



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"

"LA QUERRELLA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL
DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS EN EL
ESTADO DE MÉXICO"

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
L I C E N C I A D A E N D E R E C H O
P R E S E N T A:
DORA YAZMIN AGUILERA QUINTANAR

ASESORA:
MTRA.MARIA GRACIELA LEÓN LÓPEZ



BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO

2009



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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

POR LA BENDICIÓN DE HABERME DEJADO CRECER EN UNA FAMILIA EN LA QUE ME HAN LLENADO DE AMOR Y NO DEJARON QUE CONOCIERA EL SUFRIMIENTO, POR DEJAR QUE POR MI FAMILIA, CONOCIERA LA VERDADERA FE EN TI, TE AGRADEZCO QUE SIEMPRE HAYAS ESCUCHADO LAS PLEGARIAS DE MIS PADRES PARA QUE REALIZARA MIS SUEÑOS, TE DOY LAS GRACIAS POR HABERME DADO FORTALEZA PARA PODER SALIR DE ESOS MOMENTOS DIFÍCILES DE MI VIDA Y QUE HOY GRACIAS A TU BONDAD ESTOY DE PIE, POR HABERME PERMITIDO VIVIR LA EXPERIENCIA MÁS MARAVILLOSA PARA UNA MUJER, LA BENDICIÓN DE SER MADRE DE UN ÁNGEL, POR TODA MI VIDA TE AGRADEZCO DIOS.

A MIS PADRES

ABRAHAM AGUILERA ARROYO y REINA QUINTANAR ZAMUDIO.

A TI MAMÁ TENGO QUE AGRADECERTE TODOS Y CADA UNO DE LOS DÍAS QUE DEDICASTE A MI CUIDADO, A ESCUCHARME EN MIS MOMENTOS DIFÍCILES, POR APOYARME INCONDICIONALMENTE, POR HABER CREÍDO EN MI Y ESPERAR CON GRAN EMOCIÓN ESTE MOMENTO TAN IMPORTANTE EN MI VIDA, Y POR LO CUAL TE ESTARÉ AGRADECIDA POR SIEMPRE.

PAPÁ HOY QUE TENGO LA OPORTUNIDAD DE AGRADECERTE TODO LO QUE SOY, NO QUISERA DEJAR DE DECIRTE QUE TENGO MUY PRESENTE TUS MOMENTOS DE GRANDES ESFUERZOS, DE PREOCUPACIONES, DE NERVIOSISMO, DE SACRIFICIOS POR LO QUE HAS TENIDO QUE PASAR PARA DARMER SIEMPRE LO NECESARIO Y APOYARME PARA LOGRAR ESTE GRAN SUEÑO.

POR TODO LO QUE HAN HECHO, POR QUE SON EL PILAR DE MI VIDA GRACIAS POR SIEMPRE.

ABRAHAM TADEO MOSCO AGUILERA

QUIERO AGRADECERLE A DIOS LA GRAN EXPERIENCIA QUE ME PERMITIÓ VIVIR AL HACERTE LLEGAR A MI VIDA, POR SER UN MARAVILLOSO HIJO DEL CUAL APRENDO DÍA A DÍA, QUIEN NO PERMITE QUE SE ME OLVIDE LO FELIZ QUE ES SER NIÑO, PERO QUE AL MISMO TIEMPO ME DEJAS CLARO VER LA RESPONSABILIDAD

QUE TENGO AL DARTE UN BUEN EJEMPLO, DE GUIARTE POR UN BUEN CAMINO Y ES POR LO QUE TE DEDICO ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN COMO UN EJEMPLO DE SUPERACIÓN AMOR Y RESPETO A MI CARRERA, PARA QUE EN UN FUTURO SI ME PREGUNTARAS QUE CARRERA PROFESIONAL ELEGIR CON MUCHO ORGULLO TE PUEDA DECIR DERECHO.

A JOSE ALBERTO MOSCO AGUILAR

POR EL EJEMPLO DE TENACIDAD Y ESFUERZO PARA CONCLUIR CON TUS METAS ESTABLECIDAS EN TU VIDA PROFESIONAL, POR COMPARTIR TUS EXPERIENCIAS Y SOBRE TODO POR COMPARTIR UNA VIDA, POR LA FORMA DE DECIRME Y HACERME SENTIR LAS COSAS, POR TUS CRITICAS POR TUS PALABRAS QUE SIEMPRE HAN CREADO EN MI UN SENTIMIENTO DE FORTALEZA Y SOBRE TODO PORQUE HE APRENDIDO DE TI A TENER CORAJE Y DECISIÓN, POR DEJAR QUE APRENDA DE TI, POR EL TIEMPO QUE DEDICASTE A ESTE TRABAJO POR TU APOYO PARA CONCLUIRLO, POR CONSIDERARME PARTE IMPORTANTE DE TU VIDA, POR EL RESPETO QUE TIENES PARA MI PERSONA, POR TU CONFIANZA, POR COMPARTIR CONMIGO UN SUEÑO TE QUIERO, POR SIEMPRE GRACIAS.

A MI HERMANA

MIRIAM AGUILERA QUINTANAR, QUIERO QUE SEPAS QUE ESTE TRIUNFO ES TAMBIÉN TUYO, POR QUE CREÍSTE EN MI, EN MI ESFUERZO, EN MI TRABAJO, EN LO QUE QUERÍA Y LO QUE ANHELABA. GRACIA POR CREER EN MÍ.

A ITZEL ARAYANCI GONZALEZ AGUILERA

DESEO INMENSAMENTE QUE ESTE LOGRO SEA PARA TI UN MOTIVO PARA QUE EN UN FUTURO LOGRES UNA META SUPERIOR A LA QUE HOY ESTOY LOGRANDO, SABIENDO QUE SIEMPRE VOY A ESTAR CONTIGO APOYÁNDOTE EN TODA TU VIDA EN TUS ACIERTOS, EN TUS ERRORES, EN TUS TRIUNFOS, EN TUS FRACASOS, PARA QUE LLEGUES A SER UNA PERSONA EXITOSA EN LA VIDA, NUNCA LO OLVIDES.

**AL LICENCIADO JOSE FRANCISCO TOVAR
FERREIRA**

POR COMPARTIR TU EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTOS DE LA CARRERA, POR DARMER LAS BASES DE UN BUEN TRABAJO, DE LA DEDICACIÓN, DE LA HONESTIDAD, POR TODO EL TIEMPO EN EL CUAL ME HAS PERMITIDO COMPARTIR, NO SOLO EL BUEN EJERCICIO DE LA CARRERA SINO TAMBIÉN POR PERMITIRME SER PARTE DE LO MÁS SAGRADO QUE PODEMOS TENER QUE ES LA FAMILIA, PORQUE ME HAN BRINDADO SIEMPRE UN CARIÑO INVALUABLE DEL CUAL LES ESTARÉ AGRADECIDA SIEMPRE Y QUE SIEMPRE SERÁN CORRESPONDIDOS, GRACIAS ALICIA POR TENER SIEMPRE LA PALABRA CORRECTA PARA MI, GRACIAS A LOS DOS POR DEJARME CONVIVIR Y COMPARTIR CON SUS TRES GRANDES BENDICIONES ADRIAN, SEBASTIÁN Y MARIANA. GRACIAS POR TODO.

A MIS ABUELOS

GABRIEL QUINTANAR GARCÍA Y FELIPA ZAMUDIO GODOY PORQUE DE USTEDES HE APRENDIDO EL CORAJE PARA TRABAJAR Y LA HUMILDAD PARA COMPARTIR EL FRUTO DEL TRABAJO QUE UNO REALIZA, GRACIAS POR SER MIS ABUELOS Y ESTAR CONMIGO EN ESTE MOMENTO.

A LA FAMILIA AGUILERA ARROYO

SIN INTENCIÓN DE DEJAR DE MENCIONAR A ALGUNO DE MIS TÍOS Y PRIMOS, LES AGRADEZCO SU CONFIANZA A QUIENES CREYERON EN MI Y A LOS QUE NO LO HICIERON HOY LES DEMUESTRO QUE EL SACRIFICIO DE MIS PADRES HOY ESTA DANDO RESULTADOS, Y SOBRETUDO QUIERO AGRADECERLE A QUIENES DUDARON DE MI CAPACIDAD, YA QUE ME HICIERON SER MÁS PERSEVERANTE Y AFERRADA A CULMINAR MIS METAS, A ELLOS GRACIAS.

A LA FAMILIA QUINTANAR ZAMUDIO

POR EL CARIÑO CON EL CUAL SIEMPRE ME HAN DEMOSTRADO Y QUE ES CORRESPONDIDO POR ENSEÑARME QUE LAS COSAS SE GANAN TRABAJANDO, SIN IMPORTAR QUE EL TRABAJO SEA POR DEMÁS PESADO, POR EL VALOR DE CUMPLIR CON SU PALABRA EN TODO MOMENTO, POR SU HUMILDAD ANTE LOS DEMÁS, POR DEMOSTRARNOS EL VALOR DE UNA FAMILIA Y LO IMPORTANTE QUE ES MANTENERLA UNIDA. GRACIAS

A MIS AMIGOS

RODOLFO MONTERO OSORIO, JULIO CESAR BAZAN JAUREGÜI, JOSE LUIS ZENTENO LOPEZ y ALFREDO GADIEL SANCHEZ IBARRA, POR ESTAR JUNTO A MI EN LOS MOMENTOS IMPORTANTES DE MI VIDA, POR SU CARIÑO, POR SU GRAN AMISTAD, POR SU CONFIANZA PORQUE SIEMPRE ESTEMOS JUNTOS, PORQUE ESTA META LA ALCANCE POR LOS CONSEJOS QUE SIEMPRE HE RECIBIDO DE USTEDES, POR APLAUDIR MIS ACIERTOS, POR CREER EN MI, POR LA PALABRA DE ALIENTO, POR EL TIEMPO DISTANCIADOS PERO QUE AL FINAL

SERÁ EL MISMO TIEMPO QUIEN PERMITIRÁ QUE NOS REUNAMOS NUEVAMENTE Y QUE APROVECHAREMOS. GRACIAS POR SER MIS MEJORES AMIGOS. LOS QUIERO.

AL LIC. FERNANDO GERMAN SOLARES CORTES. POR CREEREN MÍ Y PERMITIRME SER PARTE DE SU EQUIPO DE TRABAJO Y PERMITIRME CONOCER LA PARTE PRACTICA ELA CARRERA Y SOBRE TODO POR BRINDARME SU AMISTAD Y CONFIANZA.

A LA MAESTRA MARIA GRACIELA LEON LÓPEZ, POR EL TIEMPO QUE DEDICO A LA DIRECCIÓN DE ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, POR COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS EN LAS AULAS Y POR EL GRAN APOYO PARA LA TERMINACIÓN DE ESTE SUEÑO, POR SU AMISTAD Y APOYO, GRACIAS.

A LA LICENCIADA YOLANDA RICO CORONA, POR LA INVERSIÓN DE SU TIEMPO Y LA HUMILDAD CON LA CUAL REALIZO LA REVISIÓN, DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, GRACIAS POR FORMAR PARTE DEL JURADO QUE ME HAN DESIGNADO.

AL LICENCIADO JOSE FERNANDO VILLANUEVA MONRROY, GRACIAS POR SU APOYOPARA LA REVISIÓN Y APROBACIÓN DE LA PRESENTE TESIS, Y POR COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS

A LOS EXCELENTES PROFESIONISTAS ELVIA CRUZ CRUZ y PABLO ERNESTO SAN VICENTE CASTRO, POR LA HUMILDAD Y SENCILLEZ CON LA CUAL ATENDIERON EL PRESENTE TRABAJO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

POR EL GRAN ORGULLO QUE SIENTO SER PARTE DE TAN MAJESTUOSA INSTITUCIÓN Y SOBRE TODO PORQUE ME HA PERMITIDO CUMPLIR UN SUEÑO QUE DESDE NIÑA TENIA, SER UNIVERSITARIA, Y QUE HOY VEO MATERIALIZADO GRACIAS A SU EXISTENCIA ,YA QUE SIN ELLA HUBIESE SIDO COMPLICADO CONCLUIR CON ESTA HERMOSA CARRERA Y CON LA CUAL TENGO UN COMPROMISO MORAL, DE SIEMPRE PONER MUY EN ALTO EL NOMBRE DE LA UNIVERSIDAD, ES IMPORTANTE HACER MENCIÓN DE TODOS Y CADA UNO DE LOS DOCENTES Y ADMINISTRATIVOS QUE FORMAN PARTE DE LOS ENGRANES QUE HACEN TRABAJAR HA TAN IMPORTANTE BASE EDUCATIVA.

A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGON

POR HABERME RECIBIDO EN SUS AULAS Y HABERME FORJADO EN ELLAS UN CARIÑO POR LA CARRERAY POR EL ESTUDIO, ASÍ MISMO A TODOS Y CADA UNO DE MIS PROFESORES QUE FORMAN Y FORMARAN PARTE IMPORTANTE DE MI VIDA, A TODOS GRACIAS.

LA QUERRELLA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Página

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I.

REFERENCIA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES.

1.1 Referencia histórica de los delitos sexuales	1
1.2 Concepto de delito	13
1.3 Concepto de violación	37
1.4 Breve reseña histórica universal	39
1.5 Historia Nacional	41

CAPITULO II.

RELACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

2.1 La familia	43
2.2 Matrimonio	48
2.3 Concubinato	53
2.4 Concepto de cónyuges y concubinos	54

CAPITULO III.

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.

3.1 Clasificación del delito de violación	59
3.1.1 Conducta y ausencia de la conducta	66
3.1.2 Tipicidad y Atipicidad	69
3.1.3 Culpabilidad e inculpabilidad	74
3.1.4 Antijuridicidad y causas de justificación	82
3.2 Disposiciones relativas al delito de violación en algunos Códigos	92
de los Estados de la República Mexicana	
3.2.1 Código Penal de Morelos	92
3.2.2 Código Penal de Baja California	93
3.2.3 Código Penal de Puebla	96

**CAPITULO IV.
CONVENIENCIA DE CONSIDERAR COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN
EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS LA
QUERELLA, POR PARTE DEL OFENDIDO, EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

4.1	Averiguación previa	101
4.2	Requisitos de procedibilidad	108
4.2.1	Denuncia	111
4.2.2	Querella	115
4.2.2.1	Naturaleza jurídica de la querella	121
4.2.2.2	Fundamentación jurídica de la querella.	122
4.3	Perdón del ofendido	124
4.3.1	Naturaleza jurídica del perdón.	125
4.3.2	Divisibilidad del Perdón.	126
4.3.3.	Aceptación del perdón	126
4.3.4.	Facultades para otorgar el perdón	127
4.4	Importancia de la procedencia del otorgamiento de perdón	127

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

De todos es sabido, que el Derecho Penal sin límite de jurisdicción, es la última reacción que el Estado tiene para salvaguardar el orden social de él mismo, dicha rama del derecho que es de orden público, en función de normar relaciones entre el poder y los gobernados, y en cuyo ordenamiento sustantivo, en su parte especial contempla descripciones legales que protegen bienes jurídicos algunos de mayor entidad que otros, empero al fin bienes jurídicos individuales y es precisamente en este punto, donde se hace patente la necesidad, desde la óptica de la que se escribe y específicamente en el Código Penal vigente para el Estado de México, que se establezca como requisito de procedibilidad el Instituto jurídico denominado QUERRELLA, en el tipo penal de VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS exclusivamente en este delito que para su actualización requiere de la calidad específica tanto del sujeto pasivo como del activo.

A manera de prolegómeno, habremos de decir que los tipos penales, incluyendo el que se analizará en el desarrollo de la presente investigación, fue creado por quienes representan uno de los poderes del estado (el legislativo de la entidad), con el objeto de que sea respetada y protegida la libertad sexual de los gobernados, sin embargo, como de todos es conocido, este delito es de los llamados por la doctrina de oculta realización, en virtud de que generalmente son perpetrados en ausencia de testigos, sin embargo, no se debe soslayar que el tema en estudio, contiene como ya se anotó, calidades específicas, tanto para el sujeto pasivo como para el sujeto activo y dicha calidad consiste en que sean cónyuges o concubinos, respecto del primero, del latín *coniux (conyug-s)*, de igual significado literalmente “atados, juntos” en tanto en la connotación del segundo, se observa que los romanos le daban el nombre de *concupinatus* a una relación normal de hombre y mujer, de menor jerarquía y que tenía entre otras características la permanencia en el tiempo y la estabilidad de la relación lícita, no prohibida por el IUS CIVILE y por lo mismo, no era sancionada; y cuyo concepto en nuestros días se define como la unión de un hombre y una mujer semejante al matrimonio, pero sin la celebración ante la autoridad que le otorga la solemnidad, constituye un hecho jurídico al que el Derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas; es precisamente en este punto y con estos conceptos donde la que suscribe, ha conformado y sostenido de manera esencial esta investigación, pues el derecho penal desde sus orígenes y de manera metodológica, no solo se ha estudiado desde el punto de vista penal sino también se ha analizado ontológicamente, objetivo formalmente teleológicamente, causalmente, naturalísticamente, entre otras; empero ahora se propone entrar al estudio dogmático del tipo penal de violación, desde el punto de vista sociológico.

Ahora bien tomando como base para tal efecto el matrimonio, la familia y otros Institutos que se detallaran en el cuerpo de este análisis, nótese que el primer Instituto tiene entre sus finalidades la procreación de la especie, por lo que los cónyuges con pleno conocimiento y consentimiento, deben acceder a la

relación carnal; expresión que incluso el Derecho Canónico contempla, y cuya área, en este estudio, solo es enunciativa.

Así las cosas, debe quedar establecido que dicho acceso carnal no es ilimitado; pues tal extremo, se encuentra indefectiblemente supeditado a la aceptación de ambas partes; sin embargo cuando esto no acontece es que se actualiza el tipo penal de violación entre cónyuges o concubinos.

Sin embargo, estas descripciones típicas, entiéndase delitos en contra de la libertad sexual en sus diversas construcciones e hipótesis; sin embargo principalmente en el delito referido en primer plano, por su naturaleza social, conlleva en muchos casos concretos, el funcionamiento muchas veces fútil, baladí de la procuración y administración de justicia; tanto de la entidad donde se asientan los Poderes de la Unión, como en algunos Estados del País, en virtud de que los casos concretos culminan con la procedencia del perdón del ofendido; empero en la entidad, cuyo ámbito de aplicación de la Ley sustantiva penal a que se ha hecho referencia y concretamente del delito seleccionado para su análisis, no acontece y donde los casos concretos, también atenta contra la política criminal y más aún con el mandato constitucional de la readaptación social del delincuente; tema que igualmente se retomará en su oportunidad.

Corolario a lo anterior, se ha de establecer que a través del desarrollo del presente estudio, se sustentará jurídicamente la propuesta de quien escribe, relativa a que se adicione un párrafo al numeral 273 del Código Penal vigente en el Estado de México, en el que se especifique, en este exclusivo caso “violación entre cónyuges o concubinos” la querrela como requisito de procedibilidad; propuesta que sin duda en caso de tomarse en consideración por los representantes legislativos del Estado de México será congruente en primer término con la esencia del Derecho Penal moderno, y no como el Derecho aplicado otrora, y por cuyo cambio siempre pugnó el ilustre jurista César Bonnesana Márquez de Becharia; y en segundo término con la aplicación y conformación del Derecho Penal uniforme en el Estado Mexicano; poniendo como ejemplos viables los Códigos Penales de entidades federativas tales como Morelos, Baja California, Puebla y el Distrito Federal.

Lo anterior para contribuir al acercamiento y cada vez más próximo Código Penal uniforme y general aplicable para la República Mexicana, tal como la han expresado un múltiples foros juristas reconocidos de este país y su principal exponente y promotor ha sido el Dr. Sergio García Ramírez, y cuya idea hizo patente en los últimos tiempos, al prolongar la obra del también honorable maestro en estudios especializados en el Derecho penal Marco Antonio Díaz de León, cuyo título de la obra es el “Nuevo Código Penal con comentario”.

Empero y retomando el tema central del presente trabajo de investigación, es necesario acotar que en el primer capítulo analizaremos la referencia histórica de los delitos sexuales, lo que nos permitirá tener un panorama general que haga patente la adquisición de un basamento histórico para el desarrollo de los subsecuentes capítulos; posterior a lo anterior, ahondaremos nuestra atención en la relación del delito de violación entre cónyuges o concubinos con otras figuras jurídicas, incluso de derecho civil, esto en virtud del estudio y visión social, con el que se contempla la citada figura, inmediatamente se realiza un estudio jurídico del mencionado tipo penal que actualmente contempla el Código Penal vigente para el Estado de México; posteriormente se establecerá de manera precisa la conveniencia de que exista en el Código Penal para el Estado de México, especialmente en el capítulo relativo a los delitos sexuales en su numeral 273, un párrafo adicional aplicable exclusivamente en el delito de VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS, en el que se requiera la querrela como requisito de procedibilidad, para la investigación del ilícito en comento a lo largo del presente trabajo de investigación.

1.1. REFERENCIA HISTORICA DE LOS DELITOS SEXUALES.

Los pueblos que habitan lo que es hoy la República Mexicana a la llegada de los españoles tenían como antecedente común, a la Cultura Olmeca, por lo que su modo de vida, en lo esencial era similar.

En materia de sexualidad, hay bastante homogeneidad en la importancia que otorgaban a la familia como pilar de su sociedad; la alta valoración del varón en relación a la mujer; producto de desigualdades e inequidades entre los géneros; el rechazo, severo en unas regiones, benévolo en otras, en relación al adulterio, las relaciones prematrimoniales, el aborto, la homosexualidad la prostitución, etcétera. No siendo así en todo aquello que era más susceptible al cambio, principalmente de acuerdo con la situación geográfica que cada pueblo ocupaba, y dentro de las costumbres variables, que fueron las que dieron caracteres específicos a cada uno de los mismos, se encontraban las costumbres sexuales.

Sin tener más interés que en otras culturas, se hablara de los pueblos MAYA, NÁHUALLTL, Y MEXICA, por ser los que presentan una algunas prácticas más relevantes relativas a este estudio.

Es así como se establece que la *cultura Náhuatl* se constituyó en los Estados de Sonora y Sinaloa, la base de su organización social fue la familia patriarca; era enorme e incuestionable el respeto al padre y a la madre. El padre era el sacerdote del culto familiar que se practicaba en el hogar.

La poligamia era permitida a los varones con la condición de cultivar un campo por cada nuevo matrimonio que formara. Los padres concertaban el matrimonio entre los jóvenes, incluso desde que estos eran pequeños.

La mujer gozaba de gran respeto en la comunidad, por lo que al violador lo sancionaban con la pena de muerte. La abstinencia sexual de la mujer antes de casarse era muy apreciada así como su fidelidad en el matrimonio.

La cultura Maya se asentó en la península de Yucatán, así como en la parte de Tabasco, Chiapas y Guatemala.

En esta cultura el matrimonio era la base de la familia. En la cultura Maya estaba establecida la monogamia, pero a la clase guerrera le era permitida la bigamia, el matrimonio se celebraba con una suntuosa fiesta, dentro del pueblo el divorcio era aceptado para ambos cónyuges y podían divorciarse las veces que ellos decidieran.

Los Mayas eran de los pocos pueblos que no castigaban con pena de muerte a los cónyuges adúlteros. La mujer adúltera era repudiada por el marido y recaía sobre ella la infamia y el desprecio público.

Se encuentra dentro de los pueblos, que algunos de ellos tenían mayor libertad sexual que en otros. Esta libertad nunca llegó a los pueblos polinesios, en donde el acto sexual era realizado públicamente y de manera natural en ceremonias llamadas de iniciación, tan pronto los jóvenes están en condiciones físicas de realizarlo. Los Mayas, por ejemplo, llevan acabo una ceremonia llamada “caputzihil” para señalar y celebrar la entrada a la vida sexual de los jóvenes: “Es el advenimiento de la pubertad llamado corazón nueva vida; es el nacimiento a otra existencia de amor y de ilusiones, de fuerza y de placeres; virilidad en los hombres, el encanto, las gracias y la pasión en la mujer.

Por eso a los niños les daban a fumar las hojas de tabaco, como señal de que eran hombres, y por eso también caía la concha de las niñas y les daban a oler flores, símbolo de la juventud que empiezan a aspirar las ambiciones de su alma y con todos los anhelos de su corazón”.

Había igualmente pueblos que acostumbraban practicar la homosexualidad, como los totonacas, pueblos de la Costa del Golfo de México; en tanto que los Aztecas, lo consideraban grave delito y la sanción a aquellos que la practicaban si eran hombres, al sujeto activo lo empalaban, y al sujeto pasivo le extraían las entrañas por el orificio anal; si se trataba de mujeres la muerte era por garrote.

De igual forma se castigaba con la muerte, al hombre o la mujer que usara o se pusiera ropa del sexo opuesto. Entre los mismos Aztecas existía una ceremonia en la que el rey por exigencias religiosas se veía obligado a tener relaciones de naturaleza homosexual.

En general, la moralidad de todos estos pueblos era bastante severa en lo relativo a la sexualidad debido a que la consideraban como un don otorgado por los dioses y a ellos se debe la estricta vigilancia para su práctica moderna y no abusiva.

La caída del imperio de los Toltecas fue atribuida a la perversión de sus agentes. Siendo rey Topitzin (hijo de Tecpanacáhtzin y la famosa reina Xóchitl), se prostituyó tanto, que las mujeres principalmente de la nobleza iban a los santuarios a celebrar bacanales con los sacerdotes, los cuales estaban obligados a guardar absoluta castidad, esta perversión que llegó hasta el pueblo, fue la causa de que a los cuarenta años de reinado de Topitzin se destruyera la ciudad de Tullan, después de una serie de pestes, sequías e inundaciones.

Entre los Aztecas, pueblo de gran vigor sexual, veneraban a la diosa llamada Tlazolteotl, diosa de la carnalidad. Ante esta diosa provocadora e incitadora de la lujuria, celebraban una confesión. Esta confesión sólo podía practicarse por una vez en la vida y el sacerdote, previa penitencia otorgaba el perdón. Los pecados ahí dichos, pecados de naturaleza sexual, no debían volver a cometerse, pues al volver a permitirse esta confesión, ya no había posibilidad de absolución para los mismos.

Debido a lo anterior, los que acudían a la mencionada confesión eran por lo general los hombres viejos que ya habían realizado los excesos propios de la juventud y se suponía estaban menos expuestos a reincidir.

El procedimiento era el siguiente: el sacerdote, en medio de una ceremonia determinada, escuchaba los pecados y otorgaba el perdón a condición de que se cumpliera con la penitencia dada, que iba según su gravedad, desde el ayuno hasta traspasarse la lengua, las orejas o el pene con una espina de maguey, luego pasarse una a una por el orificio hecho por éstas, hasta cuatrocientas varas de mimbre.

Cuando el rey azteca subía al poder, se dirigía al pueblo y les hacía una serie de recomendaciones para que no realizaran aquellas que eran consideradas malas, entre otras emborracharse. El tomar “uctli” (pulque), sólo les era permitido a los enfermos, a los ancianos y al pueblo en determinadas ocasiones y en cantidad limitada.

Las costumbres y la educación de un mismo pueblo variaban según la clase social, el sexo y la edad.

En casi todos los pueblos se tenía gran respeto por las mujeres. Los conquistadores españoles se sorprendieron al observar cómo entre los nahoas o tlalpatecas, las mujeres podían andar solas por cualquier sitio y a cualquier hora sin que nadie las importunara.

Las mujeres permanecían generalmente en la casa a cargo de las labores domésticas, trabajo que aprendían desde muy pequeñas, más tarde se les preparaba para el matrimonio.

La mujer Azteca a los 12 años de edad ingresaba a una escuela donde se le preparaba para convertirse en una buena esposa cuando contrajese matrimonio. Su educación era tan estricta que se le indicaba la forma de vestir, de hablar, de escuchar, de reír, de ver, de caminar, entre otras cuestiones.

Había pueblos que concedían gran importancia a la virginidad de la mujer, como el pueblo Náhuatl, al grado de que si no llegaba virgen al matrimonio era repudiada por el marido, las rameras o mujeres malas se distinguían porque se pintaban la cara en forma exagerada, se soltaban el pelo o lo peinaban en forma distinta a lo usual, se comportaban de manera escandalosa, masticaban el “tzicti” y llamaban a los hombres ofreciéndoles sus servicios cobrando por ello.

La prostitución entre la mujer azteca llamada “pipitlín” perteneciente a la clase de la nobleza, era sancionada con la muerte, no así la mujer “macehualtín” o de la clase de los plebeyos, con las que eran más flexibles y no se les sancionaba el que ejercieran la prostitución.

Todos estos pueblos conocieron distintos métodos anticonceptivos y no se tiene conocimiento alguno de que su uso hubiera estado prohibido bajo ninguna circunstancia.

Entre los aztecas o mexicas el aborto era sancionado con la muerte tanto de la mujer que abortaba como del que le daba el abortivo. Uno de los medios que se sabe eran usados como abortivos era la “cola de tlacuache” que según parece producía la dilatación del cuello de la matriz. Sólo era permitido el aborto terapéutico, en cuyo caso se privaba de la vida a la criatura en el vientre de la madre y era extraída luego en pedazos. Las mujeres que morían del primer parto eran convertidas en diosas.

Los náhuatl sancionaban con la muerte al que violaba a una mujer. En la cultura tarasca, el que cometía tal falta, le rompían la boca hasta las orejas y luego lo mataban por empalamiento.

No solo era vigilada la virginidad y la castidad de las mujeres, sino también la de los hombres, pues esta era muy apreciada tanto por los hombres como por los dioses.

Desde niños igual que a las mujeres se les daban consejos para no tener relaciones sexuales hasta después de cierta edad y para guardar fidelidad una vez casados, se les decía que si durante su juventud eran discretos y moderados en las prácticas sexuales, hasta muy viejos conservarían su potencia sexual. Incluso dentro del matrimonio con la propia esposa, se le decía que no había que excederse, pues corría el peligro de llegar a no poder satisfacerla a ella y exponerse a que cometiera adulterio.

Los jóvenes aztecas que pertenecían a la nobleza estudiaban en el Calmecac y tenían prohibido sostener relaciones sexuales durante su estancia en el mismo, bajo pena de “chamuscarse” los cabellos si faltaban a la prohibición, sanción que para ellos constituía una terrible humillación. Los jóvenes plebeyos que estudiaban en los Tepochcallis estaban exentos de esto, por lo que podían salir tranquilamente por las noches y tener relaciones sexuales.

El matrimonio fue una institución muy importante entre los pueblos prehispánicos, debido a la importancia que daban a éste y a los lazos de parentesco, se deriva el que consideraran delito de incesto, y lo sancionaban (por lo menos entre parientes muy cercanos).

Los nahoas permitían a los hombres tener las mujeres que desearan pero por cada mujer debían cultivar un nuevo campo lo que limitaba esto, motivo por el cual, sólo los ricos y poderosos señores, eran quienes podían hacerlo y no la

gente del pueblo. Prohibían el matrimonio entre padres e hijos, naturales o políticos, entre padrastro o madrastra y entenados, así como entre hermanos.

Los Mayas acostumbraban el matrimonio monógamo excepto los señores principales a quienes les estaba permitido tener dos esposas. Al cumplir 20 años de edad, a los jóvenes, los padres les buscaban esposa (no así a las mujeres, a quienes hubiera sido vergonzoso buscarles marido). Cada familia formaba su propio nombre con el del padre y con el de la madre, con lo que distinguían unas familias de otras. El matrimonio entre personas del mismo nombre no se permitía, al igual que entre madrastra o padrastro y entenados, entre tíos y sobrinos y entre cuñados. Cabe hacer mención que esta cultura conocía y practicaba el divorcio.

Los mixtecos y zapotecos eran polígamos, pero sólo la primera esposa era considerada como tal. Entre los reyes, los hijos que le sucedían en el trono eran sólo los de la primera esposa, no los de las otras, llamadas mancebas.

Estas mancebas eran por lo general hijas de señores principales, las que consideraban un gran honor ser mancebas del rey. No había prohibición alguna para casarse en cuanto al parentesco, por lo contrario, no era permitido casarse con extraños, excepto si se trataba de celebrar o afianzar la paz pública.

También los Tarascos practicaban la poligamia. El rey o Cazoni y los demás señores principales tenían innumerables mujeres, con las cuales tenían casi siempre parentesco consanguíneo, es decir, madre, hermanas o hijas.

A los guerreros se les concedía una mujer por cada hazaña de guerra. El divorcio lo decretaba el Putamuti o gran sacerdote, quien después de escuchar los problemas de los esposos, por tres veces y tratar de reconciliarlos, a la cuarta vez que acudían ante él, decretaba el divorcio.

Los aztecas practicaban la poligamia y consideraban el matrimonio como base y conservación de su raza. Las mujeres debían de casarse entre los 15 y los 18 años y los hombres entre los 20 y los 22 años. Si un hombre llegaba a la edad en que ya debía contraer matrimonio y no lo había hecho, se le instaba a que lo hiciera y si aún así oponía resistencia, se le prohibía acercarse a cualquier mujer. Entre los tlaxcaltecas la sanción a la oposición referida era raparlos.

Los aztecas castigaban con la muerte la unión entre ascendientes y descendientes, hermanos suegros y yernos o nueras y padrastros o madrastras y entenados. Entre cuñados por el contrario era común que al morir un hombre, el hermano tomará por esposa a su o a sus mujeres, y más aún, practicaban el levirato, o sea la obligación del hermano del que muere debe casarse con su viuda si no dejó descendencia (precepto de la ley de Moisés). Se concedía el divorcio por sentencia judicial, pero antes se reprendía al esposo culpable y se hacía el intento de reconciliarlos, una vez divorciados, eran libres para volver a casarse.

Para todos estos pueblos, el hecho que un hombre casado tuviera relaciones con una mujer soltera, no significaba mayor problema, si acaso era juzgado mal por la comunidad, pero el que una mujer casada cometiera adulterio, sí era considerado como una de las faltas más graves.

Los mayas eran de los pocos pueblos que no daban muerte a la mujer adúltera, ésta sólo era repudiada por el marido. Los hijos si eran pequeños quedaban todos con la madre; si ya eran mayores, las hijas mujeres quedaban con la madre y los hombres con el padre. La mujer quedaba libre para volver a unirse a otro hombre y pasado algún tiempo, volver incluso con el mismo.

Los aztecas y zapotecas daban muerte a la adúltera y a la amante, pena que era ejecutada por el propio esposo ofendido, quien si quería podía en vez de matar al hombre, cortarle las orejas, la nariz y la boca.

Los tarascos también castigaban con la muerte el adulterio. Si las relaciones eran con alguna de las esposas del rey, no sólo era muerto el sujeto, sino que también lo era toda la familia y sus bienes eran confiscados.

La mujer adúltera era entregada al Petamuti o gran sacerdote y éste la mandaba matar. Si el adúltero era el hombre, la mujer era recogida por sus familiares, y casada con otro hombre.

Entre los aztecas, el derecho de matar correspondía exclusivamente al rey, por lo que cualquiera así fuese el cónyuge que pretendiese tomar justicia por propia mano y matar a los adúlteros aún sorprendiéndolos en el mismo instante de los hechos, era a su vez muerto.

Como todos estos pueblos no manejaban ningún tipo de moneda, desconocían las sanciones pecuniarias y por otra parte concebían el hecho de tener a un hombre que cometiera una falta, prisionero en un lugar por considerarlo inútil para la sociedad y una carga para la economía, no conocieron tampoco las cárceles y los delincuentes, sólo eran encerrados en jaulas por poco tiempo en tanto se les aplicaba la sanción consistente en la muerte, en golpes o en humillaciones.

En cuanto al tema que nos ocupa; a la llegada de los españoles el robo, la violencia, la esclavitud y la venta de mujeres se acrecentaron, desconociendo las tropas de Cortés, edad y estado civil o social.

No es de dudar que muchas de las indias permanecieran por propia voluntad al lado de los españoles, pero no la generalidad. Cortés mostró empeño para que toda esta situación con las indias no se llevara a cabo, pero fue desoído por sus tropas.

Las leyes, la religión, las costumbres, en fin los principios de los españoles operaban en cuanto a ellos mismos, más no eran aplicados a los aborígenes.

Conocido el interés de los reyes de España por mejorar la situación de los indios a través de las constantes cédulas que llegaban a la Nueva España, ordenando el buen trato a los indios y prohibiendo los abusos cometidos con ellos, incluso hubo una ley que ordenaba que los delitos cometidos en contra de los indios fuesen castigados con mayor severidad que los cometidos en contra de los españoles (Ley XXI, tit. X, lib). De la Recopilación de Indias), pero todas estas disposiciones estaban tan lejos de cumplirse como lo estaba en aquel entonces la Nueva España de la Madre Patria.

Los misioneros que fueron los que realmente estuvieron a cargo de la educación del nuevo pueblo, estaban abstraídos en sus tareas de catolizar a los indios y de evitar la causa de males mayores, para dar importancia a los abusos cometidos a las indias, que constituían entonces el menor de los males.

La primera tarea de los frailes, fue bautizar a los indios y después casarlos, pero al llegar a esto, se enfrentaron al problema de que la mayoría de ellos tenía dos o más mujeres, por lo que el Papa Paulo III dispuso que a la que debía darse el sacramento del matrimonio era a la primera esposa y que en caso de no recordar el marido cuál había sido la primera, podría escoger la que deseara.

Con la conquista y todos estos cambios tan bruscos, México se incorporó al mundo civilizado de aquella época y, aunque cada cultura tiene su naturaleza, es que se resistía a cualquier transformación que tratara de imponer otra cultura diferente, el impacto sufrido por la denominación española, si bien no extingue por completo las costumbres prehispánicas, si las transforma creando un nuevo y complejo modo de cultura.

Esta combinación de creencias y de costumbres también debieron haber operado en otros ámbitos y esto salta a la vista al contemplar el México de principios del siglo pasado, en el que si bien persistían muchas costumbres del México

precortesiano, sobre todo en los lugares más apartados, ya no tenían estas los rasgos originales que las caracterizó.

Un obstáculo que surge en la elaboración del presente trabajo de investigación, es que al pretender indagar las costumbres en rubro de la sexualidad que imperaron en los años que antecedieron o sucedieron a la Independencia y a los demás períodos históricos y hasta antes de la Revolución de 1910, no se encontró información al respecto, observando únicamente las crónicas de los libros de historia, las cuales se sumergen y brotan entre narraciones épicas, describiendo una interminable serie de batallas de origen político, campesino, laboral y religioso; las leyes al respecto van y vienen, las fechas de los combates, los hombres, las biografías y los cientos de héroes con que se construye la historia, son temas inagotables que desde luego se refieren de manera enunciativa por no ser motivo central de este análisis.

Sin embargo, se puede apuntar que el desarrollo sexual del individuo con sus pros y sus contras, con sus consecuencias positivas y negativas es algo en lo que generalmente la población no se detiene a considerar, quizá sea porque dicho tópico no influye en el transcurso de la vida cotidiana “aparentemente”, pero que cuando se analiza en un lapso de calma y tiempo, es que se aprecia que el rubro de lo sexual condiciona al ser humano desde el momento mismo en que somos engendrados, en diversas etapas, aspecto este que resulta trascendental en los tantos rubros como el que ahora se estudio, de donde deriva la transgresión de derechos fundamentales de los gobernados, particularmente los relativos a la libertad sexual, tópico que resulta eje fundamental de este trabajo de investigación.

La moral cristiana implantada por los españoles, caracterizada por su repulsa a todo lo sexual, no era muy diferente a las ideas sexuales de los pueblos precortesianos como lo analizamos anteriormente, así que no es difícil deducir que

fue fácil convencer a los indios del cumplimiento, en lo esencial, de las leyes cristianas al respecto.

La santa inquisición debió haber aplicado terribles castigos a los pecadores sexuales, pero todos sus demás procesos permanecieron en el absoluto secreto.

De alguna de las novelas costumbristas podemos deducir las formas de vida sexual de la sociedad del siglo XVIII y XIX. El derecho de “pernada”, heredado de los españoles, según el cual a los grandes hacendados correspondía disfrutar de la novia en las primicias de la noche de bodas, cuando un peón a su servicio se casaba. Lo estricto de las costumbres que iba desde el atuendo hasta el comportamiento de la esposa con el marido en el lecho conyugal, en donde el acto sexual, algo vergonzoso y pecaminoso, se realizaba como requisito indispensable para la reproducción.

México después de consumada la Independencia; la moral para sus jóvenes mexicanas era sumamente severa en comparación con las europeas o las norteamericanas. Después de recibir por unos cuantos años una deficiente educación, permanecían en sus casas teniendo muy pocas oportunidades de tener trato con los hombres, por lo que no era raro que quedaran solteras o prefirieran ingresar en un convento. Esto en lo que se refería a la clase social alta; la gente del pueblo así como la del campo no debió ser muy distinta en la cual se privaba el amasiato, las fugases uniones libres.

Todo este período comprendido entre la independencia y la revolución de 1910 se caracterizó por una moral casi victoriana en la que el ejercicio de la sexualidad es socialmente aceptada en la medida en que se da dentro del matrimonio y la procreación, concluido que ha sido este capítulo se precederá al desarrollo del denominado.

1.2. CONCEPTO DE DELITO.

En la antigua Roma se encontraron delitos públicos (crimina) y delitos privados (delicta).

Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad. Se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con las penas públicas (decapitación, ahorcamiento, en el *arbor infelix*, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc.) Tenían orígenes militares y religiosos.

Los segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daba lugar a una multa privada en favor de ella. Fueron evolucionando desde la venganza privada, pasando por el sistema del talión y por el de la “composición voluntaria”.

Cuando finalmente, la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzó su forma pura el sistema de las multas privadas. Por el desarrollo del sistema pretorio en la época clásica, el magistrado fijaba a su arbitrio el monto de la multa fijada.

Al lado de las correspondientes acciones privadas, surgió la intervención discrecional de los magistrados, si opinaban que algunos delitos privados en peligro, también el orden público, y la víctima ya tenía generalmente opción entre dos vías: una persecución privada o una pública.

Se impuso la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos, independientemente de la actitud adoptada por la víctima, y que ésta tenía derecho a una indemnización, pero que no era lógico concederle ventajas como son las multas privadas.

El concepto de delito evolucionó a medida que se desarrollaba la cultura de los grupos primitivos.

Las palabras crimen y delictum se usaron técnicamente en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense, frecuentemente se dio a la primera el estricto significado de un delito grave y a la segunda el delito leve, y en algunas ocasiones, se ocupaban indistintamente uno u otro término para indicar la trasgresión de la norma que acarrearía una pena.

Así tenemos a Cayetano Filiangeri, quien refiere que el Delito es: “un hecho contrario a la ley”

Por su parte Juan Pablo Tolomei señala que el Delito es la “voluntaria violación de una ley para cuya obediencia el Estado está en la necesidad de proveerla de sanción penal”

Vicente Lanza dice que Delito es la “Violación de la ley penal”

José Miguel Servan, llama delito a “Toda acción que llama a la sociedad política, sea haciendo lo que las leyes prohíben, sea omitiendo lo que ellas ordenan como necesario”

Cuello Calón escribe que en su aspecto formal Delito es “Como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena”

Pellegrino Rossi da su definición de la siguiente manera: “El delito es, pues, la infracción de un deber requerible en daño de la sociedad o de los individuos”

Para Von Liszt, “Es delito el riesgo de las condiciones vitales de la sociedad que comprobado, (konstatierte) por parte de la legislación solamente puede prevenirse por medio de la pena” ¹

Eusebio Gómez por su parte escribe que delito: “Es un hecho humano antijurídico real o potencialmente lesivo de un bien o interés protegido por la ley”

El concepto del Doctor Luis Jiménez de Asúa, concibe al delito de la siguiente manera: “Es la conducta considerada por el Legislador como contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado y lesiva de los bienes jurídicamente protegidos, procedente de un hombre imputable que manifiesta con su agresión peligrosidad social”

De igual forma se hará mención de la definición que del delito hace el Código Penal del Estado de México, en el artículo seis que a la letra dice:

Artículo 6. El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

Sin embargo es necesario analizar cada uno de los conceptos que se emplea en la definición que establece el Código en comento, para obtener un concepto amplio y entendible, motivo por el cual se acudirá a la doctrina.

El mismo Código en su artículo 8 a la letra dice:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

I Dolosos;

El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.

¹ Cit. Por. Luis Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito Editorial Porrúa Pág. 60.

II Culposos;

El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic) siendo previsible o confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

III Instantáneos;

Es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se ha realizado todos sus elementos constitutivos.

IV Permanentes;

Es permanente, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

V Continuados.

Es continuado, cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo y se viola el mismo precepto legal.

Lo manifestado anteriormente es de suma importancia, ya que se tendrá que observar en el delito que se desarrollará en la presente investigación, motivo por el cual se hace mención desde este momento.

Una vez establecido de manera general el concepto de delito dará pauta para relacionarlo con el siguiente párrafo denominado violación, el cual es fundamental en la realización del presente trabajo de investigación, así las cosas se procede al desarrollo del tema denominado como se ha determinado.

Es así como se considera a la violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunas de las víctimas, se trata de un delito aún más grave que el propio homicidio, pues consideran preferible perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta.

Esta deja, además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas ocasiones dura toda la vida, sin contar las

consecuencias resentidas por la propia familia, asimismo, no se debe perder de vista la conmoción social que ocasiona.

Este delito ha sido objeto de innumerables reformas, y ocupa actualmente en lugar preponderante en el derecho penal. Los estudios e investigaciones al respecto son múltiples; así, son importantes tanto el aspecto jurídico y legal, como el social, psicológico e incluso el económico, aunque fundamentalmente el origen de todo delito parte de la educación que se reciba dentro del núcleo familiar, pues de ésta surgen los valores inculcados al sujeto, la forma en que debe de ver la vida, el respeto hacia los demás, etcétera. Excepto patologías específicas, tales situaciones se pueden prever y resolver mediante una educación adecuada, por parte de la familia en donde se le da a los miembros de la familia los principios básicos para una convivencia pacífica.

En seguida se realizará el análisis jurídico legal del delito en comento, el cual es controvertido y altamente dañino.

NOCIÓN LEGAL.

Al hablar de la noción legal del delito de violación se observara lo mencionado en el subtítulo cuarto, delitos contra la libertad sexual, en el artículo 273 del Código Penal del Estado de México.

El artículo 273 del Código Penal del Estado de México señala: “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, se le impondrán”

A partir de la definición mencionada con antelación, se analizará cada elemento que integra el tipo penal del delito en comento.

SUJETOS Y OBJETO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

SUJETO ACTIVO.- Conforme a la descripción legal, el artículo 273 del Código Penal del Estado de México señala: “ Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de está . . . ” , es decir en el tipo penal del delito de violación puede ser sujeto activo cualquier persona física, sea hombre o mujer, sin embargo diversos tratadistas opinan que la mujer no pueda ser sujeto activo porque es incapaz de imponer la cópula por medio de la violencia, dada su naturaleza. Así se dice que si una mujer trata de forzar a un hombre a copular con ella, el varón, ante la intimidación, no podría presentar erección y por lo tanto sería imposible la cópula.

Con lo anterior no se debe perder de vista que la violencia en tal delito, puede ser moral y ocurrir que la mujer amenace con un mal determinado al hombre con quien pretende copular, y así presentarse la figura típica.

Es importante mencionar que algunos tratadistas mencionan que únicamente el varón puede ser sujeto activo en el delito de violación, sin embargo en el párrafo tercero del artículo 273 del Código Penal del Estado de México a la letra dice: “ Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido”, en esta hipótesis se puede colocar una persona de sexo femenino, en virtud de que toda vez que el tipo penal sanciona a quien introduzca un objeto o instrumento diferente al miembro viril por vía vaginal o vaginal, situación que se estudiará al examinar la conducta típica.

SUJETO PASIVO.- De igual manera puede ser cualquier persona, sin importar el sexo, la edad ni las características de la persona. Lo común es que el sujeto pasivo sea la mujer, pero el ordenamiento jurídico habla de “sea cual fuere el sexo del ofendido,” y en la parte final del artículo nuevamente menciona

“independientemente de su sexo “, motivo por el cual, el sujeto pasivo puede ser de cualquier sexo. Desde luego es de conocimiento público que los varones, son sujetos pasivos del delito en comento.

Entre los muchos errores que prevalecen en lo referente a este delito, está el consistente en creer que sólo la mujer puede ser sujeto pasivo, lo cual desde ahora debe desecharse; así mismo, se cree que sólo la mujer virgen puede ser sujeto pasivo, lo que evidentemente es falso.

En relación al sujeto pasivo, existe una situación especial, según sus características y condiciones específicas: Se trata de una situación especialmente tipificada, conocida en la doctrina como violación ficta impropia o equiparada. El artículo 273 del Código Penal del Estado de México, en el cuarto párrafo establece: “ Se equipará a la violación, la cópula o introducción de la parte, objeto o instrumento a que se refiere al párrafo anterior, con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir, o cuando la víctima fuera menor de catorce años.”

En este caso especial, el sujeto pasivo debe ser:

- a) Persona privada de razón, de sentido; ó
- b) Cuando por enfermedad, o por cualquier otra causa no pueda resistir ;
- c) Persona menor de catorce años.

En ambos casos la ley elimina el medio violento y considera suficiente la minoría de edad (catorce años), o la incapacidad que impide resistir, para estimar que la conducta es antijurídica y violatoria del bien tutelado.

Al hablar de la minoría de edad, es importante mencionar que puede ser un hombre o una mujer, la ley considera que dicho consentimiento es inválido. Incapacidad de comprender o imposibilitar para resistir una conducta delictiva. Así mismo no se requiere un medio violento (si se emplea, se agrava la pena), se trata

de personas que se encuentran transitoria o permanentemente afectadas por alguna situación que les impide producirse de manera voluntaria y consiente. Son casos de imposibilidad a oponerse a la cópula por estados de anomalía mental o inconciencia cualquiera (anestesia, desmayo, hipnosis, sueño, estado narcótico entre otros).

Por otra parte, surgen varias cuestiones interesantes y de necesaria atención respecto al sujeto pasivo de la violación, que enseguida se explican:

- Violación entre cónyuges
- Violación entre concubinos
- Violación de prostitutas

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.- El artículo 273 del Código Penal para el Estado de México a la letra dice: “Al que por medio de la violencia física o moral tenga Cópula con una persona sin la voluntad de ésta ” , el tipo penal en comento no impone como excepción a la regla, el hecho de que exista una relación de matrimonio, y por lo tanto no pueda existir la conducta constitutiva del delito de violación entre cónyuges.

En consecuencia frente a la negativa de cumplir con el débito conyugal, el marido, sin perjuicio de la vía judicial para intentar las sanciones familiares, tales como el divorcio, será responsable del delito de violación si media ejecución del acto sea por medio de la fuerza física o moral, vía normal o anormal, y en contra de la voluntad de la víctima. Lo anteriormente expuesto se basa en el derecho que se tiene en relación a la libertad sexual, tal y como se tutela en el subtítulo cuarto capítulo cuarto del Código Penal, del Estado de México.

Como se ha estipulado en el párrafo que antecede, el bien jurídico tutelado es La Libertad sexual de la víctima en el campo sexual, en cuanto a su consentimiento, ó libertad, de mantener trato sexual como arreglo a su querer libre y consciente,

eliminando todo ataque violento por parte del autor que avasalle la íntima y libre decisión de la cónyuge.

Es importante conocer la opinión del autor EDGARDO ALBERTO DONNA quien menciona: “Además, el débito conyugal no esta regulado como institución jurídica, más allá de las afirmaciones de nuestros civilistas, es por ello incompatible el recurso de la violencia, ejercicio de un derecho mediante, que no existe. Y si se reconociera el derecho del esposo al débito conyugal tampoco ello lo habilitaría a actuar mediante violencia, ya que ningún derecho puede hacerse valer abusivamente”²

A iguales conclusiones se debe llegar en el caso de separación de lo cónyuges, en virtud de que ello implica una separación de cuerpos y desaparición del débito conyugal.

Hablar de las raíces de la violencia en contra de la mujer, es enfocarse a la historia de la humanidad en sus diferentes culturas, tradiciones y ciertas creencias religiosas que han puesto a la mujer dentro de un marco de inferioridad en relación al hombre, quien tiene derecho a ejercer su autoridad sobre ella a través del maltrato físico, verbal, sexual y/o emocional.

Las relaciones forzadas dentro del matrimonio constituyen la violación mas generalizada pudiendo desembocar en embarazos no deseados, abortos espontáneos o impuestos, así como efectos psicológicos y emocionales.

Muchas mujeres limitan el uso de la anticoncepción por miedo a represalias del varón. Con respecto a los niños, los que presencian el abuso de la esposa corren el riesgo de ser ellos mismos agredidos y de desarrollar problemas de adaptación durante la niñez y la adolescencia.

² EDGARDO ALBERTO DONNA. Derecho penal parte especial Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni editores, Argentina 1999. Pág. 394.

Este tipo de violencia en la mujer con frecuencia es considerada como una forma más de maltrato, aceptada y callada, ya que se piensa que no tiene derecho a negarse, por la educación familiar y social, e incluso, religioso a que inculca a la mujer a ser sumisa a las exigencias sexuales de su pareja, sometiéndose por obligación, no exigiendo sus derechos dentro de la relación ya que es vista como un objeto sexual viviendo su sexualidad en función del hombre.

En opinión de diversos autores tales como Abarca, Carrara, Carranca y Trujillo, Cuello Calón y Soler entre otros, son de la opinión de que la mujer casada no puede ser sujeto pasivo de violación, dicho de otra manera, no es configurable la violación entre cónyuges, porque, según opinión de dichos estudiosos, el vínculo matrimonial los obliga a mantener las relaciones sexuales, por lo que el marido puede “ejercer su derecho” aún en contra de la voluntad de su cónyuge, opinión en la cual no se está de acuerdo, toda vez que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, independientemente del vínculo matrimonial o de cualquier otra circunstancia.

ENTRE CONCUBINAS.- La opinión de la postura negativa de la existencia de violación cuando el acceso carnal se llevara a cabo mediante abuso o violencia, ante la negativa de la esposa, entiende que si bien no existe un derecho legal del hombre de acceder a la mujer, la situación de concubinato hace presumir el consentimiento de ésta.

Se considera, tal y como se ha analizado en el supuesto de la mujer casada, que la falta de voluntad de la mujer de realizar el acto sexual y su consumación mediante violencia, colocan al concubino dentro del tipo penal de violación, toda vez que el bien jurídico lesionado es la libertad sexual.

Por el trato que existe entre los concubinos, la cual es similar a la relación de cónyuge, es decir, por la relación que existe entre la concubina y el concubinario no da derecho a uno de ellos a copular con el otro en contra de su voluntad, y

haciendo uso de la violencia física o moral, de manera que de ocurrir este hecho, se integra el delito de violación.

DE PROSTITUTAS.- No hay problema para resolver la cuestión en cuanto a la violación del hombre o de la mujer prostituta, habiendo definido el bien jurídico como un atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo. A lo sumo se podrá discutir el error del autor, ya que puede presumir el consentimiento en el caso de que la mujer realice su trabajo en algún lugar especial. La polémica que se había planteado con relación a si la prostituta podía ser sujeto pasivo del delito de violación carece en la actualidad de razón de ser.

La diferenciación que se hace en estos dos supuestos, esto es la meretriz que ejerce su labor en un prostíbulo bajo reglamentación y la mujer que ejerce la prostitución en la calle y no se encuentra en la situación precedente, no tiene relevancia a los efectos de la tipicidad objetiva. Ahora bien, en el primer caso, el hombre que cumplió con el pago exigido y luego ante la negativa de la mujer la accede violentamente, si bien el tipo objetivo se hará cumplido la discusión puede residir en si el autor no habrá podido actuar en base a un error, que tanto puede ser de tipo como de prohibición según sea la violencia que emplee.

Pero de cualquier forma, y como regla general, se puede afirmar que ante la ejecución forzada del acceso carnal estaremos en presencia del delito de violación.

Para muchos, la prostituta, dada la naturaleza de sus actividades, no puede ser sujeto pasivo de este delito, opinión en la cual no se esta de acuerdo toda vez que la ley no exime de este delito a las personas por su oficio o profesión, ahora bien, si una prostituta comercia con su cuerpo, goza de la libertad para copular con quien elija, o de no hacerlo en un momento dado, y nada justifica que por su calidad de comerciar con su cuerpo, se le puede forzar a copular cuando o con

quien no lo desee. Por lo tanto la prostituta también puede ser sujeto pasivo de violación.

DE CADÁVERES.- Como se analizará más adelante, existe una perversión sexual, que consiste en copular con cadáveres en los cuales el sujeto logra el placer sexual, placer que no obtiene al copular con una persona viva.

Por lo anterior, se resume que sólo puede configurarse el concurso cuando primero se comete violación y después se priva de la vida al sujeto pasivo, de modo que existen los delitos de violación y homicidio; en cambio, si primero se priva de la vida a la persona y posteriormente se copula en el cadáver, solo habrá homicidio más no violación, podrá cometer el delito de profanación de cadáver, pero no violación.

DE ANIMALES.- En el delito de violación se tutela la libertad sexual de las personas, por lo tanto, jamás podrá ser sujeto pasivo del delito de violación un animal. En un caso como este, se estará en presencia de un daño en propiedad ajena, pasa igual que cuando se mata a un animal, pero no se comete el delito de homicidio.

La perversión sexual a que se refiere la bestialidad o zoofilia, consiste en que algunos sujetos obtienen el orgasmo al copular con animales, pero la zoofilia o bestialidad no integra el delito de violación.

En este orden de ideas, se reitera que sólo la persona física puede ser sujeto pasivo del delito de violación.

DE OBJETOS.- Los comportamientos en que el sujeto copule con artefactos diseñados especialmente para tal hecho, no constituyen un delito de violación.

MATERIAL.- Es cualquier persona sin importar el sexo, edad, religión, estatus social ni calidades o características determinadas.

JURÍDICO.- Se habla del bien jurídico tutelado, que en este caso es la libertad sexual de las personas. Se podrá decir que en tal delito se aprecia con mayor claridad la alteración a la libertad sexual.

La libertad sexual implica que toda persona lleve a cabo sus actividades en cuanto al sexo con absoluta libertad; cada quien puede copular cuando y con quien quiera, o abstenerse de hacerlo. El comportamiento sexual de las personas no debe tener más limitación que la impuesta por la educación y la libre elección individual. En muchos casos además se ve alterado el desarrollo normal en el ámbito psicosexual, sobre todo tratándose de menores.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN

a). En función de su gravedad.

La violación, en considerada como un delito, dentro de la clasificación bipartita, debido a que su sanción va a estar a cargo de la autoridad judicial y no en una autoridad administrativa como sucede con las faltas.

b). En orden a la conducta del agente.

El ilícito de violación es eminentemente de acción.

c). Por el resultado.

Es un delito material, porque su realización produce un resultado material, el cual es la cópula obtenida mediante violencia física o moral.

d). Por el daño que causan.

El delito en comento, es de lesión, debido a que causa un menoscabo al bien jurídicamente tutelado, el cual es la libertad sexual, que poseemos todos los individuos.

e). Por su duración.

Es de realización instantánea, ya que en el mismo momento de su ejecución se consuma al acto delictivo.

f). Por el elemento interno.

Es un ilícito doloso, porque el agente tiene la plena voluntad de realizarlo; es decir, al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo.

g). En función de su estructura.

Es simple, porque en su contenido, únicamente se tutela un bien jurídicamente, el cual es la libertad sexual.

h). En relación al número de actos.

Es unisubsistente el delito de violación, debido a que se ejecuta en un solo acto, al realizar la cópula por medio de la violencia física o moral.

i). En relación al número de sujetos.

Es unisubjetivo, en virtud de que el artículo 273 del Código Penal del Estado de México, nos menciona "Al que . . ." con lo cual se entiende que basta la participación de un sólo sujeto para que se colme el tipo penal.

j). Por su forma de persecución.

Es de oficio, por lo cual la autoridad tiene la obligación de perseguirlo aún en contra de la voluntad del ofendido; motivo por el cual no opera el perdón de la víctima.

k). En función de su materia.

Es un delito de relevancia en materia común, debido a que será sancionado en la jurisdicción del Estado de México, según el lugar en el que se cometa.

l). Clasificación legal.

Se encuentra estipulado en el libro Título Tercero, Subtítulo cuarto. Capítulo Cuarto, “ Delitos contra la libertad sexual ” en el artículo 273 del Código Penal del Estado de México.

CONDUCTA, FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCIÓN EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

CONDUCTA.- En el delito de violación, la conducta típica consiste en copular, tal y como lo señala el Código Penal del Estado de México en el artículo 273, y dice : “ . . . tenga cópula con una persona . . . ” con lo cual indica claramente que en el delito de violación copular es la conducta típica.

Cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituya cópula será atípico, aunque pueda ser conducta típica de otro delito.

Referente a lo que se debe entender por cópula el artículo 273 del Código en comento, en el párrafo quinto a la letra dice: “ Para los efectos de este artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal, u oral, independientemente de su sexo exista eyaculación o no.

Es menester mencionar que también comete el delito de violación, quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, lo que en la práctica se ha estilado denominar violación equiparada.

FORMAS Y MEDIOS DE EJECUCIÓN. La violación es uno de los delitos en los que la norma señala el medio de ejecución requerido, como la violencia. Por disposición de la ley la violencia puede ser física o moral, motivo por el cual enseguida se verá a que se refiere cada una.

VIOLENCIA FÍSICA. “Es la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir.”³

VIOLENCIA MORAL. “Consistente en constreñimientos psicológicos, amagos de daños amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido”⁴

Los niños suelen ser víctimas idóneas de violación por medio de la violencia moral. El problema en la práctica es comprobar dicha conducta pues, evidentemente, resulta más fácil y creíble la violación cuando se realiza por medio de la violencia física.

No se puede pasar por alto que, en algunos casos, las denuncias de violación son infundadas, es decir no hay delito y se trata solo de una venganza del denunciante, sin embargo, no se debe olvidar que las probables víctimas suelen ignorar que este delito, tal y como lo establece el Código sustantivo de la materia en la entidad, es perseguible de oficio y por lo tanto no puede suspenderse la indagatoria así como la intervención del órgano jurisdiccional, **por tal motivo se propone que en el delito de violación en el Estado de México opere el perdón**, para no afectar el núcleo familiar, la dignidad del supuesto victimario, así como el entorno de los integrantes de la familia, y sobre todo el trato más humano, motivo por el cual no solo se hacen aconsejables sino necesario proponer la

³ MARTINEZ ROARO MARCELA, Delitos sexuales, Editorial Porrúa, 4ª. Edición, México 1997, Pág. 355.cita a Gonzalo de la Vega.

⁴ Idem.

modificación de la norma penal aludida, para poder así evitar la reclusión innecesaria de personas y consecuente mente el abandono, en primer lugar y de suma importancia la familia, su trabajo, y su contribución como sujeto económicamente activo y productivo hacia el medio social.

Desde el punto de vista médico forense, respecto a la conducta y al medio de ejecución y la violencia, se señalan algunos aspectos que son necesarios, aunque pertenezcan a la ciencia médica, pero de mucha utilidad al estudiante de derecho, para quien no deben pasar inadvertidas, dada su relación estrecha con el tema y su vital importancia práctica.

El delito de violación es uno de los que más requieren de la medicina forense, como ciencia auxiliar la administración de justicia, misma que tiene por objeto resolver los problemas de tipo médico, científico y técnico que se presentan con motivo de los ilícitos de carácter sexual.

Aunque en apariencia parezca una violación, no es posible afirmar que lo sea, a menos que las investigaciones de los médicos forenses y peritos especializados así lo demuestren, para la adecuada valoración del juzgador.

Al respecto, debe realizarse una serie de exámenes, como los siguientes:

- Examen del lugar de los hechos
- Examen físico de la presunta víctima
- Examen de las ropas
- Examen del presunto responsable
- Examen psiquiátrico o psicológico de la presunta víctima
- Examen psiquiátrico o psicológico del presunto responsable.

INSPECCIÓN MINISTERIAL. En realidad, el examen del lugar de los hechos es el primero o simultáneo a los otros. Consiste en tomar impresiones y objetos que se

encuentren en el sitio donde ocurrió el delito; sí deberán tomarse fotografías de todo el lugar.

El análisis de objetos y sustancias encontradas también puede ser revelador y es de utilidad en la investigación.

EXAMEN FISICO.- El examen físico de la presunta víctima, consta de un estudio de todo el cuerpo, ya que falsamente se cree, que sólo debe examinarse la zona genital. Existen tres zonas donde se realiza dicho examen y son: genital, paragenital y extragenital.

Lo referente a la clasificación que antecede obedece a la localización de las lesiones en cada zona, de modo que debe precisarse en cuanto a sus características y gravedad, ya que algunas resultan necesarias para la realización de la cópula, mientras que otras no lo son, y sólo demuestran sadismo por parte del sujeto activo.

EXAMEN DE LAS ROPAS.- Mediante estudios de laboratorio, los peritos en criminalística podrán encontrar manchas de sangre, semen y otras sustancias que revelen datos para determinar la identidad y responsabilidad del probable responsable del delito cometido, otro aspecto importante de las ropas es que en ellas se puede encontrar huellas de violencia. La tipificación del esperma, al igual que la realizada con sangre, permite la segura exclusión de eventuales acusados de violación.

PRESUNTO RESPONSABLE.- Es tan importante y necesario como el de la propia víctima, porque de manera directa y objetiva, independientemente de que otro tipo pruebas, con el que él se podrá demostrar la culpabilidad o inocencia del sujeto.

EXAMEN PSIQUIÁTRICO O PSICOLÓGICO DE LA PRESUNTA VICTIMA.- Es importante dicho examen, ya que en caso de ser víctima del delito, se encuentra

después y a consecuencia del hecho criminal, ante un desequilibrio mental transitorio o permanente. Por otro lado, en la entrevista con el profesional es esta área se debe indagar la veracidad de la información de la presunta víctima, pues puede darse el caso de que sea una simuladora.

El mismo examen se realiza al presunto responsable, toda vez que puede aportar datos de gran importancia a la investigación, tanto para descubrir la verdad de los hechos, como para saber si se trata de una persona con salud mental y equilibrio mental, pues de esto dependerá también que se trate de un imputable o de un inimputable.

Lo anterior llega a la introducción, en el área de la medicina forense y de la criminalística, lo cual no corresponde estudiar en la presente investigación, pero que es necesario destacar la importancia de estas ramas tan necesarias para el derecho penal, sobre todo en los delitos de tipo sexual.

Es importante incluir una serie de comportamientos sexuales, de los cuales unos se consideran como perversiones, y otros como variantes del comportamiento sexual, para lo cual se explicará de manera muy concisa algunas de esas variantes.

MASTURBACIÓN Y ONANISMO: Es la manipulación de los órganos sexuales que realiza el propio sujeto u otra persona, con el propósito de producir el orgasmo. En opinión de la medicina es un comportamiento normal, que no revela ninguna anomalía del comportamiento de una persona. La conducta no tiene trascendencia penal ya que no transgrede ningún bien que se encuentre tutelado por la norma.

FROTAMIENTO: Es el acto que realiza una persona con el propósito de lograr el placer sexual, al estrujar o rozar a la persona deseada. Si la pareja consiente no es competencia del derecho penal, pero no estamos en la misma hipótesis si la conducta se realiza en contra de la voluntad de la persona.

ALGOMANÍA: Es el placer sexual consistente en dañar a la pareja sexual, puede manifestarse de dos formas: sadismo, cuando el que daña es el sujeto activo, y masoquismo, cuando el dañado es el sujeto pasivo.

SADISMO: El placer sexual se obtiene al hacer sufrir a la pareja, mediante la acusación de dolor (físico o moral) y como consecuencia, pueden surgir diversos resultados típicos, como lesiones, violación, homicidio etcétera. El punto extremo del sadismo ocurre cuando la persona que lo realiza obtiene el máximo placer al matar e incluso mutilar a su pareja sexual. Evidentemente en estos casos es clara la presencia de un trastorno patológico serio.

MASOQUISMO: El placer sexual lo obtiene la persona al ser lastimada por su pareja sexual.

SADOMASOQUISMO: Ocurre cuando la persona obtiene el máximo placer sexual al hacer sufrir a su compañero y simultáneamente al ser sujeto pasivo de sufrimientos.

TRASVESTISMO O EONISMO: Para lograr el goce sexual, la persona usa prendas que corresponden al sexo contrario.

EXHIBICIONISMO: La persona exhibicionista, obtiene el placer exhibiéndose desnuda o muestra sus genitales.

VEYEURISMO: El placer sexual se logra al ver a otras personas realizar el acto sexual u observar a las personas desnudas.

TROILISMO: Consiste en que la persona se excita hasta el punto de lograr el orgasmo, cuando comparte al compañero sexual con otra persona y contempla la actividad erótica.

TRANSEXUALISMO: Esta parafilia existe en personas que manifiestan una incompatibilidad entre la anatomía del individuo y sus preferencias o inclinaciones sexuales, es decir el transexual siente que se encuentra en un cuerpo que no le pertenece, por lo tanto se somete a una serie de operaciones quirúrgicas para cambiar se sexo.

HOMOSEXUALISMO: Es la satisfacción, sexual teniendo relaciones íntimas con personas del mismo sexo, esta desviación o parafilia se da entre hombres.

LESBIANISMO: Es la preferencia por tener relaciones sexuales entre personas del sexo femenino.

PEDERASTIA: Es le placer sexual que la persona alcanza teniendo relaciones sexual con niños.

PEDOFILIA: Es la perversión sexual en la que el objeto erótico son los niños.

ZOOFILIA: Consiste en obtener el placer sexual, mediante la relación sexual con animales.

NECROFILIA: Es la desviación sexual mediante la cual se obtiene el placer sexual mediante la realización de la copula en cadáveres.

GERENTOFILIA: Es el placer sexual derivado de copular con ancianos.

Las desviaciones o parafilias mencionadas con antelación son para obtener un muy breve panorama de cuantas formas existen de obtener una satisfacción sexual, y que en la mayoría de las ocasiones son consentidas por las personas que la practican sin generar conductas ilícitas, que es el tema medular del presente trabajo de investigación tomando en cuenta que se habla del delito de

violación entre cónyuges, y que como se verá mas adelante, en ocasiones la intimidad de las parejas o cónyuges es de manera violenta, pero no por cometer un delito, ya que es esa la forma de llevar acabo su intimidad y sentir satisfacción sexual.

Es necesario establecer una clasificación de los distintos tipos de violación existentes, que en realidad obedece a fines didácticos.

Para la existencia del delito de violación se requiere de la presencia de elementos objetivos, subjetivos y normativos para su configuración, de modo que si falta alguno, dejará de tener existencia como tal; por lo tanto, solo se podrá hablar de un delito de violación único; sin embargo, algunos rasgos hacen posible una clasificación que da como resultado diversas variantes, en cuanto al medio de ejecución, al sujeto pasivo a o la penalidad.

Es menester mencionar los tipos de violación⁵:

- a) Violación propia.
- b) Violación impropia o equiparada.
- c) Violación agravada.

VIOLACIÓN PROPIA, como lo establece el artículo 273, párrafo primero, del Código Penal del Estado de México, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, es decir la imposición violenta de la cópula.

VIOLACIÓN IMPROPIA O EQUIPARADA: Es aquella mediante la cual se tiene copula con persona, incapacitadas mentalmente, incapacitadas físicamente, o por la corta edad de la victima, ya que a la edad de catorce años el legislador consideró que la víctima jurídicamente no es capaz de ejercer su libertad sexual.

⁵ PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, Y VARGAS LÓPEZ. Derecho Penal Mexicano, parte especial volumen II. Editorial Porrúa México 2000. Pág. 227.

VIOLACIÓN AGRAVADA: el artículo 274 del Código Penal del Estado de México, con relación al tipo básico del delito de violación crea varias circunstancias que agravan la penalidad, al mencionar que además de las penas que menciona el artículo 273, del ordenamiento legal en comento.

Según la doctrina el delito de violación agravada y por ello complementado y subordinado al básico de violación son los siguientes:

a). Cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas (artículo 274 fracción I),

b). La violación cometida por un ascendente contra su descendiente, por este en contra de a que, por un hermano contra otro, por el tutor en contra de su pupilo o por el padrastro, madrastra, amasio o amasia en contra del hijastro o hijastra, así como la pedida de la patria potestad o la tutela en aquellos casos en que la ejerciere sobre la víctima, (artículo 274 fracción II).

c). Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un empleo, cargo o comisión públicos o ejerza una profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, (artículo 274 fracción III).

d). Cuando por el delito de violación se causare la muerte, (artículo 274 fracción IV).

Haciendo mención la *intervención de dos o más personas*, el maestro Pavón Vasconcelos, menciona, que en esta hipótesis se concreta a quienes intervienen en forma directa e inmediata en la comisión de la violación, lo cual nos lleva a precisar como sus elementos constitutivos:

I). Una violación, y

II). Que la misma la ejecuten en forma directa e indirecta dos o más personas.

No se trata en el caso de un concurso de personas en la comisión del delito, sujeto a las reglas de la participación delictiva, lo cual no excluye que quienes intervengan en el delito pero no ejecuten directa e inmediatamente la violación caiga dentro de algunas de las formas que menciona el artículo 274 fracción I del Código Penal para el Estado de México.

Dicho en otros términos, esta violación calificada sólo la cometen las dos o más personas que materialmente consuman la violación, dado que la ley se refiere a ellas como a las que cometen el delito interviniendo directa o indirectamente en la comisión, de manera que quien auxilia en forma secundaria facilitando la ejecución sin intervenir en ésta, por ejemplo, quien presta el vehículo para trasladar a la víctima al lugar escogido, de antemano por los autores para consumar la violación sin intervenir en ella, o como el que presta el cuarto, pero sin ninguna intervención en la ejecución, no cae dentro de la previsión de la norma agravada, mencionada en el artículo en comento.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a considerar que no es exacto que la expresión “intervención directa e inmediata” requerida por la ley en la ejecución de la violación, haga preciso que los violadores, en el supuesto agravador que se comenta, ejecuten materialmente el acceso carnal sobre la víctima, es decir, que todos ellos copulen violentamente a la persona ofendida: dos o más personas pueden intervenir en la ejecución del delito, unos maniatando o inmovilizando a la víctima para que un tercero realice en ella el acceso sexual ilícito, o ejerciendo la violencia moral necesaria para vencer su oposición, sin que personalmente realicen la cópula.

En estos casos, todos son responsables de la “violación tumultuaria”, cometida por haber todos ejecutado el delito, unos empleando la fuerza física o moral, necesaria para vencer la resistencia opositora, y otros consumando el ayuntamiento carnal, contra su víctima; todos son responsables porque este tipo

penal, de naturaleza plurisubjetiva en propio sentido, requiere para su conformidad de la conducta concurrente y culpable de una pluralidad de sujetos que en concierto realizan la conducta típica, y ya sabemos comienza por el ejercicio de la violencia (física o moral) con el fin de realizar la cópula ilícita, la cual se logra contra el consentimiento de la víctima, precisamente a virtud de la violencia empleada a tal finalidad.

Violación cometida *entre pariente consanguíneos próximos o por el autor contra su pupilo, o por el padrastro, madrastra, amasio o amasia en contra del hijastro o hijastra*, la violación cometida cuando existen ciertas relaciones familiares entre el violador y su víctima ha sido contemplada como una forma agravada del delito en algunas legislaciones.

1.3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El Diccionario Jurídico Mexicano, define al ilícito de violación como la “cópula efectuada mediante la violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo”⁶

Para el maestro RAFAEL DE PINA, “La violación es el acceso carnal obtenido por la violencia con persona de cualquier sexo, y sin su voluntad” ⁷

Así mismo CUELLO CALÓN, define el delito de violación, de la siguiente manera, “Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los siguientes casos:

- 1º. Cuando se usare fuerza o intimidación.
- 2º. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

⁶ Instituto de investigaciones jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, Ed. Porrúa, México 1985, P. 405.

⁷ DE PINA RAFAEL, Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, 5a. ed. Ed. Porrúa, México, 1960, p. 174.

3º. Cuando fuere menor de doce años, cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.⁸

Definición con la cual no se está en desacuerdo, toda vez que habla solamente del sexo femenino como pasivo del delito, y actualmente se tiene conocimiento que en dicho delito el sexo masculino se coloca también como sujeto pasivo.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, hace referencia respecto del delito en comentario “ la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito de violación.”⁹

Un concepto más es del maestro DÍAZ DE LEÓN, quien indica que es un “ delito cometido por quien utilizando la fuerza física o moral obliga a la víctima a copular, a yacer o tener acceso carnal.”¹⁰

El maestro MAGGIORE, define al delito de violencia carnal expresando: “ consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o de amenazas.”¹¹ Definición que no es clara al momento de mencionar la palabra “alguno”, deja una enorme laguna, ya que entra la pregunta de ¿a que se refiere con alguna?, es decir el autor no es concreto y deja una serie de conceptos sin poder concretizar en algo.

⁸ CUELLO CALÓN Eugenio, Derecho Penal, parte especial, Tomo II, Volumen segundo, 14ª. Ed. Ed. Bosch. S.A. Barcelona, 1980 p. 584.

⁹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Los Delitos Tomo II, Ed. Porrúa México 1994 p. 440.

¹⁰ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal, con comentarios, Ed. Porrúa México 1994, p. 440.

¹¹ MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Parte Especial Volumen IV, 3ª. Ed. Temis Bogota Colombia, 1989, p. 56.

Así es como se llega a la definición del Código Penal del Estado de México, en su artículo 273 define el delito de violación: “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de está ... “

En virtud de que se ha dado una serie de definiciones del delito de violación, es el momento de conocer la historia universal del delito en comento, tema que se verá desarrollado a continuación.

1.4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA UNIVERSAL .

A través de la historia universal, el ilícito en estudio se sancionaba de muy diversas formas, así tenemos que en el Derecho Romano, respecto a la unión violenta, la *lex Juliana* de vis pública imponía la pena de muerte.

En Egipto se le castraba; en el pueblo Hebreo, se le imponía la muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o soltera; en el Código de Manú, se establecía la pena corporal, si la mujer no era de la misma clase social; en Grecia, el violador debía pagar una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la ofendida si así lo deseaba ella, de no ser así merecía la pena de muerte; en la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándole la mitad de sus bienes, si era rico y noble.

En el derecho Canónico, únicamente se consideró el “stuprum violentum”, para el caso en que se realizará el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, no obstante, se estipulaba que en una mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

En el Fuero Viejo de España, se castigo en general, con la muerte o con la declaración de enemistad, con lo que los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor.

En el Fuero Real, las cuatro primeras leyes del lib. IV Tít. X, hace referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera, y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesada: igual pena se estableció las leyes de Estilo.

En el Fuero Juzgo, ley XIV, Tit. V se estatuyó: “Si algun omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con una mujer libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, é sea dado por siervo a la mujer que hizo fuerza: é si es siervo, sea quemado en fuego”¹².

En la Séptima Partida, ley III, Tít XX, Partida VII, expresaba: “ Robando algún omne alguna mujer viuda de buena forma, o vírgan, o casada, o religiosa, a yaciendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende; é demás deven ser todos sus bienes de la muger que assí óbviese robada o forzada”¹³.

Esta partida relaciona el rapto con la violación, dando como castigo la confiscación de sus bienes a favor de la víctima, sin perjuicio de saldar el hecho con su vida.

Los Códigos Penales designaron para estos delitos la pena de muerte.

En 1822, los Códigos optaron con sancionar al delito de violación, con la privación de la libertad; ya en el Código de 1848, fue más preciso en su definición, así como en el establecimiento de la pena, quedando en forma más parecida a los Códigos Españoles recientes.

¹² LÓPEZ Betancourt Eduardo, Delitos en particular Tomo II, 5ª. Edición, Editorial Porrúa, México 2000, Pág. 183.

¹³ Ídem.

1. 5. HISTORIA NACIONAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN

En nuestro país, durante la época prehispánica, los Mayas contaban con el derecho Penal más severo, ya que al violador se le castigaba con la “lapidación”¹⁴, en la cual participaba todo el pueblo. Como se mencionó en la referencia histórica de los delitos sexuales, en los pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba en gran forma además de penalizar.

En la cultura Náhuatl, “la mujer gozaba de gran respeto manera muy severa este ilícito, motivo por el cual se desprende que era menor el índice de violaciones, al que actualmente se tiene en la comunidad, por lo que al violador lo sancionaban con la pena de muerte”.¹⁵

La cultura de los Tarascos, cultura establecida en lo que hoy es Michoacán, “daban al violador, era romperle la boca de oreja a oreja y luego empalarlo, es decir introducirle un palo que lo atravesaba de la boca al ano.”¹⁶

La cultura Azteca o Mexica, era un pueblo, comerciante, industrial, agricultor, artesano y básicamente guerrero, motivo por el cual se considera que tenían penas muy sanguinarias; y tomando en consideración que se estudia el antecedente del delito de violación, en la cultura en comento se conoce que era castigado con la pena de muerte, distinguiendo entre la violencia física y el dominio de la voluntad de la persona violada, es decir “ lo que conseguían magos llamados *temacpalitotique*, ladrones que inducían un profundo poder sobre sus víctimas para robarlas y violarlas”¹⁷, otros eran los *xochihuaque* o poseedores de discursos mágicos, que con encantamientos truncaban la voluntad ya de mujeres,

¹⁴ MARGADANT Floris Guillermo S. Introducción a la historia del Derecho Mexicano, Editorial Esfinge 14ª. Edición Naucalpan Estado de México 1997, Pág. 21.

¹⁵ MARTINEZ, Roaro Marcela. Derechos y delitos sexuales y reproductivos, Editorial Porrúa, México 2000, Pág.112.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

ya de varones, con el propósito de satisfacer los insanos deseos propios de sus clientes.

Durante la época Colonial, se aplicaron algunas leyes que regían en España; pero también se aplicaron las Leyes de Indias, La Novísima Recopilación de Castilla, La Nueva Recopilación de Castilla, así como El Fuero Real, El Fuero Juzgo y las Siete Partidas.

En los Códigos Penales actuales, se ha suprimido la pena de muerte para aquellos individuos que cometen el delito de violación, pero sin que se haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, sin perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando en el delito coinciden otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio.

Después de haber analizado de manera general la evolución del delito de violación es factible entrar al estudio de la relación del tipo penal en comento con otras figuras jurídicas.

Específicamente en el tema de investigación se hablará de una de las instituciones que el Estado procura y protege motivo por el cual se desarrolla en el capítulo que prosigue.

CAPITULO II

RELACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

2.1. LA FAMILIA.

Es menester mencionar que una de las instituciones importantes para el desarrollo del presente trabajo, relacionados con el tema de investigación lo es la familia y por tal razón es por lo que se entra en análisis desde este momento, motivo por el cual es necesario establecer el término de familia.

Para entender el término “familia” como concepto jurídico, es preciso decir que la palabra procede etimológicamente “ del grupo de los *famuli* o famulos que son los que moran con el señor de la casa y en osco *faamat* significa habita, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, a los hijos legítimos y adoptivos y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servis*), llamando familia y *famulia* al conjunto de todos ellos”¹⁸

La idea de familia fue en el Derecho Romano, un término conceptual que sufrió muchas transformaciones a lo largo de su historia. Es así como en la época clásica, por familia se entendía al grupo constituido por el paterfamilias y las personas libres sometidas a su potestad o manus de un solo jefe, es decir eran los agnados salidos de la misma casa y que estaban bajo la potestad de un jefe de familia único.

El concepto familia también se interpretaba en un sentido más amplio, como un conjunto de esclavos que dependían del mismo dueño. Con un enfoque más

¹⁸ IBARROLA, Antonio de. Derecho de familia, Editorial Porrúa 3ª. Edición México 1984, Pág. 2.

material, la familia consistía en la totalidad de la masa patrimonial perteneciente a una persona.

Para el maestro Galindo Garfías, la familia es: “un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.”¹⁹

Para Bonnecase Julien, la familia en sentido amplio es: “el conjunto de reglas de derecho de orden personal, y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia.”²⁰

Planiol, menciona que la familia es: “ el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también pero excepcionalmente, por la adopción.”²¹

Baqueiro Rojas Edgar, define a la familia como: “ parte del derecho civil que reglamenta la relaciones entre los miembros del conglomerado familiar. “²²

De las anteriores definiciones se observa que la familia es el núcleo de personas unidas del hecho biológico de la procreación, filiación y adopción para obtener lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia, así mismo se considera un institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida, de la especie humana.

Es de vital importancia conocer los orígenes de la familia, ya que es la célula social más significativa y de cuya fusión surgen importantes instituciones sociales y jurídicas.

¹⁹ GALINDO Garfías Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, 16ª. Edición, México 1997, Pág. 447.

²⁰ BONNECASE Julien. Tratado elemental de derecho civil. Editorial Harla, México 1993. Pág. 224.

²¹ MARCEL Planiol George Riper. Derecho Civil Editorial Edición Pág. 103.

²² BAQUEIRO Rojas Edgar. Derecho de familia y sucesiones, Editorial Harla, México 1990, Pág. 10.

La familia nace con el hombre mismo ha existido desde que el hombre existe y con él ha evolucionado hasta llegar a formar lo que hoy conocemos como familia.

Por lo mismo su estudio no debe limitarse a la manera en que se origina, sino a la manera como ha evolucionado como concepto, y se ha presentado en sus diferentes etapas hasta llegar a nuestros días.

Es menester adentrarnos al origen de la familia es sin duda, anterior al derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual.

Se ha de observar que entre los primates (gorilas y chimpancés), existe una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, una razón de seguridad, de protección, y ayuda recíproca, da lugar a esta unión y la fortalece.

Por tal motivo se conocerá que la familia, se constituye en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado o derecho, y la cual ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución fuertemente influida por la cultura (la religión, la moral, el derecho y la costumbre).

La motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores.

La familia ha adquirido en su desarrollo, a través de milenios y precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que la de

existencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas, que afectan o benefician al hombre dentro del grupo social.

Aunado a lo anterior, se dirá que todo lo que afecta al hombre afecta a la familia y, en consecuencia, al Estado y a la Sociedad; por lo mismo cuando ésta se desintegra o son vulnerados los lazos en que se basa la solidaridad humana, éstos disminuyen en tal forma que el Estado se debilita.

El origen del Estado sólido se encuentra en familias bien establecidas, por esta razón es por la cual se procura con la propuesta de la presente investigación, que la familia no se dañe por un capricho o deseo de venganza de alguno de los cónyuges o concubinos, ya que traería consigo males más graves, como los que se verán más adelante.

La génesis de la familia, “especie de sociedad minúscula nacida en el amor, y por el mantenida, santuario donde el hombre es concebido y donde debe encontrar el profundo y verdadero valor de la vida: la verdad, donde se desarrolla y se educa fortaleciendo su espíritu para enfrentar los duros golpes de la vida.”²³

Por lo anteriormente expuesto y muchos aspectos más, el legislador y no solo en materia familiar sino en materia penal y todas aquellas que beneficien la integridad de la familia, deben verla con más respeto, con mayor interés y por lo mismo cada vez hace más urgente una política verdaderamente integral sobre la familia, que haga posible el desenvolvimiento de las relaciones humanas familiares por medio de una mejor regulación jurídica y protección para los miembros de la misma, poniendo especial énfasis en los menores y que los organismos públicos que inciden en la familia deben fortalecer sus funciones.

²³ ELÍAS Azar Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa edición 2ª. México 1997, Pág. 1.

El edificio social, con todo su peso y estructura descansa sobre este punto, “es decir sobre la familia, por lo que resulta necesario contribuir al fortalecimiento de la familia y de los vínculos que la sustentan.”²⁴

La familia moderna esta formada por los progenitores y su prole, es decir el padre, la madre, los hijos y los nietos, que habitan con ellos. Fuera de este grupo ya no subsiste, el antiguo lazo de familia extensa.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundada en una relación sexual suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

Si bien es cierto que la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el Derecho Romano y en la edad media, y si bien es cierto hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación, sigue siendo todavía en nuestro país, el núcleo principal de formación del hombre, por los menos en una constitución moral.

La desintegración del grupo familiar se agudiza desde el punto de vista moral, porque se han perdido los principios de la solidaridad familiar, como lo son el afecto y el animo de colaboración que forman el grupo de individuos para la realización de un fin común.

Lamentablemente en nuestro días se advierte que cada uno de los integrantes de la familia persigue sus propios fines pero en beneficio de la individual y no de los integrantes de la familia, es así como se concluye que los intereses de cada uno de los integrantes de la familia son más altos que la propia conservación del grupo social primario que es la familia.

²⁴ Ibidem pág. 2

La familia, constituye una institución jurídica con importantes consecuencias. Tiene un intenso contenido moral, posee una finalidad específica, ya que los padres transmiten a los hijos su escala de valores y les inculcan costumbres, orientaciones e idiosincrasia, es de todos conocido que la familia es un atributo de la personalidad; es tan amplio que posee tantos significados que llega a confundirse con otros conceptos similares, como vivienda, matrimonio, hogar, entre otros. Lleva aparejado algo divino, de ético, de cristiano y de moral.

En resumen, se puede establecer que la familia es la suma de todos los conceptos mencionados con antelación, es el punto neurálgico de nuestra sociedad.

Una vez analizada la institución de la familia, desde su origen, concepto e importancia para el Estado, es importante hacer mención en este apartado a las fuentes reales del derecho de familia y las cuales son parentesco, filiación, patria potestad, tutela, matrimonio y concubinato, empero por cuestiones de metodología solo se procederá a desarrollar las dos últimas instituciones mencionadas

2.2. MATRIMONIO

Desde el punto de vista etimológico, “la palabra matrimonio proviene de los vocablos latinos *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen), es decir, es una carga para la madre. Dicho en otros términos, es la mujer a quien corresponde (según esta interpretación etimológica), la responsabilidad del hogar.”²⁵

El término “familia”, en un sentido amplio, se confunde con frecuencia con el término “matrimonio “. Se dirá que no existe en la historia del hombre un momento preciso que se distinga como aquél en que nace la familia, o en que surge el matrimonio.

²⁵Op Cit. Pág.133.

Para atender la definición de matrimonio, se mencionarán diversas, que a continuación se desarrollan.

Para el maestro Ignacio Galindo Garffías, “el matrimonio como estado civil se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.”²⁶

Rafael de Pina Vara señala: “Matrimonio es la unión legal de los personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente.”²⁷

El Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.1. a la letra dice “ El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.

Elías Azar Edgar, el matrimonio es “una institución jurídica compuesta de reglas de derecho conformantes de un todo orgánico y comprensiva de una serie indefinida de relaciones que derivan de un hecho único y fundamental.”²⁸

Sigue explicando el autor esa realidad institucional preside la organización social de la unión de sexos y la familia, existiendo a su vez el acto jurídico matrimonial, concretado en la celebración de la unión ante un oficial público y cuyo único objetivo es la adhesión de los contrayentes al matrimonio como institución jurídica.

Ahora, en necesario definir lo que es una institución jurídica, y para tal efecto el maestro Elías Azar Edgar, menciona en su obra a Demófilo de Buen quien dice

²⁶ Op. CitPág. 493.

²⁷ DE PINA Vara Rafael.

²⁸ ELÍAS Azar Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa edición 2ª. México 1997, Pág.157

que institución jurídica es el conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo por consiguiente, un ensayo más o menos definido de tipificación de las relaciones civiles.

Así mismo el maestro Rojina Villegas, menciona que el matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como la misma finalidad, al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Una vez establecido que el matrimonio como institución, se procede a determinar que para que tenga plena validez, es necesario que se cumplan con todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Código Civil ya que de lo contrario habrá en el acto, nulidad absoluta o relativa.

Celebrado el matrimonio surgen una serie de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento y ejecución no están sujetos al albedrío de las partes, y que derivan directamente de la ley aplicable.

El matrimonio como institución jurídica, no sólo es el consentimiento de los futuros contrayentes la que determina el nacimiento de esta institución, si no también la intervención de un tercero, es decir el Estado, quien ejerce sus funciones de soberanía y control de este estatus civil a través de los jueces del registro civil, quien impone las disposiciones legales aplicables en relación con la solemnidad con que el acto debe realizarse.

Se determina que la estructura del matrimonio resulta del consentimiento de los futuros cónyuges y la solemnidad que impone el Estado, que son los que le dan existencia al acto.

Es necesario mencionar, los elementos de existencia y los de validez del acto jurídico del matrimonio,

LOS ELEMENTOS DE EXISTENCIA, son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir.

LOS REQUISITOS DE VALIDEZ, son aquellos que producen en el matrimonio la nulidad del acto, ya sea absoluta o relativa.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA:

1. VOLUNTAD DE LOS CONTRAYENTES, dicha voluntad se expresa en el ejercicio pleno de la libertad de tomar la decisión que a cada persona convenga, y aunado a esta voluntad debe concurrir la del Oficial del Registro Civil, es por lo anterior que se dice que como elemento esencial deben forzosamente coincidir tres manifestaciones la del hombre, la de la mujer y la del Oficial del Registro Civil.
2. OBJETO, la vida en común de un solo hombre y de una sola mujer, la procreación, y la mutua ayuda y protección que se procurarán mientras subsista el vínculo matrimonial.
3. SOLEMNIDAD DEL ACTO, Es necesaria la presencia del Estado para validar el acto, dicha solemnidad exige que se otorgue el acta matrimonial, que se haga constar en el acta la voluntad de los contrayentes para la realización del matrimonio y la declaración del Oficial del Registro Civil de la unión en nombre de la ley y de la sociedad, así como la identidad plena de los contrayentes.

REQUISITOS DE VALIDEZ

1. **CAPACIDAD**, para contraer matrimonio se requiere la edad de 16 años cumplidos en el caso del varón y 14 años en el caso de la mujer, y por excepción que la misma ley establece para la dispensa.
2. **AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD**, se concluye que en el matrimonio la voluntad no debe tener vicios, es decir debe ser expresada con absoluta libertad, y no debe mediar fuerza o miedo grave.
3. **LICITUD EN EL OBJETO**, es decir establecido un pacto contra los fines del matrimonio, se tiene por no puesto, por lo tanto subsiste el vínculo conyugal y produce todas sus consecuencias.
4. **FORMA**, además de la solemnidad del acto a que se hace referencia al tratar a los elementos esenciales del matrimonio, es necesario que en su celebración concurren otros elementos de forma que constituyen requisitos de validez y se refieren al contenido del acta de matrimonio; por lo que es necesario distinguir la solemnidad del acto propiamente dicho, de las simples formalidades que debe contener el acta de matrimonio.

Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, motivo por el cual al tener relación con el tema de investigación, es menester mencionar que dentro del matrimonio es sumamente problemático diferenciar lo que puede ser consecuencia de simples disputas y la comisión del delito de violación.

Una figura importante para el tema de investigación es el relacionado al concubinato y el cual se desarrollará a continuación en el siguiente subtema.

2.3. CONCUBINATO.

Los romanos le daban el nombre de *concupinatus* a una relación normal de hombre y mujer de menor jerarquía y que tenía entre otras características, la permanencia en el tiempo y la estabilidad de la relación; era una relación lícita, no prohibida por el *ius civile* y por lo mismo, no era sancionada.

Las relaciones concubinarias se distinguían de las relaciones matrimoniales, por que *la affectio maritalis*, que era la voluntad de los contrayentes para vivir como marido y mujer y que ambos eran de la misma clase social, y en el concubinato no tenían capacidad para celebrar el matrimonio legítimo que era exclusivo de los ciudadanos romanos.

En México la unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad.

Es decir se trata de relaciones similares a las del matrimonio, estables permanentes en el tiempo, con trascendencia jurídica y que muchas veces se identifican por su estabilidad y solidez con el matrimonio.

Es necesario aclarar que la figura del concubinato no es la relación efímera, momentánea y circunstancial que puede tener una pareja; es permanente en el tiempo y en el espacio y forzosamente exige estabilidad exterior.

CONCEPTO. Es la unión de un hombre y una mujer semejante al matrimonio, pero sin la celebración ante la autoridad pública, constituye un hecho jurídico al que el Derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas.

REQUISITOS PARA QUE EXISTA EL CONCUBINATO Y TENGA EFECTOS JURÍDICOS.

- a). Que hayan hecho vida común, con apariencia de matrimonio, casa común en el plazo señalado por la ley.aplicable.
- b). Que hayan tenido hijos comunes.
- c). Que ninguno de los concubinos este casado.
- d). Que exista una sola concubina.

El concubinato era una situación de hecho que se manifestaba en la convivencia entre un hombre y una mujer. “Ello entraña el trato exclusivo de un hombre con una mujer, que a la vez implica fidelidad y singularidad.”²⁹

2.4. CONCEPTO DE CÓNYUGES Y CONCUBINOS.

En el ordenamiento civil correspondiente no existe un capítulo especial destinado a reglamentar el concubinato ni siquiera se trata en artículos sucesivos, sino que los escasos artículos que nos habla de esta figura aparecen dispersos a lo largo de todo el código.

Se podría decir que el concubinato es tratado por el Código Civil como un hecho jurídico aislado al cual sólo se le reconocen algunos efectos como derechos sucesorios y el derecho de alimentos.

La definición de concubinato que se exponen tanto en el Código Civil, para el Distrito Federal, como el aplicable en el Estado de México, en la que se basan los doctrinarios mexicanos para definir esta figura; así se tiene que el artículo 1635 del primero de los códigos en comento señala: “ La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges

²⁹ MAGALLÓN Ibarra Jorge Mario. Instituciones de derecho civil, Tomo III, Derecho de Familia, Editorial Porrúa México 1988, Pág. 341.

durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

En ese orden de ideas el artículo 6.170. del Código Civil para el Estado de México, establece lo siguiente: “Tiene derecho a heredar la persona con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su cónyuge dentro de los tres años que precedieron su muerte o con quien procreó hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato”.

Como puede apreciarse, los artículos de los ordenamientos señalados en líneas precedentes no tienen el objetivo de proporcionar una definición de la figura de concubinato, sino que el contenido del mismo va dirigido a reglamentar el derecho que tienen los concubinos de heredarse, es decir se determinan los requisitos con los que tienen que cumplir, pero haciendo un análisis estricto se reitera dicha disposición legal, se llega a la determinación que la finalidad del legislador no es dar una definición, sino proteger los derechos de los concubinos, precisamente a heredarse.

Es así como después de haber analizado lo relacionado al concubinato se concluye que es una unión libre en la que la pareja (hombre y mujer) viven juntos, de forma continua, pública dándose un trato de marido y mujer, por el tiempo que marca la ley o cuando procrearon hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante dicha relación.”

Por lo que hace al segundo concepto de este punto a desarrollar, se define de la forma siguiente: se les denomina cónyuges a las personas que determinan contraer matrimonio cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos que establece el Estado, así como la solemnidad que este último le otorga al acto de celebración del mismo.

CAPITULO III.

ANALISIS JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Ahora bien y como delito en estudio del presente trabajo de investigación se analizara lo relacionado al delito en comento y para tal efecto iniciaremos con el concepto del mismo.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La violación es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral. Este concepto se refiere al tipo básico del delito, los subtipos de violación se examinarán en su oportunidad en el apartado correspondiente.

La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, esto es, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el vaso por el que se produzca la introducción.

Respecto del sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal, de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino, menor de edad o adulto, púber o impúber, de conducta digna o indigna, en fin, en cualquier sujeto.

La violencia puede ser física o moral, por violencia física se entiende la fuerza material que se aplica a una persona y la violencia moral consiste en la amenaza, el amago que se hace a una persona de un mal grave presente o inmediato, capaz

de producir intimidación. Debe existir una relación causal entre la violencia aplicada y la cópula, para que pueda integrarse cuerpo del delito y probable responsabilidad.

DEFINICIÓN LEGAL

Artículo 273 del Código Penal para el Estado de México el cual a la letra dice : “Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.”

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

NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del delito de violación, es la realización de la cópula con una persona, por medio de la violencia física o moral.

Ahora bien dentro de las legislaciones penales, consideradas para la realización del tema de investigación, en la de Puebla se estable en su exposición de motivos el concepto de violación de la esposa o de la concubina Mediante reforma legislativa de fecha 26 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 del mismo mes y año, vigente a los 30 días de su publicación, se creó y agregó al Código Penal el artículo 265 bis que establece un nuevo tipo de violación o tina calificativa o una modalidad de tal ilícito, que propiamente es el afirmar o precisar que la esposa o la concubina pueden ser sujetos pasivos del delito de violación, lo cual siempre ha sido obvio, evidente y claro, sin embargo una interpretación, con la que nunca estuvimos de acuerdo; estableció que no existía violación, si quien imponía la cópula en forma violenta era el cónyuge o concubinario, lo cual, en nuestra opinión, era inclusive negarle a la esposa o a la

concubina su calidad de ser humano, ya que el precepto que tipifica la violación señala como sujeto(s) pasivos) a "persona de cualquier sexo" y obviamente una esposa o una concubina son personas y dicha interpretación, al excluir a la esposa y a la concubina como pasivos del delito de violación les desconoce su calidad de personas.

Se ha criticado la creación e inclusión de dicho precepto en el catálogo de delitos del Código Penal, argumentando que desde el punto de vista jurídico era innecesaria tal disposición; estamos de acuerdo; que puede utilizarse y manipularse como instrumento de presión y de chantaje; es posible; pero en todo caso la mencionada interpretación hizo no necesaria, sitio indispensable la creación del artículo que nos ocupa, en la cual intervinieron no solo el Ejecutivo Federal y las Legisladoras Federales, también infinidad de mujeres que han vivido y sufrido la profunda humillación de la cópula impuesta violentamente por el compañero; cónyuge o concubinario; trecho lamentable y frecuente como lo sabemos todos los que hemos laborado o laboramos en los servicios públicos de procuración y administración de justicia.

En sí el nuevo tipo, o modalidad del delito de violación no es más que la afirmación categórica, sin lugar a dudas de que la cónyuge o la concubina pueden ser sujetos pasivos del delito de violación, e introduce la querrela como requisito de procedibilidad, lo cual es novedoso y llama la atención, habida cuenta de que el delito de violación por su naturaleza es un ilícito eminentemente perseguible por denuncia, de oficio, pero dado el contexto en el que se produjo la reforma es plenamente explicable y razonable que se persiga por querrela y consecuentemente admita el perdón.

3.1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Es importante mencionar que el delito en comento se ubica en el artículo 273 del Código Penal, para el Estado de México.

Una vez ubicado el delito materia del presente trabajo de investigación, se analizará, la clasificación del mismo, atendiendo para dicha finalidad a diversos juristas.

1.- ATENDIENDO A LA FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Tomando en consideración la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran *crímenes* los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; *delitos* las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por *faltas o contravenciones*, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Por lo anterior no se podrá hablar que es un crimen, ya que no se está atentando contra la vida del hombre, aunado a lo anterior en otras legislaciones se considera crimen a los actos que atentan contra la vida, por lo tanto es fácil determinar por la clasificación que hace el Código Penal para el Estado de México, que esta conducta atenta contra la libertad sexual, no se considera como una falta o contravención va dirigida a conductas consideradas como no graves y el delito de violación en el Estado de México, es considerado como un delito grave.

Es por lo anterior, y atendiendo a que la violación dentro de la clasificación bipartita, esto en relación a que su sanción va a estar a cargo de la autoridad judicial y no en una autoridad administrativa tal y como sucede en las faltas.

Por lo tanto se concluye que en función de su gravedad es un DELITO, por ser sancionado por la autoridad judicial.

2.- SEGÚN LA FORMA DE CONDUCTA DEL AGENTE.

Esta clasificación atiende a la voluntad del agente y puede ser de *acción o de omisión*. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Los delitos de omisión se dividen en delitos *de simple omisión y de comisión por omisión*, los primeros de ellos consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, y los delitos de comisión por omisión son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

En el delito en comento es de ACCIÓN, ya que el comportamiento del agente es positivo a la realización de la conducta, con ello viola una ley prohibitiva, por lo tanto el agente al realización del hecho delictivo ejecuta movimientos corporales o materiales para lograr su objetivo, es decir ejecuta en otra persona la cópula u obliga a ejecutarlo,

Es por lo anterior que se concluye que el delito en comento es de acción ya que para su ejecución debe necesariamente realizarse movimientos corpóreos o materiales.

3.- POR EL RESULTADO.

En relación al resultado que producen, los delitos se clasifican en *formales y materiales* los primeros son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no se requiere para su integración que manifieste alguna alteración en el funcionamiento o estructura del objeto material.

Los delitos materiales, son aquellos en los cuales que para su debida integración se requiere de la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

En relación a lo anterior, se concluye que el delito de violación es un delito material, porque en su realización se produce un resultado material, el cual es la cópula obtenida mediante violencia física o moral.

4.- POR LA LESIÓN QUE CAUSA.

Considerando la razón del bien jurídico, se dividen en delitos de *daño y de peligro* los primeros consumados causan un daño directo y efectivos en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro.

En relación al delito en comento es de daño debido a que causa un menoscabo al bien tutelado, por la norma penal, el cual es la libertad sexual, que poseemos todas las personas.

5.- POR SU DURACIÓN.

En este rubro los delitos se dividen en *instantáneos, permanente y continuado*. Los delitos instantáneos, son aquellos en que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El Código Penal del Estado de México en el artículo 8 fracción III menciona que los delitos instantáneos es cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

Los delitos permanentes, es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. El artículo 8 del Código Penal del Estado de México, a la letra define a los delitos de la siguiente manera: “es permanente cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Los delitos continuados, en estos se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, dice el maestro Castellanos Tena: “es continuado en la conciencia y discontinuado en la ejecución”³⁰

Para el Código Penal, en el artículo mencionado en líneas precedentes, menciona, por su duración son continuados cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo y se viola el mismo precepto legal.

Por lo que hace al delito de violación, es de realización instantánea, ya que el mismo momento de su ejecución se consuma el acto delictivo, se comete mediante la realización de una única acción, o bien de una compuesta por diversos actos que entre si producen el resultado. Lo anterior atendiendo esencialmente a la unidad de la acción.

6.- POR EL ELEMENTO INTERNO.

Los delitos se clasifican teniendo como base la culpabilidad, se clasifican en *dolosos y culposos*, es por ellos que se dirá que es doloso cuando la voluntad se dirige consiente a la realización del hecho típico y antijurídico, es decir conoce y entiende que su conducta tendrá repercusiones en el ámbito jurídico, y aún conociendo esto realiza la conducta, aunado a lo anterior la fracción I del artículo 8 del Código Penal del Estado de México, a la letra dice: “El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico querido o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.

Por lo que hace a los delitos culposos, se menciona en el artículo 8 fracción II del Código Penal en comento, los define mencionando: “el delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic) siendo previsible o confiando

³⁰ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa México 2003 pág. 138.

en que no se produciría, en virtud a un deber de cuidado que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

Por lo anterior se menciona que, “en la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado, para asegurar la vida en común”³¹

Analizado lo anterior se concluye que el delito interno en el delito de violación es un ilícito doloso, ya que el sujeto activo tiene la plena voluntad de realizar la conducta antijurídica, ya que como menciona el maestro López Betancourt “ al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo”.³²

7.- DELITOS SIMPLES O COMPLEJOS.

Esta clasificación se refiere a la función de la estructura o composición de los delitos, es así como se determina que los delitos *simples* son aquellos en los cuales la lesión jurídica es única.

Los delitos *complejos* son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da origen a una figura delictiva nueva superior en gravedad a las que la componen.

Por lo que hace al delito de violación se determina que es un delito simple ya que tutela únicamente un bien, el cual es la libertad sexual.

8.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

Este rubro atiende al número de actos integrantes de la acción típica, los delitos *unisubsistentes* se forman por un solo acto y los delitos *plurisubsistentes* se forman de varios actos.

³¹ Ibidem. Pág. 141

³² LÓPEZ Betancourt Eduardo, Delitos en particular Editorial Porrúa México Pág. 190.

Una vez analizado el rubro en comento se concluye que el delito en comento es unisubsistente debido a que se ejecuta en un solo acto, es decir al realizar la cópula por medio de la violencia física.

9.- DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.

En este punto se atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho delictivo, Se dice que es delito es *unisubjetivo* cuando interviene para la realización de la conducta típica la actuación de un solo sujeto, así mismo se habla de delitos *plurisubjetivos* cuando en virtud de la descripción típica se desprende la actuación de dos sujetos para integrar el tipo.

El delito de violación es un delito unisubjetivo, ya que basta la participación de un sujeto para que se colme el tipo penal.

10.- POR LA FORMA DE PERSECUCIÓN.

Existe en las diversas legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes, ha estos delitos se les llama privados o de querella, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querella de la parte ofendida.

La razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos perseguibles por querella de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos conocidos como perseguibles de oficio, y que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos, es por eso que en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido.

La violación es un delito que se persigue de oficio, atendiendo a que el Código Penal del Estado de México en el Título Segundo Capítulo II de los Delitos Graves en el artículo 9 menciona: “Se clasifican como delitos graves para todos los efectos legales el de violación, señalado en los artículos 273 y 274; . . . “ motivo por el cual la autoridad tiene la obligación de perseguirlo aún en contra de la voluntad del ofendido, motivo por el cual no opera el perdón del agraviado.

11.- DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES MILITARES Y POLÍTICOS.

Los delitos *comunes* son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales. Los delitos *federales* se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión. Los delitos *oficiales* son los que comete un empleado funcionario público en ejercicio de sus funciones. Los delitos del orden *militar* afectan la disciplina del Ejército, y solamente ejerce su jurisdicción con los miembros del Instituto Armado. Los delitos *políticos* generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes.

Una vez visto lo anterior, el delito en comento es un delito común en virtud de ser sancionado en la Jurisdicción del Estado de México o del Distrito Federal, según el lugar en el que se cometa.

12.- CLASIFICACIÓN LEGAL.

El Código Penal del Estado de México, contempla en el Título Tercero, Subtítulo Cuarto Capítulo IV, “Delitos contra la libertad sexual” en el artículo 273 se habla del delito de violación.

Una vez analizada la clasificación de los delitos es importante para el desarrollo del presente trabajo de investigación analizar los elementos positivos y negativos del delito, particularmente del que se analiza en el presente tema de investigación y es por lo anterior que se estudia el siguiente subtema.

3.1.1. LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es importante definir lo que es la conducta, para tener un punto de partida y saber de que se hablará en el presente subtema, y es por lo mencionado anteriormente que a continuación se dará el concepto de conducta.

CONCEPTO: Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Dentro del concepto de *conducta* pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Para el maestro Porte Petit en ocasiones el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión), la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad, debe hablarse de conducta; cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica.

El elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución), voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la comisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota al elemento objetivo del delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad (o simple omisión), carentes de un resultado material.

La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material.

También los fenómenos naturales son hechos. Si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión la distinción parece útil.

Desde luego, únicamente existe un nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico.

Por lo anterior se dirá que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Es importante mencionar que sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la Omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible un sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Una vez analizada la conducta, se estudiara el elemento negativo de esta y como ya se menciona en el subtítulo lo es la ausencia de conducta, motivo por el cual se sabe que se falta uno de los elementos esenciales del delito éste no se integrará; en consecuencia si se presenta una ausencia de conducta, evidentemente no habrá delito a pesar de los hechos.

Como ya se menciona la ausencia de conducta es uno de los elementos negativos o dicho de otra manera impositivos 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.

La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de la voluntad. Esto es que quien obra no es en ese instante un hombre sino un mero instrumento.

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste.

Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta a la vis mayor (fuerza mayor), ya los movimientos reflejos, estos operan porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como se ha dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario.

Se ha mencionado con antelación solo basta agregar que la vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza.

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta; el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitoria. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad.

Se ha expresado que la conducta (llamada también acto o acción, lato sensu), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos por actos

Por lo anterior se concluye que el delito de violación es eminentemente de acción, ya que para su ejecución, deben efectuarse movimientos corpóreos o materiales.

3.1.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Se ha insistido que para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos, además que sean típicos, antijurídicos y culpables.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14 establece “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, es decir que no existe delito sin tipicidad.

DEFINICIÓN DE TIPICIDAD: Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador, es decir es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Para el maestro Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, y esto se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo* .

Se hace notar que ahora aparece un nuevo concepto que es *tipo* es necesario establecer que es la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz, lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

Es importante no confundir el tipo penal con la atipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Es menester mencionar la función de la Tipicidad, motivo por el cual se establece que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, es por lo que se le atribuye el carácter delimitador y de trascendental, importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal.

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa la tipicidad desempeña una función descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no solo es pieza técnica es garantía de la libertad.

La tipicidad para el finalismo es el elemento más importante del delito; al igual que en el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se le atribuye a una acción cuando es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal, o que es lo mismo, adecuación de la acción al tipo.

La ausencia del tipo y de tipicidad se refiere a que cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado **atipicidad**. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Se podrá señalar que la atipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Siendo así la clasificación de los tipos, encuadrándolo obviamente al delito de VIOLACIÓN, y el cual quedaría de la siguiente manera:

1.- POR LA CONDUCTA : El ilícito de violación es eminentemente de acción, porque en su ejecución, necesariamente deben efectuarse movimientos corpóreos o materiales, es decir cuando el agente incurre en una actividad o hacer, es decir, cuando la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, esto es cuando el sujeto activo tiene una conducta que causa el delito en este caso de violación se da esta parte de lo que es el tipo.

2.- POR EL RESULTADO: En el delito en comento eminentemente es un delito de resultado material, ya que la conducta del activo produce un resultado material, ahora bien en el delito en estudio es la cópula obtenida mediante la violencia física o moral.

3.- POR EL DAÑO: Se refiere a la afectación que el delito produce al bien jurídico tutelado y puede ser de la forma siguiente:

a).-DE PELIGRO: Cuando se daña el bien jurídico tutelado, esto es cuando se pone en peligro la integridad corporal, la vida etc.

b).- EFECTIVO: Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación, como por ejemplo al presentarse la conducta delictiva, en el caso de la VIOLACIÓN se pone en peligro la libertad sexual, y en ocasiones la vida puesto que la conducta del activo presenta rasgos de una persona desequilibrada mentalmente puede en dado caso cometer el delito en comento e inclusive homicidio.

Finalmente se establece que el delito de violación es de lesión, debido a que causa un menoscabo al bien jurídicamente tutelado, el cual es en este caso la libertad sexual que poseemos todos los individuos.

4.- POR LA INTENCIONALIDAD: La intención del sujeto activo determina el grado de responsabilidad penal, es algo subjetivo y en ocasiones difícil de probar así el delito es :

DOLOSO INTENCIONAL: Esto es, cuando el sujeto comete el delito con la intención de realizarlo, por ejemplo, el sujeto activo llega con su víctima para atacarla aún sabiendo que está cometiendo un delito.

5.- POR SU ESTRUCTURA: Este criterio hace alusión al tipo de afectación producida al bien jurídico tutelado.

COMPLEJO; Cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad, por ejemplo cuando el delincuente somete a su víctima a cometer algún acto sexual que no sea la cópula, puede en el sometimiento causar algún daño mayor como lo sería un golpe en cualquier parte del cuerpo, e incluso causarle la muerte.

6.- POR EL NÚMERO DE SUJETOS: Es unisubjetivo, por que el texto legal así lo expone al mencionar “Al que “ con lo cual se entiende que basta la participación de un solo sujeto para que se colme el tipo penal.

7.- POR EL NÚMERO DE ACTOS: Puede ser unisubsistente porque solo requiere para su integración de un solo acto.

8.- POR SU DURACIÓN: El delito de violación es instantáneo ya que se consume en el momento en que se realizan todos sus elementos, en el mismo tiempo de agotarse la conducta se produce el delito, esto es cuando el agresor empieza con el hecho delictivo de la violación al instante de agotarse la conducta se produce el delito.

De lo anterior se desprende que en el momento de su ejecución se consuma el acto delictivo; se comete mediante la realización de una sola acción única.

9.- POR SU PROCEDIBILIDAD O PERSEGUIBILIDAD.- Esto se refiere a la forma en que debe procederse contra el delincuente, que en este caso sería de oficio ya que es deber del Ministerio Público cuidar y proteger el bien jurídico tutelado, y quedaría de la forma siguiente:

DE OFICIO: Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no solo el ofendido puede denunciar algún hecho delictivo.

Es decir, la autoridad tiene la obligación de perseguirlo aún contra la voluntad del ofendido; no opera el perdón del agraviado.

10.- POR LA MATERIA: Se trata de seguir el criterio de la materia a que pertenece el delito (ámbito de validez de la ley penal), de modo que el ilícito en comento es de relevancia común debido a que será sancionado en la jurisdicción del Estado de México o del Distrito Federal, según donde se cometa.

11.- POR EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: Conforme al Código Penal, para el Estado de México, el delito se agrupa dentro de los que protegen la libertad sexual.

12.- POR SU COMPOSICIÓN: Se refiere a la descripción legal que hace referencia a sus elementos, los cuales pueden ser: objetivos, subjetivos o normativos.

13.- POR SU AUTONOMIA O DEPENDENCIA: Hay delitos que existen por si solos, tal y como lo es el abuso sexual.

14.- POR SU FORMULACIÓN: La forma en la que se puede hacer la descripción del tipo puede ser:

a).- AMPLIO.- El tipo no precisó un medio específico de comisión, de modo que puede serlo de cualquiera.

15.- POR LA DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS: Se refiere justamente a como el legislador lleva a cabo la descripción legal, de modo que el delito de violación puede ser:

NORMATIVO: Hace referencia a lo antijurídico y generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por frases como SIN DERECHO, INDEBIDAMENTE, SIN JUSTIFICACIÓN. Esto implica lo contrario a derecho.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

El tema en comento es el relacionado a la adecuación de la conducta realizada por el sujeto activo al tipo penal correspondiente, por la concurrencia de los siguientes elementos típicos :

- *Conducta
- *Sujetos: activos y pasivos
- *Elementos subjetivos
- *Bien jurídico tutelado
- *Medios de ejecución.

ATIPICIDAD: La conducta será atípica cuando no encuadre en el tipo. Esto podría suceder por faltar alguno de los elementos típicos, a los que a se han hecho referencia.

Es así como se da por concluido el análisis de la tipicidad y su elemento negativo la atipicidad para pasar al estudio de la culpabilidad e inculpabilidad.

3.1.3. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica (elemento que se analizará en el siguiente subtítulo), sino además culpable.

Para el maestro JIMÉNEZ DE ASUA la CULPABILIDAD es “el conjunto de presupuestos que fundamentan la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica”

PORTE PETIT, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. *Por eso se considera que a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto*

Para VILLA LOBOS, la culpabilidad 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 franca oposición en el dolo o indirectamente, por indolencia o por desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.

Por lo anterior se podrá concluir sobre la culpabilidad que es el nexo intelectual que une al sujeto con su acto.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos formas: *el dolo y la culpa* según el agente dirija su voluntad consistente en la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa y se le llama a esta intención DOLO, o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria, es a lo que se denomina CULPA.

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, lo define como la producción de un resultado 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.

En conclusión el dolo consiste en el actuar consiente a la producción de un resultado típico y antijurídico, es decir, el agente conociendo el resultado de su conducta procede a realizarla.

ELEMENTOS DEL DOLO

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El primero de ellos está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el segundo consiste en la voluntad de realizar el acto.

TIPOS DE DOLO.

Es importante mencionar que existe una gran diversidad de clasificaciones de las especies dolosas, pero por cuestiones de metodología en el presente trabajo de investigación solamente se analizarán las especies de mayor importancia práctica.

DOLO DIRECTO: “Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere”³³ es decir existe voluntad en la conducta y

³³ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa edición 44ª. México 2003 pág. 239.

querer el resultado, por ejemplo, el sujeto activo decide privar de la vida a otro y lo mata.

DOLO INDIRECTO: “Se presenta cuando el agente actúa con la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho”.³⁴ por ejemplo el sujeto activo quiere privar de la vida a alguien coloca un explosivo en el vehículo en el que el sujeto pasivo viajará en compañía de otras personas, con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida las personas que viajan en el mismo automóvil y se destruirá en vehículo.

DOLO EVENTUAL: “Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias, Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, este no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer”³⁵. Es decir se desea el resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

EL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

El Código Penal para el Estado de México en el artículo 7 a la letra dice “Los delitos pueden ser realizados por acción o por omisión”, y en relación a lo anterior el artículo 9 en su fracción I dice:

Los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

³⁴ Idem.

³⁵ Ibidem. Pág. 240.

El Delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico querido o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.

LA CULPA

Se ha insistido que para que una conducta sea delictuosa, se requiere que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida en la que se encuentra con otros igual a él (culpa). En ausencia del dolo o la culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever.

Para determinar la naturaleza de la culpa, existen diversas teorías, de las cuales por cuestiones de metodología solo se observarán las que adquieren fundamental relevancia y así tenemos:

a). *DE LA PREVISIBILIDAD.*- Fue sostenida por Carrara, para quien la esencia de la culpa “consiste en la previsibilidad del resultado no querido” afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia de calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

b). *DE LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD.*- Esta teoría fue expuesta por Binding y seguida por Brusa, esta teoría acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible resulta inevitable.

c). *DEL DEFECTO DE LA ATENCIÓN.*- Sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Según este autor una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad o por el uso y la costumbre.

El mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas.

Una vez analizadas las diversas teorías relacionadas al tema de la culpa, se concluye manifestando que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, y este se da a pesar de ser previsible y evitable por no tomar las precauciones que exige la ley.

ELEMENTOS DE LA CULPA.

La conducta humana es necesaria para la existencia del delito, es por ello que constituirá el primer elemento, es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; y tercero los resultados del acto han de ser previsible y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

DIVERSAS CLASES DE CULPA

Existen dos clases de culpa y son:

1). LA CULPA CONSCIENCTE, CON PREVISIÓN O CON REPRESENTACIÓN, y existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no

solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

II). LA CULPA INCONSCIENTE, SIN PREVISIÓN O SIN REPRESENTACIÓN, esta se da cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

Por lo anterior se podrá decir que es una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

LA CULPA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

Según el artículo 7 del Código Penal, vigente para el Estado de México, dice: “Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión”. La fracción II del artículo 8 del código en comento menciona “ El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

LA INCULPABILIDAD

CONCEPTO: La inculpabilidad es el resultado de un juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

La inculpabilidad para Jiménez de Asúa, es la ausencia de la culpabilidad, consecuentemente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Lo cierto es que la inculpabilidad cuando no se encuentran los elementos esenciales de la culpabilidad: *conocimiento y voluntad*, así como tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito.

Es importante mencionar que la culpabilidad es normativa, en cuanto a su subjetividad, existe algo más que ubica en el deber que se tiene que adecuarla a la conducta las normas rectoras de la convivencia social.

De lo anterior resulta injustamente los aspectos negativos que producen la existencia del delito, su apariencia delictuosa estando ante una conducta típica y antijurídica atribuible a un imputable; existen casos en que aparece una conducta no delictuosa, precisamente por que se afecta en alguna forma la culpabilidad, sea porque no hay exigibilidad de una conducta conforme a la pretensión del derecho, sea porque esa conducta no puede ser motivo de un reproche por la aparición de circunstancias que humana y jurídicamente, explican la forma especial que adoptó la conducta.

En ese orden de ideas se podrá formular un concepto de las causas de inculpabilidad, expresando que son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica atribuible a un imputable que permite al Juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impiden formular un reproche por la conducta específica realizada.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: *intelectual y volitivo* Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad sería el *error de hecho* (ataca el elemento intelectual) y *la coacción sobre la voluntad* (afecta el elemento volitivo), Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos.

Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de los dos factores o de ambos.

“Es necesario establecer que el error es, un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero se conoce equivocadamente.”³⁶

Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; es decir en el error se conoce pero se conoce mal; en la ignorancia es una laguna en nuestro entendimiento.

3.1.4. ANTIJURIDICIDAD.

En el desarrollo del presente subtema se analizara un elemento de suma importancia para la integración del delito, y en particular el delito de violación.

³⁶ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa edición 44ª. México 2003 pág. 259.

Como ya se analizó en los temas desarrollados con antelación se establece que el delito es una conducta humana, pero se establece que no toda conducta humana es delictuosa, ya que para que sea considerada como delictuosa debe ser típica, antijurídica y culpable, motivo por el cual se estudiará el elemento de la antijuridicidad.

Para CUELLO CALÓN, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.

SEBASTIÁN SOLER, dice que la antijuridicidad radica en una violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial.

FRANZ VON Liszt, ha elaborado una doctrina dualista en la antijuridicidad, es decir el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Para CUELLO CALÓN, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal), y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

El maestro VILLALOBOS, dice que la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.

“Puede ocurrir que la conducta típica esté es aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna de las causas de justificación” ³⁷ y estas últimas son las que constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, y es así como se analizarán las causas de justificación el siguiente subtema que se desarrolla.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El aspecto negativo de la Antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación que son las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada al considerarla lícita jurídica o justificativa.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan el aspecto negativo del delito, es decir si se presenta una de las causas de justificación falta uno de los elementos esenciales del delito.

En presencia de lo anterior la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les conoce como justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etcétera.

Las causas que excluyen el delito son:

- Ausencia de conducta.
- Atipicidad.
- Causas de Justificación.
- Causas de inimputabilidad.
- Causas de inculpabilidad.

³⁷ Ibidem Pág. 182.

Dice Soler “ que las causas de justificación son objetivas, refiriéndose al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva”³⁸.

Las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad, ya que las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, y las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar plenamente en diversa forma y grado.

JIMÉNEZ DE ASÚA, expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada son *objetivas*, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza *subjetiva* ya que miran al aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica.

El Código Penal para el Estado de México, las denomina causas excluyentes del delito y de la responsabilidad, como se puede observar en el artículo 15, del ordenamiento en cita, menciona diversas circunstancias, y que acorde a la doctrina a continuación se mencionan.

³⁸ Cit. Por. CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa edición 44ª. México 2003 Pág.184 .

a). LA LEGITIMA DEFENSA.- Esta causa de justificación es una de las más importantes, ya que es necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es “la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

En el Código Penal para el Estado de México, en el artículo 15 fracción III, inciso b) a la letra dice: se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Es importante mencionar que *repeler* es rechazar, evitar, impedir, no querer algo. Por *agresión* debe entenderse como la conducta de un sujeto que intenta lesionar intereses protegidos jurídicamente.

Al hablar de *real*, se debe entender no hipotética o imaginaria.

Al mencionar *actual o inminente* se refiere a que la acción es presente o muy próxima.

Es importante mencionar que si la agresión ya se consumó no existirá legítima defensa, y estaríamos hablando de otra conducta ilícita.

b). ESTADO DE NECESIDAD.- “Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo pueden evitarse mediante la lesión de bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona”³⁹ (Cuello Calón).

Para Sebastián Soler “es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”.⁴⁰

Von Liszt afirma que es estado de necesidad “ es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegido”⁴¹.

El Código Penal para el Estado de México, en el artículo 15 fracción III, inciso c) a la letra dice: Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber de afrontarlo.

c). CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EJERCICIO DE UN DERECHO.- En comunión de las causas de justificación analizadas existen otras que privan a la conducta del elemento antijuridicidad y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito.

El Código Penal para el Estado de México, en el artículo 15 fracción III inciso d) menciona que : “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

³⁹ Cit. Por. CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa edición 44ª. México 2003 Pág. 203.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

Así como en la defensa legítima, se exige la racionalidad del medio empleado dentro de las hipótesis de derecho o deber pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos.

Se dice que las lesiones, médico-quirúrgicos, se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas.

Para González de la Vega la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad de evitar un mal mayor.

LA IMPUTABILIDAD

Para que un sujeto sea culpable, es necesario que antes sea imputable, ya que si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad *de entender* y *de querer* de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Por lo anterior a la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

La capacidad de obrar en el Derecho Penal es, realizar actos que traigan consigo las consecuencias penales.

Como conclusión se dirá que la IMPUTABILIDAD, es la capacidad de entender y de querer en el campo penal.

Dice Carrancá y Trujillo, “que será imputable todo aquel que posea, el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida humana.”⁴²

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder en el mismo.

Comúnmente afirman que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Como se observa son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad. El problema de los menores autores de actos típicos del Derecho Penal será tratado al hacer el estudio del aspecto negativo de la imputabilidad.

Es importante mencionar a la *responsabilidad*, ya que está es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el

⁴² Cit. Por. CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa edición 44ª. México 2003 Pág. 218.

hecho realizado. Son imputables quienes desarrollan la mente y no padecen ninguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer.

Por otra parte se usa el término *responsabilidad* para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

A esas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto).

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, se encuentra el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, motivo su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de imputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

LA INIMPUTABILIDAD

Como se menciona en el desarrollo del subtema que antecede la imputabilidad es el soporte básico y esencial de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Se dijo que la imputabilidad es la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Esas causas de las que se habla en las líneas que anteceden se encuentran en el artículo 15 del Código Penal del Estado de México, relativo a las excluyentes del delito y de la responsabilidad cuya fracción IV inciso c) establece: “Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le permita comprender el carácter del ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esta comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave de su trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.”

Como se desprende del precepto legal antes invocado, contempla el fenómeno que trata de abarcar, el caso de quienes no pueden comprender el carácter ilícito del hecho (incapacidad de entender), o conducirse de acuerdo con esta comprensión (incapacidad de querer).

TRASTORNO MENTAL.- Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, se hace notar que puede operar la inimputabilidad tanto en el trastorno efímero como en uno duradero.

Es así como se finaliza con el estudio de la imputabilidad e inimputabilidad y se continua con las disposiciones relativas al tema de investigación con relación a otros Estados de la República Mexicana tales como Morelos, Baja California y Puebla; en los cuales se propone la querrela como requisito de procedibilidad en el delito de violación entre cónyuges o concubinos.

Es así como se dan a conocer las exposiciones de motivos de diversas entidades federativas en las cuales se contempla como requisito de procedibilidad la querrela en el delito que se investiga.

3.2. DISPOSICIONES RELATIVAS AL DELITO DE VIOLACIÓN EN ALGUNOS CÓDIGOS DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA.

Es así como se analiza la propuesta de reformas en el Código Penal del Estado de Morelos y en su exposición de motivos manifiesta:

De aprobarse las modificaciones al artículo 152 Bis del Código penal del Estado de Morelos, esta entidad se sumaría a las 12 que actualmente han incorporado ya el delito de violación entre cónyuges, informó la diputada Bertha Rodríguez Báez, presidenta de la Comisión de Equidad de Género del Congreso morelense.

La legisladora perredista informó que solicitó al Congreso sea reformado dicho artículo, debido a la gravedad de los casos que se registran en la entidad, pues según cifras de la Procuraduría General de Justicia local, en 2004 cada 32 horas se registró un caso.

A esto, dijo, hay que agregarle que muchas mujeres no se atreven a denunciar a sus parejas del delito de violación, debido a sus usos y costumbres o bien, a que tienen temor a recibir represalias.

Los estados de Chihuahua, Guanajuato, Oaxaca, San Luis Potosí, Tamaulipas, Nuevo León, Querétaro, Veracruz y el Distrito Federal ya han reformado sus códigos.

En el Distrito Federal, la violación conyugal quedó debidamente tipificada el pasado 16 de noviembre de 2005 con la rectificación de la denominada Tesis de 1994.

De aprobarse la reforma en Morelos, el artículo 152 bis quedaría establecido de la siguiente manera: "Si entre el pasivo y el activo de la violación existiera un vínculo matrimonial de concubinato de pareja, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior (...) Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida (...) La acción u omisión mediante la cual se induce o se impone la realización de prácticas sexuales no deseadas respecto de las cuales se tiene incapacidad para consentir".

Rodríguez destacó que la violencia sexual es una de las formas de ejercicio de poder y de expresión de desigualdades entre sexos y generaciones mediante el uso de la fuerza o la amenaza de usarla.

VIOLENCIA DE GENERO

Por otra parte, Rodríguez Báez dijo que la violencia de género tiene muchas formas y muchas aristas, y que es considerada por la Organización Mundial de la Salud como un problema de salud pública.

Recordó que desde junio de 2004 este delito está tipificado en el Código Penal del estado y agregó que la violencia también se presenta en el ámbito laboral, llegando a la lamentable realidad de los asesinatos de mujeres.

De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Violencia contra las Mujeres en 2003, realizada por la Secretaría de Salud, se reporta que el 52 por ciento de mujeres en Morelos alguna vez en la vida sufrieron algún tipo de violencia.

Comentario sobre la reforma de adición del artículo 176 del Código Penal del Estado de Baja California referente al delito de violación hecha mediante decreto número 29 expedido por la H. XVIII Legislatura del Estado

Introducción

La comunidad día con día necesita convivir en paz y con orden, es por ello que las instituciones encargadas de la elaboración de leyes, deben buscar los mecanismos necesarios para lograr el bien común, en tal razón resulta importante señalar que el Poder Legislativo del Estado en el mes de diciembre de 2004, expidió el decreto número 29, que fue publicado en el Periódico Oficial del estado el 31 de diciembre del mismo año. La ley tiene que ser revitalizada constantemente, por tal resulta plausible que las disposiciones se actualicen conforme a la realidad social existente, procurando que la norma sea en todo momento instrumento de paz, para que exista tranquilidad entre los ciudadanos y que permita que la sociedad se desenvuelva con cordialidad y respeto mutuo.

Artículo 176.- Antes de la reforma.- Tipo de punibilidad de violación. Se impondrá prisión de cuatro a doce años y hasta trescientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual sea su sexo; si la persona ofendida fuere menor de catorce años la pena de prisión será de diez a quince años y hasta quinientos días multa.

Artículo 176.- Después de la reforma.- Tipo y punibilidad de la violación.- Se impondrá prisión de cuatro a doce años y hasta trescientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo; si la persona fuere menor de catorce años la pena de prisión será de diez a quince años y hasta quinientos días multa.

Sólo se procederá contra el violador a petición de parte ofendida, cuando la violación se cometa entre cónyuges o entre personas que vivan en concubinato.

Comentario.- Según la exposición de motivos del legislador, la adición de un párrafo del artículo 176, fue para responder a la necesidad de dar protección al vínculo familiar, en los casos en los que la parte ofendida tenga la intención de otorgar el perdón a su pareja, de ahí la necesidad de establecer dicho tipo penal de delito perseguible a petición de parte o de querrela necesaria, dado que en la práctica penal se observa que la persona que es acusada del delito de violación por su pareja, lo hace por motivos de celos, coraje o venganza, bastando únicamente el señalamiento de la parte ofendida, puesto que la figura delictiva en estudio es un delito de oculta realización, y en gran número de casos, una vez que recapacita la denunciante o víctima acude a tratar de otorgar el perdón al procesado, que es ya sea su esposo o concubino, y tal como estaba reglamentada dicha figura delictiva no podía extinguirse el delito a través del perdón tal como lo estipula el artículo 106 del Código Penal, por lo tanto el sujeto activo del ilícito no obtenía su libertad, y como consecuencia la desintegración familiar.

Ahora bien, la presente reforma se considera insuficiente, ya que existen otros tipos penales, como lo es el de la **violación impropia**, que se tipifica de la siguiente manera “Se equipara a la violación, al que sin consentimiento de una persona o con el consentimiento de un o una menor de catorce años, introduzca uno o más dedos o un objeto de cualquier naturaleza en la región anal o vaginal, la pena será de cuatro a doce años de prisión y hasta trescientos días multa, sin perjuicio de las penas que resulten de la comisión de otro u otros delitos” tipo penal que señala el artículo 178; dicho tipo penal no fue tomado en cuenta por el legislador, siendo que la justificación para agregar un párrafo al artículo 176 de la violación, la misma justificación también opera para el artículo 178 que por la misma razón debe incluirse en el catálogo de delitos perseguibles de querrela necesaria en tratándose de **violación impropia cometida entre cónyuges o concubinos**.

Por su naturaleza las figuras delictivas en análisis (violación, violación impropia), el bien jurídico que tutela el Estado a través de la norma penal, es la libertad sexual de las personas, y sin embargo el vivir dentro del matrimonio y el concubinato impone a la pareja el débito conyugal en su relación, que no es otra cosa que tener relaciones sexuales con la pareja, por lo que resulta delicado que una persona sea acusada por la comisión de las figuras delictivas mencionadas con antelación por su pareja, por motivos oscuros, celos, coraje o venganza.

Conclusión

Si bien la reforma que se analiza respecto a la figura delictiva de violación que define el artículo 176 del Código Penal del Estado de Baja California, en tratándose de violación entre cónyuges o concubinos, al convertirla en delito perseguible a petición de parte agraviada, la misma resulta adecuada para la mejor convivencia familiar, dicha reforma es insuficiente para alcanzar los objetivos de un ambiente cordial y de respeto entre las parejas, en tal virtud se propone que el artículo 178 del ordenamiento arriba citado, que se refiere a que la *violación impropia* quede de la siguiente manera:

Artículo 178.- Violación impropia. Se equipara la violación, al que sin consentimiento de una persona o con el consentimiento de un o una menor de catorce años, introduzca uno o más dedos o un objeto de cualquier naturaleza en la región anal o vaginal, la pena será de cuatro a doce años de prisión y hasta trescientos días multa, sin perjuicio de las penas que resulten de la comisión de otro u otros delitos.

Sólo se procederá contra el violador a petición de parte ofendida, cuando la violación se cometa entre cónyuges o entre personas que vivan en concubinato.

Fuentes consultadas:

- Iniciativa de reforma y adición al artículo 176 del Código Penal para el Estado de Baja California, de la XVIII Legislatura del Estado.
- Decreto número 29, publicado en el Periódico Oficial del Estado, de fecha 31 de diciembre de 2004, expedido por la XVIII Legislatura del Estado.
- Código Penal del Estado de Baja California.

** Investigador del Instituto de la Judicatura del Estado de Baja California.*

Dip. Augusta Valentina Díaz de Rivera Hernández y demás diputados del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional que integra la LVI Legislatura del H. Congreso del Estado, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 57 fracción I, 63 fracción II y 64 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, 17 fracción XI, y 69 fracción II de la

Ley Orgánica del Poder legislativo del Estado de Puebla, 93 fracción VI y 128 del Reglamento Interior del Honorable Congreso del Estado, sometemos a consideración de este H. cuerpo colegiado la siguiente **“INICIATIVA DE DECRETO MEDIANTE EL CUAL SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA”**, con arreglo al siguiente:

C O N S I D E R A N D O

Que es nuestra obligación como Legisladoras y Legisladores el armonizar nuestros ordenamientos jurídicos estatales con los instrumentos internacionales que nuestro país ha signado en materia de derechos humanos de las mujeres.

Entre estos instrumentos encontramos la **Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”** Suscrita en el XXIV Periodo de Sesiones de la Asamblea General de la OEA del 6 al 10 de Junio de 1994 en Brasil, que en su artículo 2 menciona:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual”

Que cuando una pareja toma la decisión de unir sus vidas sabe de antemano la gran responsabilidad que esto implica, y es totalmente natural que además de trabajar, atender el hogar y a los hijos, se tengan y fomenten las relaciones íntimas de pareja, las cuales tienen que ser de forma pacífica y voluntaria, pero cuando alguno de los esposos o quienes vivan en la situación de concubinato, no quiere tener relaciones con su pareja, por el motivo que sea, es obligación de su contraparte respetar esa decisión.

Las agresiones sexuales de cualquier tipo son indeseables. Pueden consistir en lastimar el pudor de una persona obligándola a hacer cosas que no quiere, acciones aberrantes y enfermas como introducirles objetos, o cuando el atacante exhibe sus partes sexuales o exige que la víctima lo haga, que es el caso de los ataques al pudor.

Las propias características de la violación lo definen como un **delito** que se lleva a cabo sólo por acción, nunca por omisión y siempre es doloso, nunca culposo. Queda claro entonces que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de los cónyuges.

Aunque el humillante y vergonzoso hecho de la violación entre cónyuges o concubinos siempre ha existido, no se tiene una cuantificación estadística debido a la vergüenza de las víctimas a externar su situación y el miedo a que el agresor tome represalias.

La concepción machista de algunos hombres sobre obligaciones conyugales mal entendidas, sin ser la mayoría, empañan el desempeño respetuoso de sus congéneres y denigran a la mujer con la que comparten su vida, rebajándola a mera mercancía de uso e ignorando la dimensión humana de la sexualidad.

Que el Código Penal Federal contempla la violación entre cónyuges o concubinos de la siguiente manera:

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

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

Se considerara también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 265 bis.- si la víctima de la **violación fuera la esposa o concubina**, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este **delito** se perseguirá por **querrela** de parte ofendida.”

Este **delito** también ha sido incorporado en los códigos penales de los Estados de Hidalgo, Guanajuato, Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y Distrito Federal.

Un aspecto importante a considerar para tipificar este **delito** dentro del Código de Defensa Social de nuestro Estado es que, entre las causales de divorcio necesario que se establecen en el Código

Civil del Estado de Puebla, se menciona en el inciso d) del artículo 454: **la imposición de la cópula con violencia y en contra de la voluntad de la mujer.**

Para Acción Nacional es congruente esta exigencia ya que luchamos por el respeto a la eminente dignidad de la persona humana y por tanto al derecho y garantía de nuestros derechos fundamentales.

Otra de las reformas propuestas en la presente iniciativa es en relación a que el delito de violación tiene algunos defectos gramaticales en los términos de género al referirse en masculino a los **agentes activo del tipo penal**, por lo que consideramos que es importante hacer esta modificación para evitar malos entendidos en cuanto a la aplicación de las penas. No queremos que la omisión de algunos términos sea pretexto en la impartición de justicia

En mérito a lo anterior sometemos a la consideración de este cuerpo colegiado legislativo la siguiente:

“INICIATIVA DE DECRETO MEDIANTE EL CUAL SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA”

Artículo 269.- Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de uno a seis años de prisión, cuando el **delito** de violación o su equiparable fueren cometidos:

I.- Por un ascendiente contra su descendiente o por éste contra aquél;

II.- Por el tutor **o tutora** contra su pupilo o pupila;

III.- Por el pupilo **o pupila** contra su tutora o tutor;

IV.- Por el padrastro **o madrastra** contra su hijastra o hijastro;

V.- Por el hijastro **o hijastra** contra su madrastra o padrastro;

VI.- Por un hermano **o hermana** contra su hermana o hermano;

VII.- Derogada.

VIII. Por un cónyuge contra el otro o entre quienes viven en concubinato.

Para los efectos de las fracciones IV y V anteriores, se entiende por "hijastro" o "hijastra" a los hijos de uno de los cónyuges o de quien viva en la situación prevista en el artículo 297 del Código Civil, respecto del otro cónyuge o persona con la que se guarda aquella situación..

Artículo 269 Bis.- La violación entre cónyuges o concubinos se perseguirá por querrela.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

SEGUNDO.- Se deroga cualquier disposición que contravenga lo disposición en la presente reforma.

Ahora bien después de conoce las diferentes exposiciones de motivos de diversas entidades federativas de la República Mexicana conoceremos las entidades que registran ya en el delito de violación entre cónyuges o concubinos a la querrela como requisito de procedibilidad, es así como encontramos en primer término al Estado de Michoacán, en cuyo Código Penal en su artículo 240 del título decimocuarto, denominado delitos contra la libertad y seguridad sexual menciona:

Artículo 240: "Se impondrá de cinco a quince años de prisión y multa de cien a mil días de salario a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, cual quiera que sea su sexo.

Se impondrá prisión de diez a veinte años y multa de cien a mil días de salario, al que tenga cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no este en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Cuando en la ejecución del delito de violación intervengan dos o más personas, la pena será de diez a veinte años de prisión y multa de cien a mil días de salarios.

La misma sanción prevista en el párrafo anterior se impondrá cuando el delito de violación se consume en vehículo de tránsito en caminos o carreteras, particular o de servicio público o cuando la víctima haya sido obligada a descender de aquellos para su consumación.

Por los efectos de legales de este título, entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Así las cosas y atendiendo al tema de investigación en el artículo 242 del ordenamiento antes invocado a la letra dice:

Artículo 241.- Se impondrá de tres a siete años de prisión y multa de cien a trescientos días de salario, a quien abusando del error de una mujer, fingiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella. Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

Ahora bien en el Código Penal del Estado de Yucatán en el Capítulo IV, denominado Violación en el artículo 313, a la letra reza:

Artículo 313.- A quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a veinte años y de doscientos a quinientos días-multa.

Para los efectos de este Capítulo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o anal independientemente de su sexo.

Se aplicará la misma sanción al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia físico o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 314.- La violación entre cónyuges o entre concubina o concubinario únicamente se perseguirá por querrela.

Es así como se concluye con el análisis de diversas legislaciones para iniciar con el tema de investigación.

CAPITULO IV

CONVENIENCIA DE CONSIDERAR COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS LA QUERELLA, POR PARTE DEL OFENDIDO EN EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1. AVERIGUACIÓN PREVIA

Dentro del cúmulo de bienes y valores que el hombre defiende y conlleva de manera inmanente y perenne, que le son fundamentales para su evolución como persona, en todo tiempo y lugar hasta perderse en el infinito, se encuentra no sólo la vida, la salud, la libertad, la familia, el trabajo o la dignidad, por ejemplo, así mismo en importancia, la seguridad – *seguridad pública* que debe otorgar el Estado-, que es lo único que le permite realizar sus prerrogativas sin miedo y sin agresiones; y es que nadie puede desarrollarse moral, económica o culturalmente, como persona o sociedad, en medio del delito, la corrupción o la arbitrariedad.

Lo anterior corresponde no únicamente al sentimiento innato en el hombre, de no desear ser víctima de violencias o lesiones en la comunidad, sino, mas aún al innegable desideratum social de simplemente no vivir en el caos o la zozobra que produce la inseguridad pública.

Sólo así es entendible que los hombres se hayan unido voluntariamente en sociedad política, aunque bajo condición insquivable de convivir también en ella con seguridad, o menos inseguros que la condición humana y social lo permita; y es que a nadie acomoda o gusta vivir bajo acoso de delincuentes y menos aún ser presa del delito

Es así como el centro de poder político que representa el Estado resulta, del acondicionamiento de un cierto número de componentes, como el señalamiento de los fines colectivos, la determinación de una identidad cultural, el control de las relaciones internas del grupo, el establecimiento de las formas jurídicas del uso de poder, los derechos humanos y, en resumen, las garantías de seguridad pública y la paz social.

La aparición institucionalizada del Estado moderno no ha eliminado ninguno de los precitados elementos; al unirlos en el marco de la juridicidad constitucional, lo ha estabilizado. Así lo establece el artículo 21 constitucional respecto de la seguridad pública.

De ahí procede el deber que tiene el Estado de implantar una política criminal idónea, así como de otorgar y sostener la seguridad pública. De ahí deviene también la justificación de que siga siendo tolerado y respetado como Estado.

La lucha contra el delito debe ser permanente, sin descanso y cada día más, sin parar, por la sencilla razón de que el delito se multiplica por doquier, la delincuencia va en aumento amenazando la convivencia social y la humanista existencia del Estado.

Por un lado el delito irrumpe en la vida social provocando un menoscabo a la vida, bienes o derechos de las personas sin excepción, por otra parte igualmente afecta la seguridad pública, por lo que debe incluirse como sujeto pasivo en general al propio Estado que llega incluso a sufrir sus defectos en forma directa. Dichos efectos pueden variar en cuanto a la intensidad de su producción e importancia del daño que causa en el bien atacado, pero la constante es que invariablemente daña de alguna manera a éste.

El delito prolifera, en todo tiempo y en todo lugar; ontológicamente, ello de alguna manera podría explicarse como parte atávica del hombre, principalmente de aquél

que no siempre es capaz de someter sus propios instintos, que a veces llegan hasta la bestialidad, ni de controlar sus impulsos al desorden o a la antijuridicidad.

Antes de legislarse en delito, habrá de entenderse, primero que en el seno social existen ciertos bienes y valores aceptados como comúnmente indispensables para la convivencia humana en sociedad, por ejemplo la vida, la salud, el honor, el patrimonio y en general la seguridad pública y , en segundo que sin obstáculo no se pueda englobar en una idea común la explicación del porqué desde siempre hay conductas antisociales desviadas y atentatorias de dichos status sociales.

Se debe recoger por el legislador el auténtico catálogo de bienes y valores que necesariamente se deban tutelar como *ultima ratio* conforme a derecho, partiendo de los ordenamientos menos drásticos, en cuanto a la sanción hasta llegar como recurso final al derecho penal, todo lo cual debe hacerse partiendo obviamente de las fuentes reales de la comunidad y con auxilio de algunas disciplinas, como la criminología, la sociología, la psiquiatría, etcétera.

La investigación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad llega a evitar consignaciones penales improcedentes, pues la consignación en todo caso sólo debe hacerse cuando la investigación resulte plenamente probados dichos requisitos, lo anterior para no ser consignados a un Juez penal como probables responsables de un delito que no hubiese sido en plenitud demostrada por la investigación correspondiente que hubiera hecho el Ministerio Público en una *averiguación previa*.

Por ello, una correcta investigación de esos elementos conduce a que se tenga justificación y motivación legal para consignar a alguien en el sentido indicado, de tal suerte que esa investigación garantice que no se hagan ejercicios de la acción penal improcedentes.

En México, por mandato constitucional, se encomienda al Ministerio Público la investigación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculcado - como base de la acción penal y de la pretensión punitiva -, con el fin de garantizar el orden jurídico, la certeza de legalidad en los actos de molestia al indiciado, el evitar consignaciones improcedentes, el impedir fútiles prisiones preventivas y el que se cubra la reparación del daño.

Indudablemente la investigación del delito por parte del Ministerio Público provoca actos de molestia y, a veces hasta la privación de la libertad, nadie ignora que el hecho de estar incluido como indiciado con expectativa de ser consignado al Juez penal, constituye un acto de molestia por el riesgo de ser llevado a proceso penal, donde existe prisión preventiva, donde para poder demostrar que se es inocente de una imputación penal se tiene que estar *preso preventivamente*, por varios meses y a veces hasta por años, hasta en tanto se dicta la sentencia que es caso de ser absolutoria no obstante ello ya mantuvo privado de su libertad en la forma preventiva indicada del inculcado.

Por lo antes expuesto y muchos motivos más sería prolijo estar señalando, la investigación del delito se le ha encomendado al Ministerio Público como facultad exclusiva, por tratarse de materia penal, que es inminentemente pública, su realización adecuada y legal, solo puede desempeñarla dicho Ministerio Público con los apoyos de la policía judicial y los servicios periciales.

La averiguación previa es una etapa administrativa que depende del poder Ejecutivo, no tiene duración excepto por la prescripción penal; es manejada y dirigida por el Ministerio Público, quien es una autoridad administrativa a la cual le corresponde la persecución de los delitos con la ayuda de la Policía Judicial, esto con fundamento en el artículo 21 de nuestra Carta Magna.

En la averiguación Previa el Ministerio Público tiene que realizar una serie de actuaciones tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad del inculpaado y con ello estar en aptitud de ejercitar acción penal o no.

Todas las diligencias que se realizan durante la averiguación previa, tales como declaración del ofendido, del inculpaado y de los testigos presénciales de los hechos, inspecciones oculares, peritajes de toda clase, exámenes médicos etc. Son plasmadas en un acta, la cual tiene efectos de documento público.

El proceso penal, como sistema ordenado y coherente de normas jurídicas que sirven para probar los hechos considerados punibles y para aplicar el Derecho sustantivo penal en una sentencia justa, no es una finalidad aislada de derecho procesal ni se agota en el Poder Judicial

La sentencia tiene la delicada misión de controlar el tránsito justo mediante proceso, de la hipótesis abstracta y genérica de la ley sustantiva penal, hacia la síntesis particular y concreta del caso a juzgar. Nuestro Estado sólo se concibe si el *ius puniendi* se aplica a través de dicho proceso, de manera honrada, pronta, cierta, pacífica y justa, por obra de la jurisdicción.

En un Estado de derecho como el mexicano, la justicia penal se concretiza sólo a través de la sentencia del órgano jurisdiccional competente; de conformidad con lo establecido en el artículo 21 Constitucional, la imposición de las penas es facultad exclusiva del poder judicial. Por lo mismo ciertamente esto implica la incoación del relativo proceso y éste, a su vez, del ineludible presupuesto de la *averiguación previa* y de la *consignación* del indiciado.

Esto es, previo al proceso penal se requiere con antelación de la investigación del *cuerpo del delito* y de la *probable responsabilidad del inculpaado*, con base de la pretensión punitiva y del ejercicio de la acción penal, o sea de la consignación cuyo concepto procesal es comprensivo de las precitadas figuras, a dicha investigación en México se realiza por el Ministerio Público en un procedimiento *sui generis* conocida como averiguación previa

Como sabemos que el proceso penal encuentra su basamento constitucional en los actos indagatorios y de prueba realizados por el Ministerio Público en la averiguación previa; de aquí que nadie ignore que una averiguación previa mal integrada originará que en el proceso se dicten autos de libertad por falta de elementos para procesar, o bien, en su caso, sentencias absolutorias, no obstante de que en el fondo existiera responsabilidad penal del o los consignados. De aquí deriva la importancia resultante de quienes intervengan en la averiguación previa, como agentes investigadores del Ministerio Público, sean lo suficientemente preparados en la materia penal y procesal penal, para que realicen las actuaciones inherentes apegadas a derecho, fundada, motivada y con respeto a los derechos humanos, pues solo así, se podría sostener legalmente la consignación ante el juez penal y lograr, el justo castigo del culpable en el fallo definitivo.

CONCEPTO.

La averiguación previa es la parte del derecho procesal penal que estudia la esencia, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de actos y situaciones jurídicas integrantes del procedimiento donde se despliega la función investigadora del evento delictivo a cargo del Ministerio Público. Como procedimiento, la averiguación previa es el conjunto de actos procesales concatenados entre sí que tienen como fin la investigación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado.

Es menester conocer la definición de averiguación previa por diversos autores y entre ellos están:

Para Rivera Silva “la actividad investigadora entra en una labor de autentica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esa actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para

comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, el excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma”⁴³

El maestro Franco Sodi dice: “ el Ministerio Público necesita, saber si está en aptitud de ejercitar o no la acción penal que tiene encomendada, y para ello debe analizar la situación jurídica que la realidad le presente en el momento que se le da a conocer la existencia de un delito y en los momentos sucesivos durante los cuales realice su averiguación previa, para ver si de ella resultan o no satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional. ¿Por qué? Ya dije que el Ministerio Público debe ante todo procurar que su gestión se ajuste a los preceptos legales y si la Constitución determina lo que debe hacerse para proceder contra un individuo cuando acaba de cometer un delito, además que actividad hay que desarrollar para proceder contra el presunto responsable de un hecho delictuoso, cuando no es detenido en flagrante delito, también en esta segunda situación debe acatar su imperativo el órgano de la acción penal.”⁴⁴

Para el maestro Sánchez Colín, la averiguación previa es “ la etapa procedimental en que el Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.” ⁴⁵

Ahora bien para Osorio y Nieto la averiguación previa se divide en dos momentos los cuales son el preprocesal y el procesal; y los define de la siguiente forma: “ el

⁴³ RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento penal, Ed. Porrúa, México, 1970, Pág. 60.

⁴⁴ FRANCO SODI, Carlos , El procedimiento penal Mexicano, Ed. Porrúa México 1957.

⁴⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1990, pág. 233.

artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.”⁴⁶

Es así como después de conocer diferentes conceptos de la averiguación previa, podremos determinar que la averiguación previa es el conjunto de actos vinculados a su vez por un conjunto de relaciones jurídico procesales anteriormente establecidas por la ley que se dan entre el Ministerio Público, el inculpado, la ofendida, los testigos, los peritos y la policía, tendientes a la investigación del cuerpo del delito y la probables responsabilidad del inculpado o probable responsable.

Así las cosas se establece que el órgano persecutor del ilícito penal es el Ministerio Público, la función se realiza en el Estado democrático, por la institución del procedimiento de la averiguación previa.

Para iniciar una averiguación previa por la presunta comisión de un delito, es necesario que se reúnan los requisitos de procedibilidad, tal y como lo establece el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales se desarrollaran en el siguiente tema.

4.2. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Se podrá definir a los requisitos de procedibilidad, como aquellos presupuestos procesales que autorizan al Ministerio Público a realizar la consignación de un indiciado al órgano jurisdiccional , y más aún, por extensión para tramitar adecuadamente una averiguación previa.

⁴⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto, La averiguación previa, Ed. Porrúa, México pág. 2

La *noticia criminis* – a través de la denuncia y la querrela – es el punto de referencia que abre la competencia del Ministerio Público, en la investigación del delito y en el procedimiento de la averiguación previa. Corresponde a situaciones fácticas encuadrables en algún tipo penal del código punitivo y atribuibles a un probable responsable de las mismas.

Significa que el acaecimiento de hecho posiblemente delictivos debe ser conocido por el Ministerio Público, por medio de la denuncia o de la querrela pues no está permitida en nuestro sistema penal la pesquisa que antes de 1917 se permitía al órgano investigador, que era el propio Juez, o sea indagar los ilícitos penales sin denuncia ni querrela, esto es que *mutuo proprio* se lanzaban a las calles dichos jueces, sin haber sido requeridos por denuncia ni querrela para investigar posibles y a veces hasta ficticios delitos, convirtiendo a dicho órgano investigador en una verdadera amenaza a la seguridad jurídica pues ello originaba detenciones y consignaciones de indicados sin que mediara la *flagrancia, caso urgente, denuncia ni querrela*, todo lo cual desembocó en abusos de autoridad y corrupción de parte de estos funcionarios que, a su voluntad, *ad libitum* y su capricho realizaban investigaciones penales y detenciones de supuestos indiciados, según sus propias voluntades, sistemas de represión del régimen de Porfirio Díaz.

En tal virtud, de la misma manera que los jueces están impedidos para abrir procesos penales sin el previo ejercicio de la acción, dados los principios procesales *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, por los peligros que se acaban de mencionar, igualmente al Ministerio Público le está prohibido realizar investigaciones de delito sin flagrancia, sin caso urgente, sin denuncia o sin querrela, requisitos de procedibilidad indispensables para esta función persecutora del delito a cargo del Ministerio Público; más aún si el Ministerio Público se atrevería a consignar con detenido a un inculpado sin la existencia de la denuncia o querrela, ello lo haría incurrir en un delito contra la administración de justicia.

Como se menciona en líneas arriba, los requisitos de procedibilidad, para dar inicio a una averiguación previa, y de los cuales menciona en artículo son los siguientes:

- a). Denuncia.
- b). Querella.

Teniendo establecido que los delitos se persiguen como ha quedado especificado en líneas arriba, diligencias que serán realizadas ante el Ministerio Público y que este a su vez debe cumplimentar los requisitos para que proceda ante el juez el seguimiento del mismo.

Lo mencionado con antelación es a lo que obliga el artículo 16 Constitucional, cuando a la letra señala: “ No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que proceda denuncia, o querella de un hecho determinado por la ley como delito.

Es importante mencionar que la Averiguación Previa se inicia y se establece con especial motivación, dentro del ámbito procedimental, con la **querella** que tiene elemento indiscutible y requisito especial, por medio de la **denuncia** o en su caso por la acción persecutoria de oficio; estos son los factores que representan las condiciones legales que deberán cumplirse para iniciar la averiguación previa, y en su caso ejercitar la acción penal, contra el probable responsable de la conducta delictiva.

En conclusión, se podrá señalar que la Averiguación Previa se inicia con los requisitos de procedibilidad que han quedado establecidos, motivo por el cual se analizará cada uno de los requisitos en comento en las siguientes líneas.

4.2.1. DENUNCIA

En un sistema de Derecho como el establecido en México, en el que se han establecido garantías individuales, se ha tenido especial cuidado en plasmar, situaciones relacionadas con la protección de la libertad del individuo.

Por seguridad jurídica y derivado del principio *ne procedat iudex sine actore*, en los Estados de Derecho no resulta conveniente que el Ministerio Público o la Policía judicial actúen *motu propri* investigando delitos, sin que preceda denuncia, querrela o fuera de los casos de excepción de la flagrancia o de caso urgente establecidos en los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 16 de nuestra carta magna.

Presentase la denuncia, como un requisito de procedibilidad inexcusable, para que las autoridades competentes puedan proceder a la investigación de un cuerpo de delito y de una probable responsabilidad del inculpado, tal y como lo menciona el artículo 16 Constitucional en sus párrafos segundo y séptimo.

CONCEPTO.

La denuncia es un acto de comunicación que realiza toda persona que tenga conocimiento de un hecho posiblemente delictivo perseguible de oficio y que informe al Ministerio Público, o es su caso a Policía Judicial. Se trata de un deber, ya que la denuncia es una obligación que corre a cargo de todo individuo que adquiera tal información. Pero si para el individuo la denuncia resulta ser un deber, también lo es para las autoridades que en ejercicio de sus funciones públicas se percaten o tengan conocimiento de un ilícito penal perseguible de oficio.

REQUISITOS DE FORMA.

Frecuentemente las denuncias mal hechas lesionan derechos de los denunciados o hacen incurrir en responsabilidad penal a quienes así las formulan, la denuncia debe contemplar determinados requisitos legales en su redacción con objeto,

primero de no lesionar la esfera jurídica de aquel a quien se involucre como interviniente en la comisión de los hechos probablemente delictivos, además para no hacer incurrir en algún delito.

Lo anterior en virtud de que en ocasiones la denuncia es medio para denostar y aun para calumniar al denunciado, situaciones inadecuadas que producen consecuencias no sólo para la persona a quien se denuncia, sino para el denunciante, para los representantes legales o asesores que les hubieran ayudado para elaborarla y, aún para la sociedad y el Estado que requieren de seguridad jurídica y de paz social.

La denuncia debe referirse a hechos delictivos perseguibles de oficio, dado, los de querrela, por ser ésta un derecho público subjetivo, únicamente pueden ser presentados por voluntad del querellante.

La denuncia debe presentarse por escrito ante el Agente del Ministerio Público. Por excepción, puede hacerse verbalmente cuando las circunstancias del caso lo ameriten, aunque de todas maneras dicha autoridad habrá de levantarla en el acta correspondiente que redacte; así mismo puede hacerse ante la policía que esté bajo autoridad y mando inmediato de la Representación Social.

Lo anterior en razón de la lucha en contra del delito el Estado ha autorizado en los Códigos adjetivos penales que dicha denuncia puede expresarse aún verbalmente, aunque lo usual es que se haga por escrito. En la hipótesis de que se presente verbalmente, el funcionario competente para recibirla, la hará constar en acta levantará bajo su presencia y firma, debiendo signarla quien la presente debiendo poner su huella digital, así como su domicilio.

Más aún, por seguridad jurídica, tanto es el supuesto de que la denuncia deberá verificar la identidad del denunciante y la autenticidad de los documentos en que se apoyen en la denuncia, haciéndole saber a quien la presente sobre la

trascendencia jurídica del acto que realiza, apercibiéndole sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, así como las modalidades del procedimiento de que se trata el delito perseguible de oficio, para lo cual requerirá al denunciante para que se produzca bajo protesta de decir verdad formulándole al efecto las preguntas que estime conducentes, dejando constancia de ello en el acta.

Por denuncia se entenderá como la relación de hechos constitutivos de delito formulada ante el Ministerio Público.

La averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de la denuncia o querrela, consecuentemente se prohíbe estrictamente la realización de las pesquisas, de las declaraciones u otros medios que vayan en contra del precepto constitucional marcado con el número 16 y que a la letra dice: “No podrá librarse orden de aprensión, sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito. . . . “ es por eso que todas las autoridades que ejecuten funciones de Policía se abstendrán de indagar aquellos que hayan sido denunciados o querrellados.

Los únicos medios con que se inicia la investigación y con ello el procedimiento penal son: denuncia, acusación y la querrela; la primera reservada a los delitos de persecución oficiosa y la querrela a los delitos privados de persecución pública, por denuncia o de oficio, deben concebirse como sinónimos, toda vez que en la práctica en la integración de averiguaciones previas y en la persecución de delitos de oficio, siempre figura el Ministerio Público como autoridad investigadora; el ofendido o un tercero como denunciante y como probable responsable de una o varias personas y nunca se olvidará al Ministerio Público con doble carácter de autoridad investigadora y denunciante por hechos o conductas delictuosas de que pudiera tomar conocimiento personalmente.

Por lo anterior se podrá afirmar que la denuncia es el relato de hechos constitutivos de algún delito de persecución oficiosa que hace cualquier persona ante el Ministerio Público.

La denuncia se podrá hacer verbalmente o por escrito, proporcionando, el denunciante, en ambos casos todos aquellos datos y elementos de prueba que estén a su disposición a fin de facilitar la Averiguación que corresponda, así como los datos personales que sirvan para tenerlo plenamente identificado para los efectos de que se le pueda exigir la responsabilidad penal en que pudiera incurrir en caso de que se conduzca con falsedad en sus declaraciones.

A la denuncia se le considerará como la comunicación o notificación que da cualquier persona a la autoridad competente, sobre determinado hecho, posiblemente constitutivo de algún delito perseguible de oficio, esta noticia puede provenir de tanto de la víctima, de un tercero, de un particular e incluso de un menor de edad.

La denuncia es el acto por el cual, cualquier persona que haya o no resentido los efectos del delito, hace de conocimiento del Ministerio Público, la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o configurar un delito. Pero una vez presentada la denuncia, sólo será la autoridad Ministerial la que se encargue de cumplir oficiosamente sus funciones, así como de averiguar en el caso de ejercer la acción penal sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término a procedimiento iniciado. Es así como se concluye con el análisis de uno de los requisitos de procedibilidad, en comento y se continua con el estudio de la querrella.

REQUISITOS DE FONDO.

Corresponde al Ministerio Público como facultad indelegable investigar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; de acreditarse estos elementos, el Representante Social habrá de hacer la correspondiente

consignación al órgano jurisdiccional. Por lo tanto en la averiguación previa sólo aquél tiene competencia para determinar la tipificación del delito y la probable responsabilidad del inculpado, conforme a los hechos y pruebas desahogadas en la indagatoria, por consecuencia al denunciante no le corresponde hacer en su denuncia la clasificación del delito.

4.2.2. QUERELLA

La función represiva del Derecho Penal es la expresión más drástica del poder político del Estado, que corresponde al deseo de proteger a la sociedad de manera eficaz y justa en casos extremos, es decir, si bien acepta y tolera tal forma de sancionar, el Estado no debe intervenir de esta manera ante cualquier perturbación de la vida social o determinados casos, por ejemplo en ciertas hipótesis privadas sin la voluntad del ofendido (delitos de querella), sino que debe limitarse a la tutela de bienes fundamentales de la comunidad perseguibles de oficio que así, por trascendencia y valor públicos, lo requieran.

El empleo del *ius puniendi* debe ser, siempre la *ultima ratio* del orden jurídico y, para el caso de su implantación, debe respetarse al individuo su derecho público subjetivo de la querella para aquellos sucesos delictivos íntimos de cuya persecución habrá de decidir a su entera voluntad.

Si la acción como derecho público subjetivo, como garantía individual pertenece al gobernado y en lo penal, en su lugar su ejercicio corresponde como deber para el Ministerio Público, en principio este tendría que limitar a cumplir con dicha obligación tan sólo en los casos en que así se lo exigiera el ofendido por el delito o titular de tal derecho.

Para mejor preservar del delito al Estado y a la sociedad, por política criminal lo que debería ser excepción a ese lógico operar de la norma contemplante del aludido derecho de acción, se ha convertido en regla general; esto es que en la

mayoría de los casos el Ministerio Público cumple con el deber de ejercitar la acción penal, aún en contra de la voluntad del titular del derecho u ofendido.

Ocurre así, porque el órgano oficial acusador no representa tan sólo al individuo lesionado por una conducta criminal, sino, también a la sociedad que se reputa igualmente afectada por el ilícito penal, por lo que habrá de cumplir con su deber de accionar, porque su obligación normativa no es en exclusiva para con el particular ofendido, sino con el Estado titular del *ius puniendi* y por lo tanto con toda la colectividad.

Por lo tocante a los delitos perseguible por querrela, se requiere el ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público. Esto es, de manera taxativa la Doctrina del Derecho Penal y correspondientes derechos constitucional y procesal penal han hecho un catálogo de delitos, cuyos efectos son considerados menos lesivos a la sociedad o, si se prefiere, que afectan particularmente al ofendido en lo particular y no, así, a la comunidad en general; al afectado por dichos delitos no se permite tampoco accionar y pretender directamente ante el tribunal, aunque sí, en cambio primero se le permite coadyuvar con el Representante Social, además se le respeta su voluntad de decidir si se ejercita o no la acción penal en su más puro y simple aspecto, lo cual explica aquí el normal desarrollo jurídico de la norma estatutaria de la acción, es decir en esta clase de delitos la Representación Social cumplirá con el deber ser de la norma, sólo cuando así se lo exija el titular del derecho subjetivo de la acción preceptuado, y que es el gobernado afectado por el ilícito penal.

CONCEPTO.

La querrela es un derecho público subjetivo que corresponde al gobernado como garantía individual. De ello resulta que el individuo nace y muere con este derecho, sin que sea válida la renuncia que de él hiciera su titular, sin que mucho menos pueda el Estado cancelárselo o desconocerlo de su estatuto personal.

Se trata de un derecho potestativo del que lógica y jurídicamente puede disponer la persona a su voluntad, sin que sea válido que alguien, aunque fuera autoridad, le pudiese conminar a que la presentara o no, o a que perdonara o no al indiciado respecto de la querella.

Lo anterior se debe a que el Estado ha reconocido que existen situaciones personales cuya disposición particular del individuo le pertenece, respecto de las cuales se debe que si el Estado interviniese de oficio, tal persecución podría en tales circunstancias acaso causar mayor daño a la víctima que al recibido por la conducta y resultado delictivo, tal como se expresa en el presente trabajo de investigación ya que como se ha mencionado al lo largo de esta investigación ya que en como se ha expuesto denunciar una violación entre cónyuges o concubinos puede crear no solo problemas a la pajera sino también a los miembros de la familia, tales como a los hijos que son los que de primer momento reciben los impactos de accionar el órgano investigador del delito, ya que puede culminar con un núcleo familiar totalmente disfuncional.

La existencia de la querella viene a significar tanto como el reconocimiento por parte del Estado del derecho público subjetivo que el particular tiene de la acción, con relación a ciertos tipos de delitos que por exclusión no son perseguibles de oficio, al considerarse que, normalmente, no afectan a la colectividad, sino tan sólo al ofendido.

Esto es, por un lado tenemos que la querella restringe el poder punitivo y jurisdiccional del Estado, por el otro, debe entenderse que ello operará tan sólo en esos tipos de delito considerados como leves, que en apariencia no ofenden a toda la sociedad, sino sólo a la víctima.

Se considera en el presente trabajo de investigación que también debe operar con relación a hechos delictivos cuya persecución y proceso puede inferir otro perjuicio más grave al pasivo, que el producido por la comisión del propio delito; tal y como

se puede observar en la práctica, en los casos de naturaleza íntima y delicada, en los que el enjuiciamiento del delicado o su publicidad en los medios puede ser más perjudicial que la lesión ocasionada por el ilícito, o que haga más daño que justicia consistente ésta en la imposición de la sanción restauradora del orden normativo violado.

La querrela es un derecho público subjetivo del gobernado, por el cual decide a su arbitrio y entera voluntad, la persecución o no del delito por parte del Ministerio Público en la averiguación previa, así como de la pretensión punitiva en el proceso penal, por medio del perdón. Nuestra Carta Magna reconoce el derecho subjetivo de la querrela al gobernado, sin cuyo ejercicio no procede el inicio de la averiguación previa, ni en consecuencia, el ejercicio de la acción penal, ni menos aun el inicio del proceso.

La querrela es el medio idóneo reglamentado por la ley, en virtud del cual se reconoce al ofendido, el derecho público subjetivo que proviene de la norma jurídica que estatuye la acción incluyendo la pena, para que a su arbitrio disponga del mismo, no pudiendo el Ministerio Público cumplir con su deber de accionar sin que antes así se lo hubiere hecho saber y exija si titular, esto no significa que de forma inversa, el Estado no reconozca al particular tal derecho público subjetivo respecto de los delitos que se persiguen de oficio, sino que en estos casos, el Ministerio Público tiene el deber de accionar penalmente aún contra la voluntad de dicho titular, por considerar que los efectos de la comisión delictiva no sólo lesionan a éste, sino a toda la colectividad, cuyos integrantes tienen interés en que el delito no quede impune.

La querrela deberá expresarse por su titular como concreta voluntad indubitable, daba en ese sentido, dirigida al Ministerio Público, para que éste a su vez dé curso a la averiguación previa donde se pruebe, primero, que el caso es de lo que se promueven a instancia de parte y, después los multicitados requisitos del artículo 16 Constitucional, es decir el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del

inculpado, y así realizar la correspondiente consignación del indiciado al juez penal para que este sustancie la instancia relativa.

En términos generales la querrela se puede definir como la narración de hechos presumiblemente delictivos hecha por la parte ofendida ante el órgano investigados, con el fin de que se castigue al autor de los mismo.

Del párrafo anterior se desprenden los siguiente elementos:

1. **LA NARRACIÓN DE HECHOS PRESUMIBLEMENTE DELICTIVOS**, es decir se requiere de la narración de cómo sucedieron los hechos que posiblemente constituyan un delito, esta narración puede ser de manera verbal o presentarse por escrito, concretándose a describir los hechos supuestamente delictivos sin darles una clasificación jurídica.
2. **REALIZADA POR LA PERSONA OFENDIDA**, esto atendiendo a que el legislados ha considerado que existe una serie de delitos en donde la publicidad de los mismos puede causar mayor daño al ofendido, que la ocultación de los mismos, por lo que se le concede la oportunidad de querellarse o no, según su criterio.
3. **ANTE EL ÓRGANO INVESTIGADOR**, es decir dicha narración debe hacerse el órgano investigador (Ministerio Público) ya que es el facultado para llevar a cabo la investigación de los elementos del tipo penal.
4. **POR PARTE OFENDIDA**, se entiende por parte ofendida, a aquella que haya sufrido algún perjuicio con motivo de los hechos denunciados. Es importante mencionar que cuando el ofendido sea un incapaz, son los ascendientes, y a falta de éstos, los hermanos los que representen legalmente quienes podrán formular la querrela en su nombre.

Se denomina querrela a la formalidad que debe satisfacer para que se persiga y castigue al delincuente clasificado procesalmente a estos ilícitos como “Delitos a instancia de parte ofendida”.

Las facultades persecutorias del Ministerio Público, sólo se ejercitan si existe petición que autorice para investigar sobre la existencia del delito y la probable responsabilidad del denunciado.

Es considerada como la denuncia, por la relación de los hechos constitutivos del delito formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.

Es una institución procedimental comprendida dentro de los requisitos de procedibilidad.

Es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que éste sea perseguido.

Para el maestro Osorio y Nieto “es una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido o sus representantes, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la Averiguación Previa correspondiente, y en su caso se ejercite acción penal.

Mediante la querrela, la participación del Ministerio Público es directa, es decir, que este toma conocimiento de un delito no perseguible de oficio, inicia e integra su Investigación Ministerial y ejerce la acción penal y consecuentemente realice su función constitucional y en caso de reunir los elementos de los que habla el artículo 16 de la Constitución y si no opera el perdón o alguna otra causa extintiva, ejercerá la acción penal correspondiente.

La formulación de querrela, no necesita cumplir requisitos solemnes para que tenga validez como acto procesal, basta que el ofendido, por sí, por conducto de su representante legal o apoderado, comparezca ante la autoridad investigadora y puntualice los hechos delictivos que ha sido objeto, con ello se satisface la formalidad.

El derecho de querrela, es un derecho subjetivo público; es un derecho potestativo que tiene el ofendido; un menor de edad lo puede hacer; es un requisito de procedibilidad.

Es así como se concluye con el tema en comento para continuar con el tema denominado:

4.2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERRELA.

Para determinar la naturaleza jurídica de la querrela se tomarán en cuenta la opinión de diversos autores tales como los que a continuación se señalan:

FLORIAN, dice que “ésta es una condición de procedibilidad; una institución existente en el ámbito del proceso”⁴⁷

El maestro **CUELLO CALÓN** sostiene que “esta es una condición de punibilidad porque el ejercicio de la acción penal sólo opera mediante la intervención de la víctima del delito”⁴⁸

Para **SÁNCHEZ COLÍN** expresa que “es un requisito de procedibilidad ya que no obstante estar integrada al delito, la actuación del órgano jurisdiccional está

⁴⁷ MARTINEZ Garnelo Jesús, La investigación ministerial previa, 6ª edición Editorial Porrúa, México 2002 Pág. 340.

⁴⁸ Idem

condicionada a la manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder”⁴⁹

OSORIO Y NIETO, refiere que “es una institución de carácter procedimental mediante la cual, merced a una manifestación de voluntad expresada por el sujeto pasivo u ofendido se pone en movimiento la actuación del Ministerio Público, quien en su caso provocará la función jurisdiccional.”⁵⁰

En cuanto a la naturaleza jurídica la querrela tiene dos vertientes:

a). Especto general de la materia. Se le considera como condición objetiva punibilidad, como lo es para el profesor Mazini, y como un sustituto procesal (presupuesto procesal).

b). Es una condición objetiva de punibilidad comprendida dentro del derecho penal substancial; para los autores Massari y Pannani el Estado está limitado en su potestad punitiva al dejar al sujeto pasivo del delito para poner en movimiento su acción.

4.2.2.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA QUERRELLA.

El maestro Osorio y Nieto, dice que como derecho, se encuentra justificado por dos razones; una relativa a la carencia de interés directo por parte del Estado para perseguir el ilícito penal, por la naturaleza misma de éste y cuando existiendo un posible interés directo, se da prioridad a la voluntad de la víctima o del ofendido para poner o no en movimiento la actividad del Ministerio Público principalmente por razones de publicidad.

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Idem

En conclusión, la querrela es un derecho que integra la esfera jurídica de la libertad de los particulares, y para cumplir con esa formalidad basta con que comparezca el afectado y manifieste los hechos delictivos de que fue objeto.

Es importante mencionar que si no hay querrela de parte ofendida, el Ministerio Público está impedido para investigar el delito, ejecutar la acción penal y acusar al responsable para que se le castigue.

EXTINCIÓN DE LA QUERRELLA.

En los delitos perseguibles por querrela, la acción penal se extingue en los siguientes casos:

- I. Muerte del agraviado
- II. Muerte del responsable
- III. Por prescripción
- IV. Por perdón del ofendido.

1. MUERTE DEL AGRAVIADO, como el derecho de querrellarse corresponde expresamente al agraviado, su muerte lo extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercitó y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación Previa, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir al delincuente.

En caso de que muera el representante del particular o de una persona moral con facultad para querrellarse, el derecho no se extingue debido a que la titularidad de ese derecho corresponde al ofendido y no a su representante, a quien solo se le delega facultades para hacerlo valer,

2. MUERTE DEL RESPONSABLE, la muerte del ofensor extingue el derecho de querrela, lo anterior por falta de objeto y finalidad y puede darse en cualquier momento del procedimiento, Con la muerte del sujeto activo, la acción del Estado, tanto en la etapa del ejercicio de la acción penal como de la institución o bien en Sentencia de primera instancia.

La autoridad correspondiente al tener los medios probatorios que lo demuestren declara de oficio o a petición de parte, extinguida la acción penal, ya que los efectos de la acusación y los de aplicación de la pena se diluyen puesto que no existirá sujeto a quien se le imponga sanción alguna.

3. LA PRESCRIPCIÓN, Se aplicará tomando en consideración básicamente si el delito es sancionable con pena pecuniaria corporal o alternativa, el requisito de procedibilidad que le corresponde si existe acumulación, fecha de la última actuación en averiguación de los hechos y el término medio aritmético de las sanciones para resolver .

4.EL PERDÓN DEL OFENDIDO, y es así como se da pauta al estudio completo del perdón del ofendido el cual se desarrollará en las líneas que continúan.

4.3. PERDÓN DEL OFENDIDO.

Es necesario establecer el concepto de perdón del ofendido y para tal efecto el maestro GONZALEZ DE LA VEGA, dice que “Es un acto por el que el ofendido hace remisión del agravio o manifiesta su voluntad de que inicie o no se continúe el procedimiento contra el culpable”

Es decir es una manifestación de la voluntad expresada por persona facultada para hacerlo, manifestando a la autoridad correspondiente, que no desea que se persiga al que lo cometió.

El perdón para el maestro **COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO**, es “el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial manifiesta a la autoridad correspondiente, que no desea que se persigan al que lo cometió”⁵¹.

FORMA DE OTORGAR EL PERDÓN

Puede manifestarse el perdón de forma verbal o por escrito; en el caso que se verbal, debe asentarse por escrito, no requiere para estos fines formalidad especial, bastará que lo manifieste, esto es “QUE SE DESISTE DE LA QUERRELLA POR CONVENIR A SUS INTERESES”, aunque algunos autores sostienen que el perdón debe ser expreso, ya que cualquier manifestación en la cual no conste expresamente la voluntad de perdonar no puede surtir los efectos legales del perdón.

4.3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PERDÓN

El perdón es independiente de toda idea de reparación. Es una institución de naturaleza procedimental extintiva de la acción penal que inhibe al órgano investigador de proceder o continuar la averiguación de los hechos constitutivos de delitos perseguibles por querrela; hace cesar la actividad jurisdiccional o pone fin a los efectos de la sentencia.

Es importante mencionar que una vez otorgado el perdón, no puede legalmente revocarse, ello independientemente de la razón, condición o circunstancia que se alega ya que la legislación penal establece el perdón como causa extintiva de la responsabilidad penal y la revocación del perdón, no puede invocarse como

⁵¹ Cit. Por. Jesús Martínez Garnelos. La investigación ministerial previa. Editorial Porrúa, 6ª. Edición México 2002, Pág. 350.

motivo válido para que renazca una responsabilidad extinta por disposición categórica.

4.3.2. DIVISIBILIDAD DEL PERDÓN.

El perdón es divisible en cuanto a que no existe norma expresa que determine lo contrario. No hay una razón lógica atendible que justifique la indivisibilidad del perdón el artículo 91 del Código Penal para el Estado de México, señala que cuando existe pluralidad puede cada uno de ellos otorgar el perdón, en cuyo caso sólo surtirá efectos por lo que respecta a quien lo otorga; agrega el citado numeral, que el perdón únicamente beneficia al indiciado en cuyo favor se concede, excepto que el ofendido hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, supuesto en el cual el perdón beneficiará a todos los inculcados y a los encubridores.

4.3.3. ACEPTACIÓN DEL PERDÓN.

Para que opere el perdón el indiciado no se opondrá a su otorgamiento, es decir, que lo acepta, ya que puede considerarse inocente exento de toda responsabilidad y prefiera que el procedimiento continúe hasta que la autoridad declare legalmente su situación legal. Por tal razón la aceptación del perdón debe ser mediante declaración categórica del indiciado, aceptando o rechazando el perdón pero en forma expresa.

El perdón puede manifestarse de forma verbal o por escrito. En caso de exposición oral debe asentarse por escrito. No requiere formalidad especial ni frase sacramental alguna, aún cuando debe ser expreso.

Cualquier manifestación en la cual no conste expresamente la voluntad de perdonar, no solo puede surtir efectos legales de perdón.

4.3.4. FACULTADES PARA OTORGAR EL PERDÓN.

- **EL OFENDIDO**, dada la naturaleza especial de los delitos que se persiguen por querrela, el perdón o consentimiento del ofendido determina la cesación del procedimiento o la ejecución de la pena, extinguiéndose el derecho de querrela.
- **LOS REPRESENTANTES LEGÍTIMOS O VOLUNTARIOS**, una vez reconocidos ante la autoridad como tales y una vez que lo acrediten estarán autorizados para tal efecto mediante poder general con cláusula especial o mediante poder especial para el caso concreto.

4.4. IMPORTANCIA DE LA PROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DEL PERDÓN.

Como se puede observar, a través del desarrollo del presente trabajo de investigación, concretamente en el tema que a continuación se desarrolla, en el cual se plantea la importancia de la procedencia del otorgamiento del perdón en el delito de violación cuando ocurre entre cónyuges o concubinos, para el Estado de México, con todos y cada uno de los temas que integran la presente investigación y de la cual se considera que con el actual requisito de procedibilidad establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no es el conveniente.

En el tema en concreto se subraya que existe un sentimiento visceral por parte de la víctima en delito de violación cometido entre cónyuges o concubinos, sentimiento que es el que sin pensar en el alcance de la norma penal, la supuesta víctima lo único que busca es un pretexto para hacer uso del derecho penal como medio de solución a rencillas que como parejas (hablando de las que han formado núcleo familiar), presentan con la convivencia en común, pero que esto es lo que origina ese sentimiento visceral que con el tiempo va creciendo llegando al

momento de planear un supuesto delito por parte de la ofendido para poder descargar su ira y así usar al derecho penal como el instrumento para satisfacer el animo de venganza por rencillas que como ya se menciono son originadas por la misma convivencia de la pareja en el núcleo familiar.

Lo importante es hacer notar que el derecho no puede ser tomado como instrumento de venganza, de los particulares ya que esa no es la finalidad, y al conocer el verdadero alcance del derecho penal y saber la ofendida que no puede retroceder ya iniciada la averiguación previa o bien ya en el proceso, el ofendido pretende otorgar el perdón a su cónyuge o concubinario por que la situación está violentando el orden familiar que imperaba antes de las rencillas entre los cónyuges o concubinos, y que dañan principalmente el desarrollo de los hijos ya que son los principalmente afectados.

Un punto importante y que por cuestiones de metodología no se desarrollará en el presente trabajo de investigación, pero que no se desconoce es la ineficacia de la pena de prisión, ya que si se continua con la errónea idea de que la prisión es el medio de por el cual el sentenciado obtendrá una verdadera readaptación social, y peor aún que sea el medio para satisfacer un sentimiento visceral de los cónyuges o concubinos, se estaría en el proceso de creación de verdaderos delincuentes ya que su ingreso al centro de Readaptación Social se pudo haber evitado y mejor aún se evitaría el daño al núcleo familiar por un supuesto delito.

Ahora bien conociendo la realidad que se vive en los Reclusorios es más factible que la persona que fue condenada e ingrese al Centro de Readaptación Social no obtenga una Readaptación Social y al cumplir con su condena y tenga contacto con la Sociedad este tenga un resentimiento y nuevamente surja en el ese sentimiento visceral, del cual se ha venido hablando a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación, surgiría un delincuente ya que dentro del Centro de Readaptación Social convivió con verdaderos delincuentes.

Así las cosas al Estado le interesa mantener un orden social, y para obtener esto es por lo que impone sanciones a los individuos que lesionan o colocan en un riesgo o peligro bienes jurídicos que tutela el Estado, pero no se debe perder de vista que la familia es un bien que de igual forma tutela el Estado y sería el mismo Estado quien esta afectando a la familia y como consecuencia de esto la familia estaría en un grave problema ya que se perdería la estabilidad emocional principalmente y repercutiría precisamente en el grupo social.

Si bien es cierto que en México la base de la sociedad es la familia, es esta a la que es Estado debe procurar, por lo que resulta conveniente que el delito de violación cuando se cometa entre cónyuges o concubinos, se persiga por querrela de parte ofendida y así pueda operar a favor del probable responsable el perdón de la parte ofendida, y así evitar un rompimiento con los integrantes de la familia, evitando de alguna manera la creación de un verdadero delincuente.

Es realmente alarmante que en el Estado de México se siga considerando que el delito se persiga de oficio para determinar sobre la libertad del procesado, cuando la parte ofendida por razón de la relación sentimental que existe con aquel, no le es pertinente que se le condene cuando no solo repercute en la ofendida sino también para la familia, concretamente la afectación que recae en los hijos de estas parejas.

Es por lo que en el presente trabajo de investigación se propone que opere el perdón de parte ofendida es para no crear más problemas en el núcleo familiar ya que los más afectados por esta situaciones son los hijos, y pensando a futuro los hijos de estas relaciones serían niños problema ya que su núcleo familiar esta totalmente afectado.

Es preocupante que el Estado permanezca inmóvil a los cambios que el grupo social presenta, motivo por el cual con el con el presente trabajo de investigación se pretende aportar en la medida de lo posible una alternativa para que el núcleo

familiar no sea resquebrajado, cuando la ofendida denunció solamente por un sentimiento de odio, coraje, o simplemente una venganza o para obtener algún beneficio personal.

Uno de los temas que se desarrollan en el presente tema es la familia, institución originada por el matrimonio o el concubinato, figuras que su principal función es la de lograr la integración de los miembros de la familia, y dentro de esta un desarrollo normal de los miembros del núcleo que finalmente esto se vería proyectado en la sociedad, ya que los hijos de padres con este tipo de problemas, son hijos que en un futuro traerán problemas más graves a la sociedad.

Es por lo anterior que el tema es importante ya que lo que se pretende es que la familia siga cumpliendo con la finalidad con la que se ha ido desarrollando y es precisamente el de otorgar a todos sus integrantes una adecuada educación y principios.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Una vez establecidas las consideraciones pertinentes sobre el tema de investigación se establece que es la familia una institución originada por el matrimonio o el concubinato, figuras que contribuyen de sobremanera en la función de lograr la integración, educación, formación, adquisición de principios morales de cada uno de los miembros de la familia.

SEGUNDA: Debe quedar en el pasado la idea de que la pena de prisión es el mejor instrumento para que el condenado obtenga una Readaptación Social ya que es una realidad sabida que el sistema penitenciario no esta cumpliendo con la finalidad para la que fue creado, motivo por el cual es necesario que el uso de la pena sea verdaderamente racional, y no atienda a sentimientos viscerales de algunas personas.

TERCERA: En el delito de violación cometido entre cónyuges o concubinos, es necesario que como requisito de procedibilidad sea por querrela de parte ofendida ya que en algunas ocasiones y atendiendo a sentimientos totalmente viscerales y sobre todo tomando en consideración que no se afecta el bien jurídico tutelado que en esta caso es la libertad sexual de las personas.

CUARTA: Es de suma importancia establecer que se parte de la hipótesis de que la víctima con su consentimiento tiene relaciones sexuales con su pareja, pero con la intención de causarle un perjuicio, ya que dentro de el plan de venganza por alguna rencilla con su pareja está el llevar acabo la cópula para después poder denunciar el delito de violación, y más aún cuando la supuesta víctima se produce.

las lesiones para que efectivamente se cumpla con los elementos que exige el tipo penal de violación.

QUINTA: El derecho penal debe ser un instrumento de seguridad jurídica sin perder la racionalidad en sus disposiciones y sanciones para llegar a un verdadero Estado de Derecho, motivo por el cual se considera que entre menos sean los delitos que merezcan pena de prisión la sociedad sufriría menos daños, ya que los individuos que llegan a permanecer dentro de un Centro de Readaptación Social y logran salir de éste lo hacen con grados muy elevados de peligrosidad.

La sanción punitiva y desmedida, no corrige ni previene la delincuencia, por el contrario es un factor de la delincuencia, y es aquí en donde se determina que el delito y la imposición de la sanción penal deberán ser procedentes para salvaguardar bienes jurídicos fundamentales del ser humano y de la convivencia social.

SEXTA: Se propone como requisito de procedibilidad en el delito de violación cuando este ocurre entre cónyuges o concubinos para que se imponga únicamente la pena y medidas privativas de la libertad que sean necesarias para conservar lo menos dañada a la familia, principalmente a los hijos de estas familias ya disfuncionales, pero sobre todo para que existan alternativas penales tratándose de la calidad especial de los sujetos para que se respete el orden familiar.

SÉPTIMA: Como quiera que sea, la cárcel preventiva origina una serie considerable de lesiones jurídicas a quien las sufre, pues aunque se siga que previamente esta preso, resulta que ello le hace perder su trabajo, su dignidad, su familia, su libertad, su patrimonio en si todo su entorno.

ES IMPORTANTE HACER NOTAR QUE NO SE PRETENDE UNA DESPENALIZACIÓN SINO UNA RACIONALIDAD DE LA PENA COMO SANCIÓN EN EL DELITO EN ESTUDIO.

BIBLIOGRAFÍA

1. CHAVEZ Asensio, Manuel F. La familia en el Derecho. 5ª. edición Editorial Porrúa México 1999, 547 p.
2. EDGARDO Alberto, Donna. Derecho Penal, parte especial, Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 1999, 541p.
3. ESQUIVEL Obregón T. Apuntes para la historia del derecho Mexicano. 2ª. edición Editorial Porrúa, México 1984, 923 p.
4. GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil primer curso, parte general personas familia. 16ª. edición Editorial Porrúa, México 1997, 790p.
5. MARCIEL Planiol, Georges Ripert. Derecho Civil. 3ª. edición Editorial Pedagógica Iberoamericana, París 1946, 923 p.
- *6. MARGADANT Floris, Guillermo S. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 14ª. edición Editorial Esfinge, Naulcalpan México 1997,
7. MARGADANT Floris, Guillermo S. Derecho Privado Romano. 11ª. edición Editorial Esfinge S.A., México 1982, 530 p.
8. MARTINEZ Roaro, Marcela. Derechos y Delitos sexuales y reproductivos. Editorial Porrúa, México 2000, 600 p.
9. MARTINEZ Roaro, Marcela. Delitos sexuales. 4ª. edición Editorial Porrúa, México 1997, 355 p.
10. OSORIO y Nieto, César Augusto. La averigación previa. 13ª. edición Editorial Porrúa, México 2002, 679 p.
11. REYNOSO Dávila, Roberto. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, México 2000, 244 p.
12. ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, Introducción, personas y familia. 19ª. edición Editorial Porrúa, México 1983, 509 p.
13. SALVATIERRA Barragán, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial Mc Graw Hill México 1999, 580 p.

14. SÁNCHEZ Márquez, Ricardo. Derecho Civil, parte general, personas y familia Editorial Porrúa, México 1998, 559 p.

15. ZAMORA Jiménez, Arturo. Manual de Derecho Penal, parte especial, análisis de los delitos en México. Editorial Ángel Editor, México 2002, 609 p.

LEGISLACIONES

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

4.- Código Penal para el Estado de México.

5.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

6.- Código Penal de Morelos.

7.- Código Penal de Baja California.

8.- Código Penal de Puebla.