cuando nos dice: "Que no siempre se puede hablar de la pena como medio eficaz de la caracterización del Delito. Una actividad humana es penada - - cuando se califica como delito, pero no es delictuosa simplemente porque se le sanciona penalmente" (8).

Con lo explicado anteriormente no quiero intentar desentrañar la esencia analítica del Delito, ya que esto toca exclusivamente al estudio substancial. Sólo quiero hacer notar con lo dicho antes y en relación a la definición formal del Delito, que ésta es criticable.

Para realizar el estudio substancial del Delito existen dos corrientes: El Unitario o Totalizador y el Atomizador o Analítico.

Al primero se le caracteriza por su hermetismo, ya que no se permite realizar al Delito en cuanto a sus elementos uno por uno, sino sólo como una unidad, en un todo orgánico.

(8) Castellanos Tena, Páginas 129 y 130.

Actualmente la mayoría de los autores se inclinan por la corriente Analítica o Atomizadora, para estudiar al Delito en su contenido, ya que este parte de los elementos integradores del ilícito penal.

Es decir, que en la noción jurídica substancial del Delito, se le estudia como un todo que se sujeta a los elementos que lo forman, se le analiza en cada uno de éstos para conocer su contenido, se penetra a la intimidad de su naturaleza.

Pero no debemos confundirlo con el sistema totalizador, ya que en éste no es permitida su disección para asimilarlo en su esencia.

Quiero señalar en este momento que en la noción analítica, se toma en cuenta a sus partes para su estudio, pero esto no quiere decir que al estudio se le integre como a una unidad.

El propio Jiménez de Asúa, nos lo ejemplifica diciendo: "Jamás hemos negado que el fenómeno Delito viva, existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico, es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá como funciona en conjunto huesos y músculos, víscera y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina llamada Anatomía - y nos sigue diciendo - Estudiemos analíticamente al Delito para comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes sancionan". (10). En la definición del Delito encontramos dos tipos de tendencias -

(10) Jiménez de Asúa: Ob. Cit. 208 y 258.

desde el punto de vista jurídico, una formal y la otra substancial.

La formalista nos señala que las definiciones que de ella emanan, se encuentran en la ley en razón de su naturaleza, como ejemplo pondré la definición del artículo séptimo de nuestro Código Penal Vigente de 1931 "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (9).

La substancial hace alusión a dos aspectos, uno Unitario o Totalizador, en que al Delito se le estudia como a un todo y que no es posible su división en elementos para su mejor estudio Y el otro, es decir, el Analítico o Atomizador, se refiere al contenido o esencia del Delito, que es susceptible de ser dividido en diversos elementos para su estudio, sin dejar de recordar que existe un vínculo estrecho entre ellos y sin negar la unidad del Delito.

Haciendo alusión a la tendencia Analítica o Atomizadora, señalaré algunas definiciones al respecto:

Delito: "Es la acción típicamente antijurídica y culpable".

Edmundo Mezger.

Delito: "Es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible".

Francisco Pavón Vasconcelos.

Delito: "Es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a --

(9) Código Penal para el Distrito Federal.

una sanción penal".

Luis Jiménez de Asúa.

Delito: "Es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena".

Franz Von Liszt.

Delito: "Es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que lleva las condiciones objetivas de la penalidad".

Carlos Binding.

Fernando Castellanos cuando dice: "Que se adhiere a quienes niegan el carácter de elementos esenciales, a la Punibilidad, a la Imputabilidad, y a las Condiciones Objetivas de Penalidad". Se desprende, que para el maestro Tena, Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable (11).

Como conclusión a la tendencia Analítica o Atomizadora, diré que observando las definiciones a las que me he referido anteriormente, se desprenden siete elementos del Delito, de los cuales unos autores dicen que son esenciales y otros son de opinión contraria.

(11) Castellanos Tena. Ob. Cit. Páginas 130 y 174.

2.- LA ESCUELA CLASICA,

Esta escuela estudia al Delito dentro del ordenamiento jurídico, debido a que no lo conciben fuera de la Ley, y el mismo Carrará, al definir al Delito dijo: "Es la infracción del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo y negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

Por lo que el Delito para este autor no es un ente de hecho, sino un ente jurídico y esto es debido a que siempre su esencia debe consistir en la violación del Derecho.

Dice el maestro Castellanos Tena: "Que lo llama "infracción a la ley", (12) en virtud de que un acto se convierte en Delito, cuando choca contra ella, - pero para no confundirlo con el abandono de la Ley Moral, ni con el pecado, violación a la Ley Divina, agrega su carácter de "infracción a la ley del Estado", y dice, "que dicha ley debe ser promulgada, para proteger la seguridad de los ciudadanos", ya que si no tiene ese fin, carecería de obligatoriedad, y además, para afirmar que la idea especial del Delito está en la seguridad de los ciudadanos y no en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado.

Carrara, anotó en su definición, como dicha infracción es la resultante de un acto externo del hombre, ya sea positivo o negativo para separar de la ley penal, las simples opiniones, deseos y pensamientos, y así señalar - - -

(12) Castellanos Tena: Ob. Cit. Página 126.

que el hombre puede ser agente activo del Delito, tanto en sus acciones, como en sus omisiones moralmente imputables, por estar sujeto el individuo a leyes criminales, debido a su naturaleza moral". (13)

Eduardo Novoa, penalista de Derecho, trata de entender e interpretar a Carrara en cuanto al Delito diciendo: "Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el Delito y la Pena, y en las medidas de esas fuerzas expresa--das en las fórmulas carmignenas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber Delito en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasocia--dos, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores, procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a la objetividad y a la subjetividad de todo Delito que deben ser considerados, es decir, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto --que el Delito consiste en un choque entre un hecho humano y un Derecho. - Los Delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie e importan--cia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el Delito; la cantidad se ñala la relación de más o menos del Delito, atendiendo la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del Delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su -cualidad y cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como asimismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona.

(13) Novoa Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. 1960. Páginas 81 y 82.

También hay en ellas las fuerzas, física y moral, correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el Delito".

Menciono tanto a Carrara, porque es el pilar de la Escuela Clásica, y tocante a este sistematizador, el maestro Fernando Castellanos Tena, nos comenta que para Francisco Carrara: "El Delito es un ente jurídico que reconoce las fuerzas esenciales: Una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior, lesivo del Derecho y peligroso para el mismo.

La pena con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica, si excede, ya no es protección del derecho, sino violación del mismo.

La imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío" (14).

Esta Escuela es la más grande de todas, ya que cimentó las bases para el estudio del Delito Jurídico, en lo que a él toca, se le sistematizó. Todo principio tiene un fin, esta gran Escuela tuvo que descender, pero a través del tiempo demostró y sigue demostrando su valía, ya que los grandes fijaron su mirada y lo siguieron haciendo, para encontrar en ella la luz, que marca nuevos caminos en la investigación jurídica, haciendo que los grandes hombres se sublimen.

(14) Castellanos Tena. Ob. Cit. Páginas 127 y 128.

3. - ESCUELA POSITIVA.

Es de suponerse que esta escuela nace en contraposición con las teorías de la anterior, el positivismo alcanza su auge esplendoroso, utilizando métodos de las ciencias naturales basándose en éstos para la investigación del Delito, como medio para realizar su estudio.

Esta escuela ataca el acto externo del hombre que dá como consecuencia - al Delito, para verlo en un sentido del interior del hombre, haciendo alusión preferente a lo físico.

Su estudio se basa en la naturaleza, por medio del método de observación e inductivo.

A través de las ciencias causales explicativas se emplea a la experimentación, para encontrar las bases de lo que sería Delito para esta escuela y en forma fundamental la forma de su estudio. Para la Escuela Positiva es importante el medio ambiente en que vive el hombre, así como en las causas sociales y de manera fundamental sus características individuales, para encontrar las causas que impulsan al hombre a cometer el Delito, atendiendo a su personalidad y a su peligrosidad como delincuente.

Jiménez de Asúa, quien es un jurista distinguido emite su opinión respecto a la escuela en cuestión, diciendo "Fue una verdadera Revolución". El Delincuente y el Delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso ilumi-

nara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. Por eso la Escuela Positiva fue ardoroso ataque; como lo son todos los revolucionarios que tratan de destruir. Pero revolución, si no degenera en catátesis, tiene que llegar a la síntesis. Tal vez ésta pudiere haberse - - cumplido con Garófalo, Juárez y Barón, según hemos dicho, que quiérase o no, representaba la contrarrevolución, por eso su sistema penal es duro, y su concepción del Delito, del Delito Natural, en vez de partir de hechos, como tenía que hacerlo, practicando un buen positivista, se conduce del - análisis de los sentimientos. Repetimos que Garófalo pudo haber logrado la síntesis con su concepción del Delito Natural y con temibilidad, que pu do y debió ser, como él dijo, un criterio positivo del Derecho Penal. A - la postre al cabo de los años, Garófalo volvió, en la senectud, a las con cepciones de que saliera y se hizo fascista y reaccionario. La revolución en la época en que esplendía, tuvo sus evangelistas: Lombroso, Ferri y - Garófalo y acaso hubiera podido tener un cuarto, para que la concepción hubiera sido más exacta: Floretti, que se suicidó en su biblioteca que era estupenda, desesperado por la muerte de su padre" (15).

César Lombroso, para estudiar al Delito toma como base al delincuente, a través del método experimental, de donde crea la Antropología Criminal o Estudio del Hombre Criminal. Entonces Lombroso basa sus estudios en -

(15) Jiménez de Asúa. Ob. Páginas 55, 56, 252 y 253.

la Biología y Antropología Criminal, para que en estas ciencias o ramas de la Criminología, se le encontraran al hombre delincuente, características antropológicas, como por ejemplo, en el cráneo, mandíbulas, fosas oculares y en todo su aspecto superficial.

Comparó al delincuente con el loco, por las características antropológicas que de los dos había sacado en general y que eran similares.

Encuentra que el hombre es un salvaje, que se remonta a la prehistoria, - Lombroso quiere encontrar en las ciencias naturales, la explicación del - delincuente, pero su esfuerzo fue en vano, porque las ciencias causal ex- - plicativas darán al Derecho Penal una referencia sobre algo natural, pero nunca se identificará con los cimientos de dichas ciencias naturales.

Enrico Ferri, Abogado, consideró más viable estudiar al Delito en el - campo sociológico, ya que afirma, que en el Delito se dan fenómenos socio - lógicos, que en esa época estaban de moda por el auge que tomó la Teoría de Augusto Comte, es decir, donde el positivismo lo era todo.

Rafael Garófalo, expositor tenaz de la Escuela Clásica, distingue el Delito de lo jurídico a lo natural, atendiéndolo desde un plano observado desde los sentimientos, Jiménez de Asúa, nos dice al respecto: "En el aspecto netamente jurídico, es decir, en lo que se refiere al Delito, la posición de Garófalo, es auténticamente científica. Los positivistas no habían dado definición del Delito; éste seguía siendo lo que antes fue. Garófalo provee a las nuevas necesidades con la "Teoría del Delito Natural". Un verdadero posi-

tivista, debería haber emprendido el análisis de los hechos. Garófalo con razones espaciosas elude ese camino. Nos dice que hasta los más temibles crímenes no fueron siempre Delitos. Por ejemplo; el Parricidio que se daba en las tribus, en donde se excusaba al delincuente, cuando estaba el padre enfermo o era ya valentudinario. Con este pretexto eliminaba Garófalo, la vía que debió seguir, o mejor dicho desde el plano del positivismo que quería figurar. Decimos que la razón es preciosa, porque también la legítima defensa, a pesar de que hay un hombre muerto, queda justificada en las más remotas legislaciones y en todos los pueblos. Si el parricidio en ciertas épocas y en ciertas tribus, se disculpa por razón de enfermedad o vejez, es porque la valoración jurídica de esa época o de esos grupos, consideran excusable o justificada la muerte que se dá en tales condiciones. Pero es, el caso que Garófalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su Teoría del Derecho Natural, y en los de la naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad, halla las bases de su famosa definición, "El Delito Social o Natural, es una lesión de aquella parte del sentido que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad". Pero sus representantes no la lograron salvar de su fin por más esfuerzos que intentaron. Su error estuvo en no haber utilizado el método que aconsejan las disciplinas propias de la cultura. Es conveniente recordar que el Derecho Penal no puede estar peleando completa-

mente con materias como la Sociología, Antropología, Psicología o Crimi-
nales, porque en ellas, se puede encontrar algún dato que le sirva de refe-
rencia. El maestro Castellanos en su obra de Lineamientos, transcribe -
un párrafo de las ideas de Ignacio Villalobos, que tomo para cimentar mi
posición anterior y que a la letra dice: "En materia penal - agrega Villalo-
bos -, el método de observación es adecuado para formar los primeros co-
nocimientos antropológicos y en cierta medida, los psicológicos, los socio-
lógicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos
de las sanciones que pueden orientar la penología, todo lo cual constituirá
los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que ha-
ya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres
dentro de las normas constitutivas del régimen social, pero sobre los cono-
cimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajan-
do en el campo jurídico, con método propio, sin que exista en ocasiones -
nada que observar y nada que inducir - El mismo autor continúa diciendo -
La Antropología, la Sociología y la Criminología, son ciencias naturales -
cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, escudriñar -
sus orígenes y fijar su mecanismo de producción. Son ciencias naturales
y deben tener como método preponderante la inducción. El Derecho Penal
en cambio, que trata de fijar un cauce a esa conducta y de imponerle una -
forma y límites determinados, se refiere al mismo objeto, pero se dife- -
rencia precisamente por su carácter eminente práctico, por su fin norma-
tivo y por su método; descansado parcialmente en los conocimientos alcan-

zados por aquellas ciencias naturales, en otras ciencias neológicas y culturales y sumado su propio aporte para la estructuración completa del edificio jurídico". (16).

Podemos concluir a la Escuela Positiva en el estudio del Delito de la siguiente manera: Para el estudio del mismo se emplea el método experimental, ya que a este lo capta dicha escuela, como un resultado de factores desprendidos de la personalidad del individuo y del medio que lo rodea. El delincuente es socialmente responsable en la medida de su temibilidad respecto de la sociedad, más no en cuanto a la gravedad de su falta.

Tanto el fenómeno social y natural resultado del delincuente constituyen por ellos el Delito. La pena a la que se refieren ellos es un medio de defensa social, pero no un castigo ya que ven en ella una readaptación del hombre a la sociedad. Para acabar de analizar esta escuela, que estudió al Delito concretamente, no enfocado su concepto a lo jurídico, sino más bien a lo social y natural, donde la vida de grupo es lo fundamental y para garantizarla deben prevenirla de los delincuentes. En suma el delincuente se niega al libre albedrío por lo que es un anormal, y el hombre no tiene libertad de elección. Estas doctrinas caen por no crear Derecho, sino ciencias naturales explicativas.

La Tercera Escuela es la Ecléctica llamada también Terza-Scuola, que -

(16) Castellanos Tena. Ob. Cit. Páginas 87 y 88, 71 y 98.

concilia los puntos opuestos entre los clásicos y los positivistas.

Sus principales exponentes son Carnevale y Alimena, esta acepta de la --
Escuela Positivista, el método experimental, y al Delito como fenómeno -
individual y social. De la Clásica, la responsabilidad moral para hacer -
la distinción entre inimputables e imputables.

Pero como su nombre de Ecléctica lo dice, acepta lo que le conviene, tan-
to de la Clásica como de la Positiva.

La Escuela Sociológica, tiene como característica esencial un marcado -
dualismo, utilizando métodos jurídicos de un lado y experimentales del -
otro; concepción del Delito como actividad jurídica y como fenómeno na--
tural imputabilidad y estado peligroso y como consecuencia, penas y me-
didas de seguridad jurídica, para que desde un plano estrictamente jurfdi
co se estudiase el Delito.

B) DIVERSAS TEORIAS QUE ESTUDIAN AL DELITO.

La Teoría del Delito, comprende el estudio de sus elementos, (17) su aspecto negativo y las formas de manifestación del mismo, por lo que dicha teoría debe dirigirse hacia tres problemas: La Existencia, su Inexistencia y la Aparición del mismo.

Para conocer la composición del Delito la doctrina ha recurrido a dos concepciones o teorías: La Unitaria o Totalizadora y la Atomizadora o Analítica.

La Teoría Unitaria o Totalizadora.- En la que los unitarios consideran al Delito como un Bloque Monolítico, y que de común acuerdo con Bettiol, aparece en una entidad que no se deja dividir en elementos diversos, esto es, que el Delito es un todo orgánico, que puede presentar aspectos diversos pero que no es susceptible de fraccionamiento, ya que su esencia, la realidad del Delito mismo, no está ni en su suma ni en sus componentes, sino en el todo, en su unidad interior que es orgánicamente homogénea.

Esta Teoría surgió debido a la crisis política que hubo en Alemania, la cual pretendió no dividir al Delito, llegando ésto hasta Italia, en que según Jiménez de Asúa "Proclaman una teoría de unidad en que hasta lo antijurídico y lo culpable se esfuma en un concepto común".

(17) Porte Petit Candaup Celestino. Apuntamientos de la Parte General - del Derecho Penal. México 1980. Páginas 239 y 240.

La Teoría Atomizadora o Analítica. - Llamada también por Bettiol Método de la Consideración Analítica o Parcial.

Esta concepción estudia al Delito, dividiéndolo en sus elementos propios, pero los considera en una vinculación íntima, al existir una unión indisoluble entre éstos, en razón de la unidad del Delito.

Martínez Licona ha dicho que "Si el método unitario o sintético estima al Delito como un Bloque Monolítico y permite que el análisis cae en sus -- elementos hondamente, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación, que es contraria al procedimiento analítico, que tiene un afán de atomizarlo todo y olvidará la síntesis funcional que el Delito implica." Esta teoría como ya señalé estudia al Delito mediante sus elementos constitutivos, ya que así solamente se llegará a su esencia íntima.

El contenido del ilícito penal se constituye para su estudio en los siete -- elementos siguientes y a los cuales me refería anteriormente, siendo estos: Conducta o "Hecho", Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condicionabilidad Objetiva y Punibilidad.

En cuanto a los elementos integradores del Delito, no existe una uniformidad de criterios en la doctrina; mientras unos especialistas señalan un determinado número, otros lo configuran con más elementos; surgiendo varias concepciones tales como : Las Bitómicas, Tritómicas, Tetratómicas, Pentatómicas, Hexatómicas y Heptatómicas, concepciones que desde la Bitómica hasta la Heptatómica, pueden formarse de elementos diversos.

Existen otras Teorías tales como la Sintética. - Llamada así por (18) - -- Blasco y Fernández, denominada por Ballvé, Ecléctica, ya que, se inclina por la concepción que más le conviene y elaborada por Rodríguez Muñoz.

La Teoría de Cavallo, dice este autor "Que el Delito debe estudiarse desde el punto de vista orgánico, general, anatómico y funcional, es decir, estudiarlo en su unidad, analíticamente en cada una de las notas y elementos que la componen y por último en la organización de éstos, en un sinnúmero de formas, a través de las cuales puede presentarse.

(18) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Páginas 241 y 242.

C) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

A mi manera de ver, no estoy de acuerdo con los autores que consideran inoperante o innecesario que se defina la palabra Delito, ya que todo concepto debe tener una explicación lógica y racional. Siendo partidario de la Teoría Tetratómica para mí, Delito es, la conducta, típica, antijurídica y culpable; y no considero como elementos constitutivos del Delito a la Imputabilidad, por ser un presupuesto psicológico de la culpabilidad, a las Condiciones Objetivas de Punibilidad, porque tiene que darse a través de una circunstancia para que se imponga la pena, así también tampoco lo es la Punibilidad, por ser una consecuencia del mismo.

Por lo que respecta a la definición contenida en nuestro Código Penal Vigente de 1931 en su artículo séptimo al decir: Delito, es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; no estoy de acuerdo en utilizar la palabra acto, debido a que no especifica, de qué clase de acto se está hablando, ya que existen actos civiles, mercantiles, jurídicos, etc., además de que a mi manera de ver, el término "que sancionan las leyes penales" no lo califica debido a que existen actos jurídicos, civiles, mercantiles, etc., que pueden ser sancionados por las leyes penales y no ser precisamente un acto penal en esencia. Es más propio hablar, siendo yo, de Conducta, la cual implica un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario (Culpa), además, de que constituye un hacer lo que no se debe o un comportamiento, que viola una norma que prohíbe, es decir, -

es una actividad positiva.

Estando de acuerdo con el maestro Celestino Porte Petit, no es conveniente utilizar el término "o Hecho", ya que esto implica hablar de una Conducta más Resultado y éste no se ha producido todavía. Así, siguiendo la definición de nuestro Código, es aceptable el término "u Omisión", que es lo contrario, es decir, una actividad negativa, ya que prevé, un dejar de hacer lo que se debe hacer, un omitir obediencia, a una norma que ordena un deber hacer.

Por lo que se refiere a la Teoría Atomizadora o Analítica, soy partidario de la misma, ya que al estudiar todos y cada uno de sus elementos, se va encontrando su característica, su substancia, se va constituyendo poco a poco un todo, una unidad o concepción llamada Delito, viniendo a colación el pensamiento de Petrocelli, quien expresó: "El análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla y es absurdo hablar de una consideración unitaria, que no tenga por base una consideración analítica". También me adhiero a la Teoría Tetratómica como lo dejé entrever en renglones anteriores, ya que es producto de la Teoría Atomizadora y que se integra por sólo cuatro elementos esenciales como son: Conducta o "Hecho", Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, no considerando como tales a los otros (Punibilidad, Condicionalidad Objetiva e Imputabilidad), por las razones a las que me referí anteriormente y sin los cuales no podría existir el Delito, estando de acuerdo con dos de los grandes autores que

apoyan esta idea y que son, el distinguido jurista Celestino Porte Petit Can daudap y el ilustre maestro de Derecho Penal Fernando Castellanos Tena.

Haciendo un breve comentario respecto a la Escuela Clásica, diré que ci-
mentó las bases del estudio del Delito Jurídico, además de que lo sistema-
tizó, habla de que el Delito se debe al acto u actos externos del hombre, -
pero no atiende a su interior, a sus móviles, que es lo que ataca la Escue-
la Positiva refiriéndose los clásicos con razón, que el hombre puede ser
agente activo del Delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones mo-
ralmente imputables, esto se vé en la vida diaria en infinidad de conduc- -
tas ilícitas que suceden dentro de la sociedad, produciéndose un choque -
entre un hecho humano y un Derecho, pero sin olvidar ni quitar el mérito
de los positivistas, al analizar también el obrar interior del hombre, de-
bido a las diversas y variadas causas sociales, así como de sus caracte-
rísticas individuales que impulsan al hombre a cometer Delito, atendien-
do a su personalidad y peligrosidad.

Quiero referirme a la Imputabilidad como Presupuesto de la Culpabilidad
considerando a ambos como elementos autónomos del Delito, pero existen
otros que otorgan un contenido amplio a la Culpabilidad y asocian en ella -
a la Imputabilidad.

En mi opinión y estando de acuerdo con el maestro Fernando Castellanos,
estoy a favor de que la Imputabilidad sea un presupuesto de la Culpabili- -
dad, ya que haciendo un razonamiento lógico - jurídico, un individuo para

ser culpable debe ser antes imputable, además de que en la Culpabilidad interviene el Conocimiento y la Voluntad. Un individuo que conoce la ilicitud de su acto y además quiere realizarlo, debe tener la capacidad de entender y querer, de determinarse en aquello que conoce, por lo que la aptitud intelectual y volitiva, constituye el Presupuesto de la Culpabilidad.

Por eso a la Imputabilidad (Calidad del sujeto, Capacidad de obrar ante el Derecho Penal), se le debe reconocer como un cimiento de la Culpabilidad y no como un elemento esencial del Delito, ya que es la capacidad de realizar actos ilícitos referidos al Derecho Penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del Delito, es cuando se debe determinar si el sujeto - que ejecutó la conducta ilícita, era capaz de realizarla con conciencia y voluntad, correspondiendo indagar, si poseía las facultades de juicio y decisión.

CAPITULO II

I. LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE LA MISMA.

A) EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

B) EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO DE VIOLACION.

C) LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

D) CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION EN RELACION A LA CONDUCTA.

F) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

C A P I T U L O II

I. LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE LA MISMA.

A) EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.

Los juriconsultos no han llegado a un acuerdo, en el sentido de la denominación de lo que debe de ser el Elemento Objetivo del Delito.

En nuestro País, se utiliza más la corriente que lo entiende como conducta o hecho, pero a su vez es integrado dicho Elemento Objetivo por tres subelementos: Conducta, Nexo Causal y Resultado.

Jiménez de Asúa nos dice al respecto: "El Primer carácter del Delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción en sentido amplio (lato-sensu) y no hecho, porque éste es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

Adviértase, además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión.

Así aclarando el vocablo puede definirse el acto: Manifestación de voluntad que, mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior.

El acto, es pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado. Más al llegar a este punto se impone la necesidad de ilustrar otra pa-

labra usada por nosotros: La voluntariedad de la acción. No vamos a entrar aquí en el magno debate que consumió las fuerzas de penalistas y filósofos en la pasada centuria. Lejos de nuestro designio disputar sobre el libre albedrío o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos acto voluntario queremos significar acción u omisión espontánea y -- motivada" (1).

Antolisei, nos hace ver que al aceptar el acto, dejamos escapar a los delitos plurisubjetivos, ya que éstos requieren para que el Delito se dé, -- que se realicen varios actos. Entonces para el acto se dá un sentido negativo.

Massari, menciona que el acto es demasiado amplio, ya que se ven los -- actos reflejos que no proceden de la voluntad del sujeto.

Otros autores se refieren a la acción, pero se les han elaborado variadas críticas, como cuando dicen que al hablar de la acción nos referimos a la fuerza que un cuerpo hace sobre otro, también de acción en materia mercantil, se usa para nombrar a un título de crédito.

Otros dicen que se divide en acción en sentido estricto (estricto sensu) y -- omisión.

(1) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Caracas. Páginas 210 y 260.

Se le critica ya que al referirse a la acción, necesariamente deja a un lado a la omisión, es decir, se habla sólo en sentido positivo más no en cuanto a lo negativo, es decir, sin aceptar como acción a la omisión.

El distinguido maestro Castellanos Tena, prefiere usar el término de conducta, ya que: " En él se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como en el negativo" (2). La conducta ha sido considerada como elemento objetivo por excelencia del delito, ya que, la conducta es un acto externo, he aquí la influencia de los clásicos.

Pero como lo he mencionado, hay muchas posiciones al respecto que se han elaborado sobre el particular, es decir, su denominación.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".

En esta posición notamos que si se acepta como tal, se olvida de los delitos de resultado material.

Porte Petit dice que el Delito, no sólo se basa en la conducta, sino también el "hecho" que es el elemento objetivo del Delito, según la descripción del tipo, dando lugar lo anterior a la clasificación de los Delitos de mera conducta y de resultado material, por lo que nadie puede negar que

(2) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Páginas 147, 148 y 149. México 1981.

al Delito lo integran una conducta y un hecho humanos. Es por eso que Antolisei nos menciona que: "El Delito es ante todo acción humana; que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca puede constituir Delito y que sin la acción éste no puede ser concebible" (3).

Primeramente todo Delito es acción, pues únicamente puede tener por consecuencia una pena. No se puede determinar el concepto de Delito, sin referirse a la característica acción.

No importa cuáles o cuántos sean los elementos del Delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho, éstos vienen a ser el primer elemento del Delito, dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo, es decir, un hacer o no hacer o bien un resultado material.

Bettioli opina que "El primer elemento constitutivo del Delito es suministrado por el hecho típico, vale decir que aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente, pueden quedar subsumidos bajo un esquema del Delito". Así entre los elementos del Delito que son fundamentales, brota el comportamiento, es decir, la acción positiva o negativa.

Se ha asignado a la Conducta en primer lugar dentro de la Teoría del Delito.

(3) Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Celestino Portet Petit Candaup. Páginas 287, 288 y 289. México 1980.

Battaglini, expresa que la conducta, constituye el nudo de la figura del Delito.

Maggiore y Antón Oneca opinan, que el concepto de acción es central.

Bener dice, que la conducta es como el esqueleto sobre el cual, se configura el Delito.

Así Crispigni enseña, que la conducta viene a ser el sustantivo al cual otros requisitos tales como la culpabilidad y la antijuridicidad penal se agregan como objetivos.

Siendo fundamental el principio que dice: "La Conducta o el Hecho, según el caso, vienen a constituir un elemento esencial, general, material de todo Delito.

Resumiendo al maestro Porte Petit, nos menciona que al hablar de la Conducta, sólo nos debemos de referir a los Delitos de mera actividad o inactividad, y de hecho, sólo cuando el Delito es resultado material (4).

Así debemos aceptar a la conducta complementada con el Hecho Humano, que como ya lo esbosé, no estoy de acuerdo en emplear ese término porque hablaríamos de una Conducta más Resultado siendo que éste no se ha-

(4) Castellanos Tena. Ob. Cit. Página 175.

producido todavía, que es obra del ser humano y que trae como consecuencia una mutación en el mundo exterior.

Lo que debe ser importante para nuestra manera de pensar es que la Conducta o "Hecho" emanen del actuar voluntario y consciente del hombre.

Dentro de la Acción encontramos los siguientes elementos que la forman:

- a) Conducta.
- b) Nexo Causal.
- c) Resultado.

a) Conducta, que es una manifestación de la voluntad. En cuanto a los dos elementos restantes que son: b) Nexo Causal y c) Resultado, existen diversidad de criterios, en el sentido de que si deben o no ser considerados dentro de la acción, esta universalidad de criterios, sólo radica en una variada terminología que se ha empleado, si al elemento objetivo se le denomina Acción, es obvio incluir tanto el Nexo Causal como el Resultado, dada la amplitud que se ha dado a dicho término; lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como, Acto, Conducta y "Hecho".

Además de que al hablar de los ilícitos que aportan un resultado material, encontramos el nexos causal y en los de simple actividad o inactividad, un resultado jurídico.

B) EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO DE VIOLACION.

El artículo 265 de nuestro Código Penal señala, que comete el Delito de --
Violación: "Al que por medio de la Violencia Física o Moral tenga cópula
con una persona sea cual fuere su sexo".

Así mismo el artículo 266 de la misma ley, nos dice: "Que se equipará a -
la Violación, la Cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier
causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relacion
es sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

De aquí se desprende que el Elemento Objetivo del Delito de Violación se
divide en dos:

1. - Que haya Cópula.
2. - Que haya Fuerza Física o Moral o la Edad de 12 años del Sujeto Pasivo
u Otras Causas que impidan a éste producirse voluntariamente en sus
Relaciones Sexuales o Resistir dicha Conducta.

Analizando la Cópula, diremos que se dá la Conducta Ejecutiva, cuando el
sujeto activo "Tiene Cópula con una persona", además de que este comport
tamiento, sólo es expresivo de un hecho en su forma material, pero que -
no contiene el tipo, que únicamente surge cuando dicha Cópula se realiza
empleando Violencia Física o Moral, o se realiza con Persona Menor de 12
años o que esté imposibilitada de Producirse Voluntariamente o de Resistir
dicha Conducta Delictiva.

Copular significa, la unión carnal de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

Por otro lado, el artículo 281 de nuestro Código en su fracción II, sanciona los actos de obscenidad que se realizan sobre un cadáver, aún cuando se produzca la muerte debido a las violencias desplegadas para obtener la Cópula, pero antes de la unión carnal.

Volviendo a la Cópula, no existe tal, si en el Cuerpo del sujeto pasivo se introducen secreciones masculinas, aunque conserven en ese momento su potencialidad biológica, cabe aclarar que la Inseminación Artificial pero por medio de actos violentos, no constituye Cópula Carnal.

La unión que presupone la Cópula, debe rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno, requiere la penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. También es necesario aclarar, que nuestro Código Penal Vigente, no especifica si la Cópula es Normal o Anormal (anal u oral), por lo que basta que sea de cualquiera de estas dos formas para que se dé el ilícito en cuestión.

Dicha Cópula existe en el momento mismo de la introducción del miembro viril, aunque fuere incompleta en la abertura vulvar, anal u oral, sin ser preciso, que en la Cópula Normal se produzca la rotura del hímen o el desfloramiento.

El llamado Coitus Inter Femora o Contacto Externo Físico, no es considerado como Cópula, ya que no existe introducción del miembro viril en la cavidad vulvar, pero sí existe en el llamado Coitus Interruptus o Contacto Interrumpido donde sí existe introducción del órgano, aunque por espacios más o menos cortos.

En cuanto al debate formado en el sentido de quién es sujeto activo primario si el hombre o la mujer, aunque algunas legislaciones y autores sostienen que sólo es el hombre, pienso que no importan las cualidades personales del sujeto pasivo o del activo, pues el bien jurídico tutelado en este ilícito es la libertad de amar sexualmente, por lo que todos los seres humanos pueden ser tanto sujetos pasivos como activos.

También se ha discutido y sobre todo por la opinión que tienen varias legislaciones del mundo, tales como los Códigos de España, Argentina, Italia, Suiza, en el hecho o más bien llamado por mí fenómeno social que recibe el nombre de Prostitución, en el que se delibera si la Prostituta puede ser sujeto pasivo o no, ya que carece de honestidad y por ser un individuo inmoral y de costumbres poco recomendables, pero estas opiniones son a mi manera de ver de carácter sentimental, social y moral, debido a las costumbres tradicionales, lo que se busca realmente por el legislador es que no se viole el interés jurídico tutelado, que en este caso es la libertad sexual de amar y que las opiniones pasionales no ven, por lo que

si se tiene una relación sexual en contra de su voluntad por medio de violencia física o moral, se tipifica dicho ilícito y puede tener el mismo Derecho de reclamarlo que cualquier otra persona.

Volviendo al debate que hay en el sentido de que el sujeto activo primario siempre es el hombre, debido a que la mayoría de estos ilícitos son cometidos por éste, en casos comunes y corrientes, la mujer también puede ser sujeto activo pero secundario, como lo afirma Jiménez Huerta, ya que es factible que una mujer sujete o intimide a la víctima en tanto que el sujeto activo primario con ella copula, esto es, que si bien no puede emplear la violencia física para realizar el ilícito penal, sí puede emplear la violencia moral, la amenaza, lo cual esfuma los motivos inhibitorios, éticos de otra naturaleza y sustituirlos en impulsos en los que el sujeto pasivo en este caso el hombre deja actuar sus instintos reflejos.

Pero es preciso hacer notar, que el Código Argentino tiene un argumento inatacable, en el sentido de que niega que la mujer es sujeto activo, ya que en el artículo 119 del Código Penal de su País sanciona "al que tuviere acceso carnal" y "el que tiene acceso carnal es el que penetra", por lo que la mujer no es sujeto activo, ya que ella nunca accede sino que es accedida, pero esto no opera en nuestra legislación positiva, ya que no lo tipifica y por lo tanto no es válida y esto es debido a que la concepción "tenga Cópula", no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quién accede o penetra.

González de la Vega, excluye en que en el Lesbianismo se dé el Delito de Violación, porque dice que en el frotamiento lésbico no existe fenómeno copulativo, dada la ausencia de introducción sexual del órgano masculino, (5) sin embargo, soy de la opinión de que si se puede llegar a tipificar, ya que partiendo de la premisa de que tener Cópula es cuando el que la realiza dispone de un órgano que es capaz de ser introducido en un cuerpo ajeno y que de todos es sabido que el hombre es el que lo posee de una manera natural, no se ha tomado en cuenta los avances tecnológicos, debido a que en la actualidad existen miembros viriles semejantes a los naturales u otros aparatos que se les asemejan, claro que son artificiales, pero son capaces de realizar la misma función e inclusive causar una Lesión mediante una infección, por descuido o falta de higiene, tipificándose además otro Delito que sería el de Lesiones.

Toca analizar a la Violencia Física, aquí vemos que la acción de copular, es un acto de la vida perfectamente lícito, pero que sólo dicho acto es antijurídico y con significado típico, cuando para copular se utilizan determinados medios tales como "La Violencia Física o Moral, o aprovechándose de situaciones particulares o especiales del sujeto pasivo, como -- que sea menor de 12 años o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir dicha conducta.

(5) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. -Editorial - Porrúa. México 1961. 3/a. Edición.

El artículo 265 del Código Penal Vigente, se refiere a los medios que el sujeto activo emplea para la comisión del Delito y el artículo 266 del mismo precepto jurídico, menciona las circunstancias o situaciones en que se encuentra el sujeto pasivo.

La Violencia Física implica, el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo, para imponerle la Cópula en contra de su voluntad, que se exterioriza con actos de resistencia como gritos, protestas, etc., dicha fuerza material, debe de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima, pero debe ser en proporción a la constitución anatómica del individuo.

No basta que la mujer o el hombre manifiesten su deseo de no querer realizar la Conducta indeseada, y que después se cometa, ya que el Juez no sabría con precisión, si al oponerse de palabra, pero que materialmente se acepto la Conducta ilícita, quería o no el sujeto pasivo realizar el acto sexual, y en segundo término, porque ante esa conducta contraria y equívoca, el inculpado bien pudo creer que no ejercía violencia, sino un acto grato para el sujeto pasivo.

La Resistencia debe ser seria y constante.

Es seria, cuando no existe simulación y refleja voluntad auténticamente contraria y constante, cuando se mantiene hasta el último momento, excluyendo aquella que existe al comienzo, pero que después cede para par

ticipar en el recíproco goce, además dicha resistencia si es debilitada - no debe ser eliminada, dicha fuerza física debe ser motivada por una - - perversión sexual y la resistencia que se ejerza debe ser motivada para evitar precisamente dicha perversión. Ahora bien haciendo alusión a la Violencia Moral, diremos que es una energía física pero anunciada y no consumada como lo es la fuerza física, ya que se ejerce sobre la persona cuya voluntad se quiere reducir para la realización de la Cópula, proyectando sobre la persona la amenaza de un mal si se niega o se opone, que le ocurrirá a otra persona ligada a ella por vínculos tan fuertes que dan origen a un estado de identidad afectiva.

Carrara dice, que no cualquier amenaza basta para constituir la amenaza psíquica, es necesario que el mal con que se amenaza sea grave, - - irreparable y presente, aunque sobre las reglas de temor no existen reglas absolutas, pues en gran medida influye el carácter del sujeto pasivo elegido por el culpable.

En el caso de Violación a un Sujeto Pasivo de doce años, se da cuando se copula con éste, ya que la ley establece con carácter general, que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad, carece de validez jurídica en su totalidad, debido a que quien lo otorga, no está en la posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, y en consecuencia al tener Cópula con dicho sujeto pasivo encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado

sobre una persona sin voluntad válida, encierra un atentado contra su libertad.

Sobre las Causas que impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente en sus Relaciones Sexuales, cuando el sujeto pasivo se halle imposibilitado de producirse voluntariamente al realizarse la Cópula, ésta adolece del vicio de nulidad aunque haya consentimiento ya que los actos de las personas no se hallan en su cabal juicio, porque dicho consentimiento carece de valor para que sea lícita la conjunción carnal, debido a que las personas se encuentran en la imposibilidad de querer y consentir mediante una normal motivación.

El legislador buscó tener por objeto la tutela penal de ciertos estados o situaciones en que puede hallarse un ser humano y que de éstos se aproveche un tercero en daño u ofensa de la libertad sexual de aquel, aunque dichos estados o situaciones no hayan sido ocasionados por el sujeto activo.

Sólo podrá absolverse al agente activo, cuando copule con persona privada de razón con el asentimiento de ésta, pero desconociendo su estado de enajenación mental, debido a un error no inculpable, careciendo de bases para que en su contra se formule un juicio de reprochabilidad.

Por último hablaremos sobre las Causas que impiden al Sujeto Pasivo Resistir la Conducta Delictuosa, esta fase hace referencias a situaciones transitorias, en el que el sujeto pasivo se haya en estado de inconsciencia

que le privan de las facultades de conocer y comprender y por lo tanto de asistir o resistir.

Estas se dan por Causas Accidentales como las Fisiológicas; Ejemplo: - el Sueño y el Sonambulismo, o las Patológicas; Ejemplo: Los Desvanecimientos o Síncopes oriundos de estados febriles, epilépticos o comatosos.

En cuanto a las Causas originadas por el actuar doloso del Agente, son - producidos por: Hipnosis, Narcóticos, Anestésicos, o Bebidas Alcohólicas.

Cabe hacer mención de otras Enfermedades aparte de las Mentales, que - impiden al sujeto pasivo producirse voluntariamente, son causa de que el propio sujeto pasivo no pueda resistir la Conducta Delictuosa como son: Parálisis Generalizadas más o menos completas, Estados de extrema debilidad, Anemias exhaustivas, Estados agónicos lúcidos, Un Estado febril, etc.

Otras muchas causas pueden impedir la resistencia del sujeto pasivo y -- que serian innumerables de mencionar.

La Conducta del Delito a estudio podrá consistir en una acción.

El Resultado, es la Violación consumada.

El Nexo Causal, es lo que está entre la Conducta y el Resultado producido.

El Penalista Ignacio Villalobos en lo referente a la Relación de Causalidad, nos dice: "Apenas si hace falta decir que entre el acto y el resultado debe

haber una relación de causalidad, pues precisamente es élla la que dá al segundo su denominación y carácter. En materia penal interesa tener - esto presente, sin embargo, para la correcta imputación del hecho o da ño físico a su verdadero agente productor y no a otras personas a quie - nes pudieran señalar algunas apariencias externas. Por eso se hace ne cesaria la autopsia en un cadáver, no obstante ser conocido un antece - dente violento del que parezca derivar la muerte, a efecto de confirmar el hecho causal entre ambos hechos o descubrir el origen verdadero del fallecimiento si la lesión conocida no enteresó algún órgano vital y hubo, en cambio, otros factores externos o internos con los que deba relacio - narse la pérdida de la vida, además, cuando concurren diversas causas, importa distinguir entre éllas la que hace a quien la puso verdadero au - tor del resultado y fijar el grado de participación de las demás gentes, - nos sigue diciendo -En esencia, el propósito de la ley tiende, por medio de la autopsia a lo que sea necesario a conocer la causa de la muerte y - no engañarse por exterioridades; así también a dejar asentado, para des vanecer dudas, que la causa no deja de serlo porque no se impida el des arrollo de sus consecuencias; que si un hecho no era suficiente para pro ducir el resultado último y éste se debe a intervenciones médicas, qui - rúrgicas o de otro género, estas últimas son la verdadera causa (eficien te); y que la causa debe considerarse como tal, en las condiciones idea - les que no concurrían". (6).

(6) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 3a. -- Edición. Páginas 59 y 67.

De lo anterior vemos, que sin Nexo de Causalidad entre la Conducta y el Resultado, no se podrá dar éste, debido a que es indispensable la causalidad para apreciar real y objetivamente en todo su contenido al resultado.

Hay infinidad de Teorías respecto a la Relación de Causalidad, pero nuestra ley penal se basa en la Teoría de la Equivalencia de Condiciones, por ser la que está más acorde con las reglas que expresa nuestra ley y por ser acertada en su fundamentación, aunque en algunos puntos no lo esté, pero a esta doctrina no se le deben poner correctivos por lo mismo.

Teoría de la Equivalencia de Condiciones. Nos dice Jiménez de Asúa: "Según esta Teoría, se estima causa, toda condición de resultado concreto y todas las condiciones equivalentes, no sólo en el sentido causal, sino también en el jurídico. En suma: Toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Por éllo se formula también diciendo "doctrina de la condición sin la cual no "su más genuino representante es Von Buri". (7)

En resumen esta teoría nos dice, que la relación de causalidad en la acción se encuentra, cuando se localizan todas y cada una de las causas y condiciones que nos conducen a producir un resultado delictuoso, y al faltar una no podremos conocer el motivo que originó el resultado delictuoso.

Es criticada esta Doctrina, porque se basa en circunstancias remotas e indirectas que no tienen que ver nada con la producción del resultado.

(7) Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Páginas 224 y 225.

Carlos Bilding expresa; que si éstas tuvieran esa importancia en el orden penal, habría que castigar como autores en el Adulterio no sólo a la mujer que cohabita con el varón y al que yace con élla, sino al carpintero - que hizo la cama, etc.

Esta situación ha sido limitada por variados correctivos, Antolisei buscó en la Culpabilidad el correctivo de la Teoría de la Equivalencia de las - - Condiciones, expresando que no basta la Causalidad, sino ver si obró - - con Dolo o Culpa. Desde el punto de vista lógico-jurídico es aceptada dicha Teoría, pero no basta el resultado típico para configurar el Delito, - sino que éste necesita de sus demás elementos, para que como tal se pueda dar el ilícito penal y por lo tanto no son necesarios los correctivos como lo afirma Antolisei. Esta Teoría también está apoyada por Jiménez de Asúa que opina: "Desde el punto de vista causal ésta es la única tesis correcta", ya que es indispensable para decidir entre la Conducta y el -- Resultado.

C) LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

Siempre debemos insistir que si falta alguno de los elementos esenciales del Delito, este no podrá integrarse; por ende, si la Conducta está ausente, es obvio que no habrá Delito, a pesar de las apariencias.

Por lo que la Ausencia de Conducta es uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del Delito, como de todo problema jurídico.

Varios autores denominan a la Conducta "Soporte Naturalístico del Ilícito Penal".

La Vis Absoluta o Fuerza Física Irresistible Exterior a que hace referencia la fracción I del artículo 15 del Código Penal Vigente del Distrito Federal, es una de las causas que impide que se integre el Delito por Ausencia de Conducta.

No se ha podido encontrar en el fondo de este eximente, una causa de inimputabilidad, cuando el sujeto posee una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si para tener un comportamiento en el campo jurídico penal como persona capaz, posee un desarrollo y salud mentales. Pero ipso facto no se trata de una causa de imputabilidad, ya que en la Falta de Conducta es donde debe buscarse la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente.

Así el profesor Villalobos desde 1936 lo ha venido enseñando,-- quien desde esa época a ubicado certeramente esta causa elimi-- natoria del elemento objetivo del Delito.

La Conducta que se desarrolla, como consecuencia de una violen-- cia irresistible, en el sentido valorativo del Derecho no es -- una acción del ser humano, por no manifestarse la voluntad.

El autor Pacheco nos señala con acierto, que el que obra así,-- no es un hombre en ese momento, sino sólo un instrumento, Quien es susceptible de ser violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho), no comete Delito, es tan - inocente como la espada misma que utilizará el asesino para --- cometer el crimen.

La Legislación Positiva enumera todas las excluyentes para de-- terminar la Falta de Conducta, pero ésto no es forzoso que lo - haga; pueden ser una o varias causas las que eliminen ese ele-- mento básico del Delito, siendo este suficiente para impedir - que se forme éste, independientemente de lo que exprese o no el legislador en el Capítulo de las Circunstancias Existentes de - Responsabilidad Penal. (8).

Menciona el maestro Porte Petit. "El Código Mexicano innecesariamen-- te se refiere a la fuerza física en la fracción I del Artículo 15,

(8) Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. Código -- Penal Anotado. Páginas 58 y 59. México 1980.

cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del Delito, hipótesis que se sintetiza en la fórmula: "no hay crimen sin acción". Lo antes dicho es apoyado por el pensamiento de Porte Petit, tanto sobre la fijación de la verdadera naturaleza jurídica de la Vis Absoluta como en la irrelevancia de que sea incluida expresamente en el Código en el Capítulo de Eximentes.

No estando de acuerdo con la afirmación del maestro mexicano en que la Vis Absoluta no es excluyente de responsabilidad, vemos que lo es, ya que elimina un elemento esencial del Delito: la Conducta Humana.

Todos los autores consideran como factores eliminatorios de la Conducta a la Vis Maior (Fuerza Mayor) y a los Movimientos Reflejos, pero estas causas adquieren un carácter supralegal, por no estar expresamente señaladas en la ley, pero son válidas ya que su presencia demuestra la falta de elemento volitivo, indispensable para la aparición de la Conducta, ya que, es siempre un comportamiento humano voluntario.

Tanto la Vis Absoluta como la Vis Maior difieren en razón a su procedencia; la Vis Absoluta deriva del Hombre y la segunda que es la Vis Maior, deriva de la Naturaleza, es decir, es Energía no Humana.

Los Actos Reflejos, son movimientos corporales involuntarios, pero si el sujeto puede controlarlos o por lo menos los retarda, ya no es factible que funcionen como factores negativos del Delito.

Varios penalistas consideran de que los verdaderos aspectos negativos de la Conducta, además de los autores enunciados, son: El Sueño, el Hipnotismo y el Sonambulismo, pues en dichos fenómenos psíquicos, el individuo obra de manera activa o inactiva sin voluntad, por hallarse su conciencia en un estado de supresión y en la que han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

Otros los sitúan como Causas de Inimputabilidad.

Para el maestro Villalobos, en el Sonambulismo si existe conducta, pero falta una verdadera conciencia; ya que el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia; provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia", no correspondiente a la realidad (Inimputabilidad).

También dice que en el hipnotismo, la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "Obsesión Automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia al argumento que al respecto se menciona, de que es posible cometer un Delito contra quien siente por él verdadera repugnancia; pero si se admite esto, tampoco debe perderse de vista, que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad, cometen el hecho penalmente tipificado y si éste es consumado producto de la sugestión hipnótica, trastorno funcional de las facultades de querer y conocer, trátase de una Inimputabilidad.

Respecto al Sueño opina, que puede dar lugar a una Ausencia de Conducta, pero también, según el caso, a una acción la libera una causa, cuando el responsable la prevee y la consiente al entregarse al Sueño.

También dice que se puede configurar la inimputabilidad, si entre el Sueño y la Vigilia existe un obscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad, con las alucinaciones o ilusiones, que haga que el sujeto cometa actos mal interpretados y que resulten obviamente tipificados penalmente (9).

Visto lo anterior, en relación con nuestro Delito a estudio, considero que en ninguno de los casos de Ausencia de Conducta se presenta, ya que: A) En cuanto a la Fuerza Física Irresistible de la que habla el artículo 15 fracción I del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, es necesario comprobar la existencia de una fuerza material no moral, la que excluye los ímpetus o arrebatos pasionales; que sea exterior, esto es, que provenga de otra persona, lo cual excluye los propios ímpetus de origen internó; e irresistible y que anule por completo la libertad de obrar del acusado, de lo que se desprende, que si el reo tuvo un proceso mental que terminó en actos violentos (fuerza física o moral en el Delito de Violación), no se configura la exculpante de fuerza física irresistible, pues ésta

(9) González de La Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Página 408. México 1960.

consiste en un agente externo que obra sobre una persona, quitándole la voluntad en la ejecución de los hechos.

B) En cuanto a la Vis Compulsiva, Moral, vemos que esa fuerza física irresistible que contiene la Vis Absoluta, no lo es, porque el sujeto pasivo puede elegir entre la realización o no de la conducta, es decir, es resistible, por lo que la Vis Compulsiva más que un caso de ausencia de conducta, puede ser una causa de inculpabilidad por no inexigibilidad, o bien, una causa de inimputabilidad, según los casos.

Siguiendo con los casos que presenta la Ausencia de Conducta o Aspecto Negativo de la Conducta, tenemos que: C) Haciendo mención de la Vis Maior, vemos que al derivar de la naturaleza y no del hombre como la Vis Absoluta, es decir, ser energía no humana, no se presenta en nuestro Delito a estudio.

D) Respecto a los Actos Reflejos, que son movimientos involuntarios, tampoco son susceptibles de darse en éste ilícito en cuestión, ya que si el sujeto puede controlarlos o los retarda, no funcionarían como factores negativos del Delito, y al hacer mención también de: El Sueño, El Hipnotismo y El Sonambulismo, al referirlos al Delito de Violación, vemos que en dichos fenómenos psíquicos, el individuo, como ya hice referencia en renglones anteriores, obra de manera activa o inactiva pero sin voluntad, por hallarse su conciencia en un estado de supresión y en la que han desaparecido las fuerzas inhibitorias, por lo tanto, no opera tampoco en el Delito en cuestión.

En resumen, en el Delito de Violación, no encuadra ninguno de los casos que presenta la Ausencia de Conducta.

D) CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLACION EN RELACION A LA CONDUCTA.

Antes de entrar a la Clasificación del Delito de Violación en Orden a la Conducta, debemos definirla, así como lo que se entiende por Sujeto Activo, Sujeto Pasivo y al Objeto en su doble aspecto; tanto Material como Jurídico y su Diferencia.

Concepto de Conducta.- Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

En cuanto a su manifestación tiene tres procesos: Interno, Externo y Finalístico.

El Interno.- Se compone de una voluntad mínima necesaria, para manifestar estrictamente la conducta.

El Externo.- Es la exteriorización de la propia conducta en un hacer o no hacer.

El Finalístico.- Es el encausamiento que se le da a la propia conducta.

En cuanto al Sujeto Activo.- Es el que realiza la Conducta.

El Sujeto Pasivo.- Es la persona que recibe el daño.

Pero no hay que confundir al Sujeto Pasivo con el Ofendido, ya que existe diferencia como en el caso de nuestro Delito a estudio en el que el Sujeto Pasivo es aquel al cual le es pro-

fanado su cuerpo y el Ofendido serán sus ascendientes o familiares del mismo.

El Objeto.- Es el fin, el propósito o encausamiento de la conducta, dividiéndose a su vez en: Objeto Material, que es la persona o cosa que recibe el daño y el Objeto Jurídico, que es el bien jurídico lesionado; como por ejemplo lo es en este caso la Libertad Sexual o como yo la llamaría Libertad de Amar Sexualmente o Libertad Sexual de Amar.

El Código Penal de 1931, en el libro segundo reparte los Delitos en veintitres títulos a saber, entre los cuales clasifica dentro de los Delitos Sexuales al Delito de Violación. El legislador pretendió, en términos generales, hacer la división de los Delitos, teniendo en cuenta el bien o el interés protegido.

El Autor Fernández Doblado, tiene razón en sostener que el Código Penal Vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los Delitos en el orden al bien o interés jurídico tutelado, como en el caso de nuestro Delito en estudio, además de que incluye al rapto entre los Delitos Sexuales y censura ésta denominación, ya que dice que no se refiere al bien jurídico violado, que en el caso del Delito de Violación sería la Libertad Sexual de Amar, además de que involucra infracciones de diverso género.

La Clasificación del Delito en Orden a la Conducta o como algunos autores la llaman " Manifestación de la Voluntad ", puede ser de dos formas:

1.- Acción.

2.- Omisión, que se subdivide a su vez en: Simple Omisión u Omisión Propiamente Dicha y en Comisión por Omisión u Omisión Impropia.

1.- Acción.- Son actos cometidos por medio de comportamientos positivos, en estos se viola una ley que prohíbe.

Son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto, según lo dice el autor Eusebio Gómez.

2.- Omisión.- Es cuando el objeto prohibido consiste en una abstención del agente, en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

Eusebio Gómez, dice que en estos Delitos de Omisión, las condiciones de donde deriva su resultado, aceptan como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.

Este tipo de Delitos viola una ley que dispone, en tanto que la acción viola una ley que prohíbe.

En cuanto a sus subdivisiones ya mencionadas, diremos que: La Simple Omisión u Omisión Propiamente Dicha.- Consiste en la falta de actividad jurídicamente ordenada, independientemente del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma. Ejemplo: El Artículo 400 fracción III del Código Penal Vigente de 1931, que impone la obligación positiva de auxiliar a nuestras autoridades para la Averiguación de los Delitos y para la persecución de los delincuentes.

La Comisión por Omisión u Omisión Impropia.- Son aquellos Delitos en los cuales el agente decide no actuar y por dicha inacción se produce el resultado material.

Cuello Calón nos dice: Que consisten en falsos Delitos de Omisión; en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo por inactividad, fórmula que se caracteriza en la producción de un cambio en el mundo exterior, mediante la Omisión de algo que el Derecho ordena hacer.

Como ejemplo de este tipo de Delito, es el caso de la madre que, con el propósito ya hecho de matar a su hijo recién nacido, no lo amamanta, dando como consecuencia un resultado letal.

La madre no realiza acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

Siguiendo la clasificación del maestro Porte Petit Celestino, vemos que aparte de los Delitos de Acción y Omisión, existen:

Delitos de Omisión mediante Acción.- Son aquellos en los que tanto vale no hacer lo que se debe, como operar contra aquello que está prescrito o realizar hechos positivos para liberarse del cumplimiento del deber.

Pero estando de acuerdo con el maestro Celestino Porte Petit, observamos que la Omisión como forma de la Conducta, consiste en un no hacer, en una inactividad, es decir, lo contrario de la Acción, ya que si la conducta abarca el hacer o el no hacer, es inconcebible la existencia de un no hacer mediante un hacer, constituyendo este criterio, una contradicción en los términos. (10).

Delitos de Doble Conducta.- Que a su vez se dividen en:

Delitos Mixtos de Acción'y Omisión o de " Hecho Complejo ".

Son aquellos en que la conducta criminosa está constituida de un hacer o de " acción criminosa " y de omisión o de un no hacer, que producen un resultado, pudiéndoseles denominar así, cuando la figura legal requiere como elemento constitutivo, más conductas.

Delitos de Doble Acción.- Son los que se forman, de combinar acciones de significado diverso.

Pero más bién deben ser Delitos de Doble Conducta, ya que el tipo se forma de un hacer doble. Ejemplo: El Delito de Usurpación de Funciones, y.

Delitos de Acción o de Doble Omisión.- Aquí el tipo requiere de un hacer y de una doble omisión. Ejemplo: El caso que señala el artículo 229 del Código Penal Vigente de 1931, que hace mención a: " Que se impondrán las mismas sanciones que señala el artículo 228, a los médicos que habiendo otorgadoresponsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento, sin cau-

(10) Celestino Porte Petit. Ob. Cit. Págs: 371,372, y 373.

sa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente(11).

Delitos de Conducta, de Sospecha, de Posición o de Comportamiento.- Son aquellos en los que no son ni comisivos ni omisivos, por no consistir en un hecho positivo ni negativo, sino solo en un estado individual, que no constituye infracción a ninguna prohibición ni mandato penal y sólo se aumenta por la sospecha que despierta.

Estos no son aceptables, debido a que uno de los elementos del Delito es la Conducta y sin ella no existiría el mismo.

Omisión de Resultado.- Es aquella forma en la que, de las órdenes de acción, existen órdenes de resultado en el mandato de producir una determinada modificación del mundo exterior.

Aquí Porte Petit menciona, que así como en los Delitos de Omisión el sujeto debe de hacer la acción esperada, en virtud del deber de obrar, en estos Delitos en cuestión, el sujeto debe llevar a cabo el resultado material esperado igualmente en razón del mandato legal, que impone la producción de un resultado.

Petrocelli se opone diciendo, que no existen órdenes o prohibiciones

(11) Código Penal del Distrito Federal.

de resultado, sino órdenes o prohibiciones de "acción".

Delitos Doblemente Omisivos. -Son los que violan un mandato de "acción" junto con uno de omisión, es decir, si no haciendo lo que debe hacer, no realiza un evento que debe ser producido.

Así el sujeto tiene un doble deber de obrar:

- 1) Realizar una acción esperada y exigida.
- 2) Producir un resultado material esperado y exigido.

Más el sujeto no hace lo que debe hacer y no produce el resultado que debe realizar.

Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes. - El Unisubsistente. - Es el que se consuma con un sólo acto.

El Plurisubsistente. - Es el que se consuma con varios actos.

Esta clasificación se aplica a dos cuestiones:

- a) La Tentativa y b) Lugar y Tiempo de cometido el Delito.

Según Ranieri, Bettiol y Antolisei dicen que los Delitos Unisubsistentes, no pueden realizarse en grado de tentativa. Pero tomando en cuenta los conceptos anteriormente citados, vemos que por el hecho de que se puede consumar por un sólo acto, no admita la tentativa, ya que puede presentarse una tentativa de homicidio, por ejemplo, realizándose en un sólo acto, como el caso del que dispara y no mata, más esto no sería aplicable en el --

Delito de Violación debido a que si bien es cierto que puede existir Tentativa de Violación, no se tipificaría el Delito en estudio, ya que se estaría hablando de otra figura delictiva llamada Atentados al Pudor.

Delitos Plurisubsistentes y el Delito Complejo.- Ambos no deben confundirse, los dos constan de varios actos, pero en los del Plurisubsistente no se constituye Delito, además es el resultado de varios hechos separados bajo una sola figura; y el Delito Complejo, es la fusión de dos hechos en sí mismos delictivos.

Delito Habitual o Delito de Conducta Plural.- Es cuando el elemento material está formado de acciones repetidas de la misma especie, las cuales no constituyen Delito por sí mismas. Ejemplo: El Artículo 207, fracción I, que habla del Delito de Lenocinio, el 208 que menciona al mismo pe-o cometido contra un menor de edad y el 258 fracción III, que señala las sanciones que se aplicarán a gerentes o administradores de casinos o sociedades, que laboren donde se practiquen juegos prohibidos (12).

Una vez hecho este desgloce, procederemos a la clasificación del Delito en estudio en Orden a la Conducta, encontrando primeramente que es un Delito de Acción, entendida como Hecho, ya que dada la naturaleza del origen del Tipo, es decir, la Cópula, sólo podrá cometerse dicha conducta delictuosa por un hacer, pero cabe pre-

(12) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Págs: De la 374 a la 378.

guntarse, ¿ Si es posible que se realice mediante una Omisión ? pero vemos que esto no es posible, debido a que no se puede llevar a cabo una Cópula no haciendo, es decir, existe una Conducta, que es la mediación o utilización de una Violencia Física o Moral, un Resultado, que es la Copula realizada, habiendo en ambos un Nexo Causal, que constituye el Delito de Violación.

Vanini nos dice al respecto: " El Delito de Violación Carnal, como Delito Formal, es un Delito de Acción, por lo que es evidente que ninguno puede ser autor de este Delito por Omisión. Pero si no puede hablarse de autores del Delito de Violación Carnal por Omisión, muy bien se puede ser responsable de este Delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo "(13).

Y en segundo término vemos que el Delito de Violación puede ser: " Unisubsistente o Plurisubsistente ", debido, a que dicho Delito a estudio se consuma, con la realización tanto de un sólo acto (Violación Propia) como también de varios actos (Violación Tumultuaria).

(13) González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Página 136. México.

E) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

De las muchas denominaciones que hay para caracterizar al Delito, considero de vital importancia, que debe existir siempre un actuar consciente y voluntario, para realizar el ilícito, proveniéndolo claro está del hombre.

Por lo que respecta al Delito de Violación dentro de su clasificación en Orden a la Conducta vemos que es un Delito de Acción entendida como Hecho, ya que la Cópula sólo podrá cometerse por medio de un hacer, para que pueda darse dicha conducta delictuosa, así también vemos, que no es posible la realización de dicho ilícito por Omisión, ya que la Cópula no podrá llevarse a efecto por un no hacer.

También este ilícito en estudio, está dentro de los Delitos Unisubsistentes, ya que puede realizarse en un sólo acto, así como también dentro de los Plurisubsistentes, ya que puede realizarse en varios actos.

En relación al aspecto, de que algunos autores y legislaciones como la Francesa, la Española y la Alemana, construyeron la imagen rectora, de que el sujeto activo primario del Delito de Violación es siempre el hombre y que la mujer es el sujeto pasivo solamente. Estoy de acuerdo con Martínez de Castro que rompió esta tradición, al establecer en el artículo 795 del Código Penal de 1871 que: " Comete el Delito de Violación, el que por medio de la Violencia Física o Moral, tiene cópula con

una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo ", apoyando su idea después varios autores también, en el sentido de su acertada concepción, ya que tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser personas de cualquier sexo y que lo mismo se atenta contra su integridad moral psicológicamente como contra su libertad sexual. ¿ Porque sólo la mujer puede ser sujeto capaz pasivo, si en el hombre, pueden también ser consumados dichos atentados de la misma manera ?.

Sin embargo, cabe aclarar que en algunas ocasiones, puede ser la mujer sujeto activo pero secundario, ya que en el caso de nuestro Delito en estudio, si bien puede ejercer violencia física irresistible en contra del varón, también puede ejercer violencia moral o energía física anunciada, mediante una amenaza hacia algún familiar y que sea ésta de gravedad o que de cumplirla no haya modo de reparación, aunque a mi me parece que puede llegar a ser la mujer sujeto activo primario, por las razones que más adelante expondré.

Por otra parte, respecto a la Ausencia de Conducta me adhiero sin reserva a las opiniones de quienes aceptan las excluyentes supralegales por falta de conducta, si según el Código Penal Vigente, en su artículo séptimo señala: " Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales ", en ausencia de conducta (acto u omisión) nada habrá que sancionar, pero aún imaginando y suprimiendo la fórmula del artículo séptimo, tampoco se integraría al Delito, si falta el hacer o el abstenerse humano voluntario.

Ahora bien, dentro de la clasificación del Delito de Violación, en cuanto a los Delitos de Simple Omisión, hago notar, que hay una violación jurídica y un resultado que es sólo formal, mientras que en los de Comisión por Omisión, además de dicha violación jurídica, se produce un resultado material.

En los primeros se viola, como ya lo esbozé en dicho tema, una ley que dispone y en los de Comisión por Omisión se infrinje además de una ley que dispone otra que prohíbe.

Volviéndo al tema de la Conducta, sólo quiero agregar que no es conveniente entender a ésta como una " acción simple ", ya que ésta concepción puede referirse a la fuerza que un cuerpo realiza sobre otro, o en materia mercantil, se utiliza este término para nombrar a un Título de Crédito, por lo que puede haber confusión. Pero también se habla de la " Accion Strictu Sensu " y Omisión, equiparándola como sinónimo de acto, no siendo esto correcto, debido a que como lo mencione en el capítulo correspondiente, al referirse a la acción, necesariamente se deja a un lado a la omisión, es decir, se habla sólo en sentido positivo más no en cuanto al negativo, sin aceptar como acción a la omisión.

C A P I T U L O III

I. LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION.

A) TIPO Y TIPICIDAD.

B) EL TIPO DEL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL
TIPO.

C) EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN ESTE ILICITO.

D) LA ATIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.

E) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

C A P I T U L O III

I. LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION.

A) TIPO Y TIPICIDAD.

Analizando de una manera general dichos conceptos, he sostenido, que para que haya Delito, es indispensable una conducta o "hecho" humanos, pero hay conductas o "Hechos" que no son Delitos, además deben ser típi--cos, antijurídicos y culpables.

La Tipicidad, es uno de los elementos esenciales del Delito, como ya lo he mencionado, que al estar ausente impide que se configure, teniendo - esto su base en el artículo 14 Constitucional que dice expresamente: "En los juicios de orden criminal queda prohibido poner, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una - ley exactamente aplicable al Delito de que se trata", significando ésto, - que no existe Delito sin Tipicidad. (1)

No debe haber confusión entre ambos conceptos: El Tipo. - Es la crea--ción legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en -- los preceptos penales.

La Tipicidad. - Es la adecuación de una conducta concreta, con la descriptión legal formulada en abstracto.

(1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existen tipos completos, en los que contienen todos los elementos del Delito. Ejemplo: En el Delito de Allanamiento de Morada, donde se encuentra la referencia típica a la culpabilidad al aludir a los conceptos " furtivamente ", " con engaños ", lo mismo sucede en el Estupro, con los elementos " por medio de seducción " o " por medio de engaños ", etc.

En estos casos y en otros similares, el tipo consiste, en la descripción legal de una conducta.

Lo que varía es la descripción del comportamiento antijurídico, salvo que opera un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa.

Por lo que el maestro Mariano Jiménez Huerta, en su obra " La Tipicidad " define al Tipo como: " El injusto recogido y descrito en la ley penal ".

Por lo tanto, aveces el tipo es la descripción legal del Delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como en el caso del Homicidio, que según el Código Penal, lo comete " el que priva de la vida a otro ".

El Tipo, en nuestro Derecho Penal, es la célula que dá vida al Delito, porque sin el Tipo, que como dije es el descrito por

el legislador, no existiría ningún Delito.

Es un símbolo que representa al Delito, es modo y figura de lo que debe ser el ilícito penal.

Siempre para que haya Delito, es necesario acudir a sus elementos que lo conforman, como son a mi juicio: La Conducta, La Tipicidad, La Antijuridicidad y la Culpabilidad para que se constituya, pero si faltase alguno de ellos no se podría dar.

En concreto, el Tipo, es la descripción de una conducta desprovista de valoración, que el legislador describe en la ley penal.

En seguida describiré la clasificación de los Tipos, según lo hace el maestro Castellanos Tena, en su obra Lineamientos Elementales del Derecho Penal, ya que toma como base las más comunes y luego las explicaré brevemente; así tenemos: (2).

Normales.

Por su Composición

Anormales.

Tipos Normales.- Se limitan a hacer una descripción objetiva.

(2) Castellanos Tena. Ob. Cit. Página 168.

Ejemplo: El Homicidio (Privar de la vida a otro).

Se tienen que emplear palabras que hablen de situaciones puramente objetivas.

Tipos Anormales.- Además de factores objetivos, contienen elementos subjetivos o normativos. Ejemplo: El Estupro.

Se tiene que establecer una valoración cultural o jurídica.

La diferencia consiste, en que mientras el Tipo Normal contiene conceptos de objetividad pura, el Tipo Anormal, describe, además, situaciones valoradas y subjetivas.

Si se emplean por la Ley palabras que solo los sentidos las aprecian, dichos vocablos son elementos objetivos del Tipo. Ejemplo: Cópula en el Estupro.

Cuando las frases que utiliza el legislador tienen un significado y tengan que ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del Tipo. Ejemplo: Casta y Honesta en el Estupro.

La descripción legal puede contener conceptos, cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos. Ejemplo: El Engaño en el Fraude.

Fundamentales o
Básicos.

Por su ordenación Metodológica: Especiales: Agravados y

Privilegiados.

Complementados: Agravados y

Privilegiados.

Tipos Fundamentales o Básicos.- Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos. Ejemplo: El Homicidio.

Jiménez Huerta dice: " Que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos. Ejemplo: " Delitos contra el Patrimonio ", etc., formando cada grupo una familia de Delitos. Dichos Tipos Básicos, integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código ".

Así para Jiménez Huerta, dentro del cuadro de los Delitos contra la vida, es básico el Homicidio, artículo 302 del Código Penal.

Jiménez de Asúa expresa, que el Tipo es básico cuando solamente es independiente.

Tipos Especiales.- Se integran agregando otros requisitos al Tipo Fundamental al cual subsumen. Ejemplo: El Parricidio.

El maestro Jiménez de Asúa opina, que excluye la aplicación

del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el Tipo Especial. Ejemplo: El Infanticidio.

Tipos Complementados.- Se forman al lado de un Tipo Básico y una circunstancia o peculiaridad distinta. Ejemplo: Homicidio Calificado por Premeditación, Alevosía, etc.

Jiménez Huerta los distingue diciendo: Los Tipos Especiales, excluyen la aplicación del Tipo Básico y los Tipos Complementados, presuponen su presencia, al cual se le adiciona la norma, en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Tanto los Especiales como los Complementados pueden ser Agravados o Privilegiados, según resulte o no un Delito de mayor entidad.

Por lo que en el caso del Parricidio, constituye un Tipo Especial Agravado, por sancionarse más severamente, mientras el Infanticidio, constituye uno Especial Privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico del Homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas: Premeditación, Alevosía, Ventaja y Traición, integra un Homicidio Calificado, cuyo Tipo es totalmente agravado.

El Homicidio en Riña o Duelo, se califica como Complementado Privilegiado.

Autónomos o Independientes.

En Función de su Autonomía o
Independencia.

Subordinados.

Tipos Autónomos o Independientes.- Tienen vida por sí, es decir, propia . Ejemplo: El Robo Simple.

Tipos Subordinados.- Dependen de otro Tipo. Ejemplo: El Homicidio en Riña.

Tiene un carácter circunstancial de respeto al Tipo Básico, siempre autónomo, en razón de este adquieren vida, al cual no sólo complementan sino subordinan.

Casuísticos: Alternativos y Acumulativos.
Por su Formulación

Amplios.

Tipos de Formulación Casuística.- Preven varias hipótesis. En estos el legislador no describe una modalidad única, sino muchas y variadas formas de ejecutar el ilícito.

Se subdividen en: Alternativamente Formados.- En los que se preven dos o más hipótesis comisivas y el Tipo se colma con cualquiera de ellos. Ejemplo: El Adulterio, donde se requiere que sea cometido en el Domicilio Conyugal o con Escándalo, artículo 273 del Código Penal. y,

Acumulativamente Formados.- Se requiere del concurso de todas las hipótesis. Ejemplo: El Delito de Vagancia y Malvivencia, artículo 255 del Código Penal, en donde el Tipo exige dos circunstancias: Primera.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada. y,

Segunda.- Tener malos antecedentes.

Tipos Amplios.- Describen una hipótesis única. Ejemplo: El Apoderamiento en el Robo, que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Algunos autores llaman a éste, Tipo de Formulación Libre, porque la acción típica se verifica por cualquier medio idóneo, al expresar la ley, sólo la conducta o hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida en el Homicidio. (3)

De Daño o de Lesión.

Por el Daño que Causan.

De Peligro.

Tipos de Daño o de Lesión.- Protegen contra la disminución o destrucción del bien. Ejemplo El Homicidio, El Fraude.

(3) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Páginas 448, 449.

Tipos de Peligro.- Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados. Ejemplo: La Omisión de Auxilio, El Disparo de Arma de Fuego. (4).

Tipicidad.- El maestro Castellanos Tena catedrático ilustre de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la define, diciendo que: " Es el encuadramiento de una conducta, con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en resumen, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa ".

Tipicidad.- Para el maestro Porte Petit Candaudap: Es la adecuación o conformidad a lo prescrito por el Tipo, esto debido, a que el Tipo puede contener, además del elemento objetivo, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (a no ser que el Tipo requiera solamente el elemento objetivo).

Dicha Tipicidad, es uno de los elementos fundamentales para la configuración del Delito, siendo ésta, la adecuación a la conducta descrita por el legislador en la ley penal. Además es básica para que el Tipo Penal se pueda aplicar y para que esto suceda, se necesita que la conducta se adecúe al Tipo descrito en la ley, entonces la Tipicidad es lo dinámico y el Tipo lo estático.

Referente a la historia de la Tipicidad, nos dice el maestro Castellanos Tena: (5) " Son iguales tanto la historia del Ti-

(4) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Págs. 450, 451, 471.

(5) Castellanos Tena F. Ob. Cit. Página 166. México 1981.

po como la de la Tipicidad.

Fué en Alemania donde tuvo inicio la Teoría de la Tipicidad, y en sus comienzos, el Tipo era en su totalidad, los elementos del Delito incluyendo el Dolo y la Culpa.

Su primera fase fue representada por Berling, cuando elaboró su teoría en 1906.

En cuanto a esta primera fase y respecto a lo que dijo Berling, el penalista Luis Jiménez de Asúa, resume el pensamiento de este gran autor alemán, mencionando al respecto: " Que la Tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la Antijuridicidad y de la Culpabilidad. A la segunda fase se le llamó indiciaria, que surgió en 1915 con Max Ernesto Mayer, según Jiménez de Asúa dice que para Mayer: " La Tipicidad, no es ya una mera descripción, atribuyéndole un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la Tipicidad y la Antijuridicidad, pero afirma, que el hecho de que una conducta sea típica, es ya un indicio de su Antijuridicidad ".

La Tercera Fase denominada " Ratio Essendi " o Razón Esencial de la Antijuridicidad, fue planteada por Edmundo Mezguer, desde 1926 que la empezó, hasta 1931 que la terminó.

Jiménez de Asúa expresa: " Que la teoría de Mezguer transparenta y aclara en su definición del Delito: Acción Típica-mente Antijurídica y Culpable. Puesto que para Mezguer, no es

ya el Delito, una acción típica, antijurídica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que en primer término constituye, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la Tipicidad no se hace en capítulo o sección propia, sino que por el contrario, se incluye en la Antijuridicidad, tratada primero como " injusto objetivo " y después, como " injusto justificado ".(6).

Mezger en su concepción , considera a la Tipicidad mucho más que indicio, mucho más que el conocimiento de la razón (Ratio Cognoscendi) de la Antijuridicidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su razón esencial.

No es aceptable ésta última teoría, debido a que lo que desea es desaparecer a la Tipicidad como elemento esencial del Delito y mandarla a un segundo término, tampoco se puede aceptar ésta teoría, porque la Tipicidad no es la razón esencial de la Antijuridicidad, sino más bien, la Antijuridicidad " ratio essendi " de la Tipicidad, ya que al crearse el Tipo, es de presumirse que la conducta es antijurídica, pero no toda conducta es antijurídica por ser típica.

Es aceptable la Teoría Indiciaria de Max Ernesto Mayer, porque

(6) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Páginas 424, 425 y 426.
México 1980.

hay independencia de Tipicidad y Antijuridicidad, encontrando que la Tipicidad es un elemento esencial del Delito y que es independiente de la Antijuridicidad.

Pero la Tipicidad es Indiciaria de la Antijuridicidad, porque al describir el Tipo el legislador, está consciente de lo que crea, porque la conducta ahí descrita, es contraria a Derecho y aún existiendo una causa de justificación no desaparece la Tipicidad. (7).

En cuanto a su función, vemos que para el Derecho Penal es importante, debido a que la Tipicidad no es la razón de ser de la Antijuridicidad, sino es un indicio de ella.

Por lo que dicha Tipicidad delimita, porque es necesariamente forzoso que la Antijuridicidad se determine en forma precisa, porque no puede ser materia de Delito una conducta lícita, en tanto no encuadre dentro del Tipo Penal, por no existir Delito sin Tipo Penal, viendo esto en los siguientes principios de Derecho " Nullum Crimen Sine Lege ", que es igual a Nullum Crimen Sine Tipo ", ya que lo establece así el artículo 14 Constitucional en la frase: " Por una ley exactamente aplicable al Delito que se trata ".(8).

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece: " El

(7)Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Páginas 427, 428 y 429.

(8)Ob. Cit. Página 66.

delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Así, tratándose del Delito de Violación Sexual tipificado en el artículo 265 del Código Penal, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio de la violencia física o moral, la cópula a una persona de cualquier sexo, por vía idónea o contra natura, sin el consentimiento de la víctima ". (Semanao Judicial de la Federación, XXIV, p. 132. Sexta época. Segunda Parte).

En otra ejecutoria se dice que "el elemento cópula a que se refiere el artículo 265 del Código Penal, queda tipificado independientemente de que la misma haya quedado total o parcialmente consumada fisiológicamente", y que "no puede existir confusión, pues, entre los términos cópula consumada y el delito consumado". (Semanao Judicial de la Federación, CI, p. 1544. Quinta época). (9).

(9) Porte Petit Candaudap Celestino. Ensayo Dogmático del Delito de Violación. Página 32. México 1980.

B) EL TIPO DEL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL TIPO.

El artículo 309 del Código Penal Tipo de 1963 nos dice: " Se impondrá (10) sanción de tres a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos, a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo. Si la persona ofendida fuere impúber, la prisión será de cuatro a nueve años ".

Como pude verse la redacción es casi la misma que la expresada en el artículo 265 de nuestro Código Penal de 1931, pero establece diferencia en la sanción aumentandola en un año más para efectos de que el término medio aritmético señalado como garantía en la fracción I del artículo 20 de nuestra Carta Magna no beneficie al Presunto Responsable de nuestro Delito a estudio, así mismo también reduce un año la sanción impuesta al Presunto Responsable que comete dicho Delito a persona impúber ya que el artículo 265 expresa una sanción de cuatro a diez años, además de señalar una multa de cuatro mil a ocho mil pesos.

Por lo tanto estas diferencias, no hacen que las haya también en cuanto a su clasificación de este Delito en orden al Tipo, por lo que en cuanto al Tipo la Violación es:

1.- Fundamental o Básico, en cuanto a la primera parte del artículo 265 del Código Penal o 309 del Código Penal Tipo en su caso, ya que como su nombre lo indica sirve de fundamento o base de otros tipos como son los tipos gravados, pues, por lo que respecta a la parte final, se trata de un Delito Complementado Cualificado de Violación, es decir, cuando se establece que si la persona ofendida fuere impúber, vemos que se aumenta la penalidad.

2.- Es un Tipo Complementado Gravado por razón del impúber.

3.- Es Autónomo o Independiente, en razón de que el Tipo de Violación Propia tiene vida autónoma o independiente, es decir, existencia por si mismo.

4.- Con medios legalmente limitados o de Formulación Casuística, porque preeven varias hipótesis para la ejecución del ilícito.

5.- Alternativamente Formado en cuanto a los medios, ya que puede realizarse por medio de la Vis Absoluta o Vis Compulsiva.

7.- Normal, al no contener elementos Normativos ni subjetivos.

8.- Y es Congruente, porque hay relación entre lo que el agente quería y el resultado producido. (10).

En cuanto al artículo 266 bis del Código Penal de 1931 que dice: " Cuando la Violación fuere cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos..."., siendo el mismo texto el señalado en el artículo 311 del Código Penal Tipo, a excepción de las expresiones " intervención directa e inmediata ", es decir, se refieren ambos textos a la Violación Tumultuaria, en la que por ser sancionada con mayor severidad que al Delito de Violación en sí, constituye un Tipo Especial gravado, y también un Tipo Complementado Agravado. (11).

(10) Código Penal Tipo de 1963.

(11) Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

C) EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN ESTE ILICITO.

El Bien Jurídico Tutelado en concreto, es parte del Tipo y en él está latente, debido a que es parte de su integración, ya que no es concebible un Tipo penal que no tutela un bien jurídico, es decir, que no tutele el derecho que una persona tiene a su libertad de vivir, de hacer o no hacer.

El Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Violación consiste, en el Derecho que un ser humano tiene de realizar la Cópula con la persona que sea de su agrado y que su voluntad desee, así como de abstenerse de éllo, -- con quien no fuera de su gusto o con quien no desease realizarla.

Bajo el dominio de otros fundamentos culturales, han prevalecido otros -- puntos de vista, por ejemplo, Carrara lo incluye entre los Delitos que -- ofenden a la Pudicia Individual. Belling, lo coloca entre los Delitos contra la Honestidad de la Mujer, pero en la actualidad Mezger, Manfredini, Antolisei, Ranieri, Pannain y Contieri y cada día más autores por unanimidad, afirman el pensamiento recto, de que el Interés Jurídico Tutelado en el Delito de Violación es la Libertad Sexual.

Entre los penalistas mexicanos hay quienes apoyan dicho criterio, como lo expresa González de la Vega al razonar así: "El Bien Jurídico objeto de la Tutela Penal en este Delito, concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constitu

ye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación, sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido, anulando así su resistencia (Violencia Física, Vis) o bien por el empleo de amenazas, - constreñimientos psíquicos hasta de su conducta", también Carrancá y Trujillo y Porte Petit afirman, que el objeto jurídico del Delito, es la li bertad de amar.

Mi opinión al respecto, en cuanto a cual es el Bien Jurídico Tutelado en este ilícito, es que lo que se protege verdaderamente es la " Libertad de Amar Sexualmente ", tanto del hombre como de la mujer, ya que al solo expresar " Libertad Sexual ", se está atendiendo exclusivamente a la naturaleza de la conducta realizada más no al Bien Jurídico Protegido en sí.

D) LA ATIPICIDAD Y LA AUSENCIA DEL TIPO.

La Atipicidad, que es el aspecto negativo del Delito, se presenta, cuando no se logran conjuntar todos los elementos descritos en el Tipo Legal.

Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Para Castellanos Tena: La Atipicidad, es la ausencia de adecuación de la conducta al Tipo.

Para Porte Petit: La Atipicidad, es cuando no se integre el elemento o elementos del Tipo descrito por la norma, es decir, cuando no haya adecuación al mismo.

Existe distinción entre la Atipicidad y la Ausencia de Tipo,

La Atipicidad como ya dije, es cuando no existe conjunción entre todos los elementos descritos en el Tipo Penal.

En cambio, la Ausencia de Tipo se presenta, cuando el legislador deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta, que según la generalidad debe incluirse en el catálogo de los Delitos. Ejemplo: El Código Penal de Veracruz Vigente, en el cual fué suprimido el Tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior; integrado con un Adulterio en condiciones determinadas.

En la esencia de toda Atipicidad hay falta de Tipo, si un hecho específico -

no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no - -
existe Tipo.

Causas de Atipicidad: 1. - Ausencia de la calidad exigida por la Ley en -
cuanto a los sujetos activo y pasivo. Ejemplo: En el Delito de Peculado -
el sujeto activo debe ser el encargado de un servicio público, artículo --
220 del Código Penal, si no lo es, hay atipicidad.

2. - Si faltan el objeto material o el objeto jurídico, Ejemplos: En los De-
litos Patrimoniales, cuando existe falta de propiedad o posesión, o el caso
de privar de la vida a quien ya no la tiene.

3. - Cuando no se dan las referencias temporales o especiales, requeridas
en el tipo. - Aquí la ley exige la realización del hecho. Ejemplo: En el De-
lito de Asalto, artículo 286 del Código Penal, donde se requiere que sea -
"En despoblado" o con "violencia" sino existen estos elementos habrá Ati-
picidad.

4. - Al no realizarse los elementos comisivos, específicamente señalados-
en la ley. Ejemplo: En el Delito de Violación, artículo 265 del Código Pe--
nal, donde es necesario que se cometa utilizando la fuerza física o moral.

5. - Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. Ejem-
plos: En el caso del artículo 99 bis que habla del Delito de Peligro de Conta-
gio (Enfermedades Venéreas), que pertenece a la clasificación legal de --
los Delitos contra la Salud; por la expresión a "sabiendas", también en el -

caso de los Delitos contra el Estado Civil y Bigamia, por la expresión " con el fin de alterar ", o en el caso del Parricidio, artículo 323 del Código Penal, donde se advierte la " intención " de privar de la vida al ascendiente o ascendientes consanguíneos.

6.- Por no darse, en su caso, la Antijuridicidad Especial. Ejemplo: El Artículo 285 del Código Penal, que tipifica el Delito de Allanamiento de Morada, debido a que señala la expresión, que el comportamiento se efectúe " sin motivo justificado " o " fuera de los casos que la ley lo permita ".

Por lo que respecta al Delito en estudio, se origina la Atipicidad en el caso de que falten tanto la Vis Absoluta como la Compulsiva o Moral, ya que son los medios que exige el Tipo, es decir, concurre el consentimiento del interesado.

Dicho consentimiento del interesado, funciona como causa de Atipicidad, porque el Tipo descrito en el artículo 265 del Código Penal, requiere que la Cópula se realice contra la voluntad del sujeto pasivo.

E) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

Dentro de la clasificación de los tipos, al hablar de los Tipos de Formulación Amplia, no estoy de acuerdo con los autores que los llaman Tipos de Formulación Libre, debido a que consideran posible que la acción típica se realice mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley, la conducta o el "hecho" en forma genérica, ya que es impropio denominar la así, por prestarse a confusiones con las disposiciones dictadas en los países totalitarios, en los cuales el legislador puede con toda libertad, - tipificar hechos no previstos propiamente, como delictivos en la ley.

Respecto a la esencia típica del Delito de Violación, considero que lo que la constituye en realidad, es que el agente tenga Cópula con una persona sin la voluntad de ésta.

Unas veces para doblegar la voluntad contraria de su víctima, el sujeto activo, ejerce sobre ella la Violencia Física (Vis Absoluta) o Violencia Moral (Vis Moral); otras simplemente, se aprovecha de las circunstancias o situaciones que concurren en el sujeto pasivo.

Pero también es necesario tomar en cuenta, que por ser la figura típica en estudio, un Delito contra la Libertad (de Amar Sexualmente), no presupone el completo sometimiento físico y la total anulación de la voluntad ajena, basta que la fuerza física que se despliega, reduzca la voluntad en forma y grado, que la mine humanamente más no de manera heroica de la posibilidad de resistir.

Es importante lo anterior, ya que se puede presentar el caso de que falten los medios exigidos por el Tipo: Vis Absoluta o Compulsiva, es decir, porque concurra " el consentimiento del interesado ", originándose, claro está, una Atipicidad, no afectando a la Antijuridicidad, ya que la conducta en la Violación será Antijurídica, cuando siendo Típica, no exista una causa de licitud, en caso de que proceda.

En el Código Penal Tipo de 1963, por otra parte, llaman a los Delitos Sexuales, " Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexuales ", expresión con la que estoy de acuerdo, porque con ésta terminología precisan los bienes jurídicos protegidos, en cambio la expresión actual de nuestra clasificación vigente del Código Penal de 1931, " Delitos Sexuales ", se basa solo en la naturaleza de la conducta realizada y no en el bien jurídico tutelado. Me permito sugerir una reforma a la penalidad señalada en el artículo 265 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en el sentido de que señala pena corporal de dos a ocho años de prisión, alcanzando a salir el sujeto activo bajo fianza, según lo señala el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, así como también goza del Término Medio Aritmético por no exceder la pena de cinco años, ya que se suma la mínima con la máxima y se divide entre dos, siendo esto perjudicial tanto para la sociedad como para el sujeto pasivo ya que el violador queda en libertad de volver a delinquir, además de causar a la víctima cierto temor de seguir adelante con la acusación y en la sociedad deja un marco de inseguridad, por lo que pienso que se debe aumentar la pena, como lo señala el Proyecto Código Penal Tipo de 1963-----

en su artículo 309 a razón de tres a ocho años de prisión, no dando a favor del presunto, el Término Medio Aritmético y proporcionando seguridad y confianza tanto al ofendido como a la sociedad.

Atreviéndome a señalar aún más la adición de la Reparación del Daño, cuya figura jurídica está ya tipificada y aplicada en el Delito de Estupro, es decir, alimentos a la mujer y a los hijos, siempre y cuando los hubiere, - en la forma y términos que la ley civil fije, en los casos de Divorcio.

Esto es, en virtud de que considero que la vida humana que se está gestando, no tuvo la culpa de ser concebida, de ser incorporada al mundo, por lo que se le debe dar seguridad, tanto a ese ser vivo como a la madre, ya que a ésta última le provocan, además del rechazo o lástima de la sociedad, -- problemas de índole familiar, psicológico y en algunas ocasiones el descrédito social de mujer honesta, que éste hecho le ha causado, así como también que se prevea en la ley, que el hecho de que el violador haya poseído - al sujeto pasivo, no constituya la obligación a la mujer de cohabitar con dicho sujeto activo si éste no es de su agrado, pero también en un plano de -- equidad, si este sujeto pasivo puede posteriormente rehacer su vida tanto - social como familiarmente, debe cesar dicha Reparación del Daño impuesta al transgresor, pero sin perjuicio de que siga cumpliendo su pena, en -- virtud del ilícito cometido.

Agregando, que bien se pudiera incorporar a la ley, la conducta de la mujer como sujeto activo en este hecho ilícito, ya que en la intensión de dicho sujeto, prevalece la idea de llevar a cabo un acto erótico sexual e inclusive

llegar a la Cópula con otra mujer, utilizando objetos que semejen al miembro viril masculino, tipificándose así la conducta delictiva y no teniendo como fin precisamente el de causar una lesión, por lo que esta conducta debe entrar dentro de la clasificación que establece el Código Penal Tipo, relativa a la Libertad de Inexperiencias Sexuales.

En este orden de ideas, en los casos remotos de que se dé violación entre Homosexuales o entre Lesbianas, que en un momento dado puede suscitarse, sólo sugeriría que se aplicara la pena y la multa señalada en el Código Penal Tipo de 1963, que consiste en prisión de tres a ocho años y multa de mil a cinco mil pesos, además de que dichas conductas antes mencionadas se adicionaran a la ley, para estar debidamente tipificadas.

Respecto a la Violación Tumultuaria, las penas que señala el actual Código Penal Vigente, pienso que están correctas en su aplicación, con la salvedad de que también se agregue la Reparación del Daño, que deberá ser solventado por todos los partícipes en el ilícito cometido, esto debido a las razones que expuse anteriormente y que afectan única y exclusivamente al sujeto pasivo.

En relación al Bien Jurídico Tutelado que en el caso del Delito de Violación como ya sabemos es la libertad Sexual, pero como lo esbozé en el capítulo correspondiente, dicha expresión no me parece correcta, agregaría más bien la expresión "Libertad de Amar Sexualmente" o bien "Libertad Sexual de Amar", debido a que el vínculo moral y de estimación profundamente afectiva que se da entre una pareja formada por individuos de sexos opues-

tos, hace que tengan el derecho de además de amarse platónicamente, subjetivamente y con respeto y cariño, también amarse sexualmente ya que ambos se agradan, y ese derecho, es el que tutela dicho precepto legal.

Por otra parte, pienso que en base al Tipo, se debe asentar la conducta de la mujer como sujeto activo en la práctica sexual, ya sea con otra mujer o con un hombre, pero claro que algunas opiniones dirán, que dicha cuestión ya viene implícita en la definición que da nuestro artículo 265 del Código Penal Vigente, pero lo cierto es, que en la praxis no se entiende así, ya que los Agentes del Ministerio Público en su mayoría y debido a nuestra indiosincracia de tradiciones y costumbres, así como de educación moral y social no aceptan dicho criterio que tutela nuestro Código Penal y que es señalado expresamente, -- es por eso que señalo la necesidad de asentar dicho criterio anteriormente expuesto, la otra razón que es jurídica, es que vemos que es contradictorio que en la ley esté señalada y aceptada la práctica sexual en una mujer de menor de 12 años y no se prevea esta conducta, cuando dicha práctica sexual de la mujer se presentare con varón menor de 12 años o realizada también hacia otra mujer, utilizando como lo dije en renglones anteriores, artefactos u objetos que semejen al órgano sexual masculino, tipificándose así dicho ilícito.

Respecto a las Causas de Atipicidad, no puede darse en el Delito en estudio, la de la Falta de Calidad en el Sujeto Activo o Pasivo, porque el Tipo de Violación descrito por la ley, no exi-

ge a los sujetos mencionados calidad alguna, tampoco puede darse por Falta de Referencias Temporal o Espacial, ya que dichas referencias no son exigidas y por último, no puede darse por Falta de Elementos Normativo o Subjetivo, en cuanto a que igualmente no son requeridos por el propio Tipo del Delito de Violación.

En cambio se puede presentar el caso, de que falten en el Delito de Violación Propia los medios exigidos por el Tipo: Vis Absoluta o Vis Compulsiva, es decir, porque concurra el consentimiento del interesado, originándose una Atipicidad.

Por lo que, para saber cuando nos encontramos en dicha hipótesis, se debe investigar si el Tipo exige un " contra " la voluntad del sujeto pasivo.

C A P I T U L O IV

I.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL
DELITO DE VIOLACION.

A) LA ANTIJURIDICIDAD.

B) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION
EN EL CODIGO PENAL TIPO.

C) LAS CAUSAS DE LICITUD.

D) LAS CAUSAS DE LICITUD EN EL DELITO DE VIOLACION
Y SU ASPECTO NEGATIVO.

E) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

C A P I T U L O I V .

I.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL DELITO DE VIOLACION.

A) LA ANTIJURIDICIDAD.

Hemos seguido el criterio de que la Antijuridicidad es de difícil definición, pero es conveniente unirse a lo que de modo general se acepta, es decir, Antijurídico significa lo que es contrario a Derecho.

Ya sabemos que la Antijuridicidad es un elemento esencial del Delito y en éste se analiza el contenido de la conducta o hecho que son cometidos de modo externo, es decir, que dicha conducta o hecho, además de ser típicos, deben estar en desacuerdo co el Derecho. Así vemos, que si en un momento dado una conducta típica se valora y se pone en contraste con las normas penales y el Estado la rechaza por estar en contra de los valores que contienen las normas penales, es cuando podemos referirnos a la Antijuridicidad como elemento del Delito.

Existen varias Tésis las cuales es importante señalar, ya que se refieren al papel que desempeña la Antijuridicidad en la Teoría del Delito, independientemente de nuestra opinión antes esbosada, y son: (1)

- 1.- La que afirma que constituye un carácter del Delito.
- 2.- La que sostiene que es un elemento del Delito.

(1) Porte Petit Candaudap. Ob. Cit. Páginas 481, 482 y 483.

3.- Que constituye un aspecto del Delito, y

4.- Que es el Delito en sí.

1.- Aquí afirma Massari, que la Antijuridicidad es un carácter del hecho punible y no un elemento, ya que si fuere un elemento constitutivo del Delito, debería la Antijuridicidad distinguirse de los demás, es decir, presentarse como un concepto aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del Delito: para la voluntad, para la conducta, para el resultado, que esto no es posible hacerlo con la Antijuridicidad, constituyendo ésta la síntesis integral del fenómeno punible, y cada uno de los elementos que lo componen; de tal manera, que la Antijuridicidad representa solo un atributo, un predicado, un denominador común del Delito y de sus componentes, finalizando que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, y así se explica que puede hablarse de una voluntad antijurídica de un resultado antijurídico.

2.- Consideran a la Antijuridicidad como elemento del Delito; Tena Ramírez, Jimenez Huerta y Petrocelli entre otros.

Este último autor expresa: " La Antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del Delito. Hemos ya examinado en otro trabajo las objeciones hechas por cierto autor contra ésta división y sobre todo, contra el criterio de situar la Antijuridicidad como un elemento al lado de los otros dos; no es el caso de repetirnos, bastando llamar la atención sobre el sentido que damos al término elemento como requisito,

como aquello que se requiere para constituir, para componer el Delito. Es preciso advertir, además, que si la tripartición establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico Delito, esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tengan existencia por sí mismos, como separados uno del otro, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La Antijuridicidad en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del Delito y por lo tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. La Antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad".

3.- Entre quienes consideran que la antijuridicidad es un aspecto del Delito, se encuentra Maggiore, al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del Delito; aspecto no elemento, ya que en efecto, no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el Delito, al quitarle la antijuridicidad, quede siempre Delito, por más que le sea mutilado un órgano; agregando, que por el contrario ella reviste y penetra todo el Delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, finalizando que en todo Delito está presente expresa o sobrentendida la nota de

la antijuridicidad.

4.- Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más: es como fué manifestado por Rocco con feliz expresión, " la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del Delito ". A este aspecto expresa Cuello Calón, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del Delito; de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

Se han elaborado varias teorías sobre la Antijuridicidad.

Nos dice Carlos Binding que, la Antijuridicidad no es lo contrario a la ley, sino que es el acto que se ajusta a lo que prevé la ley penal.

Max Ernesto Mayer, en su teoría de la Antijuridicidad, afirma que ésta es la contradicción a las normas de cultura (costumbres, valoraciones, medios, sentimientos patrios, religiosos, etc.), conocidas por el Estado.

Celestino Porte Petit, nos dice que, la Antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.(2).

(2) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Página 176 y 177. México 1981.

Existen dos tipos de Antijuridicidad, la Formal y la Material.

Se ha tratado de hacer una distinción entre la Antijuridicidad Formal y la Antijuridicidad Material. Siendo a mi modo de ver que ambas antijuridicidades deben ir conjugadas, relacionadas así como lo formal (forma) y lo material (fondo).

La Antijuridicidad Formal.- Es la oposición a la ley vigente.

La Antijuridicidad Material.- Es la oposición a los intereses válidos para la colectividad.

Entonces si por ejemplo el Estado prohíbe que en las calles se salude, hay una Antijuridicidad Formal, pero desde el punto de vista Material no la hay, porque eso no es válido para la colectividad, de aquí que se apoye a mi modo de pensar, en el sentido de que lo Formal y lo Material deben estar vinculados, relacionados o conjugados en un todo unitario, para que se pueda dar el verdadero sentir de la Antijuridicidad.

Por otro lado, al referirnos al caso de la Violación entre Cónyuges existe mayor perplejidad y esto es debido a que ejerce peso y fuerza la opinión dominante, inclinándose de un sólo lado de la balanza, ya que dicha opinión se apoya en razones romanistas, que llevan insertados conceptos ascéticos, seculares, piadosos, emanados de diversos orígenes.

La Opinión Dominante sostiene, que el marido tiene derecho a Copular con la mujer y aunque lo hiciere contra su voluntad, in-

cluso utilizando Violencia Física (Vis Absoluta) o Moral (Vis Moral), no cometiendo dicho ilícito, ya que no delinque quien ejerce un Derecho.

Sin embargo la mayoría de los autores dice que sí se dá el Delito de Violación si el marido obliga mediante violencia a su cónyuge a realizar actos contra natura o tratar de vencer la resistencia de la esposa que se niega a realizar la Cópula Normal, debido a que aquél se encuentra en estado de ebriedad o aquejado de sífilis u otro mal venéreo, que implica un probable daño para ella o para la prole.

Además de que el maestro González de la Vega dice: " Que la exigencia del fornicio matrimonial por medios violentos, no puede quedar amparada por la excluyente de " Ejercicio de un Derecho " pues se violaría el artículo 17 de la Constitución que establece: " Ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercerá violencia para reclamar un Derecho ".

El Error de la opinión dominante en que incide, es debido a la creencia falsa, de que la mujer al contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva, confundiendo lamentablemente el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma con una actitud servil y de sumisión, es decir, sin que se tenga en cuenta su voluntad, determinada por un estado de ánimo o su espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica.

En cuanto al caso de que si existe o no Delito de Violación cometido en contra de las Prostitutas, vemos que también son susceptibles de ser violadas, pues como lo expresé anteriormente, la condición social de éstas no las convierte en un despojo humano carente de derechos y obligaciones, carentes de la libertad que les dá el Derecho de realizar la Cópula de común acuerdo con quien le agrade o con quien previo pacto le pague por sus servicios.

B) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL TIPO.

Así vemos, que al describirse típicamente al Delito de Violación en el Proyecto Código Penal Tipo de 1963 en su artículo 309, ya descrito en capítulos anteriores, así como en el artículo 265 del Código Penal Vigente y ampliada dicha descripción en el artículo 310 del Código Penal Tipo y 266 del Código Penal Vigente, es de notarse que presupone la ilicitud de la Cópula, o dicho de otra manera, la Antijuridicidad de la conducta, pues, como en todos los Delitos, esta figura típica presupone en cada caso concreto, la ilicitud del hecho cometido.

Anota Antolidei que la Violencia debe ser ilegítima.

El yacimiento o acceso carnal ha de ser ilícito, expresa Cuello Calón. Para Pannain, el hecho es ilegítimo todas las veces que concurren todos los extremos del hecho abstracto y no concurren causas de exclusión del Delito.

En fin, para Fontán Balestra, el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito.

Es indudable que la conducta en el Delito de Violación será antirídica cuando, siendo típica, no exista una causa de licitud, en caso de que proceda.

(3) Porte Petit Candaudap. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Páginas 47 y 48. México 1980.

Se afirma que en el Delito de Violación, la falta de consentimiento es el eje de la figura típica. El Artículo 265 condiciona a la figura típica, que sólo se integra bajo la condición, de que la Cópula se obtenga por medios que conceptualmente venzan la voluntad del sujeto pasivo; y el artículo 266 amplía la base típica del artículo 265 del Código Penal, a situaciones en las que la voluntad de la persona ofendida no tiene ningún valor jurídico o no puede expresarse o producirse, debido a los estados o situaciones en que la misma se halla.

Dada la notable influencia que sobre el Delito de Violación ejerce el consentimiento, es necesario precisar su valor y su duración a través del tiempo, en algunas situaciones más o menos equívocas.

El consentimiento es una actitud de la voluntad en torno a un hecho presente o futuro.

Si se manifiesta en sentido afirmativo, es un consentimiento expreso, y cuando se exterioriza en otros datos de valor inequívoco, sin manifestarse expresamente, es un consentimiento presunto, pero este consentimiento es renovable y no ata ni en forma constante, ni mucho menos externa.

Cuando hay consentimiento para la Cópula entre amantes o concubinos, vemos que éste perdura por su naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en la vida social, en tanto que, en forma expresa o tácita, uno de ellos haga saber al otro su firme voluntad contraria, dándose

dose al existir la inconformidad el Delito de Violación, al obtener la Cópula utilizando la fuerza o por medios obligatorios.

C) LAS CAUSAS DE EXCUSACIÓN.

A las justificantes generalmente se les agrupa, al lado de otras causas que anulan al Delito o mejor dicho, que impiden su configuración, nuestro Código Penal Vigente las llama Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad.

El Aspecto Negativo de la Antijuridicidad son las Causas de Justificación, (1) por lo que desaparecería la Antijuridicidad si se presenta una Causa de Justificación en ese momento.

Las Causas de Justificación dice Soler, son objetivas, referidas al hecho o impersonales.

También son reales, es decir, válidas para todos los hombres que intervienen en su realización.

Y legales, es decir, que sólo lo que la ley penal diga aceptan, ya que no se pueden aceptar causas sobrenaturales.

Hay una característica especial que tienen las Causas de Justificación, que por ser apegadas a Derecho, no traen consigo una responsabilidad civil o penal.

(1) Lineamientos Elementales del Derecho Penal. México 1981.
Páginas 182, 184 y 185.

Dado su estado material como formal de la Antijuridicidad, sólo por declaración expresa del legislador en la ley, podrá ser eliminada. Entonces el Estado hace de un hecho contrario a Derecho, un hecho conforme a Derecho.

En primer lugar, el aspecto negativo de la Antijuridicidad se funda en -- que no existen intereses, y en segundo, en función del interés preponderante.

En el primer caso vemos que no existe el interés que se intenta proteger, por lo que hay ausencia de interés, esto es, cuando el ofendido dá su consentimiento y al ser otorgado tal, no existe interés al cuál se pretende - proteger.

Por lo tanto, resulta que el interés social protege a un interés privado, y en este caso su titular puede hacer uso de él, porque le es permitido por la ley y al ejercitar su Derecho el ofendido, su consentimiento excluye a la Antijuridicidad.

Al respecto, el Maestro Ignacio Villalobos dice que: (2) "La sólo inten- -- sión de una Ley al sancionar un acto como Delito, es proteger el ejercicio de una Libertad; el interés social estriba en asegurar un género de actividades totalmente libres y dependientes de la voluntad de los interesados -

(2) Derecho Penal Mexicano. Villalobos Ignacio. Página 94. -Editorial Porrúa. Tercera Edición.

(como en los atentados sexuales); en estos casos si el que pudiera considerarse ofendido consciente el acto, no hay ataque a la libertad sino ejercicio de la misma y, en consecuencia, desaparece la Antijuridicidad, pero sin que ello sea por falta de interés social".

Por último, de una manera excepcional se acepta el consentimiento presunto. Ejemplos: La Gestión de Negocios y el Enfermo que está inconsciente, practicándose las intervenciones quirúrgicas, en estos casos se atribuye el consentimiento presunto al que le arreglarán sus negocios o el enfermo, respectivamente.

En segundo lugar, tenemos el interés preponderante, aquí existen dos intereses más bien, pero el Derecho dado el caso en que los dos no pueden existir, se vé en la necesidad de conservar el de mayor valfa, es decir, la preponderancia del interés.

En resumen, se prefiere al de mayor valor, por el de menor interés, y al mismo tiempo lo anterior sirve de fundamento a las Causas de Justificación.

Las Causas de Justificación son:

1. La Legítima Defensa.
2. El Estado de Necesidad.
3. El Cumplimiento de un Deber ; 4. Ejercicio de un Derecho.
5. La Obediencia Jerárquica.
6. El Impedimento Legítimo.

Ahora procederemos a una forma breve al estudio de cada una de ellas.

1. La Legítima Defensa. Es y lo seguirá siendo, una de las Causas de -- Justificación, que mayor beneficio aportan a la sociedad, que dentro de los lineamientos del orden y de la seguridad de la paz, se organiza para vivir, por lo que, el fundamento de la legítima defensa descansa, en la preponderancia de intereses de la colectividad y que el Estado debe garantizar co--mo baluartes del medio en que vivimos.

Hay varias definiciones de la Legítima Defensa:

Para Pavón Vasconcelos, la Legítima Defensa. Es la repulsa (3) inmedia--ta, necesaria y proporcionada, a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente, para los bienes tutelados por el Derecho.

Para Luis Jiménez de Asúa, la Legítima Defensa. Es la repulsa de una -- agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera perso--na contra del agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro -- de la racional proporcionalidad de los medios.

Para el Código Penal Tipo. Legítima Defensa. Es el obrar en defensa (4) de los bienes jurídicos propios o ajenos, contra un peligro actual o inmi--nente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, siempre

(3) Manual de Derecho Penal Mexicano. Francisco Pavón Vasconcelos. --
Página 287. Editorial Porrúa. Tercera Edición.

(4) Código Penal Tipo de 1963.

que la defensa sea proporcionada y no haya provocación suficiente, por parte del que se defiende o del defendido.

Para el Código Penal Vigente. - Legítima Defensa. Es obrar (5) el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes, de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente.

Los Elementos de la Legítima Defensa son:

- a) La existencia de una agresión.
- b) Que sea actual e inminente.
- c) Que sea injusta y de la cual resulta un peligro inminente.
- d) Repulsa necesaria y proporcional.
- e) Ejecutada por el atacado o tercera persona.

Uno de los elementos ya descrito anteriormente, es el referido a "Que exista agresión", aquí se está queriendo que haya una manifestación o acto que lesione bienes protegidos por el Derecho.

También se exige "Que sea actual", es decir, contemporánea del acto de defensa que esté aconteciendo, si está antes o después, ya no estaríamos dentro de la Legítima Defensa. "Que sea inminente", es decir, lo próximo inmediato, actual, violenta.

(5) Código Penal Mexicano. 1978.

"Que sea injusta", esto significa, que es sin Derecho y de la cual resulta un peligro inminente.

"Que haya repulsa necesaria", esto es, que sea indispensable y además - proporcional.

Y por último tenemos, "Que sea ejecutada por el atacado o por tercera -- persona.

El artículo 15 del Código Penal Vigente en su fracción III, nos dá las re- - gлас para hacer a la defensa, inexistente.

1. "Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y sufi--- ciente para ella".
2. "Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios le- gales".
3. "Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa".
4. "Que el daño que iba causar el agresor era fácilmente reparable des- - pués por medios legales o era notoriamente de poca importancia, com- parado con el que causó la defensa".

Al presentarse algunas de las circunstancias anteriores, se anula la legítima defensa.

Así tenemos que existe exceso en la legítima defensa, cuando dicho exceso

encaja en la tercera y cuarta circunstancias anotadas anteriormente, ya que ellas tienen la facultad de anularla.

El Artículo 16 del Código Penal Vigente al respecto nos dice:

"El que se exceda en la defensa legítima, por intervenir en la tercera y cuarta circunstancia de las enumeradas en la segunda parte de la fracción tercera del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia".

En cuanto a la defensa del honor, no alcanza ésta al cónyuge ofendido por adulterio o al padre que encuentra a su hija en un acto carnal, porque los artículos 310 y 311 del Código Penal Vigente, automáticamente lo están excluyendo, en los casos antes mencionados, lo único que alcanzan los ofendidos en estos casos, es una pena benévola.

La Legítima Defensa presuncional la encontramos en los dos últimos párrafos de la fracción III del artículo 15 del Código Penal Vigente, en la siguiente forma:

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazará, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus pertenencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso al que sorprendiera en la habitación u hogar propio de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, en el local donde se encuentran bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales, que revelen la posibilidad de una agresión".

Dado el criterio, el jurista Francisco Pavón Vasconcelos nos dice al respecto: "Las Presunciones de legítima defensa establecidas en el precepto legal mencionado, admiten prueba en contrario por tratarse de presunciones iuris tantum (o de derecho). La Doctrina ha considerado las circunstancias descritas como una "legítima defensa privilegiada", basándose, según opinión de Carlos Fontan Balestra, en la presunción de peligro implícito en la nocturnidad y en aquellos actos descritos en la ley, tales como el escalamiento, etc., que incluyen la posibilidad de exigir racionalidad o proporcionalidad en el medio empleado en la defensa". (6).

Esta opinión la entiendo de la siguiente manera, si un intruso penetra a una casa en las circunstancias antes señaladas, y más aún escudándose con la obscuridad nocturna, yendo incluso dispuesto a matar si es descu-

(6) Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Página 294.

bierto por los moradores y si este individuo suponiendo que vá dispuesto a matar si es necesario, es justo que la persona que se encuentre en la casa pueda contrarrestar el ataque, aún por medios desproporcionados.

La problemática de la legítima defensa, nos presente varios casos a saber:

- a) Riña y legítima defensa.
- b) Legítima Defensa contra exceso en la legítima defensa.
- c) Legítima Defensa Recíproca.
- d) Legítima Defensa del Inimputable, y
- e) Legítima Defensa contra Inimputable.

a) Riña y legítima defensa. - En la riña no se puede dar la legítima defensa, porque ésta debe contener una agresión injusta y una repulsa justa. - Entonces si la riña está compuesta de dos o más conductas ilícitas, no se puede dar la legítima defensa en ella, porque como ya lo dije anteriormente, la legítima defensa siempre debe llevar una conducta lícita en contra de una ilícita y por dicho motivo, ésta no puede operar en la riña.

b) Legítima Defensa contra exceso en la legítima defensa. Para mi punto de vista no existe tal, ya que el exceso de la legítima defensa se destruye, por la tercera y cuarta circunstancias de que habla la fracción tercera -- del artículo 15 del Código Penal Vigente, cuando nos dice: "Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa y, que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después con medios le--

gales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa".

En este caso, la legítima defensa no se alcanza, por la circunstancia primera del Artículo 15, Fracción III, cuando dice: "Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella". Por lo que de lo anterior se entiende, que el que pretende la legítima defensa fué el provocador y por lo tanto, no se puede configurar ésta.

El Maestro Castellanos Tena, opina lo siguiente: (7) "En el caso del primer agresor, es sin duda el provocador, y quien dá causa al exceso, sin embargo, cuando éste sea tal, que racionalmente no pueda considerarse como causa inmediata y suficiente por el primer atacante, será posible admitir la configuración de la justificante de referencia".

En este aspecto el Maestro Castellanos Tena, dá a entender que conjuga la circunstancia primera con la tercera, ésta para destruir el exceso de legítima defensa y la primera para justificar la legítima defensa contra exceso. En el siguiente sentido, cuando el exceso sea tal, que racionalmente no pueda considerarse como causado inmediata y suficientemente por él.

c). En cuanto a la Legítima Defensa Recíproca, dicho caso no es susceptible de aceptación, ya que la Legítima Defensa, debe contener siempre una

(7) Castellanos Tena, Ob. Cit. Página 199.

conducta lícita y que es la que repulsa a la ilícita. Entonces en la legítima defensa recíproca, nos encontramos frente a dos conductas lícitas; por lo consiguiente, no se puede dar en este caso la legítima defensa recíproca.

d) Al referirnos a la Legítima Defensa del Inimputable, si se debe aceptar, por que las causas de justificación son generales por su esencia objetiva, lo que es calificado es el hecho, más no la persona; y partiendo de tal criterio, si es procedente la legítima defensa del inimputable.

e) La Legítima Defensa contra Inimputables también procede ya que como dije anteriormente, lo que se valoriza es el hecho no la persona, y en este caso el hecho del inimputable es ilícito.

2. El Estado de Necesidad. Se han dado algunas definiciones al respecto.

El Estado de Necesidad. Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos. (Franz Von Liszt). (8).

El Estado de Necesidad.- Es un peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante

(8) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. Página 67.

la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a -
otra persona. (Cuello Calón). (9).

El Estado de Necesidad, encuentra su fundamento en el interés preponderante. Ya que el Estado opta por el de menor valfa, tiene que ser el salvado superior al sacrificado.

El Código Pungal Tipo en su artículo 23 fracción V, define al Estado de Necesidad en la forma siguiente. - Obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionándose otro bien jurídico de igual o de menor valor, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y - no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

El Código Penal Vigente en su artículo 15 fracción IV, nos define al Estado de Necesidad diciendo: Que es la necesidad de salvar su propia - - persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en Estado de Necesidad aquel que por su - empleo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro.

(9) Castellanos Peña. Ob. Cit. Página 203.

Respecto al párrafo anterior, el jurista Ignacio Villalobos nos comenta, que el peligro se puede afrontar dentro de los límites humanos.

Desde mi punto de vista el legislador debe corregir este último párrafo debido a la correcta apreciación del maestro Villalobos.

Los Elementos del Estado de Necesidad de acuerdo con el artículo 15 - fracción IV del Código Penal Vigente, son los siguientes:

1. - Que se presente un estado de peligro real, grave e inminente.
2. - Que dicho estado sea para salvar su persona, sus cosas u otra persona o bienes.
3. - Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

Además se puede decir que tal estado no haya sido provocado, por el - sujeto o los sujetos que se encuentren en ella.

Y que sea el medio empleado proporcional al estado de peligro.

Ejemplos: Los casos específicos del Estado de Necesidad son el Robo - de Famélico (Artículo 379) y el Aborto Terapéutico (Artículo 334) -- del Código Penal Vigente.

Existen diferencias entre el Estado de Necesidad y La Legítima Defensa, y éstas son algunas:

En el estado de necesidad hay una situación de peligro y no una agresión

injusta como en la legítima defensa.

Existen dos situaciones lícitas en el estado de necesidad; en la legítima -
defensa una lícita y otra ilícita.

La Legítima Defensa nos presenta una lucha por la agresión, el Estado -
de Necesidad un conflicto de intereses.

3. El cumplimiento de un Deber y el Ejercicio de un Derecho.

Se encuentran contenidos en el artículo 15, fracción V del Código Penal -
Vigente: "Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un dere--
cho consignado en la ley".

En cuanto al cumplimiento de un deber, nos dice el gran jurista Raúl Ca-
rrancá y Trujillo: (10) "Cuando se trata del cumplimiento de un deber le-
gal, los tratadistas en orden a los sujetos distinguen dos casos distintos:

- a). Los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante
del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto. - -
Ejemplo: El Agente Policial que catea un domicilio obedeciendo la -
orden recibida, y
- b). Los Ejecutados en el cumplimiento de un deber legal que pasa sobre
todos los individuos. La aprehensión de un delincuente infraganti.

(10) Código Penal Anotado. Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carrancá y -
Rivas. Páginas 96 y 97. México 1980.

En uno y en otro caso ambas acciones son lícitas, pero carecen en absoluto de antijuridicidad".

En el ejercicio de un Derecho es la actualización de una facultad otorgada por la ley.

El ejercicio de este derecho, nos permite realizar tal conducta que en si tuaciones normales, sería antijurídica. A propósito de lo anterior tenemos los siguientes Ejemplos:

Aquellos que causan lesiones en virtud de la patria potestad o de la tutela, para corregir a quienes están sometidos a tales disposiciones, alcanzan la causa de justificación por el ejercicio de un derecho, como lo establece el artículo 15, fracción V y el artículo 294 del Código Penal Vigente, en los siguientes términos: (II) "Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o tutela, y en el ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles, si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289, y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia".

Otro ejemplo lo tenemos en el deporte llamado "Box", en este caso si hay lesiones u homicidio, pero con apego a los reglamentos autorizados, opera la causa de justificación consistente, en el ejercicio de un derecho.

Como último ejemplo, tenemos al homicidio o lesiones causados por tratamientos médico-quirúrgicos.

(II) Ob. Cit. Página 101.

Cuando dichas lesiones o el homicidio sean causados, a consecuencia de un peligro grave, estaremos en presencia de un Estado de Necesidad, - si no existe dicho peligro grave, estaremos ante el Ejercicio de un Derecho, ésto debido, a que el Estado le concede al individuo, ejercer la profesión de médico, no así cuando haya una imprudencia por parte del médico, no lo alcanza la protección de la causa de justificación, al lesionar o matar por causa de su imprudencia.

4. La obediencia jerárquica. Sólo se puede encontrar en la hipótesis siguiente: Cuando el Estado impone al subordinado, el deber de cumplir las órdenes de su superior, y en éllas no se admite su criterio, porque no debe realizar inspección respecto a la orden dada, entonces existe la causa de justificación, como en el caso de los militares, por cumplir -- una disposición legal (Código Militar).

5. Por último tenemos al Impedimento Legítimo: "Ocurre por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico, que ha facultado al sujeto - para obrar en forma típica, aparentemente delictuosa (impedimento de - derecho). Ejemplo: Si un testigo se niega a declarar por el derecho que le dá la Ley para éllo, en virtud de ser pariente del acusado; o bien por la obligación que en tal sentido le imponga el secreto profesional.

Ante esta clase de impedimentos, hay que convenir en que se trata de una excluyente de antijuridicidad, comprendida en aquellas que se estudiaron

bajo el rubro genérico de "Ejercicio de un Derecho o Cumplimiento de un Deber".(12)

☉

El Maestro Porte Petit, nos da dos clasificaciones más, además de las Causas Excluyentes de Responsabilidad antes mencionadas, y son: Causas Comunes de Licitud o Causas Comunes de Justificación. Que consisten, en que cualquier persona las puede hacer valer, es decir, como Maggiore expresa. son las que sirven para todos; y

Causas Singulares o Personales de Licitud. Son aquellas que solamente, pueden hacer valer determinadas personas, las cuales, según opina Maggiore, sirven para determinadas clases de personas, en ciertas relaciones de dependencia (orden jerárquico).

(12) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. Página 56.

D) LAS CAUSAS DE LICITUD EN EL DELITO DE VIOLACION Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Tomando como base el análisis del capítulo anterior, dogmáticamente -- llegamos a la conclusión que como causas de Justificación, contamos con las expresadas en las fracciones III y IV (en una hipótesis), V y VIII del artículo 15, respectivamente: La Legítima Defensa, El Estado de Necesidad, es decir, cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado, El Cumplimiento de un Deber o El Ejercicio de un Derecho -- consignado en la ley y el Impedimento Legítimo.

Las fracciones IV, me refiero a la hipótesis del Estado de Necesidad, -- cuando el bien sacrificado es de igual entidad, que el bien salvado, VI y VII que son Causas de Inculpabilidad que se analizarán cuando se vea el aspecto negativo de la Culpabilidad y la fracción X, que también constituye una Causa de Inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Además vemos que los elementos negativos del Delito consisten en la ausencia de los positivos, es decir, en la Ausencia de Acción, o de Antijuridicidad, o de Tipicidad, o de Imputabilidad, o de Culpabilidad, o de Punibilidad. En la Ausencia de alguno de estos elementos, radica la razón excluyente de las Causas de Inculpación, que así yo las llamaría en lugar de Causas de Justificación, por lo expuesto en renglones anteriores, recogidas en el artículo 15 del Código Penal Vigente.

Por lo tanto, y tomando como base lo anterior, en relación con el Delito de Violación, no es posible que se encuentre en alguna Causa de Licitud.

Fernando Castellanos Tena, penalista ilustre y maestro, define a la Imputabilidad de la manera siguiente: (2) " Es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal ".

Si el Estado, por medio de la coacción psicológica, intimida a los individuos para que se comporten en sociedad, lo realiza, atendiendo a que dichos sujetos tengan capacidad de entender y querer, si se dá la circunstancia, de que aquellos sujetos no tienen la capacidad para entender, lo que el Estado está diciendo, no se les podrá imputar determinada conducta o hecho, porque para ello, se necesita un mínimo de exigencias , tales como el desarrollo físico y la mente sana, si los individuos no se encuentran en tales condiciones, jamás entenderán lo que el Estado les está prohibiendo o mandando y en consecuencia, nunca podrán ser imputables.

Y al referirse a Imputables, Carrancá y Trujillo nos dice que: (3) " Será pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta, indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente, para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana ".

(2) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Página 231. México 1981.

(3) Carranca y Trujillo. Ob. Cit. Tomo I. Página 227.

E) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

Respecto a la Antijuridicidad, que según Max Ernesto Mayer, dice que: - Es la contradicción a las normas de cultura (costumbres, valoraciones, medios, sentimientos patrios, religiosos, etc.), conocidas por el Estado, pienso que dicho criterio no debe ser aceptado, ya que el Estado no siempre reconoce normas de cultura.

Asimismo, en la definición que da Carlos Binding de Antijuridicidad diciendo: Que no es lo contrario a la ley, sino que, es el acto que se ajusta a lo que prevee la ley penal, tampoco estoy de acuerdo con dicha teoría, debido a que, dicho autor confunde a la Antijuridicidad con la Tipicidad, como puede observarse en dicha definición.

En cuanto al criterio que sigue la opinión dominante, en el sentido de que no existe Violación entre Cónyuges, no estoy de acuerdo, debido a que, - si se ejerce Violencia Física o Moral sobre la esposa para lograr la Cópula y si no existe consentimiento por parte de ella, el Cónyuge agresor en este caso el esposo, está atentando contra su Libertad Sexual o como yo la llamaría Libertad de Amar Sexualmente, configurándose así el Delito de Violación, pues cada Copulación Matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito, además de que en el ámbito del Derecho Civil, este hecho, podría constituir una Causal de Divorcio.

Esto, independientemente de los Efectos del Matrimonio correlativos a la persona de los Cónyuges y que son: La Cohabitación, La ayuda mutúa, -

El Débito Carnal y la Fidelidad, donde el Débito Carnal, es la esencia del matrimonio y se toma como el acto propio para la procreación y subsistencia de la especie y cualquier acuerdo en contrario, es adverso a este deber existente, ésto, según lo establece el artículo 147 del Código Civil Vigente, situación en la que, además se debe tomar en cuenta, que la negativa a - - cumplir con el deber del Débito Carnal, constituye injuria grave, pero claro está, con la salvedad de que debe ir dicho deber, precedido de un acuerdo de voluntades de ambos cónyuges, de lo contrario, se daría el Delito de Violación, por las razones ya anteriormente expuestas, en el campo del Derecho Penal claro está.

En cuanto al consentimiento, como ya se esbosó en capítulos anteriores, es de notable influencia ejercida sobre el Delito de Violación, ya que es una actitud de la voluntad en torno a un hecho presente o futuro, además que al manifestarse en sentido afirmativo será un consentimiento expreso y cuando se exterioriza en otros datos de valor inequívoco, sin manifestación expresa, estamos en presencia de un consentimiento presunto, siendo éste consentimiento renovable, no atando en forma constante ni externa.

Por lo tanto, el consentimiento es básico en nuestro Delito a estudio.

C A P I T U L O V

- I. LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO,
 - A) LA IMPUTABILIDAD.
 - B) LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION.
 - C) LA CULPABILIDAD EN LO GENERAL Y SU NATURALEZA JURIDICA.
 - D) LA CULPABILIDAD EN RELACION AL DELITO DE - VIOLACION.
 - E) LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.
 - F) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

C A P I T U L O V.

I. - LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

A). LA IMPUTABILIDAD.

En el inicio de este modesto trabajo, nos referíamos a la Teoría Tetratómica, en la cual decíamos, que la Imputabilidad no era elemento esencial del Delito, sino que es el presupuesto psicológico de la culpabilidad.

Ignacio Villalobos, penalista, al hablar de la Imputabilidad nos dice: "Deble aceptarse hoy como un tecnicismo, que se refiere a la capacidad del sujeto: Capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que -- por lo tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última y por lo mismo difiere de élla, como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio, concreto en actos determinados. Puede haber - imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella".

Este autor nos sigue diciendo - que reconoce a la Imputabilidad como una - calidad del sujeto -.

Por lo que ésto me dá a entender que la Imputabilidad es un Presupuesto de la Culpabilidad, ya que, como lo manifiesta Villalobos, (1) no puede haber Culpabilidad sin Imputabilidad, porque ésta, es el presupuesto psicológico de aquélla. Si no existe capacidad de querer y entender, no puede haber -- Culpabilidad.

(1) Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Página 123.

Al hablar de la Responsabilidad Penal, hemos dicho que ésta existe entre el sujeto y el Estado, pero que ésta es susceptible de ser tomada en dos momentos, de los cuales mencionaremos, que la Imputabilidad, es la capacidad de querer y entender y por lo tanto, a su vez, la Responsabilidad Penal significa, el dar cuenta de sus actos el sujeto y de sufrir sus consecuencias.

Un individuo para poder responder de sus actos, necesita ser imputable, que al realizar la comisión del hecho delictuoso, posea las condiciones mínimas exigidas por la ley, si una determinada persona, no reúne tales condiciones, no podrá ser imputable y por lo tanto, nunca responsable. En consecuencia, se le puede exigir que responda de sus actos y sufrir sus consecuencias.

En cambio, un sujeto que reúna los requisitos mínimos exigidos por la ley, para ser imputable y cometer el hecho delictuoso, sí podrá responder de sus actos y sufrir sus consecuencias, debido a que tiene la capacidad de querer y entender. Al intimidar el Estado, por medio de la coacción psicológica a la persona, lo hace atendiendo a aquellos individuos, que reúnen las condiciones mínimas exigidas por la ley, para que al sujeto se le pueda considerar como imputable.

Pero si nos ponemos en el caso de que un sujeto, no posea condi-

ciones mínimas, no podrá ser imputable, no se les puede responsabilizar, para que sufra las consecuencias de su conducta por medio de la pena, entonces el Estado atendiendo a sus fines, que uno de ellos es la seguridad social, aplica medios de seguridad para proteger a la sociedad y al mismo tiempo devolverle, a aquel individuo hasta donde sea posible, la capacidad, ya sea por medios curativos o educacionales.

Esto es hecho por el Estado, tomando en cuenta, no ha su responsabilidad, sino que más bién, atendiendo a su peligrosidad, como en el caso de un enfermo mental permanente.

En resumen, para que un sujeto sea imputable, se necesita que al momento de cometer el hecho delictuoso, tenga la capacidad de querer y entender, reuniendo las condiciones de desarrollo físico, es decir, que tenga 18 años o más o salud mental.

Ahora toca ver, en que consisten las Acciones Liberae in Causa (Libres en su Causa), se ha entendido por tales, aquellas en donde hay una relación, del momento en que el sujeto se encuentra, en su capacidad de querer y entender, es decir, que está consciente de lo que va a hacer, procurándose el mismo un estado de inconsciencia, para luego cometer la conducta delictuosa que se propuso en ausencia de su imputabilidad.

En estos casos, se les imputa el resultado a los sujetos, que por su voluntad se procuraron tal estado, porque tuvieron la capacidad de querer y entender, al procurarse la inconsciencia, para que después se realizara el hecho delictuoso; existiendo su im-

putabilidad.

La Inimputabilidad, es el aspecto negativo de la Imputabilidad.

Se basa fundamentalmente, en la falta de desarrollo físico exigido por la ley y a la ausencia de salud en la mente.

En cuanto a los menores de edad, vemos que son inimputables, porque el Derecho Penal, exige un desarrollo físico, consistente en que los individuos deben tener un mínimo de 18 años o más, luego entonces, si dicho individuo no llega a los 18 años, para él no existe la Imputabilidad. Por lo tanto, no son sujetos de Derecho Penal en cuanto a su conducta, pero el Estado, viendo la peligrosidad de su comportamiento y atendiendo a la seguridad de la sociedad, los educa, poniéndoles medidas correctivas o disciplinarias.

Como Causas de la Inimputabilidad, tenemos principalmente: Los Estados de Inconsciencia: Transitorios y Permanentes, agregándose además otras posibles Causas, como son: La Sordomudez, Los Menores de Edad e inclusive los Ciegos, para ciertas legislaciones.

El Jurista Raúl Carrancá y Trujillo, nos hace referencia a una conferencia que fue realizada en 1940, por el ilustre Profesor de Derecho, Octavio Véjar Vázquez, para establecer la diferencia entre el Miedo Grave y el Temor Fundado, cuando dijo el Doctor: " Ya se sabe que el miedo difiere del temor, en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo

va de adentro para afuera y el temor de afuera para adentro "(4).

Por lo tanto, el Miedo Grave, es una situación psicológica, que va de adentro hacia afuera y el temor fundado de afuera hacia adentro, basado en el hecho real, más no imaginario, como el Miedo Grave.

De donde sacamos en concreto, que sólo el Miedo Grave, es causa de inimputabilidad y el temor fundado de Inculpabilidad, por lo que sólo trataremos al Miedo Grave como Causa de Inimputabilidad.

El Miedo Grave, se ha definido, por el eminente jurista Raúl Carrancá y Trujillo, como: " La Perturbación angustiosa del ánimo, por el riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación".

El Miedo Grave, produce la inconsciencia o un automatismo afectando a -----

(4) Raúl Carrancá y Trujillo. Ob. Cit. Tomo II. Páginas 38 y 40.

la capacidad del individuo o su aptitud psicológica, quedando completamente aclarado, que es una causa de inimputabilidad, como lo dice muy acertadamente, el ilustre penalista mexicano, Fernando Castellanos Tena.

Estados de Inconsciencia. - Son causas de inimputabilidad, descritas en el artículo 15, fracción II del Código Penal Vigente, que dice: "Hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxicoinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

Al respecto, el jurista Raúl Carrancá y Trujillo, divide a los estados de inconsciencia en: (5).

- a) Estado de Inconsciencia de los actos, producidos por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.
- b) Estado de Inconsciencia de los actos, producidos por toxicoinfecciones; y
- c) Estado de Inconsciencia de los actos, producidos por trastornos mentales.

(5) Raúl Carrancá y Trujillo, Ob. Cit. Página 48.

En las sustancias tóxicas, el estado de inconsciencia producido por la in toxicación, tiene que ser por sustancias que produzcan tal, en una forma involuntaria, lo mismo podemos decir de la embriaguez y de los enervantes.

Por lo que se refiere al estado de inconsciencia, producido por toxicoinfecciones, a consecuencia del padecimiento de enfermedades de tipo in feccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como en el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomielitis. En estos casos, el individuo enfermo, puede llegar a la inconsciencia.

El juzgador debe auxiliarse de especialistas, para resolver lo que proceda y al efecto, debe tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiqui tras.

En cuanto al estado de inconsciencia, producido por un trastorno mental de carácter patológico y transitorio, el Código Penal en ésta última parte de su fracción II del artículo 15, sólo considera causa de inimputabilidad al trastorno transitorio, además, de que se debe diferenciar de la enfer medad mental permanente, porque no es lo mismo un idiota o un loco, -- los cuales padecen una enfermedad mental permanente, que el simple -- trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio. En la enfermedad mental, hay ausencia de consciencia y en el trastorno transi torio, hay un estado de inconsciencia pasajero, parcial.

En los Transtornos mentales transitorios, se tienen como base por ejemplo: Aquellos que resultan de la Epilepsia, del Desmayo, etc.

En cuanto a la Sordomudez, se encuentra tipificado en el artículo número 67 del ordenamiento legal de 1931 que dispone: " A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario, para su educación o instrucción ".

Suponiendo este dispositivo, que es suficiente causa de delincuencia en los sordomudos, la falta de educación o instrucción.

Estados de Inconsciencia Permanentes.- El Artículo 68 del Código Penal Vigente de 1931 dispone: " Los Locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales.

Estos casos que plantea el artículo anterior, son de Ausencia de Imputabilidad sin lugar a duda, pero el Código Penal sólo hace referencia a los transtornos mentales transitorios, para

excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan típicos del Derecho Penal; dispone, respecto a los enfermos mentales permanentes, lo establecido en el precepto transcrito; por ende debe entenderse que, en relación con los trastornados mentales permanentes, sostiene erróneamente la Imputabilidad.

Ya que en un sentido práctico, " si el hecho de todo demente se tuviera como Delito y la reclusión de los enfermos se equiparase a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada, por prohibirlo nuestra Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos de menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales por los artículos 495 y 499 del Código Federal de Procedimientos Penales.....Aún las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendrá que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de reos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos, exigirles protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado. " (6).

(6) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. Pág. 404.

B) LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION.

Ya señalamos que las causas de inimputabilidad, constituyen el aspecto negativo de la Imputabilidad.

Debido a que partiendo de la definición que dice: Es la perturbación angustiosa del ánimo, por el riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge en la imaginación. En el Delito de Violación, no se configuraría éste, porque el Miedo, se engendra de una causa interna, es decir, de dentro para afuera y esto por lo tanto, puede producir la inconsciencia o un verdadero automatismo y por éllo constituye una causa de inimputabilidad, de acuerdo con el artículo 15, fracción IV del Código Penal Vigente; además, afecta la capacidad o aptitud psicológica y en el Delito a estudio, es requisito que el sujeto activo, esté en función de toda su capacidad mental y que ejecute dicho hecho ilícito, con el ánimo de realizarlo, con plena consciencia de sus actos y de sus consecuencias en algunas ocasiones.

Enseguida veremos si en el Delito a estudio se pueden dar los Estados de Inconsciencia Transitorios.

Así vemos que su misma enunciación, nos está dando la pauta a seguir, para que sea plenamente entendible, es decir, debe ser un estado pasajero y de carácter patológico, en donde se afecta la capacidad del individuo, pero en forma transitoria.

Se ha dicho, que para que opere la causa de inimputabilidad en la embriaguez, debe ser plena y accidental, involuntaria, pero vemos en la vida práctica que por lo regular, al cometerse el Delito de Violación en dicho estado alcohólico, se hace con el deliberado propósito, de autosuministrarse un valor, que en estado normal no se tiene y que va encaminado a realizar la Cópula con una persona a la que no se le tiene el valor de decirle: " Quiero tener una relación sexual contigo ", sino que, bajo el influjo de dicha substancia embriagante, conseguirla mediante la violencia física, por lo que al no darse las condiciones antes descritas, no será considerado como estado de inconsciencia y por ende como una causa de inimputabilidad dicho ilícito, debido a que la embriaguez es voluntaria y no puede constituir una eximente.

Lo mismo puede afirmarse, tratándose de adictos o al ingerir el sujeto activo substancias tóxicas o estupefacientes.

Por lo que se ha seguido aquí el criterio de que no se puede dar el caso, en el Delito de Violación en estudio, por lo antes expuesto.

En cuanto a los Estados de Inconsciencia Permanente, vemos que es imposible que en nuestro Delito en estudio operen para ser dichos hechos delictuosos punibles, ya que aquí actuaría el Sujeto Activo de una manera incoherente, irreflexiva, sin saber el porque o las causas de lo que está haciendo o que lo han orillado a la Comisión del Delito de Violación, se podría decir, que realizaría la Cópula guiado por su subconsciente y de su naturaleza de animal mamífero en el que sólo actuaría el instinto.

Haciendo un comentario en cuanto a un sujeto que carece de la vista (Ciego) en relación con la posible comisión de nuestro Delito en estudio, vemos que en nuestros días es considerado un minusválido, pero no se ha tipificado en nuestro Código Penal Vigente el hecho de que realice una conducta delictuosa, que como en el caso de nuestro Delito en estudio, si podría ser susceptible de ser sujeto activo de Delito, ya que si bien es cierto que carece del sentido de la vista , los demás sentidos, incluso alguno más desarrollado que los otros, están en perfectas condiciones y relacionando dicha conducta delictuosa al Delito de Violación, razonamos, que aún en el caso de que no la viera a la víctima, basta hacer la acción de sujetarla violentamente entre sus manos para realizar la Violencia Física o Moral en su caso para realizar la Cópula, siendo este el requisito que establece el artículo 265 del Código Penal

de 1931 tipificándose tal ilícito, debiéndosele castigar con las pena y sanciones que se señalan en este precepto para un reo normal, en pleno uso y goce de sus facultades físicas y mentales y no siendo obstáculo la falta de vista para que en lugar de aplicarle la pena señalada para tales delincuentes se le impongan correctivos o medidas de seguridad.

C) LA CULPABILIDAD EN LO GENERAL Y SU NATURALEZA JURIDICA.

La Culpabilidad, es el último elemento esencial del Delito, que analizaremos a continuación.

Empezaremos primeramente por la definición de dicho elemento, al respecto el penalista Ignacio Villalobos, nos la define en los siguientes términos: "La Culpabilidad, genéricamente consiste, en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta, por la franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno, frente a los propios deseos en la culpa". (6).

Cuello Calón dice: "La culpabilidad se manifiesta, con las relaciones psíquicas, entre una conducta y su actor, siendo en consecuencia, jurídicamente reprochada".

Fernando Castellanos Tena, define a la Culpabilidad de la siguiente forma: "Como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".

Celestino Porte Petit Candaudap, la define como: "El nexo intelectual y emocional, que liga al sujeto, con el estado emocional de su acto".

(6) Castellanos Tena. Ob. Cit. Página 232.

Por último diremos que la Culpabilidad, es la rebeldía subjetiva en contra del Derecho.

La Culpabilidad, reviste dos formas, aunque hay juristas que sostienen una tercera.

Pero la mayoría de los autores se inclinan por dos formas fundamentales, es decir, el Dolo y la Culpa, aunque también como dijimos, hay quienes pretenden dar una tercera forma, consistente en la preterintencionalidad.

El Dolo para Eugenio Cuello Calón, "es la intención de ejecutar un hecho delictuoso".

Castellanos Tena, ilustre penalista, nos dice que Dolo es: "El actuar - - consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".

En el Dolo se ve claramente manifestada la intención del hombre, ya que, cuando el hombre quiere hacer algo intencional lo hace basándose en su intención, ya que de no ser así, no sería intencional, porque en ésta, encontramos una manifestación de consciencia, seguida de la voluntad, para ejecutar el hecho delictuoso.

El Dolo, se divide en varias clases tomando la definición del Maestro Ignacio Villalobos.

Dolo Directo: Es aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico.

En este tipo de Dolo, se requiere un resultado preciso.

Dolo Simplemente Indirecto: Es cuando el agente se propone un fin y com
prende o sabe que por el acto que realiza para lograrlo, se han de produ
cir otros resultados antijurídicos, que no son el objetivo de su voluntad,
pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan
admitidos por él, con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

Aquí se persigue un fin primordial que se quiere, pero al no haber otra
alternativa, se consuma aún sabiendo que con su conducta se producirán
otros resultados, pero los admite el agente, porque como ya lo dije, es
el único medio para realizar el fin principal.

Dolo Indeterminado: Es cuando el agente del Delito no se propone causar
un daño determinado, sino sólo causar alguno para fines ulteriores.

Aquí el agente, no se propuso causar un determinado daño, sino sólamen
te lleva la intención de delinquir, aceptando el resultado que se dé.

Dolo Eventual: Es aquel que existe en el agente, que se propone un re- -
sultado pero sabiendo y admitiendo la posibilidad, de que se produzcan -
otros diversos o mayores y se caracteriza por la eventualidad o incerti--
dumbre que hay, respecto a la producción del resultado previsto y conoci
do.

En este caso, el individuo se propone un resultado, admitiendo que se pro

duzcan otros, basándose en la incertidumbre de que se produzcan.

Se diferencia del Indeterminado, en que hay un daño pero no se sabe cual y el Indirecto, en que se producirá el resultado. En el Dolo Eventual, - le dá lo mismo al agente, que se produzcan otros resultados o que no se lleguen a realizar.

La Culpa, es la segunda forma de la Culpabilidad.

Ignacio Villalobos la define así: "En términos generales, se dice que la persona tiene culpa, cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica, no querida directamente, no consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo". (7).

Cuello Calón al definir la Culpa nos dice: "Es el actuar sin intención y - - sin diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley".

En la previsibilidad y la evitabilidad, que son dos situaciones que se conjugan, está sustentada la culpa.

(7) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. Página 151.

El Maestro Castellanos Tena nos dice: "Que existe culpa, cuando se -- realiza la conducta, sin encaminar la voluntad a la producción de un re sultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".

(8).

Aquí como se ve, en la Culpa, no se tiene la intención de llevar a cabo el resultado, es verdad que existe intención, pero ésta es mínima, to-- mando en cuenta que se deben tomar precauciones para producirse en -- sociedad y no causar males a otros y que aún sin intención se produz-- can.

La Culpa a su vez, la podemos dividir en: Culpa Consciente con Previ-- sión o con Representación y Culpa Inconsciente sin Previsión o sin Re-- presentación.

En cuanto a la Culpa Consciente con Previsión o con Representación, -- podemos decir que es aquella en que el agente preve el resultado, más no lo quiere, en él está la esperanza de que no se produzca.

Ahora bien, en la Culpa Inconsciente sin Previsión o sin Representación, es aquella, en que no se preve un resultado previsible, que es penal- -- mente tipificado.

(8) Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Fernando Castellanos Tena. México 1980. Páginas 246 y 247.

En la Culpa Consciente, se percata del resultado el agente, en cambio en la Culpa Inconsciente no la preve, siendo previsible.

La Culpa Inconsciente, a su vez se subdivide en: Culpa Lata: Consiste, en que cualquier sujeto se puede pecar del resultado.

Culpa Leve: Es cuando se preve el resultado, sólo por alguien cuidadoso; y

Culpa Levísima: Es cuando se preve el resultado también, pero únicamente por los diligentes.

Es conveniente señalar, que esta clasificación no se utiliza ya en la moderna Doctrina Penal, pero en nuestra legislación penal sigue vigente, debido a que sólo por cuanto a la gravedad o levedad de la culpa, hace operar una mayor o menor penalidad.

En cuanto a la tercera forma de la Culpabilidad, que algunos autores tratan, es la Preterintencionalidad, consistente en la suma del Dolo más la Culpa, el primero, con relación al resultado querido y la segunda, respecto al resultado producido.

En el artículo 14 del Código Penal Tipo, se define a la Preterintencionalidad diciendo: "El Delito es Preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquel no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió que no se produciría".

Otros autores encuentran a la Preterintencionalidad del Código Penal Vigente, en su artículo 9o. , fracción II, cuando dice: "Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el Delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario el "hecho" u omisión y estar al alcance del común de las gentes".

D) LA CULPABILIDAD EN RELACION AL DELITO DE VIOLACION.

La Culpabilidad, es un elemento esencial del Delito, por lo tanto es preciso que aparezca en el Delito de Violación.

Las formas de la Culpabilidad son: Dolo, Culpa y la Preterintencionalidad, consideradas como partes integrantes de ésta.

Para estructurar el concepto de Culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la Psicologista y la Normativista.

Teoría Psicológica.- La Culpabilidad, es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa, es decir, proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del acto. Así mismo, ésta teoría psicológica dá a la Imputabilidad, el carácter de presupuesto de la Culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, ya que es necesaria la relación entre la acción antijurídica y su autor, esto es lo que sostiene dicha teoría.

Teoría Normativa.- Y para ésta teoría, la Culpabilidad, presupone la existencia de una conducta o hecho antijurídico, es decir, consiste en el reproche hecho al autor sobre la conducta antijurídica, ya que teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del Dolo y la Culpa.

Por otra parte, haciendo referencia a la primera de las formas de la Culpabilidad, que es el Dolo, Jiménez de Asúa lo define así: " Es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica ".

Desprendiéndose de lo anterior que en el Dolo concurren dos elementos: Uno, Intelectual, que consiste en la representación del hecho y su significación, es decir, el conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como consecuencia del quebrantamiento del deber. Dos, Emocional o Afectivo, es decir, la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado. (9).

No siendo así en la Culpa, es decir, siendo el Delito a estudio culposo, donde surgiría la actuación descuidada o imprudente del agente.

ya que Jiménez de Asúa define a la Culpa diciendo: " Es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieren observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres ".

Así vemos que los elementos de la Culpa son: Una conducta volun-

(9) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Págs. 382, 383 y 384.

taria, un resultado típico y antijurídico, nexa causal entre la conducta y el resultado, naturaleza previsible y evitable del evento, ausencia de voluntad del resultado, es decir, en el sujeto no existe la intención delictiva y la violación de los deberes de cuidado.

Deduciendo de lo anterior, que en el Delito de Violación al utilizar la Violencia Física o Moral para realizar la Cópula, existe un Dolo, ya que existe el elemento intelectual, así como el afectivo o emocional, es decir, existe un Dolo intencional para realizar la antijurídica conducta.

Por lo que respecta a la Culpa que como sabemos es imprudencial, es decir, que si la conducta ilícita en nuestro Delito a estudio se realizara con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que haga igual daño que un Delito intencional, no encuadraría dentro del mismo, ya que el sujeto activo al realizar la Cópula debe hacerlo utilizando la violencia física o moral, lo cual dá a notar que hay la intencionalidad en la conducta delictuosa más no la imprudencia. (10).

(10) Payón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. Págs. 396 y 397.

E) LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Las Causas de Inculpabilidad, son aquellas que destruyen a la Culpabilidad, haciendo por lo tanto, que aparezca el aspecto : negativo de la Culpabilidad, es decir, la Inculpabilidad, afectando al conocimiento y a la voluntad o a ambos.

Actualmente se consideran como Causas de Inculpabilidad: El Error y la No exigibilidad de otra conducta.

Error.- Se puede hablar del Error como sinónimo de ignorancia, no, ya que aunque son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, tienen características diversas.

El Error, es una idea falsa respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo, la Ignorancia, es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, es decir, la suposición de una actitud negativa, pero para efectos del Derecho, se identifican los conceptos, pues, tanto vale ignorar como conocer falsamente.

Este, comprende dos especies: El Error de Hecho y el Error de Derecho.

Error de Hecho.- Se subdivide a su vez en: Error Esencial y en Error Accidental o Inesencial.

Error Esencial.- Produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, recayendo sobre los elementos constitutivos del Delito, de carácter esencial o sobre una circunstancia agravante de penalidad,

es decir, calificativas del Delito.

Error Inesencial o Accidental.- No es causa de inculpabilidad por no recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del Delito o sobre simples circunstancias objetivas, etc.

Nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción VI dice: " que declara excluyente de responsabilidad al ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado la ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar, como sería el caso de la resistencia a un agente de la autoridad, ignorando este carácter " .

Así mismo en su fracción VII, hace consistir la excluyente: " en obedecer a un superior lícítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un Delito, si ésta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía. (11) .

Error de Derecho.- Así vemos que nuestro Derecho Positivo Mexicano reconoce el error de derecho, en la fracción III del artículo 9º del Código Penal, que establece una presunción legal de intencionalidad aunque el acusado pruebe: " Que creía que la ley era injusta o moralmente violarla lícitamente " ., ésta hipótesis demuestra que no se está ante el error de derecho, pues el sujeto, al

(11) Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

creer en la injusticia de la ley o la moralidad de su violación, la conocía, pues únicamente a través de ese convencimiento podía realizar valoraciones sobre ella y su hecho o pretender moralmente legitimar su violación.

En la fracción IV establece igual presunción, aunque el acusado pruebe: " Que creía que era legítimo el fin que se propuso " .

La creencia sobre la legitimidad del fin propuesto, puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar de que no concuerda con su propio contenido o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, desconocimiento total de la regla de derecho.

Así vemos, que en ambos casos la culpabilidad es dolosa por la presunción legal en el precepto. (12).

La No Exigibilidad de otra Conducta.- Tomando como base el carácter individualizador eminente del pensamiento jurídico penal, la concepción normativa de la culpabilidad que hace consistir ésta en el juicio de reprobación, que se identifica con la propia reprochabilidad del hecho al autor, escapando a los rígidos moldes del ordenamiento jurídico, inadaptándose a veces a extrañas formas de vida concreta, buscó la solución en la llama-

(12) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. Págs. de la 405 a la 407 y de la 409 a la 413.

da Inexigibilidad que al apoyarse posteriormente en la Culpa se ha extendido de manera ulterior al ámbito del Dolo.

El Maestro Castellanos Tena argumenta, ' se hace referencia a consideraciones solo de nobleza o emotividad pero no de derecho ', por cuales resulta humano, excusable o punible que la persona opere en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido algún acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social.

Son infracciones culpables cuyo sujeto, por una comprensión de la naturaleza humana y de los fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones reservadas para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.

Nuestro Código Penal, nos presenta varios casos por No exigibilidad de otra Conducta. Así tenemos al Temor Fundado, de que nos habla el artículo 15 fracción IV y señala: " Temor fundado o irresistible de un mal y grave en la persona del contraventor ", existiendo una coacción en la persona del contraventor, realizando otra conducta, pero como no hay coacción en su voluntad, se puede hablar de Inculpabilidad. Por otra parte, existe el Encubrimiento de Parientes: artículo 15 fracción IX: " Ocultar al responsable de un Delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso siempre que se trate de: a) Los Ascendientes o descendientes cosanguíneos o afines. b) El cónyuge y parientes colaterales, por consanguinidad hasta el 4º grado y por afinidad hasta el 2º; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gra-----

titud o estrecha amistad ".

En este artículo se destruye la Culpabilidad, por cuanto hace al parentesco que tengan los familiares del sujeto activo.

Delito Putativo.- que es al cual nos referimos ahora, no debe confundirse con el Error de Derecho.

La diferencia la establece Porte Petit diciendo: Que el Delito Putativo, es aquel en el cual se cree que la conducta o hechos realizados son delictuosos. Aquí la norma penal no tiene existencia y por el error en el que se encuentra el sujeto existe en la mente del mismo. En cuanto al Error de Derecho, se considera que la conducta o hecho no están descritos en la ley como delitos. Aquí la norma penal si tiene existencia y por el error en el que el sujeto se encuentra no existe en la mente del mismo.

Eximentes Putativas.-"Son las situaciones en las cuales el agente por un error de de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo", (Fernando Castellanos Tena). (13).

Son Eximentes Putativas:

1.- La Legítima Defensa Putativa.- Aquí, el sujeto cree, fundado en un error esencial e invencible, ejecutar un legítimo dere-

(13) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Págs. 352 y 353.

cho de defensa, no siendo justificada tal creencia, por no existir una auténtica agresión.

2.- Estado de Necesidad Putativo.- Es la creencia de un estado de peligro, real, grave o inminente, fuera de toda realidad constituya el falso conocimiento del hecho, que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

3.- Ejercicio de un Derecho y el Cumplimiento de un Deber Putativos.- Aquí, la conducta antijurídica se supone lícita en virtud del error sobre la existencia del derecho o el deber que se ejercita o cumple.

Siendo éstas las eximentes putativas en cuestión.

Las Eximentes Putativas no deben confundirse con el Error de Derecho, ya que si bien en los dos hay disconformidad entre la realidad y la representación, en éste último "cree que su conducta o hechos no son delictuosos por el desconocimiento de la existencia de la norma penal o por inexacto conocimiento de la misma. (14).

(14) Porte Petit Candaudap Celestino. Ob. Cit. Página 519.

F) REFLEXIONES Y APORTACIONES.

En relación a las causas de inimputabilidad en el Delito de Violación, considero de una manera definitiva, que sí se pueden presentar estas, cuando el acusado se halla al cometer dicho ilícito en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario no solamente de algunas sustancias tóxicas y embriagantes o por un estado toxico - infeccioso agudo o también cuando al cometer el hecho ilícito, se encuentra bajo un transtorno mental involuntario, ya sea este de carácter patológico o transitorio.

Así vemos, que en la práxis vitae, del sujeto activo que realiza este ilícito en esas condiciones, si bién es cierto que en ese momento hay maquinación y obsesión para realizar la Cópula esto es, como consecuencia del apetito sexual que le puede nacer al encontrarse en esas condiciones, ejerciendo la fuerza física para llegar a la Cópula, también es cierto, que dicha conducta no la hubiere realizado, encontrandose en un estado consciente.

Ahora bién, reflexionando y analizando a los inimputables en relación a este estudio, cuando estos son sordomudos o ciegos, así considero, que las personas que se encuentran en esas condiciones deben ser imputables, porque a pesar de estar afectados del habla, del oído o de la vista, tienen esa capacidad de querer y entender el hecho ilícito, por lo que en lo referente a los sordomudos debe derogarse el artículo 67 del Código Penal Vigente, que irónicamente establece: " que los sordomudos que

contravengan los preceptos de una ley penal, se les recibirá en una Escuela o Establecimiento Especial para sordomudos, por el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción ", lo que me arroja a pensar que es infantil por otra parte, que se considere según este precepto a los sordomudos con instrucción, imputables, tomando en cuenta en extremo que todos los sujetos que nunca han tenido instrucción y alejadas de la colectividad, en un momento dado también se les pudiera considerar como inimputables.

Concluyendo definitivamente, que tanto los sordomudos como los ciegos y todas las personas que no tengan instrucción, deben de ser imputables, porque de acuerdo al medio donde se desarrollan, tienen capacidad de querer y entender el hecho ilícito.

C A P I T U L O V I

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

C A P I T U L O VI

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

- 1.- La Teoría que más se adecua a estudiar al Delito, es la Analítica o Atomizadora, ya que al tratar cada uno de los elementos del Delito, se va encontrando su característica, su substancia, constituyéndose así, una concepción o unidad llamada Delito, considerando a la Teoría Tetratomica, como la más correcta en su contenido, por considerar que el Delito tiene como elementos constitutivos del mismo a: La Conducta, la Tipicidad, la Antijuridicidad y la Culpabilidad.

- 2.- Considero, que no es adecuado el término jurídico " acto " en la definición del Delito, que da nuestro Código Penal Vigente en su Artículo 7º, que reza: " Es el " acto " u omisión que sancionan las leyes penales ", debido a que dicho precepto jurídico, no especifica de que clase de actos habla, ya que puede haber actos civiles, mercantiles, jurídicos, administrativos, fiscales, etc., no calificándolos el párrafo que les sigue y que dice: " que sancionan las leyes penales ", porque existen actos civiles, mercantiles, jurídicos, administrativos, fiscales, etc., que pueden ser sancionados por las leyes penales y no ser esencialmente un acto penal, debiéndose utilizar mejor el término de conducta, porque implica hablar de un hacer o no hacer voluntario o no voluntario.

- 3.- Considero que, también es criticable, lo que dispone el artículo 7º de nuestro Código Penal Vigente, de acuerdo también a la teoría que tome como base a través de este estudio, ya que si bien es cierto que dicho precepto se basa en la Teoría Analítica o Atomizadora, también lo es que dentro de esta corriente, el artículo comentado contempla a la vez a la Teoría Bitómica, donde Edmundo Mezger manifiesta que Delito, es simplemente una acción punible.

- 4.- Algunos autores, entre ellos Edmundo Mezger, están de acuerdo en considerar a la Imputabilidad como un presupuesto de la Culpabilidad, como un cimiento de la misma y no como un elemento esencial del Delito, ya que al hacer un razonamiento lógico-jurídico, un individuo para ser culpable debe ser imputable anteriormente, además de que en la Culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, porque, un individuo que conoce la ilicitud de su acto y además quiere realizarlo, debe tener la capacidad de querer y entender, por lo que dichas actitudes, constituyen el presupuesto de la Culpabilidad.

- 5.- Considero que no sólo el hombre puede ser sujeto activo primario del Delito de Violación, sino también la mujer, ya que el hombre, lo mismo padece, cuando se atenta contra la integridad de su vida material o de su salud, que cuando el atentado recae sobre su integridad moral. ¿Porque sólo la mujer puede ser sujeto pasivo, si en el hombre pueden consumarse también dichos atentados de la

misma manera?

Pero es preciso aclarar que de forma general, puede ser la mujer sujeto activo pero secundario, porque al referirnos a nuestro Delito a estudio, si bien no puede en un momento dado, ejercer la fuerza física en contra de un varón, si puede ejercer violencia moral, pero como en toda regla general existe siempre una excepción, se podría considerar a la mujer como sujeto activo primario; en el caso de que el ilícito se dirigiera hacia un menor de 12 años.

6.- La Contemplación de éste ilícito en el Código Penal de 1931, relativo al capítulo de los Delitos Sexuales, no es correcto, ya que se basa en la naturaleza de la conducta realizada solamente y no en el bien jurídico tutelado, de acuerdo al Código Penal Tipo de 1963, por lo que es mejor que éste Delito, debe quedar encuadrado dentro de los " Delitos contra la Libertad e Inexperiencia Sexuales ", porque precisa los bienes jurídicos protegidos, término utilizado por este mismo y con el cual considero que está más completo y específico.

7.- Es conveniente una reforma general a nuestro Código Penal Vigente, tanto en sus preceptos jurídicos, como en las penas que se aplican para cada Delito, debido a que las que rigen en éste momento, no se adecuan a nuestro tiempo y forma, es decir, son obsoletas.

De acuerdo con lo analizado, sugiero a través de este

trabajo, que éste ilícito quedara de la siguiente manera.

8.- Al Delito de Violación lo define nuestro artículo 265 del Código Penal Vigente así: 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.

Así vemos que, el Delito a estudio de acuerdo a la reforma al Código Penal del presente año, aumento el mínimo de la penalidad (a la Violación Propia), de dos a seis años de prisión y dejando la máxima en ocho años, incremento con el que no estoy de acuerdo, ya que no deja a mi parecer un margen al juzgador para efectos de dilucidar la situación jurídica del presunto responsable o inculpaado.

Debido a esto, es conveniente hacer notar, que la anterior penalidad que contenía nuestra legislación penal, estaba dejando en el sujeto activo un privilegio, que era la de: obtener su libertad provicional bajo caución, derecho del inculpaado, consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución así como en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, gozando además de otro privilegio, gozando además de otro privilegio que es el término medio aritmético, que le dá derecho a tener un procedimiento sumario, por no exceder de cinco años la pena, como lo establece el artículo 305 del Código Penal Vigente, teniéndose el sujeto activo del ilícito, que presentarse sólo cuando sea requerido por la autoridad judicial, esto, desde luego en la praxis, ya que como es sabido se suman la pena máxima con la mínima para tal efecto, siendo esto perjudicial, tanto para la sociedad como para el ofendido, ya que mientras se

decide su situación jurídica, el violador queda en la posibilidad de volver a delinquir.

Así, de una manera comparativa con el Código Penal Tipo en su artículo 309, al establecer una penalidad para dicho ilícito en estudio de tres a ocho años de prisión, deducimos que es de éste Proyecto, de el cuál se tomó la base para que el legislador condujera su criterio jurídico para establecer la nueva sanción penal, aunque no muy del todo convincente, pero al fin y al cabo, lo que se trata es de dar confianza y seguridad tanto al ofendido como a la sociedad. Atreviéndome aún más a sugerir en este modesto trabajo, que además de la penalidad a la que se ha venido haciendo mención, se adicione la Reparación del Daño, cuya figura jurídica ya está aplicada y tipificada en el Delito de Estupro, es decir, que se den alimentos a la mujer y a los hijos si es que los hubiere, en los términos y forma que la ley fije, para los casos de Divorcio.

En cuanto a si la persona ofendida fuere impuber, la penalidad no varió, es decir, quedó la misma de cuatro a diez años de prisión y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

- 9.- Respecto a la Violación Tumultuaria, que tampoco varió en su penalidad con las reformas, su eriría que se contemple también en dicho précepto, la Reparación del Daño, que deberá ser garantizada por todos y cada uno de los que participaron en dicho ilícito, así como para cubrir los gastos que para su curación, esté realizando el sujeto pasivo, tales como, servicios médicos profesionales, especialistas,

psiquiatras o psicólogos, etc.

- 10.- Por otra parte considero, que es conveniente que se incorpore a la ley, la conducta de la mujer como sujeto activo del Delito de Violación, de manera específica, ya que la presunción de la ley, es que el ilícito siempre es cometido por un hombre. Esto es, que si de lo que se trata, es de probar de que en la intención del sujeto existió la idea de realizar un acto erótico sexual e inclusive llegar a la cópula con otra mujer, vemos que esto es posible, ya que el sujeto activo en este caso, utilizaría objetos que la tecnología moderna a fabricado y que semejan un miembro viril masculino, tipificandose así el ilícito en estudio e inclusive el Delito de Lesiones en algunos casos.

- 11.- Con relación a la Doctrina, en el sentido que dice, que el bien jurídico tutelado en el Delito de Violación, es la Libertad Sexual, estoy en desacuerdo con dicha expresión, es más correcto utilizar la expresión " Libertad de Amar Sexualmente " o bien " Libertad Sexual de Amar ", esto debido, a no sólo el vínculo estimativo que une alguna relación sino también el vínculo sexual.

- 12.- En cuanto a la comisión del Delito de Violación entre cónyuges, considero que si se dá dicho ilícito, ya que, si se ejerce violencia física o moral sobre la esposa para lograr la Cópula y si no existe consentimiento por parte de ella, el cónyuge agresor, en este caso el esposo, está atentando contra su libertad de amar sexualmente o como lo llama el

Código Penal Vigente su libertad sexual, configurándose así este ilícito, pues cada Cópula matrimonial, debe ir aunada simultáneamente de un consentimiento expreso o tácito, además de que en nuestro Derecho Civil, podría constituirse una causal de Divorcio de hecho y de derecho.

- 13.- Es conveniente que dicho ilícito a estudio se siga persiguiendo de oficio, ya que este ilícito daña al interés público, a la colectividad, siendo esto un motivo más para que se tome en cuenta la penalidad a la que me referí anteriormente y a la cual hace mención, el Código Penal Tipo de 1963.

- 14.- Considero que en relación a la Violación Propia, es decir, la existente entre un hombre hacia una mujer, debe perseguirse por querrela y consecuentemente, el sujeto pasivo en este caso, puede otorgar su más amplio perdón, esto debido a que se puede suscitar el hecho, que los sujetos involucrados en este ilícito aceptaran unirse en matrimonio.

- 15.- En conclusión, de acuerdo a todas estas reflexiones y a través de este modesto trabajo relativo al Delito de Violación en el Código Penal Vigente y en relación al Código Penal Tipo de 1963, me adhiero en parte a lo que establece el multicitado Proyecto, sobre todo en lo referente a la penalidad que contempla.

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

CARRARA FRANCISCO. Programa del Curso de Derecho Penal. Volúmen I. Número 21.

CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa. 8a. Edición.

CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. 8a. Edición.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. 15a. Edición. México 1981. Editorial Porrúa.

GAROFALO RAFAEL. Criminología. Turín 1891.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1961. 8a. Edición.

GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano.

GONZALEZ DE LA VEGA RENE. Comentarios al Código Penal. México Cardenas 1975.

JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito. Caracas.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Edito-

rial Porrúa. 2a. Edición.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. 2a. Edición.

NOVOA EDUARDO. Curso de Derecho Penal Chileno. 1960.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 3a. Edición.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. México 1980.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa, México 1980.

VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 3a. Edición.

LEYES CONSULTADAS EN VIGENCIA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 3.- Código Penal Anotado. Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. Editorial Porrúa. 8a. Edición.
- 4.- Código Penal Comentado. González de la Vega Francisco. Editorial Porrúa. 8a. Edición.

PROYECTO

Código Penal Tipo de 1963, elaborado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, en el II Congreso Nacional de Procuradores.

Proyecto del Código Penal de 1949.

Proyecto del Código Penal de 1958.

Proyecto del Código Penal del INACIPE
(Instituto Nacional de Ciencias Penales) de 1979 y de 1983.

Proyecto del Código Penal Tipo para la
República Mexicana de 1983.

I N D I C E
P R O L O G O

C A P I T U L O I

EL DELITO EN GENERAL

	Pág.
1.- Aspectos Generales.....	1
2.- La Escuela Clásica.....	10
3.- La Escuela Positiva.....	13
B). Diversas Teorías que estudian el Delito.....	20
C). Reflexiones y Aportaciones.....	23

C A P I T U L O II

LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE LA MISMA

A). El Elemento Objetivo del Delito.....	28
B). El Elemento Objetivo del Delito de Violación.....	34
C). La Ausencia de Conducta	46
D). Clasificación del Delito de Violación en relación a la Conducta.....	52
E). Reflexiones y Aportaciones.....	61

C A P I T U L O III

LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACION

A). Tipo y Tipicidad.....	65
---------------------------	----

B) El tipo del Delito de Violación en el Código Penal Tipo.....	78
C) El Bien Jurídico Tutelado en este ilícito.....	80
D) La Atipicidad y la Ausencia del Tipo.....	82
E) Reflexiones y Aportaciones.....	85

C A P I T U L O I V

LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL DELITO DE VIOLACION

A) La Antijuridicidad.....	92
B) La Antijuridicidad en el Delito de Violación en el Código Penal--- Tipo.....	99
C) Las Causas de Licitud.....	102
D) Las Causas de Licitud en el Delito de Violación y su Aspecto <u>ne</u> <u>gativo</u>	119
E) Reflexiones y Aportaciones.....	121

C A P I T U L O V

LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

A) La Imputabilidad.....	124
B) Las Causas de Imputabilidad en el Delito de Violación.....	133
C) La Culpabilidad en lo General y su Naturaleza Jurídica.....	137
D) La Culpabilidad en Relación al Delito de Violación.....	144
E) Las Causas de Inculpabilidad.....	147
F) Reflexiones y Aportaciones.....	153

C A P I T U L O VI

Conclusiones.....	156
Bibliografía.....	163
Leyes Consultadas en Vigencia.....	165
Proyecto.....	165
Indice.....	167