



Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLAN"

ESCUELA DE DERECHO

Consideraciones Sociológico-Jurídicas
para la Derogación del Artículo 262
del Código Penal, Relativo al Delito
de Estupro.

M-0018246

ALEJANDRA LOPEZ RUIZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

El Sr. Adolfo López Silva y la
Sra. Tomasa Ruiz de López, a
quienes quiero tanto, como una
muestra de gratitud por su ayu-
da y apoyo, que hicieron posi-
ble la culminación de mis estu-
dios.

A MIS HERMANOS:

**Jesús, Estela, Adolfo, Carmen,
Graciela, Ricardo, Lety, Lupi-
ta y Martita, con cariño y por
su apoyo para la realización
de mi carrera.**

A MI ESPOSO:

**El Sr. Lic. Andrés Jesús Sotelo Velázquez,
con todo mi amor, en reconocimiento a su
ayuda y aliento.**

AL LIC. JORGE GUILLERMO HUITRON MARQUEZ:

**Como reconocimiento a su positiva y
amable asesoría para el desarrollo
de este trabajo.**

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

A lo largo de este trabajo trataré de hacer un breve estudio de la descripción que hace el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 262, relativo al delito de estupro, y resaltaré puntos de vista que nos lleven a la conclusión de que en las actuales condiciones sociales resulta irrelevante el precepto citado, en la medida en que han transcurrido cerca de 50 años desde su creación y durante ese tiempo se han presentado cambios a un ritmo acelerado en todos los aspectos de la vida social, favoreciendo a la mujer a quien hoy en día se le reconoce la igualdad en todos los aspectos con respecto al hombre, no necesitando de la protección penal que pretende dársele a través del delito de "estupro".

Alejandra López Ruiz.

CONSIDERACION SOCIOLOGICO-JURIDICAS PARA LA DEROGACION
DEL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL, RELATIVO AL DELITO
DE " ESTUPRO ".

CAPITULO I.- EL DERECHO PENAL.

a) Definición.

La mayoría de los autores suelen dividir al Derecho Penal en subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo es la facultad o derecho que tiene el Estado de castigar, función propia del Estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos, sancionarlos con penas y ejecutar éstas por medio de los organismos correspondientes. En resumen, puede definirse al Derecho Penal Subjetivo como: El Derecho del Estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medios de lucha contra la delincuencia.

En sentido objetivo el Derecho Penal es la Ley o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe, es el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado, estableciendo los delitos y sus penas, en una palabra es la Ley Penal. En resumen, puede definirse al Derecho Penal en sentido objetivo como: El conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

El Derecho Penal Subjetivo se encuentra limitado por la Ley,

el Estado en ejercicio del Derecho de castigar tiene que limitarse a sí mismo, fijándose el supuesto y el contenido de su actuación, o sea que debe fijarse el delito y la pena.

El Derecho Penal Objetivo es la medida del Derecho Penal Subjetivo.

Manzini niega el Derecho Penal Subjetivo y afirma que el derecho de castigar no es un derecho, ni una facultad del Estado, sino un atributo del poder soberano del estado, por lo que afirma que más que un derecho o facultad del Estado, puede hablarse de un deber que dá nacimiento a una función.

Para Luis Jiménez de Asúa, el Derecho Penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del estado; estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (1)

Fernando Castellanos Tena lo define como la rama del Derecho Público Interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto la creación y conservación del orden social. (2). Definición que aceptamos por ser la más completa, clara y la que más se adecúa al sistema jurídico mexicano.

(1).- Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I Pág.31

(2).- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 19

b).- Derecho Público Interno.

El derecho penal ha sido ubicado generalmente como una rama del Derecho Público Interno, por lo que se hace necesario estudiar primero qué debe entenderse por Derecho Público Interno y enseguida qué aspectos se han tomado en consideración para señalar al Derecho Penal como una rama de aquel.

Respecto a la primera parte del problema cabe hacer la aclaración de que se trata de un tema muy discutido y en el cual aún no se ha llegado a un acuerdo que deje satisfechos a todos los juristas, ya que entre los más distinguidos apreciamos la existencia de posturas contrarias.

Encontramos por ejemplo las tesis de autores como Gurvitch quien niega la posibilidad de establecer un criterio de diferenciación válido, de acuerdo con notas de naturaleza material; Hans Kelsen por su parte sostiene que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, derecho Público; y Leon Duguit quien cree que tal criterio de diferenciación posee únicamente un interés práctico.

Sosteniendo la postura contraria encontramos autores como Gustavo Radbruch, para quién los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado tienen el rango de categorías apriorísticas de la ciencia del derecho.

El criterio de diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado es como muchas otras creaciones jurídicas, obra de los

juristas romanos quienes definían al Derecho Público como: El que atañe a la conservación de la cosa romana; y al Derecho Privado como: El que concierne a la utilidad de los particulares. Esta doctrina se encuentra sintetizada en la sentencia del jurisconsulto Ulpiano "Publicum jus quod ad statum rei romanae; privatum quod ad singulorum utilitatem".

Esta concepción es conocida como tradicional y también como teoría del interés en juego, de tal modo que la pertenencia de un precepto al Derecho Público o al Derecho Privado dependerá de la naturaleza de un interés colectivo o que beneficie a la comunidad y de Derecho Privado cuando se refieran a intereses particulares, es decir lo que tiene el individuo para sí antes que para nadie.

Contra tal criterio se han manifestado distinguidos juristas; quienes consideran que tal criterio, además de ser sumamente vago, desconoce la relación que existe entre el interés público y el privado los cuales se confunden de tal modo que resulta sumamente difícil señalar en cada caso en donde termina el interés privado y en donde comienza el público. Kelsen, por ejemplo, sostiene que no es posible hablar de normas exclusivamente destinadas al logro del interés individual ya que toda norma tiene como finalidad la realización de intereses tanto públicos como privados. Quizá la crítica más fuerte contra esta teoría sea la que se le hace en el sentido de que la determinación de la naturaleza privada o pública de una norma queda completamente al arbitrio del legislador quién hará tal determinación según sus convicciones y resultará sujeta a consideraciones extrajurídicas de oportunidad, primordialmente de carácter político,

que le restarán valor científico.

Eduardo García Maynez considera este problema como el error más grave de la teoría clásica y explica "Quién dice interés, en el sentido propio del término, alude a la apreciación que una persona hace de determinados fines. Tener interés en algo significa atribuir valor o importancia a su realización (independientemente de que resulte o no intrínsecamente valiosa). De aquí que todo interés sea, por esencia, subjetivo". "El error consiste en proponer como criterio de una clasificación que pretende valor objetivo, una noción esencialmente subjetiva". (3)

La doctrina más aceptada y que es conocida como teoría de la Naturaleza de la Relación considera que el criterio de diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado debe buscarse en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen.

De acuerdo con esta doctrina serán de Derecho Público aquellos preceptos jurídicos que establezcan relaciones de subordinación, es decir, cuando los sujetos a quienes se aplica no están considerados como jurídicamente iguales; y serán de Derecho Privado cuando establezcan relaciones de coordinación, es decir cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad jurídica.

Dicho de otro modo la relación es de derecho público si se establece entre un particular y el Estado, o si los sujetos de la

(3).- García Maynez Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 133.

misma son dos órganos del poder público o de dos Estados soberanos. Es de Derecho Privado, si los sujetos de la misma se encuentran colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana.

Siguiendo este criterio Castellanos Tena considera que todo derecho lo dicta y aplica el Estado y, en consecuencia, es necesario atender a los términos de la relación jurídica para determinar si se trata de una norma de Derecho Público o de Derecho Privado, de tal modo que si en uno de éstos términos aparece el Estado actuando como soberano, las normas reguladoras de tal relación pertenecerán al Derecho Público; en cambio, si la disposición rige relaciones de particular a particular, o entre particulares y el Estado donde éste no interviene con facultad soberana, tal disposición formará parte del Derecho Privado. (4)

Respecto a la división entre Derecho Interno y Derecho Internacional podemos afirmar que al hablar de Derecho Interno se hace referencia al orden jurídico establecido por cada estado en forma soberana para regular las relaciones jurídicas que surjan dentro de su territorio. Sin embargo, las relaciones jurídicas pueden rebasar el ámbito de validez de un determinado sistema de derecho, por lo que al lado de los sistemas jurídicos públicos y privados nacionales o internos, encontramos que existen un Derecho Público y un Derecho Privado Internacionales destinados a regular tales relaciones.

(4).- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 20.

Refiriendo los anteriores conceptos al Derecho Penal en particular, podemos afirmar que es una rama del Derecho Público, en virtud de que al cometerse un delito, la relación que surge se establece entre el delincuente y el Estado actuando en su carácter de entidad soberana, encargada de la conservación del orden social y la defensa de la sociedad contra aquellos hechos que atenten contra la colectividad.

En resumen podemos decir que el Derecho Penal, es parte del Derecho Público desde el momento en que sus preceptos regulan relaciones establecidas entre el poder soberano y los particulares subordinados a él.

El Derecho Penal forma parte del Derecho Público Interno en virtud de que está dirigido a regular relaciones entre el Estado y los particulares, derivadas de la comisión de delitos dentro de los límites territoriales del propio Estado o que surtan sus efectos en él.

c).- Orden Jurídico.

Toda sociedad requiere como base indispensable para su conservación y desarrollo, de un estado de orden que le permita desarrollar la actividad necesaria para alcanzar sus fines.

Para lograr ese orden surgen en la vida social diversos sistemas normativos (Moral, Religión, Costumbres, Derecho, etc.), que aún cuando en sus orígenes no tienen bien delimitado su campo específico y aparecen confundidos, con posterioridad van desarrollan-

do en mayor grado sus propias características, lo cual permite que pueda delimitarse el campo propio de cada uno de ellos. La acción conjunta de esos sistemas da por resultado crear en la sociedad una situación de seguridad, estabilidad y paz que le permitan la realización de toda una serie de actividades a través de las cuales buscará su desarrollo, superación y el logro de sus fines, todo lo cual no sería posible si no contara con esa base de orden a la cual podemos denominar orden social.

El orden social abarca todos los aspectos de la vida social entre los cuales puede establecerse un orden jerárquico en razón de la importancia y trascendencia que tienen para la sociedad, de tal modo que algunos aspectos de la vida social requieren de una protección mayor que otros, es ahí donde aparece el Derecho como el encargado de la regulación de esos aspectos que vienen a constituir su campo específico.

Al Derecho se le encomienda la salvaguarda de esos aspectos importantes en virtud de que a diferencia de los demás sistemas normativos, él cuenta como una de sus características esenciales, con una mayor posibilidad de realización efectiva, derivada de su carácter coactivo, es decir, que él puede ser impuesto sin el consentimiento y aún contra la voluntad de los individuos. Por lo anterior, podemos decir que el orden jurídico será aquella situación de seguridad, estabilidad y paz, creada y conservada a través de normas jurídicas encargadas de la regulación y protección de aquellos aspectos de la vida social a tal grado importantes, que de no ser eficazmente regulados y protegidos, se estaría en peligro de

caer en un estado de desorganización tan grave que en última instancia conduciría a la desaparición del grupo social como entidad organizada.

d).- Bienes Jurídicos.

Toda sociedad requiere del respeto a determinados intereses vitales para el individuo y a la vez fundamentales para la comunidad, ya que de ellos depende la subsistencia no sólo del individuo, sino también, del grupo social.

De la vida en sociedad resultan relaciones entre los individuos y entre éstos y el Estado, de modo que cuando el individuo desarrolla su actividad entra en contacto con los demás miembros del grupo, y en ocasiones su actividad o su inactividad afecta a los intereses o a la actividad de otros, produciéndose un choque o un conflicto, del cual se derivan daños de un modo directo a los afectados y de un modo indirecto al grupo en su totalidad.

Para prevenir y evitar esos conflictos el Estado a través del Derecho crea un orden jurídico y delimita la esfera de acción de los miembros del grupo, dando a las relaciones sociales la categoría de relaciones jurídicas y a los intereses vitales para los individuos y la sociedad, la categoría de Bienes Jurídicos, convirtiendo las situaciones de la vida en sociedad en situaciones de Derecho, de tal modo que las normas que constituyen el orden jurídico, ordenando y prohibiendo se constituyen en la muralla de defensa de los bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos han sido de-

finidos por Eugenio Cuello Calón como: "Todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas". (5)

Este mismo autor clasifica a los bienes jurídicos en la siguiente forma:

- a).- Individuales.- Por ejemplo la vida, la libertad, el honor.
- b).- Colectivos Estatales.- Por ejemplo la seguridad del Estado, su independencia.
- c).- Colectivos no Estatales.- Por ejemplo la Salud Pública.

Ahora bien, entre los bienes jurídicos pueden distinguirse algunos a tal grado importantes que se hace necesario confiar su protección al Derecho Penal, por ser esta rama del Derecho la que ofrece una mayor garantía de seguridad como consecuencia de la mayor severidad que caracteriza a sus sanciones, de tal modo que a través de su imposición se garantiza y protege la seguridad y armonía de la convivencia humana en sociedad. De los anterior Von Liszt concluye que el Derecho Penal tiene como misión particular la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesarios de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena.

c).- Sanción.

En general puede definirse a la sanción como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.

(5).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal. Tomo I. Pág. 284.

La sanción se encuentra condicionada por la realización de un supuesto, tal supuesto consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado (a este supuesto se le ha dado el nombre de norma secundaria).

A la obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, se le da el calificativo de norma primaria.

Lo anterior puede explicarse de un modo más sencillo a través del siguiente ejemplo:

| | |
|--------------------|---|
| NORMA PRIMARIA.- | No robar. |
| NORMA SECUNDARIA.- | Al que robe se le sancionará, tomando en consideración el monto de lo robado y las circunstancias en el momento de la realización del robo. |

Al observarse el deber impuesto por la norma primaria, se realiza el supuesto de la norma secundaria y se deriva una sanción para el infractor. Por el contrario, si la obligación que la norma primaria impone se cumple, lógicamente el supuesto de la norma secundaria no se realiza, y en consecuencia no puede imponerse una sanción

La sanción es diferente de la coacción y no debe ser confundida con los actos de la coacción, ya que la sanción es una consecuencia jurídica que deriva de la inobservancia de una norma y la coacción es la aplicación forzada de la sanción.

Las sanciones establecidas por las normas de Derecho Penal reciben el nombre de penas, siendo la pena la forma más característica del castigo.

Cuello Calón define a la pena como: "El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (6)

La pena es una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictuoso. El autor citado dá a la pena las siguientes características:

- 1.- Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos. (libertad, propiedad, vida, etc.).
- 2.- Es impuesta por el Estado, para la conservación del orden jurídico.
- 3.- Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
- 4.- Ha de ser personalísima, lo que quiere decir que nadie puede ser castigado penalmente por hechos ajenos.
- 5.- Debe ser estatuida por la Ley, como consecuencia jurídica de un hecho que de acuerdo con la misma Ley tenga el carácter de delito.

Paralelamente a las penas se encuentran las medidas de seguridad acerca de las cuales existen varias corrientes doctrinales.

Una primera corriente sostenida por Birkmeyer quién afirma que la pena es una medida represiva y que tiene como fin la compensación; en tanto que la medida de seguridad es un tratamiento de naturaleza preventiva y responde al fin de la seguridad, por lo tanto considera

(6).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal.- Tomo 1. Págs. 544 y 545.

Cuello Calón define a la pena como: "El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (6)

La pena es una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictuoso. El autor citado dá a la pena las siguientes características:

- 1.- Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos. (libertad, propiedad, vida, etc.).
- 2.- Es impuesta por el Estado, para la conservación del orden jurídico.
- 3.- Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
- 4.- Ha de ser personalísima, lo que quiere decir que nadie puede ser castigado penalmente por hechos ajenos.
- 5.- Debe ser estatuida por la Ley, como consecuencia jurídica de un hecho que de acuerdo con la misma Ley tenga el carácter de delito.

Paralelamente a las penas se encuentran las medidas de seguridad acerca de las cuales existen varias corrientes doctrinales.

Una primera corriente sostenida por Birkmeyer quién afirma que la pena es una medida represiva y que tiene como fin la compensación; en tanto que la medida de seguridad es un tratamiento de naturaleza preventiva y responde al fin de la seguridad, por lo tanto considera

(6).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal.- Tomo I. Págs. 544 y 545.

que las medidas de seguridad se encuentran fuera del campo del derecho penal y su aplicación corresponde a las autoridades administrativas.

Una segunda corriente sostenida por Liszt, considera que las penas y medidas de seguridad son análogas e inseparables correspondiendo ambas a la esfera del Derecho Penal, por lo tanto pueden reemplazarse mutuamente, su diferencia es práctica y no teórica.

Una tercer corriente sostenida por Grispigni y Antolisel afirma que penas y medidas de seguridad son iguales, ya que el Estado prevee una doble tutela represiva que corresponde a la pena que tiene un fin retributivo y las medidas de seguridad que tienen un fin de seguridad; la pena siempre ve a ser aflictiva y la medida de seguridad no requiere siempre de la eficacia aflictiva.

Las medidas de seguridad consisten en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes, encaminados a obtener su readaptación a la vida social, o su segregación de la misma.

Las medidas de seguridad pueden ser privativas de la libertad como internamientos de alienados y anormales, de alcohólicos, toxicómanos, etc., o bien pueden ser restrictivas de libertad como la libertad vigilada, la prohibición de ejercer ciertas profesiones, de frecuentar determinados lugares.

No debe confundirse las medidas de seguridad con las medidas preventivas, las primeras son impuestas a una persona especialmente determinada, por haber cometido una infracción típica, y las segundas son actividades del estado con carácter preventivo para la sociedad

a fin de evitar la delincuencia.

Antiguamente se creía que el fin de la pena era la retribución dándole a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido, o bien se pensaba que el fin de la pena era la prevención que aspiraba a prevenir la comisión de nuevos delitos, sin embargo, se aceptaba la posibilidad de que la retribución funcionara como un medio preventivo, pues la pena como castigo ejercía una acción intimidativa sobre la sociedad y así realizaba una función preventiva.

Actualmente las ideas de retribución y de castigo son substituidas por la de tratamiento sobre la base del estudio de personalidad del delincuente y encaminado a su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito.

Eugenio Cuello Calón afirma que la pena debe aspirar a la obtención de los siguientes fines:

a) Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social.

Tratándose de inadaptados la pena debe tener como finalidad la eliminación de dichos individuos del ambiente social.

b).- Obrar no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos mostrándoles, mediante su conminación y su ejecución las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así su sentimiento de respeto a la ley. (7)

El Código Penal para el Distrito Federal en vigor señala en su artículo 24 las penas y medidas de seguridad, pero no distingue o clasifica las que considera penas y las que considera medidas de seguridad, concretándose a enumerarlas en la siguiente forma:

"Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son" :

- 1.- Prisión.
- 2.- (Derogada)
- 3.- Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito y la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción Pecuniaria.
- 7.- Pérdida de instrumentos del delito.
- 8.- Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caucción de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

(7).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal Tomo I. Pág. 536.

- 14.- Publicación especial de sentencia.
 - 15.- Vigilancia de la policía.
 - 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
 - 17.- Medidas tutelares para menores.
- y las demás que fijan las leyes".

De esta enumeración la mayoría de los autores reconocen con carácter de pena a la prisión y a la multa y todas las demás como medidas de seguridad, aunque no dejan de advertir que la pena constituye una medida de seguridad, pues afirman que la aplicación de la pena previene los delitos en el futuro o sea, actuando sobre el pasado actúa hacia el futuro.

Debe señalarse que la represión y la prevención no son ideas opuestas entre sí, ya que el Estado reprimiendo los delitos realizados previene la comisión de delitos futuros, en cambio las medidas de seguridad son medidas encaminadas a educar o curar a quienes habiendo cometido un delito manifiestan probabilidad de cometer otros debido a su estado físico mental.

Aún cuando aceptamos que las penas y las medidas de seguridad no son ideas opuestas, también reconocemos que no son iguales por lo que pueden señalarse varias diferencias entre ambas figuras, siendo las principales las siguientes:

- 1.- Las penas se fundan en la culpabilidad, en tanto que las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad.

- 2.- La pena, por fundarse en la culpabilidad atiende al daño causado, la medida de seguridad en cambio, atiende única y exclusivamente a la peligrosidad, independientemente del daño causado.
- 3.- La duración de la pena es determinada, en tanto que la duración de la medida de seguridad es indeterminada.
- 4.- La pena es impuesta única y exclusivamente por la autoridad judicial, mientras que la medida de seguridad puede ser impuesta tanto por la autoridad judicial como por la administrativa.
- 5.- La pena admite los recursos que la ley señala, en tanto que la medida de seguridad no admite recurso alguno.
- 6.- Fundamentalmente la pena castiga o reprime; la medida de seguridad previene la comisión de ilícitos.

CAPITULO II.- TEORIA DEL DELITO.

1).- Definición.

La palabra delito deriva del verbo latino "Delinquí" o "Delinquere", que significa: desviarse, resbalar o abandonar, es decir, abandonar o desviarse del camino o alejarse del sendero señalado por la Ley. (1)

Los autores han tratado de formular una noción del delito válida para todas las épocas y todos los países, pero tales tentativas han resultado infructuosas, pues la noción del delito se encuentra en relación con la época histórica y la vida social y jurídica de cada pueblo, por consiguiente; es posible observar que lo que ayer era considerado como delito, hoy sea considerado como lícito, y a la inversa, o que lo que para determinado pueblo sea delictuoso, para otro sea lo más natural y lícito.

No obstante, cada autor ha dado su definición de acuerdo a las circunstancias jurídicas y sociales de su época es así como nos encontramos con definiciones formuladas en base a diversos puntos de vista, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

a).- El delito basado en "lo contrario a la Ley".

Las primeras nociones del delito se basan en el aspecto meramente legal, es decir en la existencia del delito considerado como

(1).- Jiménez de Asúa Luis.- Tratado de Derecho Penal. Tomo I Pág.19.

el hecho humano contrario a la Ley. Los Glosadores y los Prácticos daban definiciones meramente legalistas, este punto de vista predominó en Italia, Francia y aún en Alemania que es donde se han formulado las mejores definiciones dogmáticas del delito.

Los conceptos del delito basados en el aspecto legalista, fueron superados después de la revolución Francesa, que supuso el Libro de Beccaria el cual tuvo gran repercusión principalmente en Francia.

b).- El delito basado en aspectos filosóficos.

Dentro de esta corriente los autores afirman que el delito es un quebrantamiento de la justicia, otros lo consideran como la violación de un deber, en tanto que para otros consiste en lo opuesto a la voluntad de todos o a los fines humanos y sociales, finalmente otros autores lo entienden como la violación de la ley promulgada para la seguridad y libertad de los ciudadanos, así como el ataque al régimen social.

Así vemos que para Juan Domingo Romagnosi el delito es "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia". (2)

Entre quienes consideran al delito como la violación de un deber, Rossi Pellegrino lo define como "la infracción de un deber requerible, en daño de la sociedad o de los individuos". (3)

(2).- Jiménez de Asúa Luis.- Op. Cit. Tomo I. Pág. 29.

(3).- Jiménez de Asúa Luis.- Op. Cit. Tomo I. Pág. 30.

Acorde a la corriente que concibe al delito como lo opuesto a la voluntad de todos, Alberto Federico Berner partiendo de la filosofía Hegellana afirma que el delito es "Aquella especie de acciones inmorales por la que el particular ofende la voluntad de todos, atacando a un derecho público o privado y aún a la religión y a las costumbres, en cuanto el Estado necesita de ellas para su conservación

(4)

Juan Jacobo Rousseau afirma que todo malhechor ataca al derecho social, se hace por sus malas acciones traidor a la Patria y deja de ser un miembro de ella, violando sus leyes y aún haciendo la guerra, de estos conceptos derivan todas las definiciones que consideran al delito como un quebrantamiento de los fines sociales y humanos.

Por su parte, Emilio Brusa concibe al delito como el quebrantamiento de la seguridad y lo define como "una acción u omisión moralmente imputable al hombre, con la que infringe el derecho garantizado con pena por la Ley jurídica promulgada para la seguridad general de los ciudadanos". (5)

Finalmente, considerando como una lesión de la libertad, A. Harmon define al delito como "Todo acto consciente que lesiona la libertad de obrar del individuo de la misma especie que el autor del acto".

(6)

c).- El delito como "Ente Jurídico".

Francisco Carrara, principal precursor de la Escuela Clásica,

(4).- Jiménez de Asúa Luis.- Op. Cit. Tomo I. Pág. 32

(5).- Jiménez de Asúa Luis.- Op. Cit. Tomo I. Pág. 34

(6).- Jiménez de Asúa Luis.- Op. Cit. Tomo I. Pág. 34.

afirma que el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia consiste en la violación de un derecho, es decir, en la relación contraria entre el hecho del hombre y la ley, tal es el ente jurídico al que se da el nombre de delito. Nos dice Carrara; "El delito es la Violación de una ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positiva o negativa, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y penado con una pena por la Ley". (7)

d).- El delito como fenómeno natural.

Rafael Garófalo, uno de los principales precursores del positivismo, crea la teoría del delito natural analizando los sentimientos de naturaleza altruista, encontrando como fundamentales los de piedad y probidad que toma como base de su definición que expresa en los siguientes términos; "El delito natural es una lesión de aquella parte del sentimiento moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida en que se encuentra en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad". (8)

Según esta definición existe un delito natural constituido por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y en consecuencia no forman parte del delito natural aquellos hechos

(7).- Citado por Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 126.

(8).- Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Tomo I.- Pág. 43.

que lesionan sentimientos diversos a los que Garófalo considera fundamentales (piedad y probidad) como aquellos que ataquen al pudor, al orden de la familia, etc.

e).- El Delito como Fenómeno Social.

Enrique Ferri, otro de los principales precursores de la Escuela Positivista, define al delito desde un punto de vista meramente social y desprovisto de contenido jurídico.

Nos dice Ferri: "Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". (9)

Al respecto Manzini considera como un error decir que es delito lo que lesiona la moralidad media, pues ésta representa todavía un máximo respecto de la delincuencia, y que el Derecho Penal representa el mínimo del mínimo ético, considerado como indispensable suficiente para mantener el orden jurídico, en un determinado momento histórico en un pueblo dado. (10)

f).- Concepto Jurídico del Delito.

Algunos autores, aspirando a encontrar la verdadera naturaleza

(9).- Ferri Enrique. Sociología Criminal. 4a. Edición, Turin. Pág. 127 y sig.

(10).- Citado por Luis Jiménez de Asúa. Op. Cit. Tomo I. Pág. 50.

del delito, han formulado definiciones en las que no incluyen elementos causales, explicativos, filosóficos o sociológicos, sino que incluyen sólo lo que consideran elementos formales y substanciales, para a través de su análisis lograr un concepto jurídico del delito. Partiendo de esta postura han sido elaboradas definiciones de tipo formal y de tipo substancial.

I.- Noción Jurídico-Formal del delito.

Quienes siguen este criterio sostienen que la noción verdadera del delito la proporciona la Ley al destacar la amenaza, de tal modo que se define al delito como la acción prohibida por la Ley bajo la amenaza de una pena, y sin una Ley que sancione una determinada conducta, no es posible darle el carácter de delito. Dentro de esta corriente al igual que otros doctrinarios encontramos a Anselmo Von Feuerbach que define al delito como una acción contraria al derecho de otro, conminada por una Ley Penal en tanto que Roeder ve en la perturbación del orden social del Derecho la esencia del delito, para Edmundo Mezguer el delito es una acción punible y el artículo 7 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal establece que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

II.- Noción Jurídico-Substancial del delito.

Los autores que sostienen este criterio consideran que para encontrar la verdadera naturaleza del delito es necesario hacer referencia a su contenido, es decir a los elementos que lo integran, los

cuales varían según los diversos autores. Encontrándonos por ejemplo que para Reinaldo Franck el delito es la conducta antijurídica y culpable; para Franz Von Liszt el delito es el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena; Eberhard Schimdr agrega a los anteriores el elemento tipicidad al definir al delito como el hecho típico al cual el orden jurídico asocia la pena como consecuencia jurídica, postura que es seguida por Gerardo Adolfo Van Hamel quien define al delito como una conducta humana, descrita en la ley, contraria al derecho, punible e imputable por culpabilidad, del mismo modo Edmundo Mezguer da una definición substancial del delito al afirmar que es la acción típicamente antijurídica y culpable; para Eugenio Cuello Calón, es la acción humana antijurídica típica, culpable y punible; finalmente Luis Jiménez de Asúa es el tratadista que más elementos señala al delito, ya que lo define como el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Por mi parte, considero que la postura correcta es la de aquellos autores que tratan de encontrar la naturaleza del delito y su definición mediante el análisis de los elementos que lo constituyen.

De los elementos considerados como esenciales para la integración del delito, rechazo como tales: la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

Rechazo como elemento integrante del delito a la imputabilidad,

pues considero que queda incluida dentro de la culpabilidad, constituyendo el elemento intelectual indispensable para su existencia. Siendo considerada la culpabilidad como el nexo intelectual y volitivo que liga al sujeto con su acto, y entendiendo por imputabilidad al conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental del agente al momento de realizar el acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo; resulta claro que para la integración del elemento intelectual de la culpabilidad es indispensable que el agente sea imputable, de modo que la imputabilidad se subsume en dicho elemento de la culpabilidad.

En cuanto a la punibilidad, considero que ésta no tiene la categoría de elemento integrante del delito, ya que no es sino la consecuencia normal del ilícito penal, pues una conducta humana es sancionada con la imposición de una pena cuando se le ha codificado como delito, pero no es delictuosa por el solo hecho de que se le sancione penalmente.

Finalmente por lo que respecta a las condiciones objetivas de punibilidad, éstas sólo en algunos casos son exigidas como necesarias para la imposición de la pena, por lo que resulta evidente que no pueden ser consideradas como un elemento esencial del delito, ya que en caso de que en el tipo legal se incluyeran estas condiciones objetivas de punibilidad y no fueran satisfechas, aún en tal supuesto subsistiría el carácter delictuoso de la acción, eliminándose solamente la posibilidad de imponer la pena la cual como ya ha quedado dicho no reconozco como elemento esencial del delito.

En conclusión, por las consideraciones expuestas, sólo reconozco como elementos esenciales del delito: La conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

CAPITULO II.- TEORIA DEL DELITO.

2.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO Y AUSENCIA DE LOS MISMOS.

A).- La Conducta.

El delito es ante todo una conducta humana, para la denominación de este elemento del delito se han utilizado diferentes acepciones.

Porte Petit utiliza los términos conducta y hecho, según la descripción del tipo legal, de modo tal que si el delito es de mera acción u omisión debe hablarse de conducta y de hecho cuando el tipo legal además de la acción u omisión requiere de un resultado material.

Para Eugenio Cuello Calón, es una acción en amplio sentido, que comprende la conducta activa (la acción en estricto sentido), y a la conducta pasiva (omisión).

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa emplea la palabra acto en una amplia acepción que comprende el aspecto positivo acción y el negativo omisión. Fernando Castellanos Tena utiliza el término conducta, incluyendo dentro de él tanto el hacer positivo acción, como la omisión.

Concepto de Conducta.- Es un comportamiento humano volunta-

rio, positivo o negativo encaminado a la obtención de un propósito.

(II)

Como hemos dicho, la conducta puede manifestarse mediante el hacer positivo (acción), o mediante la omisión, la cual comprende la comisión por omisión u omisión impropia.

I.- ACCION.- Es la conducta humana manifestada por medio de un hacer positivo, voluntario y corporal que produce un cambio en el mundo exterior, o bien el peligro de que se produzca dicho cambio.

ELEMENTOS DE LA ACCION.- La acción requiere de una voluntad manifestada a través de movimientos corporales. En cuanto al resultado, requiere de un cambio en el mundo exterior o bien, el peligro de que se produzca dicho cambio; requiere además una relación de causalidad entre la acción del agente y el resultado.

II.- OMISION.- Es la conducta humana manifestada por medio de una abstención consistente en dejar de hacer lo que el derecho ordena, produciéndose un cambio en el mundo exterior o bien el peligro de que se produzca dicho cambio.

Debe distinguirse entre los delitos de omisión simple u omisión propiamente dicha de los delitos de comisión por omisión o de

II.- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Pág. 149.

omisión impropia.

Los delitos de omisión simple consisten en una abstención que da lugar a la violación de una norma preceptiva, produciéndose un resultado típico. En esta clase de delitos el tipo se llena con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de un resultado material.

Los delitos de comisión por omisión son aquellos en los que se produce un resultado típico y material (mutación en el mundo exterior), como consecuencia de una abstención que viola una norma preceptiva (que impone el deber de obrar) y una norma prohibitiva (que sanciona el resultado penalmente típico).

Como se puede observar, en estos delitos se da una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse, infringiendo dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva. En cuanto al resultado y a diferencia de los delitos de omisión simple, se requiere necesariamente de un resultado material (mutación en el mundo exterior), que se produce como resultado de la inactividad del agente.

ELEMENTOS DE LA OMISION.- La omisión requiere de una conducta humana manifestada por medio de una abstención; de la existencia de un deber jurídico de obrar, y en cuanto al resultado requiere de un cambio en el mundo exterior o bien peligro de que se produzca dicho cambio. Se requiere además de una relación de causalidad entre

la abstención del agente y el resultado.

Los dos primeros elementos aparecen tanto en los delitos de omisión simple como en los de comisión por omisión, en cuanto al tercer elemento, como ya se explicó, los delitos de omisión simple no requieren de un resultado material, por lo que en éstos sólo va a existir el peligro de un cambio en el mundo exterior, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, es necesario que se produzca un resultado material consistente en un cambio en el mundo exterior; de aquí se desprende que el último elemento o sea la relación de causalidad, sólo sea necesario en aquellos delitos donde se produzca un resultado material, es decir, sólo en los delitos de comisión por omisión.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

La actuación humana positiva o negativa es la condición necesaria para la existencia del delito, de modo tal que si se encuentra ausente la actuación humana, no habrá delito.

Por tanto, la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos del delito, o impedimentos para existencia de la figura delictiva.

Según Franz Von Liszt, no existe delito cuando alguno causa un daño en cosa ajena durante un ataque de epilepsia, cuando se halla imposibilitado por un desvanecimiento, de cumplir un deber; o cuando

obra violentado por una fuerza irresistible.

Para Beling no hay delito en estado de inconsciencia como durante el sueño, el desmayo, la hipnosis, y en los casos en que el hombre es juguete de excitaciones que se producen de modo irresistible en el cuerpo, como mecanismos corporales llamados movimientos reflejos, por ejemplo el estornudo, o cuando se realizan movimientos corporales motivados por una fuerza irresistible ejercida por otro hombre, o por una amenaza que anula totalmente la voluntad, a los que se llama movimientos pasivos.

Por su parte, Edmundo Mezguer considera como elementos que ausentan la conducta dos grupos de casos; los llamados movimientos reflejos y los hechos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible.

La fuerza física exterior irresistible o Vis Absoluta es reconocida por la mayoría de los autores como una de las causas que dan lugar a la ausencia de conducta. En nuestra legislación, el artículo 15 del Código Penal hace referencia a ella en su fracción I.

La conducta realizada como consecuencia de una violencia irresistible no es acción humana, en el sentido valorativo del derecho, ya que la conducta que se ha realizado no es consecuencia o manifestación de la voluntad del agente, sino que es consecuencia de una causa meramente física.

Von Liszt respecto de la fuerza irresistible como excluyente de la conducta dice; "Son movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible llamada Vis Absoluta, es decir, movimientos corporales en los que una persona, a consecuencia de la fuerza exterior que sobre ella se ejerce, actúa como instrumento sin voluntad en manos de otro". (12)

Por su parte, Pacheco dice que: "Quién obra en virtud de una violencia irresistible no es una acción humana, ya que en ese momento no es hombre sino instrumento", y luego añade: "El que es violentado materialmente, ése obró sin voluntad, obró sin culpa, no cometió delito, es tan inocente como la espada misma de la que un asesino se valiera". (13)

Luis Jiménez de Asúa afirma que la forma más frecuente en la que se puede presentar la ausencia de conducta, es obrar violentado el sujeto por una fuerza irresistible.

Sin embargo, otra causa reconocida como ausencia de conducta es la Vis Maior o fuerza mayor, entendida como aquella energía no humana que deriva de la naturaleza, es una fuerza extraña al agente que en un momento dado le obliga a quebrantar la norma.

Como ejemplo de la Vis Maior encontramos a los terremotos y

(12).- Citado por Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal.
Pág. 732.

(13).- Código Penal Comentado y Concordado.- Tomo I. Pág. 174

ciclones los cuales derivan de una fuerza externa ajena a la voluntad humana, en virtud de que tiene su origen en la naturaleza,

En nuestra legislación los movimientos reflejos tienen la categoría de excluyentes supralegales, ya que a pesar de no estar expresamente destacados en la Ley, operan toda vez que no existe un movimiento humano voluntario y por tanto no puede hablarse de conducta.

B).- LA TIPICIDAD.

La teoría de la tipicidad fue creada por Beling quién la considera como un elemento independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Considera que el tipo legal está formado por los elementos objetivos descritos en el precepto legal, excluyendo los elementos de tipo subjetivo, de tal modo que lo concibe como la parte externa objetiva del delito. (14)

Posteriormente Ernesto Mayer asegura que la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad y considera que si bien no toda conducta típica es antijurídica, si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. (15)

Para Mezguer, la tipicidad es el fundamento real de validez de la antijuridicidad, y así nos dice que: "El que actúa típicamente,

(14) Citado por Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Pág. 313

(15) Citado por Castellanos Tena Fernando. Lineamientos de Derecho Penal.- Pág. 166

actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto". (16)

En la vida diaria nos encontramos con una serie de conductas contrarias a la norma, que por alterar la vida en sociedad son sancionadas con una pena. Es así que el legislador crea las figuras penales por considerar que los comportamientos en ellas descritos son antisociales, esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo es lo que se llama tipo.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es, como ya se dijo, la creación legislativa que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. (Descripción legal de un delito). La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto.

Para el maestro Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula "Nullum crimen sine lege" (No hay delito sin Ley). (17)

La tipicidad es meramente descriptiva, que tiene como objeto singularizar las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla dentro de la esfera del derecho penal, puede considerarse como el principio de la legalidad.

(16) Tratado de Derecho Penal.- Tomo I.- Pág. 375 Traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid. 1955.

(17).- Porte Petit Celestino.- Importancia de la Dogmática Jurídica Penal.- Pág. 37.

Existen tipos muy completos, que describen todos los elementos que debe reunir la conducta para ser delito sin embargo, existen otros tipos que se limitan a señalar determinada conducta como prohibida u ordenada, en conclusión el tipo en ocasiones es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del comportamiento.

LA ATIPICIDAD.

Como ya vimos, a cada elemento del delito corresponde un determinado aspecto negativo, por consiguiente, a la tipicidad corresponde como elemento negativo la ausencia de tipo legal. Por tanto si un hecho específico no encuadra en alguna de las figuras delictivas establecidas por el legislador, nos encontraremos ante un hecho atípico.

Todo acto atípico es irrelevante para el derecho, ya que por más antisocial y dañoso que sea si no es típico, no puede dársele el carácter de delito.

Luis Jiménez de Asúa, al abordar este tema, considera que hay ausencia de tipicidad en los siguientes casos:

- a.- Cuando no concurren en un hecho todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal.
- b) Cuando las leyes penales no han descrito la conducta que se presenta, ni le han dado carácter antijurídico.

Generalmente la atipicidad proviene de alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Ausencia del presupuesto de la conducta.
- 2.- Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- 3.- Ausencia del objeto material o del objeto jurídico.
- 4.- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas por el tipo.
- 5.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en el tipo.
- 6.- Al faltar los elementos subjetivos del injusto exigidos por el tipo legal.

C).- LA ANTIJURIDICIDAD.

Hemos estudiado la conducta y la tipicidad, corresponde ahora el estudio de la antijuridicidad como elemento del ilícito penal.

La antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que algunos autores la consideran como la esencia misma del delito.

La conducta humana para constituir delito requiere estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales.

Para Cuello Calón la antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma

penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de carácter subjetivo, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo. (18)

Lo antijurídico es lo contrario al derecho, para que una conducta sea delictiva no basta que encuadre en algún tipo legal que la ley ha previsto, sino que es necesario que sea antijurídica, que no esté protegida por alguna causa de justificación que se encuentre establecida en forma expresa en la ley.

El concepto de antijuridicidad significa la lesión no sólo de un deber jurídico sino también de un bien o de un interés que el derecho protege; la violación no sólo de la obligación jurídica; sino además de la norma jurídica.

Hay antijuridicidad cuando la conducta humana no está de acuerdo con una determinada norma de derecho, es decir, cuando se halla en contradicción con un determinado precepto jurídico de orden positivo o de carácter negativo.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, según la cual es formalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico, y materialmente antijurídico la acción que encierra una (18).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal.- Pág. 309 y sig.

conducta socialmente dañina. Este aspecto material de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía.

Ahora bien la antijuridicidad formal y material suelen coincidir, los hechos que las normas prohíben o mandan ejecutar son siempre nocivos a la sociedad, pero aún cuando no lo fueran no dejarían de ser antijurídicos por estar en contraposición a lo mandado o prohibido por la Ley.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta prevista en un tipo legal. O sea aquellas circunstancias capaces de excluir la antijuridicidad de una conducta tipificada por la ley penal.

Puede ocurrir que una conducta sea típica y esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar una causa de justificación; por tanto las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Son causas de justificación:

I.- LEGITIMA DEFENSA.

Definición.- Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Entre las muchas teorías para fundamentar la legítima defensa, la más certera es la sostenida por la Escuela Clásica que la fundamenta en la necesidad, ante la imposibilidad momentánea en que el Estado se encuentra; de evitar una agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo y lícito que éste se defienda, la defensa privada según esta Teoría, viene a ser una substitución de la defensa pública cuando la necesidad lo exige.

Según la Escuela Positivista el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente y todo lo que se haga para rechazarla será lícito por tratarse de un acto de justicia social.

La legítima defensa en nuestra Legislación encuentra su fundamento en el Artículo 15 Fracción III Párrafo Primero del Código Penal para el Distrito Federal; el cual expresa que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal; "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho de la cual resulte un peligro inminente".

La legislación exige como condición necesaria para la exis-

tencia de la legítima defensa la concurrencia de determinados requisitos:

- a).- Una agresión injusta y actual.
- b).- Un peligro inminente de daño, emanado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados.
- c).- La repulsa de dicha agresión.
- d) Una relación de proporcionalidad entre el daño causado al agresor y el que éste pudo causar.

La agresión ha de consistir en una conducta que amenace lesionar los intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona (la vida, integridad corporal, libertad, honor, etc.).

El ataque o agresión debe ser actual o inminente o sea, presente ya que de lo contrario no se integra la justificante; además de ser actual debe ser violento, o sea que implique fuerza, ímpetu.

El ataque ha de ser además injusto (ilegítimo, contrario a Derecho), e) que ataca no ha de tener ninguna justificación para ello.

De la agresión debe resultar un peligro inminente hacia los bienes jurídicos del que se defiende o de un tercero a quién se defiende.

Entre la repulsa y el ataque debe existir una relación de

proporcionalidad, es decir que el daño causado por la defensa no sea mayor al que se hubiera causado con la agresión ya que en caso contrario no podría hablarse de legítima defensa para justificar el daño causado al agresor.

El mismo artículo 15 del Código Penal en vigor, establece en la misma fracción tercera que no se considerará legítima defensa cuando se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

- 1a.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ello.
- 2a.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.
- 3a.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y
- 4a.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable, después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

II.- ESTADO DE NECESIDAD.

Definición.- Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.

Los autores aún no se han puesto de acuerdo acerca de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, ya que mientras un gran número de ellos lo consideran como una causa de exclusión de la antijuridicidad, otros lo consideran como una causa de exclusión de la culpabilidad o de la pena.

Entre los que sostienen que el estado de necesidad es una causa de exclusión de la antijuridicidad se encuentran: Liszt, Mayer y Hofer quienes sostienen que el estado de necesidad es una verdadera causa de exclusión de la antijuridicidad, tomando en cuenta aquellos casos en los que existe un conflicto de bienes jurídicamente tutelados de diferente valor, los cuales no pueden coexistir; debe salvarse los considerados como más valiosos. En estos casos, consideran estos autores que el estado de necesidad tiene el carácter de una verdadera causa de justificación, ya que el acto realizado es justo debido a la desproporción de los bienes en conflicto.

Una segunda postura es sostenida por Beling y Binding quienes consideran al estado de necesidad como una causa de exclusión de la pena. Tomando en cuenta aquellos casos en que los bienes jurídicos en conflicto son de igual valor, consideran estos autores que en estos casos no existe una causa de justificación, sino una de exclusión de la culpabilidad o tal vez lo que operaría sería alguna excusa absoluta y lo que se anularía sería la pena.

Requisitos que la Ley exige para la existencia del estado de necesidad.

- a).- Una situación de peligro, real, grave e inminente.
- b).- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno).
- c).- La existencia de un ataque de quien se encuentra en peligro.
- d).- Ausencia de otro medio practicable menos perjudicial.

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal, tal peligro debe ser real, además se requiere que sea grave o sea de importancia. El peligro ha de ser inminente y no remoto según el Derecho Positivo Mexicano el estado de necesidad comprende todos los bienes jurídicos, sean propios o ajenos.

El artículo 15 fracción IV del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, establece al respecto que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal, "... la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona de otro, de un peligro real, grave e inminente siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber de sufrir el peligro.

III.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

El que ejecuta lo que la Ley ordena o permite no realiza ningún acto antijurídico, su conducta es lícita y no puede serle imputado delito alguno.

Nuestro Código Penal en vigor para el Distrito Federal en la fracción V del artículo 15, consigna como causas eximentes de responsabilidad.

"Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la Ley".

Existen casos en que un sujeto realiza actos que objetivamente tienen carácter delictivo, pero que no configuran delito en virtud de que el sujeto los realiza en cumplimiento de un deber.

Tal acaece con los miembros del ejército, en donde importa más la disciplina que los delitos que eventualmente lleguen a cometerse, ya que se espera incondicionalmente obediencia jerárquica de sus miembros, de tal modo que si el sujeto actúa cumpliendo una orden superior jerárquica, se integra la causa de justificación en estudio y no se integra el delito por ausencia de antijuridicidad, más esto no es absoluto, pues existe la posibilidad de revisar la orden.

Otras veces la Ley reconoce a ciertos individuos el derecho

de ejecutar determinados actos, en tales casos los actos realizados son justos, pues el que hace ejercicio de un derecho no comete delito alguno, tales derechos deben estar reconocidos por la Ley.

Tal es el caso del médico que en ejercicio de su profesión produce a una persona heridas que tratándose de otra persona constituirían el delito de lesiones.

De manera especial nuestro multicitado Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 294 en relación con el 289 reglamenta el ejercicio del derecho de corregir, estableciendo "Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia".

D).- LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

Para la configuración de un delito es necesario que se realice una conducta que sea típica, antijurídica y además culpable, pero para que una conducta sea culpable es necesario que el agente sea un sujeto imputable.

La imputabilidad es un requisito indispensable para la exis-

tencia de la culpabilidad ya que así como la antijuridicidad encuentra su razón de ser en la tipicidad y no podría existir sin ésta; la culpabilidad no se puede dar si previamente no existe la imputabilidad.

La imputabilidad es por lo tanto, un requisito de suma importancia dentro de la culpabilidad, que tiene como fundamento la existencia de ciertas condiciones físicas representadas por la edad y otras psíquicas constituidas por la salud mental que son aspectos de tipo Psicológicos (salud y desarrollo mental) exigidos por la Ley para responde de los actos realizados.

Para el maestro Fernando Castellano Tena la imputabilidad es "el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". (19)

Todo individuo mentalmente sano y mayor de edad es imputable, pues posee capacidad para ejecutar sus actos voluntariamente y para ser declarado culpable.

Todo individuo que sea imputable y realice un hecho delictivo debe responder de él; por lo tanto la responsabilidad es el deber jurídico que tiene un individuo imputable de dar cuenta a la socie-

(19).- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Pág. 218.

dad de sus hechos y de sufrir las consecuencias jurídicas que de ellos emanen.

Doctrinas que tratan de fundamentar la Responsabilidad.

La Escuela Clásica encuentra el fundamento de la imputabilidad y de la responsabilidad en el Libre Albedrío de las acciones humanas. Según esta escuela para que un individuo sea responsable debe cubrir los siguientes requisitos:

- a).- Poseer en el momento de la realización de la acción suficiente inteligencia para el discernimiento de sus actos.
- b).- Que goce de la libertad de su voluntad (libre albedrío), es decir de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de su conducta que se presentan ante su espíritu y de determinar libremente mediante la potencia de su voluntad.

Requisitos indispensables para que un individuo sea responsable y culpable, pues ha querido el delito y lo ha ejecutado libremente, por lo tanto, su responsabilidad es consecuencia de su responsabilidad moral.

Por otra parte, la escuela Positivista encuentra el funda-

mento de la imputabilidad y de la responsabilidad en el determinismo.

La conducta humana está determinada por influencias de tipo físicas, psíquicas que es el carácter y por influencias del medio físico y social en que el individuo vive; por lo tanto el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad, si aquel realiza actos perjudiciales para la sociedad debe sufrir la reacción social que se encuentra representada en la pena que varía de acuerdo a la peligrosidad del delincuente, ya que mediante ella se defiende la sociedad de tales actos.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, se dan casos en que el sujeto antes de actuar, se coloca en una situación de inimputabilidad para realizar el delito, a estas acciones se les llama *Liberæ in causa* (libre en su causa pero determinado en cuanto a su efecto).

Si se comprueba que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encontrándose el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea en aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, voluntariamente se colocó en un estado de inimputabilidad, por ello el resultado es imputable y da base para declarar culpable y consecuentemente responsable al sujeto actuante.

LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, las causas de inimputabilidad son diversas pero, en términos generales puede decirse que serán todas aquellas circunstancias capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud mental.

La mayoría de los autores consideran como causas de inimputabilidad las siguientes:

- a).- Enfermedades mentales (permanentes o transitorias).
- b).- Miedo Grave.
- c).- Sordomudez.
- d).- Minoría de edad.
- e).- ENFERMEDADES MENTALES.

Las enfermedades mentales pueden anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o bien, alterarla en forma grave. En cuanto a la voluntad, pueden suprimirla en forma total, o trastornarla gravemente, es por ello que un enfermo mental, un loco, no puede responder de sus actos dañosos y mucho menos puede ser sometido a un proceso.

En nuestro derecho positivo, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 68 establece a este respecto:

"Los locos, idiotas, imbéciles o lo que sufren cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mental y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidas como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización de facultativo a un régimen de trabajo".

En forma igual procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales".

Por otra parte el artículo 15 fracción II del mismo ordenamiento legal establece que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxicoinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

Esta excluyente de responsabilidad tiene su fundamento en el estado de inimputabilidad en que se encuentra el agente al momento de cometer la infracción penal; de lo que se desprende que para que opere la eximente por estado de inconsciencia transitoria es necesario la reunión de todos los elementos consignados por el legislador.

La fracción citada contiene tres hipótesis de inimputabilidad:

- 1.- Inconsciencia motivada por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes.
- 2.- Inconsciencia motivada por tox infecciones.
- 3.- Inconsciencia motivada por trastornos mentales de carácter patológico transitorio.

b).- MIEDO GRAVE.

El artículo 15 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal, establece como excluyente de responsabilidad "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor..."

Los autores distinguen entre miedo grave y temor fundado, encontrando su principal diferencia en la causa que les da origen, ya que mientras el miedo grave tiene su origen en un proceso de carácter psicológico, el temor fundado encuentra su origen en un proceso de carácter material.

Octavio Véjar Vázquez explica que el miedo grave engendra de una causa interna y el temor fundado obedece a una causa externa, el miedo va de adentro hacia fuera y el temor de afuera hacia adentro.

(20).

(20).- Citado por Fernando Castellanos.- Lineamientos de Derecho Penal. Pág. 227.

El miedo grave puede producir la inconsciencia de las personas, es por eso que los autores lo consideran como una causa de inimputabilidad.

c).- SORDOMUDEZ.

Los juristas afirman en forma unánime que el fundamento de la inimputabilidad del sordomudo se encuentra en la falta de una educación adecuada que supla su anormalidad y que pueda crear en el sordomudo una conciencia capaz de hacerle conocer el sentido ético y social de sus actos.

Por lo tanto, sin esta educación su deficiencia va a repercutir hondamente en su desarrollo mental y lo va a mantener en una especie de aislamiento moral.

Al respecto el Código Penal en el artículo 67 establece: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción".

De este precepto se desprende que ante el derecho penal, el sordomudo es inimputable, ya que no se le aplica una pena, sino se le somete a medidas de seguridad de tipo educativo.

Debe hacerse notar que el precepto citado resulta incompleto, ya que no contempla diversas posibilidades que, de presentarse,

quedarían fuera del campo penal, aún tratándose de conductas susceptibles de catalogarse como delictuosas.

Entre las carencias de este precepto puede destacarse el hecho de que no hace referencia acerca de los sordomudos de nacimiento y los que caen en ese estado con posterioridad; ni regula la situación legal de los sordomudos que teniendo educación o instrucción, infringen disposiciones penales.

d).- MINORIA DE EDAD.

La minoría de edad es considerada como un período de la vida humana, que abarca las etapas de la infancia y la adolescencia, en donde falta el desarrollo mental, que incapacita al niño y adolescente para comprender la significación moral y social de sus hechos en virtud de ese mínimo de desarrollo mental, por lo tanto no posee la capacidad suficiente para responder de sus hechos penalmente.

En los últimos años se ha arrancado por completo del área de Derecho Penal al niño y al adolescente y se les ha sometido a medidas de carácter puramente tutelares y educativas, y así mientras los delincuentes están sometidos a las normas del Derecho Penal común los menores que las infringen están fuera de ellas.

Actualmente es el Consejo Tutelar para Menores Infractores la institución encargada de promover la readaptación social de los menores de 18 años, mediante el estudio de su personalidad y aplicándoles las medidas de corrección y de protección adecuadas a su estado, personalidad, educación, ambiente, etc.

E).- LA CULPABILIDAD.

Una conducta será delictiva no sólo cuando sea típica y anti-jurídica, sino además requiere que sea culpable. Siendo necesario que el agente, además de ser un autor material, sea un autor moral o sea, que ejecute la conducta culpablemente.

Definición.- La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

De esta definición se desprenden los elementos esenciales para la existencia de la culpabilidad. Estos elementos se refieren al conocimiento de la conducta y su resultado, así como a la voluntad del agente encaminada a la realización de la conducta.

El primer elemento, denominado intelectual, consiste en el conocimiento que el agente tiene de la antijuridicidad de su conducta y el resultado de la misma. Es decir, el agente tiene plena conciencia de su actuación y de cual será el resultado de la misma.

El segundo elemento, llamado emocional o volitivo, va en estrecha relación con el primero, ya que consiste en la voluntad que el agente manifiesta para realizar la conducta teniendo plena conciencia de los antijurídico de la misma y sus consecuencias.

La conjunción de estos elementos (conocimiento y voluntad),

da como resultado que al realizar el agente su conducta en forma consciente y voluntaria, sea responsable (culpable) de las consecuencias de la misma.

Doctrinas sobre la Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad.

Existen varias teorías que tratan de encontrar la verdadera naturaleza de la culpabilidad, entre ellas la más aceptada es la llamada teoría Psicología de la culpabilidad que es fuertemente atacada por la teoría normativa de la culpabilidad.

a).- Teoría Psicológica de la culpabilidad.

Esta teoría es la más aceptada, fundamenta la culpabilidad en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad considerando la esencia de la culpabilidad en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el actor.

La culpabilidad para esta teoría consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, conteniendo dos elementos uno volitivo y otro intelectual. El primero indica la conducta y el resultado y el segundo el intelectual (el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta).

b).- Teoría Normativa de la culpabilidad.

Frente a la teoría psicológica de la culpabilidad, se encuentra la teoría normativa de la culpabilidad que fundamenta a la culpabilidad en un juicio de reprobación de la conducta de un sujeto por haber realizado un comportamiento contrario a la Ley. Pues ha violado el deber de obedecer ejecutando un hecho distinto del mandado por ella. Se le reprocha al sujeto su conducta y se reprueba ésta porque no ha obrado conforme a su deber.

Para esta teoría la culpabilidad es un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley.

Formas de Culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo (intención) y la culpa (negligencia) una y otra tienen por fundamento la voluntad del agente.

Se puede delinquir mediante una determinada intención delictiva (dolo), o por desprecio de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida en sociedad (culpa), suele hablarse de una tercera forma o especie de la culpabilidad, la preterintencionalidad cuando el resultado delictivo sobrepasa la intención del sujeto.

En el dolo, el agente no obstante que conoce la significación

de su conducta procede a realizarla.

En la culpa, consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado.

En el caso del dolo es necesario que la voluntad consciente se dirija a la realización del hecho típico, y en la culpa es necesario que se obre sin voluntad de producir un resultado, pero éste se produce por la realización de la conducta imprudente, imperita o negligente del actor.

El Dolo.

Existen varias doctrinas que tratan de explicar la naturaleza del dolo, no obstante, lo más importante para la existencia del dolo, consiste en que el resultado sea consecuencia de la realización voluntaria e intencional de una conducta típica, así Eugenio Cuello Calón lo define como: "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la Ley prevee como delito".(21)

El dolo además de un elemento volitivo (voluntad de ejecutar el hecho), contiene un elemento intelectual (representación o conocimiento del Hecho), es necesario la concurrencia de ambos, si falta uno de ellos no se puede hablar de dolo.

(21).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal Pág. 371.

Los tratadistas han establecido diversas clasificaciones de especies dolosas, así distinguen entre; dolo directo e indirecto, eventual e indeterminado.

a).- DOLO DIRECTO.

Se presenta cuando el agente ha previsto el resultado penalmente tipificado y lo quiere, existe en él voluntad de realizar la conducta y de querer el resultado. El resultado corresponde a la intención del agente.

b).- DOLO INDIRECTO.

Se presenta cuando el agente se propone un fin y tiene la certeza de que se producirá otro resultado típico que no es el objetivo de su voluntad, no obstante, no desiste de su acción con tal de lograr el propósito fundamental de su conducta.

c).- DOLO EVENTUAL.

Se verifica cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso distinto del querido y no obstante tal representación no renuncia a la ejecución de la conducta aceptando sus consecuencias (resultado). Hay voluntad de realizar la conducta y representación del posible resultado que no se quiere directamente, pero tampoco se deja hacer, se desea un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surja otro no querido directamente.

d).- DOLO INDETERMINADO.

Se presenta cuando el agente, tiene la intención genérica de delinquir, sin tener un propósito directo de causar un resultado delictivo en especial.

LA CULPA.

La culpa es una forma de la culpabilidad, al igual que en el dolo existen varias teorías que tratan de fundamentar la culpa, no obstante, para la existencia de la culpa es necesario obrar sin intención de causar un daño, pero se actúa sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la Ley.

ELEMENTOS DE LA CULPA.

- a).- Una acción u omisión voluntaria pero no intencional.
- b).- Que el agente ejecute el acto sin tomar las precauciones necesarias exigidas por el Estado.
- c).- Que el hecho sea previsible por el agente.
- d).- Que el resultado dañoso constituya un hecho tipificado por la Ley.
- e).- Que entre el hecho inicial y el resultado exista una relación de causa efecto.

f).- Que la intención sea lícita.

g).- Que el resultado sea evitable.

CLASES DE CULPA.

La culpa suele dividirse en consciente con previsión o con representación e inconsciente sin previsión o sin representación.

La primera existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no lo quiere, además se tiene la esperanza de que no ocurra.

La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación se dá cuando no se prevee el resultado típico, existiendo voluntad de realizar la conducta pero no hay representación del resultado, siendo éste previsible y evitable.

LA INCULPABILIDAD.

Para que un sujero sea culpable, es necesario que en la realización de su conducta concurren los elementos intelectual (conocimiento) y volitivo (voluntad) que son elementos integrantes de la culpabilidad, si por cualquier causa se eliminan éstos no puede hablarse de culpabilidad, sino que nos encontraremos frente a la inculpabilidad que constituye su aspecto negativo y al no existir la culpabilidad no se puede hablar de conducta delictuosa.

En consecuencia, la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad.

La mayoría de los autores consideran como causas que excluyen la culpabilidad; la ignorancia y el error de hecho.

Para el maestro Castellanos Tena el error "es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce pero se conoce equivocadamente. (22)

Considera este mismo autor, que la "Ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce ni errónea ni ciertamente. En la ignorancia hay ausencia de conocimiento". (22)

El error ha sido dividido en error de hecho y error de derecho. Dentro del error de hecho encontramos el error esencial y el error accidental el cual comprende error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

El error de derecho carece de eficacia para excluir la culpabilidad del agente, ya que la equivocada concepción que éste tenga sobre el significado de la Ley no puede favorecerlo ni justifica su ili-

cita actuación. Este criterio es seguido por el Código Penal vigente que en las fracciones III y IV de su artículo 9º establece que "la presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe que creía que la Ley era injusta o moralmente lícito violarla o que creía que era legítimo el fin que se propuso.

También el error accidental de hecho en sus tres especies resulta ineficaz para eliminar la culpabilidad del agente, este criterio es seguido por el Código Penal que establece en la fracción V del mismo artículo 9º que "La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito".

De lo anterior resulta que sólo el error esencial e insuperable de hecho produce el efecto de excluir de responsabilidad al agente. Para que este error esencial de hecho sea eficaz para anular el elemento intelectual de la culpabilidad, es necesario que este error se encuentre seriamente fundado y demostrado de modo que haya constituido un obstáculo insuperable para que el agente tuviera conocimiento de lo antijurídico de su conducta al momento de realizarla. De no reunirse las anteriores características, estaríamos en presencia de un error accidental, que, como ya se dijo, no excluye al elemento culpabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, es necesario que su conducta ilícita sea realizada en forma consciente y vo-

luntaria, de modo que otra excluyente de responsabilidad sería la ausencia de voluntad por parte del agente al realizar su conducta.

Un caso de inculpabilidad está constituido por el caso fortuito, consistente en la producción de un daño por mero accidente, en forma involuntaria e imprevisible, no imputable a dolo o culpa por parte del agente.

Para que el caso fortuito opere como excluyente de responsabilidad, se requiere que al producirse el resultado dañoso, el agente se encuentre realizando un hecho lícito, con la diligencia y precauciones debidas, quedando por tanto excluída toda intención o culpa imputable a él.

Este concepto es recogido por el Código Penal al establecer en la fracción X del multicitado artículo 15, que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal "causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas".

F).- LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta delictuosa.

Una conducta es punible cuando por su naturaleza amerite ser penada engendrándose una amenaza estatal para los infractores de cier-

tas normas jurídicas.

En el campo de la doctrina no se ha llegado a un acuerdo respecto a si la punibilidad es o no un elemento esencial del delito. Por una parte Eugenio Cuello Calón sostiene que una acción constituye delito cuando además de reunir los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, reúne el de punibilidad, siendo éste último el de mayor relevancia penal. (23)

Como opiniones en contrario el maestro Raúl Carrancá y Trujillo afirma que la punibilidad no es elemento esencial del delito, si falta el delito permanece inalterable. (24)

En el mismo sentido el jurista Ignacio Villalobos sostiene que la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito, siendo algo externo al mismo delito y normalmente su consecuencia ordinaria. Sosteniendo el propio maestro que toda conducta típica y antijurídica realizada culpablemente es delito, independientemente de que sea sancionada o no, un acto es punible cuando es delito, pero no es delito por el hecho de ser punible. (25)

(23).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal. Tomo I. Pág. 522.

(24).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo II
Pág. 123.

(25).- Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 203.

Por lo antes expuesto, podemos concluir que la punibilidad no tiene la categoría de elemento esencial del delito y otra razón determinante para negarle tal categoría, consiste en el hecho de que aún cuando exista ausencia de pena por haberse realizado la conducta al amparo de alguna excusa absolutoria, no impide la configuración del delito, el cual subsiste quedando excluída únicamente la pena, que como ya se dijo es la consecuencia normal del delito.

A lo anterior se puede agregar, que en el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coactores en virtud de su participación en la comisión de un delito, lo que confirma que puede existir delito sin la punibilidad, toda vez que al amparado por las excusas no se le aplica la pena, pero sí a quienes intervinieron en alguna forma en la realización del ilícito, ejemplo : el robo entre ascendientes, estas excusas sólo favorecen a los que tienen la liga de parentesco los extraños partícipes son merecedores de la pena correspondiente, por ser personal la excusa, se sanciona a los coautores debido a su intervención en un hecho que conserva el carácter de delito, no obstante la ausencia de punibilidad para el ascendiente o descendiente.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En presencia de las excusas absolutorias la punibilidad queda excluída, ya que éstas constituyen el aspecto negativo de la punibilidad.

Castellanos Tena las define como aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. (26)

Ya que el estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad.

En presencia de alguna excusa absolutoria los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, únicamente se excluye la punibilidad; siendo éstas en realidad un perdón legal.

Un caso específico de excusa absolutoria lo encontramos establecido en el artículo 377 Primer Párrafo del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, el cual establece "El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dicha persona. Si además de las personas de que habla este artículo tuviere intervención en el robo alguna otra no aprovechará a ésta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido". La misma situación rige para el fraude y el abuso de confianza (artículos 385 y 390 del Código Penal).

La excusa absolutoria atiende a la finalidad de que los vínculos familiares se mantengan inalterables y conserven su fortaleza, así como una cierta copropiedad familiar.

(26).- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 271.

Por una política criminal, el Estado trata de proteger la base de la sociedad que es la familia, y por ello antes de sancionar el robo, procura el fortalecimiento de los vínculos familiares, ya que sería negativos los afectos de la represión, si el propio Estado favoreciera la comparencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus padres, o a la inversa.

Otro ejemplo de excusa absolutoria la encontramos en el artículo 375 del Código Penal para el Distrito Federal Vigente, el cual establece "Cuando el valor de los robado no pase de veiticinco pesos, sea restituído por el ladrón espontáneamente y pague éste los daños y perjuicios, antes que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia".

La excusa absolutoria radica en el espontáneo arrepentimiento del agente, la total reparación de los daños causados y la escasa cuantía de lo robado.

CAPITULO III.- LOS DELITOS SEXUALES EN GENERAL.

1.- Naturaleza.

La ley no se propone mantener incólumes determinados valores (castidad, honestidad, etc.), que pertenecen a la esfera de la moral o de la religión, sino que tiene como objeto mantener el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social, siendo indiferentes para él las acciones impúdicas o deshonestas mientras no comprometan, ataquen o lesionen los órdenes jurídicos establecidos.

Al respecto el maestro Eugenio Cuello Calón, afirma que no todos los actos que constituyen una violación de la moral sexual están reprimidos por el derecho penal, sino que éste tiene un campo menos vasto que el de la moral, ya que no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino únicamente aquellos cuyo cumplimiento repunte necesario para la ordenada convivencia social, en el campo sexual, el derecho penal se reduce a la represión de aquellos hechos que lesionan bienes jurídicos individuales y colectivos poniendo en peligro la vida colectiva. (1).

Los tratadistas insisten en la necesidad de separar la esfera de la moral y de la religión del Derecho Penal, afirmando en relación a los actos contrarios a las buenas costumbres que en principio pertenecen a la esfera de la religión y de la moral y no al dominio

(1).- Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal.- Tomo II.- Pág. 479.

de la Ley Penal, caso excepcional cuando van acompañados de determinadas circunstancias como son las siguientes:

- 1.- Cuando son cometidos públicamente constituyendo ultrajes al pudor de todos.
- 2.- Cuando son cometidos por medio de la violencia.
- 3.- Cuando son cometidos en personas que no pueden emitir su consentimiento válido.
- 4.- Cuando constituyen violación a la fé conyugal.
- 5.- Cuando suponen excitación al libertinaje o facilidades para la prostitución.

De lo anterior, se concluye que no toda moral ni religión está amparada por el Derecho Penal, pero si todo el Derecho Penal debe estar sustentado por la moral, la religión o los lineamientos de trabajo social.

En el campo jurídico, el maestro Francisco González de la Vega, afirma que para poder hablar de delitos sexuales desde un punto de vista doctrinario, es necesario que se reúnan los dos requisitos o criterios siguientes:

- a).- Que la acción típica sea realizada positivamente por

el delincuente en el cuerpo del ofendido, o que a éste se le hace ejecutar sea directa e inmediata de naturaleza sexual.

b).- Que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido.

Entendiéndose por acción típica directa e inmediata de naturaleza sexual la conducta positiva del delincuente manifestada en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido, o que a éste se le hacen ejecutar y pueden consistir en simples caricias o tocamientos libidinosos, además se requiere que esta acción al ser ejecutada físicamente produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, relativos a la vida sexual de la víctima, siendo la libertad sexual o la seguridad sexual según las diversas figuras de delito los bienes jurídicos susceptibles de lesión por la conducta del delincuente.

En consecuencia y en sentido doctrinario, los delitos sexuales se definen como aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar y ponen en peligro o dañan su libertad o seguridad sexual. (2)

2.- Ubicación en el Código Penal.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente establece

(2).- González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 306, 307 y ss.

en su libro II, título decimoquinto como delitos sexuales los siguientes:

- a).- Atentados al Pudor (artículo 260).- La ejecución de un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, en persona púber o impúber sin su consentimiento, o con el consentimiento de ésta última.
- b).- Estrupo. (artículo 262).- La cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño.
- c).- Violación (artículo 265).- La cópula con persona sea cual fuere su sexo, por medio de la violencia física o moral.
- d).- Equiparación a la Violación (artículo 266).- La cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.
- e).- Rapto (artículo 267).- El apoderamiento de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de

la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse.

f).- Incesto (artículo 272).- Las relaciones sexuales entre ascendientes con sus descendientes o entre hermanos.

g).- Adulterio (artículo 273).- Las relaciones sexuales entre personas casadas y extrañas al vínculo matrimonial, efectuadas en el domicilio conyugal o con escándalo.

Observando la naturaleza de las acciones de cada uno de los delitos anteriormente descritos y atendiendo a la definición dada de delito sexual, se puede concluir que los atentados al pudor, el estupro y la violación están bien clasificados como sexuales, ya que en ellos la conducta consiste en actos corporales de lubricidad, produciendo como resultado una lesión a la libertad o a la seguridad sexual del sujeto pasivo.

En cuanto al rapto analizando la definición dada por el Código Penal vigente observamos que el núcleo del tipo consiste en el apoderamiento de una mujer, conducta que no tiene carácter sexual, ni el bien jurídico lesionado es relativo a la libertad o seguridad sexual.

Aún cuando en el tipo se incluyen como elementos del mismo

la finalidad de satisfacer un deseo sexual o casarse, ello no es suficiente para clasificarlo como sexual, sino que sirve únicamente para diferenciarlo de otros delitos, tales como el privación ilegal de libertad o el de secuestro en los cuales también la conducta delictiva consiste en el apoderamiento o retención de una persona.

Tal criterio es sostenido por la Suprema Corte de Justicia al afirmar "La figura del rapto, no tutela situaciones de orden sexual sino el libre desplazamiento de la mujer, lo que sucede es que en el tipo se comprende un elemento finalístico de contenido sexual que debe estar presente para que el tipo se integre, pero mientras no haya apoderamiento no hay rapto".

Suprema Corte de Justicia. Tesis relacionada 6^a época, 2^a Parte, Título XLIX. Pág. 81.

Por lo que se refiere al delito de incesto, podemos señalar que no es posible aceptarlo como delito sexual, en razón de que aún cuando la conducta típica tiene el carácter sexual, el objeto de la tutela penal no se refiere a la libertad o seguridad sexual, salvo excepciones como en el caso de los menores de edad o impuesto a través de la violencia, pero en estos casos se tipificaría otro delito muy diferente al incesto, por lo que el objeto de la tutela de este delito es la protección e integración familiar, ya que su práctica es fuente de intranquilidad, desorden y posibles tragedias en las familias, así como la degeneración de la especie.

En lo referente al adulterio, podemos observar que no obstante que para su consumación requiere la práctica de una acción de tipo erótico sexual, el objeto de la tutela penal no es la libertad o seguridad sexual, sino defender el orden matrimonial, contra los daños o peligros causados por los actos adúlteros en condiciones de grave ofensa al cónyuge inocente.

3.- Razón Jurídica de su Existencia.

Por ser el derecho penal una ciencia valorativa, para que un hecho caiga dentro de su esfera de acción es necesario que lesione un bien previamente valorado por las normas sociales, los delitos sexuales fueron valorados por las normas cuando se definieron y arraigaron los bienes jurídicos que tutelan.

Los bienes jurídicos que tutelan los delitos sexuales tardaron en definirse y arraigarse en la colectividad humana, pues en las diversas épocas de la evolución, su formación ha sido a través de una lenta evolución social de los pueblos interviniendo factores de tipo biológico, religioso y económico.

Los delitos sexuales en la actualidad regulan el modo de verificarse las relaciones sexuales entre los individuos en la vida social, siendo el objeto de la tutela penal en esos delitos la libertad o la seguridad sexual del ofendido.

En el delito de atentados al pudor el bien jurídico objeto

de la tutela penal es la libertad sexual cuando recae la acción en púber y la seguridad sexual cuando recae en impúber.

El bien jurídico de la tutela penal en el delito de estupro es tanto la libertad sexual como la seguridad sexual, de las jóvenes inexpertas, las cuales otorgan su consentimiento para la cópula a través de seducción o engaño.

En cuanto a la violación el bien jurídico objeto de la tutela penal es referente a la libertad sexual de la víctima, constituyendo el más grave de los delitos sexuales, ya que el violador realiza la acción a través de medios coactivos o impositivos anulando la resistencia de la víctima, quién bien sea por la violencia física o moral sufre en su cuerpo el acto sexual no querido, ofendiendo el derecho de libre determinación en materia erótica.

CAPITULO IV.- EL DELITO DE ESTUPRO.

1.- Etimología.

La palabra estupro viene de la voz latina STUPRUN, que proviene de Stupor de Stupeo, Stupor, Pasma, estupidez, hombre estúpido, Stupor sensuum Plin entorpecimiento de los sentidos. (1)

2.- Concepto.

Durante mucho tiempo en el lenguaje jurídico la palabra estupro significó toda unión sexual ilegal, con el transcurso del tiempo se restringió su significado y expresó la unión ilegal con persona honesta, este último concepto es el que se ha empleado más frecuentemente.

Carrara en su Programa, explicó que inicialmente se utilizó el concepto de estupro en un sentido figurado para designar cualquier acto torpe de naturaleza sexual, y que posteriormente en el lenguaje jurídico se le dió un contenido extraordinariamente amplio de tal manera que dentro de dicho concepto quedaba incluido cualquier tipo de ayuntamiento sexual, incluyendo el adulterio, continúa explicando el maestro de Pisa, que finalmente se restringió el contenido de dicho concepto para comprender únicamente el concubito de persona libre, de vida honesta, concluye este autor definiendo al estupro como "El conocimiento carnal de una mujer libre y honesta precedido de seducción

(1).- Diccionario Clásico Etimológico Latino Español.- Pág. 886.

verdadera o presunta y no acompañada de violencia". (2)

Para González de la Vega el estupro es "La conjunción sexual natural, obtenida sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta". (3)

En nuestra legislación penal vigente el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal establece el estupro como delito y de sus términos se desprende que se considera como tal "La cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño". (4)

3.- Antecedentes Históricos.

A través del tiempo en las distintas legislaciones, el concepto del delito de estupro ha variado, ya que antiguamente esta figura jurídica no existía o se confundía con otras figuras, así en la antigua Roma el término era tan amplio que abarcaba todas las formas de conjugación carnal y otras variedades de delitos sexuales, posteriormente se restringió el contenido del concepto, pero aún resultaba amplio y en él quedaba incluido el delito de incesto, ya que den-

(2).- Carrara Francisco.- Programa del Curso de Derecho Criminal.- Parte Especial.- Vol. II.- Pág. 174.

(3).- González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano Pág. 357.

(4).- Código Penal para el Distrito Federal.- Artículo 262.

tro del estupro quedaban comprendidas todas las formas de ayuntamiento de hombre con mujer soltera independientemente del parentesco, más tarde se separa el delito de incesto formando un delito totalmente independiente.

En el derecho español castigaban con atroces penas a los que sin emplear la fuerza física yacían con mujeres de condición vírgen o con viudas honestas y recatadas, por medio de una Pragmática de Felipe II en 1565 se estableció el estupro doméstico o sea el realizado por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

En el derecho Italiano, en varias legislaciones figuró el concepto de corrupción y no el de estupro, entendiéndose por aquella la seducción y deshonor de una joven menor de dieciocho años, bajo la promesa de matrimonio, o bien se estimaba que cometía este delito el que hubiere seducido mediante simulación de matrimonio a una mujer libre.

El antecedente histórico del delito de estupro en la legislación Mexicana lo encontramos en el Título XIX, Leyes I y II de la Setena Partida que castigaba a los que yacían con mujeres de orden (pertenecientes a órdenes religiosas), o con viudas que vivían honestamente en sus casas, o con vírgenes, por halago o engaño, sin hacerles fuerza. (5)

(5).- Citado por González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano.- Págs. 359 y 361.

El Código Penal de 1871, en el artículo 793 en forma genérica establecía "Llámesse estupro la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento", el artículo 794 establecía "El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes:

- I.- Con cuatro años de prisión y multa de segunda clase, si la edad de la estuprada pasa de diez años pero no de catorce.
- II.- Con ocho años de prisión y multa de cien a mil quinientos pesos si aquella no llegara a los diez años de edad; y
- III.- Con arresto de cinco a once meses y multa de cien a mil quinientos pesos, cuando la estuprada pase de catorce años, el estuprador sea mayor de edad, haya dado a aquella por escrito palabra de casamiento y se niega a cumplir sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorado por aquel.

Demetrio Sodi critica la fracción II de este artículo en el sentido de que se acepta la posibilidad de que una niña menor de diez años pudiera prestar su consentimiento para la cópula, como si pudiera darse cuenta de la naturaleza y trascendencia de semejante acto.

En los referente a la fracción III Sodi comentaba "Aquí la Ley descarta la seducción y sólo fija el engaño, que hace consistir

en la promesa de matrimonio, hecha por escrito. Si en el sentimiento amoroso hay una gran libertad de acción, es aventurado afirmar que la simple promesa de matrimonio constituya un engaño y que este engaño haya determinado la caída de la esfera ideal, la desestimación de sí mismo, para producir la unión material, la posesión, sin tener presente que el instinto sexual, es el centro alrededor del cual gravita todo el problema de la psicología del amor. (6)

El Código Penal de 1929 en su artículo 856 definió al estupro como "La cópula con mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento".

En el artículo 857 agregaba que por el solo hecho de no pasar de dieciseis años la estuprada, se presumiría que el estuprador empleó la seducción o el engaño, además dicho código en el artículo 858 establecía "El estupro será punible sólo cuando la edad de la estuprada no llegue a dieciocho años, y se sancionará del modo siguiente:

- I.- Con tres años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la estuprada fuese impúber; y
- II.- Con un año de arresto y multa de diez a quince días de utilidad, si la estuprada fuere púber. Será circunstancia agravante de cuarta clase, ser doncella la estuprada.

González de la Vega critica esta legislación afirmando que conservó el defecto del Código Penal de 1871, al regular al estupro en forma de cópula efectuada en imúberes, señalando que sería mejor equiparar este caso a la violación. (7)

El Código Penal vigente de 1931 en el artículo 262 tipifica al estupro como la cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño.

Estableciendo en el artículo 263 los requisitos para proceder en contra del estuprador, en el artículo 264 regula la forma de reparación del daño en los términos que la ley civil fija para los casos de divorcio. (8)

De la comparación de las disposiciones de nuestras anteriores legislaciones penales en los relativo al delito de estupro, se observa:

Por una parte, en los Códigos Penales de 1871 y 1929 se regulaba como estupro la cópula tenida con mujeres de muy corta edad, lo cual a mi opinión constituye un delito diverso como acertadamente fue regulado en la reforma hecha al artículo 266 por Decreto de 12 de diciembre de 1966, por el cual se le equipara al delito de violación

(7).- González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano. Pág.364.

(8).- Código Penal para el Distrito Federal.- Artículo 262 y sig.

dando fin con esto a la confusión de figuras típicas diversas.

Por otra parte, es posible observar como con el transcurso del tiempo, dichas legislaciones varían el tratamiento del estupro, reduciéndose la protección otorgada a la mujer ya que el Código de 1871 no se establecía límite en relación a la edad de la mujer, con lo cual se amparaba a las mujeres de cualquier edad, castas y honestas que hubiesen accedido a la cópula por seducción o engaño. En la legislación Penal de 1929 se suprime el elemento castidad, pero se limita la edad de la mujer a 18 años, con lo cual el estupro se hizo consistir en la cópula tenida con mujer que viva honestamente si se ha empleado la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento y su edad no llegase a 18 años. Con esta variante ya no quedaban amparadas las mujeres de 18 ó más años de edad, lo cual representa una reducción a la protección de la mujer en relación con el anterior código.

Finalmente en el Código de 1931 al tipificarse el estupro como la cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se restringe aún más la protección a la mujer en comparación con los Códigos anteriores.

La explicación a esta tendencia se encuentra en las diversas concepciones valorativas existentes al momento de crearse las disposiciones legales y las necesidades sociales que se trata de satisfacer con ellas.

Encontramos así que en principio, debido a las concepciones morales y a la situación de inferioridad en que se encontraba colocada la mujer, en todos los aspectos de la vida, el hecho de consentir a la cópula fuera de matrimonio era suficiente motivo para que fuera repudiada por la sociedad y en consecuencia sus posibilidades de contraer matrimonio se reducían en gran medida, en una sociedad que sólo le reconocía la posibilidad de ser esposa y madre, negándole el acceso en la mayoría de las ocasiones a las actividades educativas y económicos, por lo que se le condenaba a una vida de marginación y desprecio permanente, ante esta situación resulta comprensible que se tratara de proteger a la mujer de tales daños, por lo que se le brindaba tal protección sin importar su edad (Código de 1871) y aún eliminando el elemento castidad (Código de 1929).

Ya en el año de 1931 al promulgarse el Código Penal, las circunstancias señaladas habían variado en cierta medida en favor de la mujer, lo cual explica que la protección que se le brinda se vea restringida aún más al señalarse un límite respecto a la edad requerida para ser sujeto pasivo en el delito de estupro, además de incluirse como elemento indispensable para configurarse el delito la honestidad y la castidad.

En la actualidad el delito de estupro establecido en el Código Penal, resulta irrelevante en la medida en que han transcurrido cerca de 50 años desde su establecimiento y durante ese tiempo se han cambios a un ritmo acelerado en todos los aspectos (cultura, moda, costumbre, comunicaciones, etc.), han variado las concepciones

morales tan estrictas en un principio, así como la posición de la mujer en la sociedad, ya que en la actualidad se le reconocen las mismas posibilidades y derechos que al hombre con lo cual el daño que podría ocasionarle el tener cópula fuera de matrimonio es mínimo.

Por otra parte, la protección otorgada a la mujer a través del concepto de estupro, se presta en la actualidad a un comercio carnal disimulado, ya que al estar obligado el sujeto activo a la reparación del daño, consistente en la pensión alimenticia, puede presentarse el caso de que tal situación sea aprovechada por la mujer para garantizarse una seguridad económica otorgando su consentimiento para la realización de la cópula.

Igualmente resulta contradictorio el concepto del delito de estupro establecido en el Código Penal, no sólo con el mismo Código sino con lo establecido en la legislación Civil, ya que se le reconoce a la mujer capacidad para la realización de actos semejantes a los requeridos en el delito en cuestión; como es el caso de los atentados al pudor, en el que se establece que para la configuración del delito es necesario que se realice sin consentimiento de púber o con consentimiento de impúber, lo cual choca con lo establecido en el propio Código Penal en lo referente al delito de estupro.

Por otro lado, el Código Civil acepta la posibilidad de contraer matrimonio en la mujer desde los catorce años, edad menor a la requerida para la configuración del delito de estupro donde se limita la facultad de la mujer de decidir libre y voluntariamente hasta

los dieciocho años.

Por último, de acuerdo con la práctica de los tribunales, basta la simple imputación de la mujer para que se tenga por integrado el delito, teniendo ésta a su favor la presunción de los elementos de castidad y honestidad, correspondiendo al indiciado probar lo contrario.

4.- Bien Jurídico Tutelado.

Existen serios debates acerca del bien jurídico tutelado en el delito de estupro. Un gran número de tratadistas afirman que el bien jurídico objeto de este delito es la seguridad sexual, ya que se trata de proteger a las jóvenes inexpertas de atentados sexuales, tal reflexión se basa en la presunción que establece la ley al fijar la edad para considerarla sujeto pasivo del delito.

En contraposición a lo expuesto otro gran número de tratadistas afirman que el objeto de la tutela penal en el delito de estupro no es la inexperiencia y la seguridad sexual de la mujer menor de edad, indicando que esta argumentación no tiene solidez, pues para que la tuviera sería suficiente para integrar el delito que la mujer fuese menor de dieciocho años, pero como se exige además, que el consentimiento sea obtenido por medio de la seducción o el engaño, resulta obvio que lo que se está tutelando es la libertad sexual, la cual es lesionada cuando el consentimiento ha sido obtenido mediante artes mañosas o persuasivos engaños.

Al respecto el maestro Francisco González de la Vega, afirma que "el bien jurídico objeto de la tutela a través de la conminación de las penas no es la libertad, sino la seguridad sexual de las inexpertas jóvenes contra los actos de libidine facilitadores de su prematura corrupción de costumbres. (9)

Por su parte el tratadista Alberto González Blanco sostiene que "el bien jurídico tutelado por nuestra ley penal no puede ser otro que la seguridad sexual, ya que la represión trata de proteger la inexperiencia de la mujer que no ha logrado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, de acuerdo con la presunción que se establece al fijar la edad máxima, para considerarla como sujeto pasivo". (10)

En contraposición a los anteriores criterios el penalista Mariano Jiménez Huerta expone:

"Negamos que la objetividad jurídica tutelada sea la seguridad sexual y la inexperiencia de la mujer, pues para ello sería necesario que cualquier copulación con mujer casta y honesta menor de dieciocho años integrase ya de por sí el delito; pero como se exigen además, que ésta hubiese otorgado su consentimiento y que éste carezca de valor por haberse obtenido mediante seducción o engaño, la ratio de la tutela penal descansa en la ausencia de un consentimiento libre.

(9).- González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano. Pág.364.

(10).- González Blanco Alberto.- Delitos Sexuales en la Doctrina y el Derecho Positivo Mexicano.- Pág. 96

El que se exija que la mujer sea casta, honesta y menor de dieciocho años, no desvirtúa la anterior conclusión, pues su finalidad es limitar el ámbito racional de la seducción o del engaño, habida cuenta de que con base en las concepciones actualmente imperantes en la vida social, la ley considera que la mujer deshonestas e impúdica o mayor de dieciocho años no puede ser seducida o engañada y, por ende, su consentimiento resulta presuntivamente válido". (11)

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo afirma que en el delito de estupro el bien jurídico objeto de la tutela penal es la libertad sexual de la mujer. (12)

Por mi parte considero que de la descripción que hace el Código Penal Vigente del delito de estupro se desprende que el objeto de la tutela penal es tanto la libertad como la seguridad sexual, ya que al fijar la edad máxima de dieciocho años para que la mujer sea considerada sujeto pasivo del delito, se trata de proteger la seguridad sexual de las jóvenes inexpertas que no han logrado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, pero el propio tipo exige que el sujeto pasivo del delito otorgue su consentimiento para la cópula por medio de la seducción o el engaño, tutelando la libertad sexual de la mujer.

(11).- Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo III.- Pág. 229.

(12).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Código Penal Anotado.- Nota 864.

Por lo tanto el tipo legal tutela la libertad sexual de la mujer consistente en el derecho que posee como ser humano de cópular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quién no fuere su gusto o agrado, tal libertad trae consigo, al igual que todos los delitos sexuales, la seguridad sexual consistente en la certeza de que nadie va atacar esa libertad.

5.- Elementos Constitutivos.

De la descripción hecha en el artículo 262 del Código Penal se desprende que los elementos integrantes del delito de estupro, son:

- a).- Cópula.
- b).- Con mujer menor de dieciocho años.
- c).- Casta y honesta.
- d).- Obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño.

a).- COPULA.

Copular según el diccionario de la lengua española significa juntar o unir una cosa con otra, en el delito en estudio, unirse o juntarse carnalmente.

La cópula carnal puede ser vaginal, anal u oral, la prime-

ra constituye la forma propia y normal y las dos últimas formas impropias o anormales.

González de la Vega expresa "dada la redacción íntegra del artículo 262 que describe su tipo legal y por la presencia de los restantes elementos, se infiere que la cópula en el esturpo se limita exclusivamente al Coito Normal, obra de varón a mujer por la vía natural. Eliminamos los actos contra natura efectuados de varón a mujer en vaso no idóneo fisiológicamente para el concúbiteo, porque en nuestro concepto la aceptación que ésta haga en su cuerpo de tales acciones de anomalía lúbrica, revela en ella, al menos psíquicamente, ausencia de honestidad sexual, elemento normativo imprescindible exigido por el legislador para acordar a la mujer protección contra el estupro. (13).

Alberto González Blanco, comparte el mismo criterio pero con algunas reservas en lo referente a la restricción del concepto en el delito, pues admite que "No se descarta la posibilidad de que la víctima en esos casos pueda desconocer por inexperiencia el alcance de tales relaciones". (14)

Por su parte Carrancá y Trujillo reproduciendo los concep-

(14).- De la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano. Pág. 365.

(14).- González Blanco Alberto.- Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano.- Pág. 97.

tos de Manzini y Gómez nos dice que cópula es "La introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste" y estima que el elemento cópula en el delito de estupro abarca cualquier ayuntamiento carnal. (15)

Mariano Jiménez Huerta, haciendo una interpretación rigurosamente técnica, afirma que la palabra "cópula tiene una significación gramatical amplísima", "unirse o juntarse carnalmente". Esta unión o ayuntamiento puede ser, como de consumo y sin discusión se admite en torno al delito de violación, vaginal, anal, y oral. Implica por tanto, una incongruencia lógica, restringir y limitar, en el delito de estupro, el elemento fáctico "cópula", a la vaginal, pues no existe razón alguna para concluir que el comportamiento típico consista en ambos delitos en que el sujeto activo "tenga cópula", encierre en el delito de estupro un sentido y un alcance diverso que en el de violación, dada la identidad fáctica de los mismos. (16)

En cuanto a la cópula primer elemento del delito de estupro, mi postura concuerda con la de aquellos tratadistas que aceptan la configuración del delito en estudio por la realización de cualquier forma de ayuntamiento sexual, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste, ya que de acuerdo a la descrip-

(15).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Código Penal Anotado.- Pág. 502.-
Nota 859.

(16).- Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.- Pág. 231 y
232.

ción que hace el artículo 262 del Código Penal no hay razón para reducir el término cópula a la vaginal, y el argumento expuesto por los tratadistas en el sentido de que la aceptación de la cópula en forma anormal revela en la mujer falta de honestidad, carece de fundamento, ya que la honestidad se determina tomando en consideración todos los antecedentes previos a la cópula y no se integra en el momento mismo de la realización del ilícito, ya que en el supuesto de que la honestidad se integrara en el momento mismo de la realización de la cópula, en ningún caso se configuraría el delito, ya que al aceptar tener relaciones sexuales en forma ilícita se perdería tal honestidad, lo que demuestra que en el delito de estupro no hay argumento para reducir el término cópula a la vaginal, sino que éste acepta la forma anormal como ya quedó expuesto; de lo que se concluye que para la integración del delito de estupro basta con que haya habido cópula, es decir unión sexual independientemente de la forma y de las consecuencias.

b).- Mujer Menor de Dieciocho Años.

En el delito de estupro el único sujeto pasivo de la infracción ha de ser una mujer menor de dieciocho años.

Francisco González de la Vega expresa "Este límite obedece a que se supone, en términos generales, que las mujeres muy jóvenes y recatadas, por su escaso desarrollo psíquico y corporal y por su inexperiencia ante los problemas de la vida, no están en fácil aptitud de resistir normalmente para la prestación sexual. Se

considera, además que el consentimiento está viciado de origen, tanto por la minoría de la mujer que le impide darse cuenta exacta de los posibles resultados dañosos de su aceptación, como por el dolo viciador del consentimiento que entrañan los maliciosos procedimientos empleados por el varón responsable". (17)

Es notorio que si bien el tipo señala el límite máximo de la edad de la mujer como posible sujeto pasivo del delito, nada indica respecto del límite mínimo de esa edad, sin embargo, antes de la reforma penal del 12 de diciembre de 1966, ya se estimaba que toda cópula, aún la aceptada con mujer impúber no constituía estupro sino especie de delito que se equipara a violación.

Actualmente la reforma hecha al artículo 266 por decreto de 12 de diciembre de 1966, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de enero de 1967 expresa "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la Cópula con persona menor de doce años...", esta reforma reduce el marco típico del delito de estupro pues a partir de esa reforma, la mujer para poder ser sujeto pasivo del delito de estupro, debe ser mayor de doce años y menor de dieciocho años. Siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual y la seguridad sexual.

c).- Casta y Honesta.

La figura típica del delito de estupro no se limita a exigir que la mujer estuprada sea menor de dieciocho años, sino que exige además que sea casta y honesta. Estos requisitos son conceptos valorativos que se proyectan sobre el comportamiento sexual de la mujer en su vida en sociedad.

Demetrio Sodi haciendo un estudio profundo de la castidad, olvidándose de la honestidad, sostiene que "La castidad consiste en la abstención de los placeres ilícitos", sin que se requiera la donceller. (18)

González de la Vega afirma que: "La castidad es una virtud relativa a la conducta externa del ser humano que consiste en la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita y la honestidad consiste no sólo en la abstención corporal de los placeres libidinosos sino en una correcta actitud moral y material que se relaciona con lo erótico". (19)

Por su parte González Blanco percibe entre la honestidad y la castidad una relación de género a especie, siendo la primera el género y la segunda la especie. (20)

(18).- Sodi Demetrio.- Nuestra Ley Penal.- Pág. 338.

(19).- González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano.
p.p. 317 y 373.

(20).- González Blanco Alberto.- Op., Cit., p. 107.

Finalmente encontramos la opinión de Carrancá y Trujillo quién considera que "la castidad es tanto como pureza, se identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por lo general otra cosa que el signo externo que la acredita pudiendo no existir virginidad y sí castidad, o bién lo contrario, y la honestidad es el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se le distingue lo constituyen las palabras, ademanes y gestos, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etc., todo lo cual es valorado socialmente a través de un concepto público, mientras la castidad atiende al ser, la honestidad al parecer". (21)

Nuestro Código Penal vigente requiere para la configuración del delito de estupro que la mujer sea casta y honesta que son elementos valorativos que se proyectan sobre el comportamiento sexual de la mujer en su vida en sociedad.

Del estudio que hacen los tratadistas del concepto de honestidad, se observa; que para González de la Vega consiste no sólo en la abstención de los placeres libidinosos, sino en una correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico; González Blanco percibe entre la honestidad y la castidad una relación de género a especie, siendo la honestidad el género y la castidad la especie; Carrancá y Trujillo, la conceptúa como el recato o moderación en la conducta que se lleva con persona de sexo distinto.

(21).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Op., Cit., p.p. 501 y 502., Notas 861 y 862.

En conclusión la honestidad consiste en el correcto comportamiento que se tiene dentro de la Sociedad, identificándosele con las palabras, gestos, ademanes, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías.

En cuanto al estudio que hacen los tratadistas del concepto de castidad, se desprende que coinciden en considerarla como la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita, no siendo indispensable la virginidad, ya que ésta no revela la verdadera conducta moral y corporal de la mujer. Pues consiste sólo en la integridad del himen, y como acertadamente señala el maestro Raúl Carrancá y Trujillo puede no existir virginidad y sí castidad o bien lo contrario, exponiendo como ejemplo de los primero el caso de que el desgarramiento del himen se produzca por accidente, por violación o por una intervención quirúrgica necesaria; y como ejemplo de lo segundo el caso de la prostituta que conserva el himen intacto, aún después de una o varias prácticas sexuales debido a la elasticidad de su membrana.

En la práctica la forma más frecuente en que se da el estupro es en mujer soltera doncella, más ésto no es absoluto, ya que el término castidad acepta la posibilidad de recaer en viudas o divorciadas, siempre y cuando concurran los demás elementos contenidos en el tipo.

d).- Seducción o Engaño.

Como último elemento para la integración del delito de es-

tupro, el código exige que el sujeto pasivo otorgue su consentimiento para la cópula a través de la seducción o el engaño, sin embargo se acepta la posibilidad de que en una sola acción coincidan ambos medios.

Carrara funda la seducción en el engaño, afirmando que la verdadera seducción tiene en el lenguaje jurídico por su indispensable sustrato al engaño, "la mujer que en vulgar lenguaje se llama seducida porque su pudor fue vencido por el precio, las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente amante, o por la avidez o la excitación de sus sentidos, no puede decirse que ha sido seducida en el sentido jurídico". (22)

Tal criterio resulta inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico, como muy acertadamente lo hace notar el maestro Jiménez Huerta, quién manifiesta que "desde el instante que en el artículo 262 se disocian como alternativos medios de ejecución del estupro el engaño y la seducción, evidente es que ésta no tiene como sustrato el engaño sino que se constituye y perfila precisamente a base de esos elementos de la vida diaria que rechazaba el maestro de Pisa". (23)

González de la Vega en su Derecho Penal Mexicano sostiene que "el engaño en el estupro consiste en una tendenciosa actividad

(22).- Carrara Francisco.-Programma, Parte Speciale, Tomo II, Párr. 1503.

(23).- Jiménez Huerta Mariano.-Op., Cit., p. 244.

de mutación o alteración de la verdad, presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas que producen en la mujer un estado de error, confusión o equivocación por lo que accede a la presentación erótica de su burlador¹¹. (24)

El engaño puesto en juego sobre la voluntad de la mujer, para obtener su consentimiento para la cópula, despoja de su significado y valor a dicho consentimiento, pues la mujer ante situaciones que como reales, serias y verdaderas, se ofrecen, presentan o describen, accede a los copulativos afanes de su burlador.

Nuestra legislación habla de engaño, sin determinar en que consistirá éste, lo que quedará a la libre apreciación del juzgador, siendo el ejemplo más frecuente de engaño en el estupro la falsa promesa de matrimonio.

El otro medio al que alternativamente alude el artículo 262, como comisivo del delito de estupro, es la seducción, sin embargo, como ya quedó advertido se acepta la posibilidad de que coincidan en una sola acción. El diccionario define la acción de seducir como: "engañar con arte y maña, o persuadir suavemente al mal o cautivar". (25)

González de la Vega expresa: "en un estricto significado ju-

(24).- González de la Vega Francisco.- Op., Cit., p. 375.

(25).- Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.- Voz "Seducción"

rídico, se entiende por seducción la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer o bien, los halagos a la misma, destinados a vencer su resistencia psíquica o moral; a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual". (26)

Por su parte Mariano Jiménez Huerta expresa; seducir es conducir, reducir, someter, mover y determinar, a base de influjo psicológico, la voluntad de otro.

En el delito de estupro, significa, gramaticalmente persuadir suavemente a la mujer cautivar su voluntad para que acceda al complejo amoroso, por medio de miradas, sonrisas, besos, caricias, palabras y demás escarceos pletóricos de ilusión e incluso de bellos renunciamientos y sacrificios altruístas, hasta forjar ese anhelado éxtasis, tan trascendental como instantáneo, que impalpable y apasiblemente doblega la voluntad y hace que la mujer sucumba por el hábito del amor". (27)

Alberto González Blanco sostiene que la seducción en el estupro es "la actividad de cualquier índole realizada por el sujeto activo con el propósito de persuadir al pasivo a la realización de la cópula.

La actividad del sujeto activo se proyecta sobre el plano

(26).- González de la Vega Francisco.- Op., Cit., p. 377.

(27).- Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.- Pág. 243.

psíquico del pasivo y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición". (28)

El Código Penal Vigente establece en el artículo 262 como medios para obtener la cópula, al engaño y a la seducción que son elementos de tipo normativo, en los cuales entran en juego dos voluntades. El artículo mencionado hace alusión a tales medios sin especificar en qué van a consistir por lo que se ha entendido como engaño la actividad de mutación o alteración de la verdad, que influyen en el ánimo del sujeto pasivo para que otorgue su consentimiento para la cópula, por consiguiente toda actividad de este tipo se entiende que está constituyendo engaño, sea cual fuere la forma, en la práctica la forma mas frecuente en que se configura el engaño en el delito de estupro es la falsa promesa de matrimonio.

Por otra parte, la seducción se ha entendido en el delito de estupro como toda actividad encaminada a persuadir suavemente a la mujer y cautivar su voluntad para que acceda a la cópula.

Sin embargo, no es posible desconocer que en el mundo actual, la vida sexual del individuo ha cambiado en forma radical, una mujer a los doce años puede carecer de un conocimiento práctico de lo sexual, en cuanto que no ha realizado el acto sexual, pero ello no implica que desconoce lo que éste significa, pues existe la posibilidad de que posea un conocimiento teórico sobre este tema, conocimiento

que si no le ha sido proporcionado dentro de su educación familiar, le ha sido impuesto por la educación escolar, por lecturas, o a través de todos los medios de comunicación que hoy en día han puesto todo lo relativo al sexo a la luz del sol

No debe perderse de vista que la falta de experiencia no es lo mismo que el desconocimiento (ignorancia), ya que puede darse el caso de una prostituta con toda la experiencia del ejercicio sexual constante, pero con todo el desconocimiento de lo que fisiológicamente y psicológicamente sucede en el organismo humano al realizar el acto sexual, y por lo contrario puede ser que una jovencita mayor de doce años, sin haber tenido nunca práctica sexual, conozca plenamente aquello que la prostituta desconoce, es decir, la información teórica idónea, lo que nos lleva a la conclusión de que los términos seducción y engaño no pueden seguir teniendo la misma aplicación que les confirió el legislador de 1931 al conceptuar el delito de estupro.

Sea cual fuere la índole del engaño y de la seducción, lo cierto es que la mujer accede a la realización de la cópula por encima de estos términos, otorgando su consentimiento con plena conciencia de los alcances de ésta y las consecuencias de la realización de la cópula, toda vez que como se ha dicho, la inexperiencia no equivale al desconocimiento de los hechos.

De los razonamientos expuestos, se observa que la configura-

M-0018246

ción del delito de estupro en mujeres mayores de doce años resulta criticable, más se acepta la posibilidad de la configuración del mismo en aquellos lugares donde los medios de comunicación son deficientes e imposibilitan el desarrollo normal de las mujeres, sin embargo, como ha quedado precisado en el punto anterior, el tipo legal acepta la posibilidad de la configuración del delito de estupro en viudas, y divorciadas que es del todo inaceptable en virtud de que este tipo de mujeres se encuentran en ventaja a las demás mujeres mayores de doce años, puesto que además de tener el conocimiento teórico inherente al sexo, debido a su estado civil anterior, poseen el conocimiento práctico de lo sexual, siendo difícil que en mujeres de esta índole se den los medios seducción y engaño requeridos por la ley para el otorgamiento del consentimiento, resultando innecesaria la protección que se les pretende dar a través del delito de estupro, lo que puede ser aprovechado y dar lugar a un celestinaje disfrazado.

6.- Tentativa.

El artículo 12 del Código Penal establece: "La tentativa es punible cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". (29)

De los términos de este artículo se desprende, que no existe

obstáculo para la configuración de la tentativa en el delito de estupro, pues siempre que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de la cópula con mujer casta y honesta menor de dieciocho años, y no se lleva a cabo por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, no obstante haber obtenido mediante engaño o seducción el consentimiento de la mujer, concurren cuantos requisitos son necesarios para integrar la tentativa en el delito de estupro.

7.- Tesis y Jurisprudencia sobre su punición.

Las tesis y jurisprudencia pronunciadas en relación al delito de estupro están encaminadas principalmente al estudio de los elementos que lo integran. En este sentido la Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia señala: "El cuerpo del delito de estupro se integra con los siguientes elementos:

- a).- La existencia de cópula o unión sexual, por vía idónea, este elemento es de carácter material;
- b).- Que dicha cópula sea con una mujer menor de dieciocho años, casta y honesta;
- c).- Que el pasivo hubiese consentido a virtud de la seducción o el engaño de que fuere víctima. Estos elementos son de carácter normativo, correspondiendo al juzgador apreciarlos jurídicamente

y valorarlos en atención a la norma cultural, para que el hecho imputado, material pueda ser antijurídico".

Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, Sexta Sala. julio 29, 1941.

En diversas ejecutorias de la Sexta Sala, se analizan algunos de los elementos señalados, y así encontramos que respecto a la cópula se ha expresado lo siguiente:

"Aún cuando el certificado médico - legal acredita que la mujer no está desflorada, ello no destruye la confesión del procesado que tuvo cópula con aquella, pues para la integración del delito de estupro, basta con que haya habido cópula, es decir, unión sexual, independientemente de que haya habido o no desgarramiento del himen".

Tribunal Superior de Justicia, Sexta Sala, septiembre 3, de 1941.

"Si la cópula es elemento constitutivo tanto del estupro como de la violación, la diferenciación de éstos en cuanto a que el primero tiene que realizarse con el consentimiento de la ofendida y en el segundo efectuarse sin la voluntad de la víctima, hace que ambos delitos se excluyan entre sí y no puedan coexistir dentro del mismo hecho delictuoso".

Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia, Sexta Época, 2a. Parte núm. 135.

En cuanto a la castidad y la honestidad, que son elementos valorativos se ha establecido:

"Para la configuración del delito de estupro la virginidad de la ofendida menor de dieciocho años es índice vehemente de su castidad y honestidad".

Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia, 6a. Epoca, Segunda Parte, número 130.

"Como la castidad y la honestidad se refieren a la abstención de actividades sexuales ilícitas y a la inejecución de actos como salidas nocturnas, trato poco decoroso con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentar o permanecer en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad u otros que repugnan al pudor y al recato de la mujer de corta edad, las menores a que se refieren las legislaciones en el delito de estupro tienen en su favor la estimación de ser castas y honestas, en tanto no se pruebe lo contrario; en consecuencia ni el Ministerio Público ni la ofendida están obligados a portar pruebas de tales virtudes en la mujer estuprada, sino que es el acusado quién debe comprobar en su defensa que con anterioridad a la cópula la ofendida realizaba hechos de la naturaleza especificada".

Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia, 6a. Epoca, 2a. Parte. Número 131.

"Según el dicho del acusado, la mujer víctima de estupro era vírgen y en autos no hay constancia alguna que venga a poner en duda

la buena reputación de la ofendida en su conducta pública, por lo que es indiscutible que al pasivo le asiste la presunción de honestidad, que ampara a la mujer en sociedad".

Semanario Judicial, Título LXV, Página 2879.

"La castidad es la abstención física de toda actividad erótica y no está demostrado que la víctima hubiere observado una incorrecta conducta sexual, ya que siempre vivió en el seno del hogar, y por otra parte, la honestidad dado el tono del precepto, es la de carácter sexual y consiste en el recato y pudor, es decir, en la compostura, decencia y moderación de la persona, acciones y palabras, o en otros términos, en la buena reputación de la mujer por su correcta conducta erótica".

Suprema Corte de Justicia, Tesis Relacionada, 6a. Epoca, 2a. Parte, Título XLVI, Página 31.

"La castidad y honestidad de la mujer estuprada deben calificarse en relación con la época inmediata anterior a la del delito que se dice cometido en su contra, y no en relación con la fecha en que se dice cometido dicho delito, pues si se admite que la aceptación de la cópula, obtenida por medio de la seducción o del engaño, indicaba la falta de castidad y honestidad de la mujer aceptante de la cópula, en esas condiciones nunca podría cometerse el delito de estupro, puesto que su comisión misma implicaría la prueba de que no concurren en favor de la mujer aquellos requisitos. De manera que si existe la confesión del acusado sobre que la ofendida vivía al lado

de sus padres, que se dirigió a éstos con el fin de tener relaciones con aquella, que desde un principio el acusado habló de matrimonio a la ofendida y a sus familiares obteniendo así el permiso para visitar su casa, que la ofendida era doncella (lo que está confirmado con el certificado médico respectivo) y que fué el acusado quién la desfloró, se concluye que la castidad y honestidad de la mujer esturpada, que en todos los casos deben probarse, lo están por prueba presuncional plena, conforme a los arts., 254, 256, 260 fracción IV y 261 del Código de Procedimientos Penales".

Tribunal Superior de Justicia, 6a., Sala, septiembre 30, 1941.

"Los agravios expresados por el defensor del acusado son infundados, pues pretenden establecer que la ofendida no era casta y honesta y conforme al criterio de esta Sala tales elementos se presumen cuando se satisfacen los restantes requisitos del artículo 262 del Código Penal, quedando a cargo del inculpado la carga de la prueba tendiente a demostrar la falta de castidad y honestidad de la ofendida con anterioridad a la cópula. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

Apéndice de 1917 a 1965, Jurisprudencia número 131.
Toca 173/71.- 6a., Sala, Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales.

En relación con la seducción y el engaño como medios de comisión de este delito, se han pronunciado las siguientes Tesis:

"La seducción es el arte fascinatorio que somete una volun-

tad a otra, sin resistencia suficiente, lo que impone al juzgador un juicio valorativo, normativo, de dos voluntades en juego; y el engaño es la ausencia de veracidad que permite incumplir lo prometido u ocultar circunstancias que pudieron ser decisivas en el ánimo del pasivo, elemento este que también es normativo como el anterior".

Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, 6a. Sala, julio 29, 1941.

"Si el reo obtuvo el logro de sus deseos mediante un ofrecimiento de matrimonio que no cumplió, es patente que ese ofrecimiento incumplido constituye el engaño o seducción que requiere la ley para configurar el delito".

Jurisprudencia Definida, Suprema Corte de Justicia, Tesis 453.

"En la configuración del estupro la falsa promesa de matrimonio es suficiente para integrar el engaño que la ley punitiva constituye como uno de los elementos constitutivos del delito".

Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia Definida, 6a., Epoca, 2a. Parte, número 132.

CAPITULO V.- ANALISIS PERSONAL DEL DELITO DE ESTUPRO.

1.- Consideración Especial del Delito.

El Código Penal Vigente para el Distrito Federal dice textualmente en su artículo 262: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos" y en artículos subsecuentes, el mismo Código establece la necesidad de la querrela de la parte ofendida para proceder contra el delincuente; la cesación de la acción penal por el matrimonio del estuprador y la estuprada y por último lo que en el caso comprende la reparación del daño.

El delito de estupro se encuentra dentro del catálogo de los delitos que el Código Penal deja en manos de la querrela privada o sea, que la acción penal se ejerce a petición de parte ofendida. Si se estudia detenidamente este tipo legal, se verá que tal hecho no es delictuoso en sí mismo, sino que posee tal carácter por estar incluido en la ley punitiva y estar provisto de una sanción, ya que cuando un hecho es antisocial, el Estado interviene en cumplimiento de una atribución que le es inherente, en tanto que si no lo es y existe un daño, queda abierto el camino de la reparación civil para la víctima, además este tipo legal resulta inoperante en la sociedad actual como trataremos de demostrarlo.

Las relaciones de los sexos impuestas por la naturaleza mis-

ma y realizadas normalmente, no pueden contrariar jamás ni los conceptos de la ética social, ni las formas de convivencia humana. El instinto lleva al hombre hacia la mujer y a ésta hacia aquel, y de su unión resulta la vida de la especie, condición indispensable para que perdure la sociedad, sólo que el sexo masculino o femenino impone a cada cual deberes distintos, dando origen a derechos recíprocos y diferentes, la falta de educación, los falsos conceptos de moral y el egotismo tan natural y humano que es nada menos que la manifestación del instinto de conservación, impelen a hombres y mujeres y principalmente a los primeros a eludir el cumplimiento de sus obligaciones y de aquí que, se haya pretendido con el matrimonio dar a cada cual lo suyo y obligar a cada cual al cumplimiento de sus deberes, interviniendo la Iglesia ayer y hoy el Estado en la regulación de la relación entre los sexos, siendo el matrimonio ante los ojos de la sociedad, la forma única en que hombre y mujer pueden mutuamente exigirse el cumplimiento de las obligaciones que la ley les señala.

Ahora bien, si observamos que en el caso que nos ocupa, toda acción, todo procedimiento criminal contra el estuprador, se extingue en el momento en que éste se casa con la estuprada, se tendrá que aceptar que el Estado reconoce que el hombre al aceptar su obligación para con la mujer, está cumpliendo con su deber y que por lo tanto está obrando de acuerdo con el ritmo de la vida y la moral colectiva, no siendo por tanto merecedor de castigo alguno en tanto que tratándose de otro delito su acto antisocial sería forzosamente

castigado y el solo cumplimiento de las obligaciones civiles no tendría más que el carácter de una simple reparación del daño.

A lo anterior debe agregarse que lejos de ser un remedio al mal del delito de estupro, el matrimonio de estuprador y estuprada, es un medio de escape a la responsabilidad penal, lo que a la larga resulta más perjudicial, ya que los matrimonios así efectuados no son duraderos, traen por consecuencia la rivalidad entre los cónyuges y son facilitadores de la disolución de la moral.

Por otra parte, resulta peligroso lo establecido en el precepto citado en el sentido de que el sujeto activo está obligado a la reparación del daño, consistente en la pensión alimenticia, pues tal situación en la actualidad puede ser aprovechada por la mujer para garantizarse una seguridad económica con el simple hecho de otorgar su consentimiento para la realización de la cópula, aprovechándose el precepto para un comercio carnal disimulado.

En la actualidad el delito de estupro establecido en el Código Penal, resulta irrelevante en la medida en que han transcurrido cerca de 50 años desde su establecimiento y durante ese tiempo se han operado cambios a un ritmo acelerado en todos los aspectos (cultura, moda, costumbres, comunicaciones, etc.), variando las concepciones morales, así como la posición de la mujer en la sociedad, ya que en la actualidad se le reconoce las mismas posibilidades y derechos que al hombre y por lo tanto el daño que podría ocasionársele al tener cópula fuera de matrimonio es mínimo, además que debido a esa condi-

ción que hoy en día posee la mujer en la sociedad, le permite tener a muy corta edad conocimiento de la vida sexual, conocimiento que si no le ha sido proporcionado dentro de su educación familiar, le ha sido impuesto por la educación escolar, las lecturas o a través de todos los medios de comunicación, por lo que la mujer al acceder a la realización de la cópula otorga su consentimiento con plena conciencia de los alcances de ésta y las consecuencias de la cópula, resultando irrelevantes los medios seducción o engaño.

Por último, el concepto del delito de estupro resulta contradictorio como el mismo Código Penal y con lo establecido en la Legislación Civil, ya que el propio Código Penal le reconoce capacidad a la mujer para la realización de actos semejantes a los requeridos en el delito de estupro, como es el caso de los atentados al pudor, al establecer que para la configuración del delito es necesario que la conducta típica se realice sin consentimiento de púber o con consentimiento de impúber, al establecer este tipo legal "sin consentimiento de púber", está reconociendo capacidad al púber para decidir lo ético y moral de la realización de actos eróticos sexuales, ya que al dar su consentimiento para la realización de éstos no se configura delito alguno, lo que choca con lo establecido en el Código Penal en lo referente al delito de estupro.

Por otra parte el Código Civil acepta la posibilidad de contraer matrimonio en la mujer desde los catorce años, edad menor a la requerida para la configuración del delito de estupro donde se limita la facultad de la mujer, de decidir libre y voluntariamente hasta los 18 años.

2.- Consideración Especial Acerca del Sujeto Pasivo del Delito.

El delito de estupro acepta como único sujeto pasivo de la infracción a la mujer menor de dieciocho años, casta y honesta.

El primer requisito que la Ley señala para que la mujer pueda ser posible sujeto pasivo del delito de estupro consiste en que sea menor de dieciocho años, debe hacerse notar que si bien el tipo señala el límite máximo de la edad de la mujer, es omiso respecto del límite mínimo de esa edad, sin embargo, con la reforma hecha al artículo 266 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, por decreto de 12 de diciembre de 1966, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de enero de 1967, que expresa: "se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años...", se reduce al marco típico del delito de estupro, pues a partir de esa reforma, para poder ser sujeto pasivo del delito en estudio, es necesario ser mujer mayor de doce años y menor de dieciocho años.

Ahora bien, el límite de la edad máxima señalada por la Ley para poder ser sujeto pasivo del delito de estupro obedece a que se supone que una mujer menor de dieciocho años no ha alcanzado el desarrollo psíquico y corporal que le permita darse cuenta de los alcances de la cópula, otorgando un consentimiento viciado tanto por la minoría de edad, como por el procedimiento utilizado por el varón; lo que resulta inoperante en nuestra actual generación; ya que una mujer menor de dieciocho años, en términos generales, puede carecer de un cono-

cimiento práctico de lo sexual, en cuanto que no ha realizado el acto sexual, pero ello no implica que desconozca lo que éste significa, pues existe la posibilidad de que posea un conocimiento teórico, conocimiento que si no le ha sido proporcionado dentro de su educación familiar, le ha sido impuesto por la educación escolar, por lecturas, o a través de todos los medios de comunicación que hoy en día han puesto todo lo relativo al sexo a la luz del sol.

Como se ha explicado en el capítulo anterior, no es lo mismo la falta de experiencia que el desconocimiento (ignorancia), por lo que una jovencita mayor de doce años sin haber tenido prácticas sexuales puede conocer plenamente lo que fisiológicamente y psicológicamente sucede en el organismo humano al realizar el acto sexual, es decir posee toda la información teórica idónea, por lo que al acceder a la realización de la cópula, otorga un consentimiento con plena conciencia de los alcances de ésta y las consecuencias de la realización de la cópula pasando por encima de los términos seducción y engaño, términos que no pueden seguir teniendo la misma aplicación que les confirió el legislador de 1931 al conceptuar el delito de estupro.

El segundo requisito que la Ley señala para que la mujer pueda ser posible sujeto pasivo del delito de estupro consiste en que sea casta y honesta.

La honestidad es el debido comportamiento sexual que se tiene dentro de la sociedad y la castidad, la abstención corporal de toda actividad sexual ilícita; de la interpretación de estos términos se desprende que el tipo legal en estudio acepta como posibles suje-

tos pasivos del delito a mujeres solteras que han observado una total abstención de relaciones sexuales incluyendo a aquellas que nunca han tenido contacto carnal a pesar de que por cualquier circunstancia no conservan la integridad de su himen y mujeres viudas o cuyo matrimonio ha sido anulado (divorciadas), siempre y cuando concurren los demás elementos señalados en el tipo legal.

De lo anterior se concluye que si la configuración del delito de estupro, como se ha precisado en los puntos anteriores, resulta criticable en el caso de mujeres solteras, es inaceptable en mujeres viudas o divorciadas en virtud de que estas mujeres debido a su estado civil anterior poseen un conocimiento teórico y práctico de lo sexual, pues la conciencia sexual despierta si no lo estaba ya, con la primera práctica sexual que se tenga, por lo que no existe en ellas el desconocimiento del acto que realizan, que es el objeto mismo de la tutela penal en este delito.

3.- Consideración especial acerca de la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el delito de estupro en relación con el artículo cuarto Constitucional.

Lo que la Ley tutela en el delito de estupro es la inmadurez de juicio en lo sexual, por lo que el legislador consideró que la mujer entre los doce y dieciocho años es una persona inmadura e incapaz de decidir responsablemente la conducta sexual a seguir, por lo que al otorgar su consentimiento para la cópula, este se encuentra viciado.

A lo largo de este trabajo hemos repetido la forma tan radical en que ha cambiado la vida sexual del individuo, una mujer a los doce años y a veces antes, puede carecer de un conocimiento práctico de lo sexual, y de experiencia, en cuanto a que no ha realizado el acto sexual, pero no por ello desconoce lo que éste significa, ya que posee un conocimiento teórico sobre la cuestión, conocimiento que ha adquirido a través de la educación familiar, educación escolar, por pláticas de personas ajenas a su familia, por lecturas, o a través de todos los medios de comunicación que hoy en día han puesto a la luz del sol todo lo relativo al sexo.

Por lo tanto lo afirmado por el legislador resulta irrelevante en la medida de que han transcurrido cerca de 50 años desde su creación y durante ese tiempo se han presentado cambios a un ritmo acelerado en todos los aspectos (cultura,, moda, costumbres, comunicación), favoreciendo a la mujer, que hoy en día la ley le reconoce la igualdad en todos los aspectos al hombre (artículo cuarto Constitucional), por lo que la mujer al aceptar la cópula, otorga un consentimiento válido, ya que posee conocimiento y juicio en cuanto a lo sexual, pasando por encima de los términos seducción y engaño.

Por lo anterior, no se puede aceptar que a través del delito de estupro se proteja jurídicamente la libertad de la mujer, puesto que no existe la ausencia de conocimiento, ni los medios violentos característicos de la violación, que efectivamente tutela la libertad sexual de la mujer, igualmente no se puede admitir que el consentimiento se encuentra viciado, puesto que la mujer tiene pleno conocimiento de que va a realizar la cópula, así como las posibles conse-

cuencias de ésta.

Habiendo establecido con anterioridad que inexperiencia no es lo mismo que desconocimiento o ignorancia, tampoco aceptamos que el objeto jurídico protegido sea la seguridad sexual de la mujer inexperta, pues de ser así, la protección no tendría límite en la edad del sujeto pasivo, sino que se incluiría a todas las mujeres inexpertas, ya que tal calidad no es exclusiva de la menor de dieciocho años y resultarían irrelevantes los medios seducción y engaño.

No encontramos pues objeto alguno que la Ley deba proteger en este ilícito penal, ya que la mujer no necesita de la protección penal que pretende dársele a través del delito de estupro, sino por el contrario, ella pugna por obtener la igualdad de trato en todos los aspectos con respecto al hombre, situación que la ley reconoce y consagra en el artículo cuarto constitucional al establecer que "El varón y la mujer son iguales ante la Ley...", con las anteriores consideraciones podemos concluir que resulta inútil y excesiva la protección que se pretende dar a la mujer a través del delito de estupro.

- 4.- Derogación del artículo 262 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal en materia local y para toda la República en materia Federal, por faltar la necesidad de su punición.

A través del desarrollo de este trabajo han quedado establecidos los siguientes aspectos:

- A).- Formalmente se ha sostenido que el bien jurídico tutelado por el delito de estupro es relativo a la libertad o a la seguridad

sexual de la mujer, los diversos tratadistas no han logrado llegar a un acuerdo respecto a cuál de estos bienes jurídicos es el que justifica la existencia del tipo penal del estupro, y ninguno de los dos escapa a críticas certeras.

B).- Atendiendo a las condiciones sociales y morales existentes en nuestro país en la época en que se estableció este tipo legal, es posible concluir que el delito de estupro fue creado con la finalidad de proteger a la mujer de los problemas sociales que se le ocasionaban como consecuencia de la aceptación de relaciones sexuales sostenidas fuera de matrimonio.

C).- Los medios para la realización del delito (seducción o engaño), responden a las condiciones vigentes en la época que no admitían la posibilidad de que la mujer pudiera libremente determinarse en el aspecto social, sino que por el contrario, se le consideraba incapaz para tomar decisiones por sí sola, y en un afán de protección se consideró que si las relaciones sexuales eran aceptadas por ella sin que mediara violencia, actuaba sin conciencia de sus actos, presumiblemente en virtud de falsas promesas o persuasión del hombre a quién tácitamente se colocaba en un nivel superior a la mujer puesto que era capaz de someter su voluntad mediante tales medios.

D).- Con el fin de determinar qué mujeres se consideraban dignas de protección, se señaló un límite en cuanto a la edad, el cual ha variado en las distintas legislaciones y se introdujeron en casi todas ellas los elementos castidad y honestidad respecto a los cuales (principalmente la castidad), no se ha llegado a una determinación

de su significado exacto y reforzando la creencia de que la mujer requiere de protección, se ha considerado que tales cualidades constituyen una presunción a favor de la mujer, correspondiendo al sujeto activo probar lo contrario.

E).- La idea implícita en todas estas consideraciones es que la mujer de cierta edad, casta y honesta carece del juicio necesario para determinarse en forma consciente en el aspecto sexual, por lo que fácilmente puede ser seducida o engañada para otorgar su consentimiento a sostener relaciones sexuales cuyos alcances y consecuencias no es capaz de valorar.

F).- Tal consideración no puede sostenerse en la actualidad puesto que como consecuencia de los progresos y cambios operados en todos los aspectos durante los 50 años que tiene de vigencia el Código Penal, difícilmente puede pensarse que la mujer permanezca en un plano de inferioridad con respecto al hombre que haga necesaria su defensa mediante leyes penales.

Por el contrario, la mujer participa cada vez en mayor medida en todo tipo de actividades sociales, culturales, científicas, deportivas, económicas, etc., y reclama vigorosamente el reconocimiento de que tiene igual capacidad que el hombre en todos los aspectos.

A lo anterior deben agregarse las consideraciones de que por medio de la educación y de la difusión masiva, a través de los medios de comunicación de todo lo relativo al sexo, es sumamente difícil sostener que la mujer por el solo hecho de ser menor de dieciocho años,

carece de los conocimientos que le permitan decidir su conducta en el aspecto sexual y que las relaciones sexuales sostenidas sin que medie matrimonio, constituyan un ataque a su libertad o a su seguridad sexual, resultando igualmente importante destacar el hecho de que actualmente la mujer que sostiene o ha sostenido relaciones sexuales extramaritales e incluso ha procreado hijos, es aceptada en la generalidad de los casos en igualdad de circunstancias que aquellas otras que no han sostenido este tipo de relaciones o las han sostenido dentro de matrimonio, por lo que los prejuicios que antaño padecían las mujeres que se encontraban en tales circunstancias, en la actualidad han desaparecido y permanecen sólo como una característica distintiva de una época llena de prejuicios y mal entendidas consideraciones morales.

Concluyendo podemos afirmar que el tipo penal del delito de estupro carece de un bien jurídico que justifique su permanencia dentro del catálogo Penal, que los medios de seducción y engaño contenidos en él resultan de muy difícil configuración y que prácticamente ningún daño se ocasiona a la mujer que acepta sostener relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo cual resulta irrelevante la existencia de la disposición que sanciona penalmente tal situación.

CONCLUSIONES.

- 1).- El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto la creación y conservación del orden social.
- 2).- El Derecho Penal forma parte del Derecho Público Interno en virtud de que está dirigido a regular relaciones entre el Estado y los particulares, derivadas de la comisión de delitos dentro de los límites territoriales del propio Estado o que surtan sus efectos en él.
- 3).- El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable.
- 4).- Los atentados al pudor, el estupro y la violación están bien clasificados como delitos sexuales, ya que en ellos la conducta consiste en actos corporales de lubricidad, produciendo una lesión a la libertad o a la seguridad sexual del sujeto pasivo.
- 5).- El Código Penal establece el estupro como delito considerándolo como "la cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño".
- 6).- El delito de estupro no protege jurídicamente la libertad sexual de la mujer, puesto que no existe la ausencia de consentimiento ni los medios violentos para obtener éste, igualmente no se admite que el consentimiento se encuentre viciado, puesto que la mujer tiene plena conciencia de que va a realizar la cópula, así como las posibles consecuencias de ésta.

- 7).- Igualmente no se acepta que el objeto jurídico protegido sea la seguridad sexual de la mujer inexperta, pues de ser así, la protección no tendría límite en cuanto a la edad del sujeto pasivo.
- 8).- En la actualidad la mujer accede a la realización de la cópula otorgando un consentimiento con plena conciencia de los alcances de éste y las consecuencias de la cópula, resultando irrelevantes los medios de seducción y engaño contemplados por el tipo legal.
- 9).- El concepto del delito de estupro resulta contradictorio, no sólo con lo preceptuado en el mismo Código Penal en relación con el delito de atentados al pudor, sino además con lo establecido en la legislación civil, la cual reconoce a la mujer capacidad para contraer matrimonio (que implica la realización de prácticas sexuales), a los catorce años.
- 10).- Si la configuración del delito de estupro es criticable tratándose de mujeres solteras, resulta inaceptable tratándose de viudas o divorciadas, toda vez que éstas debido a su estado civil anterior, poseen un conocimiento tanto teórico como práctico de lo sexual.
- 11).- Lo establecido en la Ley Penal en el sentido de que el sujeto activo está obligado a la reparación del daño, consistente en el otorgamiento de una pensión alimenticia, puede ser aprovechado por la mujer para la realización de un comercio carnal disimulado.
- 12).- El estupro no es delictuoso en si mismo, sino que posee tal ca-

rácter por estar incluido en la Ley Punitiva y encontrarse provisto de una pena.

13).- El Estado al establecer como una forma de extinción de la acción penal el matrimonio entre estuprador y estuprada, reconoce que el hombre al aceptar su obligación para con la mujer, está cumpliendo con su deber y actuando de acuerdo con el ritmo de la vida y la moral colectiva, no siendo por tanto merecedor de castigo alguno. La situación antes indicada no se presenta tratándose de un verdadero delito, ya que en tal caso, el acto antisocial sería sancionado en todo caso, aún contra la voluntad del ofendido y el cumplimiento por parte del sujeto activo de las obligaciones civiles derivadas de la realización del delito, no tendría más que el carácter de una simple reparación del daño que resultaría irrelevante en cuanto a la extinción de la acción penal.

14).- El matrimonio de estuprador y estuprada, al constituir un medio de escape a la responsabilidad penal, lejos de representar un remedio para los males ocasionados por el estupro, constituye frecuentemente el origen de matrimonios celebrados sobre bases totalmente distintas a los sentimientos de amor, comprensión y ayuda mutua en los que debe fundarse y ésto a la larga, resulta más dañino tanto para los esposos como para sus hijos, sus familias y en última instancia para la colectividad y aún para el Estado, dados los graves problemas que de ello derivan y que son el origen de la desintegración del núcleo familiar.

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

- Carrancá y Trujillo Raúl
Derecho Penal Mexicano Tomo II
Editorial Porrúa, México.
- Canrrancá y Trujillo Raúl y
Carrancá y Rivas Raúl.
Código Penal Anotado
Editorial Porrúa, México.
- Castellanos Tena Fernando
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
Editorial Porrúa, México.
- Cuello Calón Eugenio
Derecho Penal Tomo I
Editorial Nacional, México.
- Cuello Calón Eugenio
Derecho Penal Parte General
Editorial Nacional, México.
- García Maynez Eduardo
Introducción al Estudio del Derecho
Editorial Porrúa, México
- González Blanco Alberto
Delitos Sexuales en la Doctrina y en
el Derecho Positivo Mexicano
Editorial Porrúa, México.
- González de la Vega Francisco
Derecho Penal Mexicano
Editorial Porrúa, México.
- González de la Vega René
Comentarios al Código Penal
Cárdenas, Editor y Distribuidor, México.
- Jiménez de Asúa, Luis
"Tratado de Derecho Penal"
Tomos I y II
Editorial Lozada, Madrid.
- Jiménez Huerta Mariano
Derecho Penal Mexicano
Editorial Porrúa, México.

CONSIDERACIONES SOCIOLOGICO-JURIDICAS PARA LA DEROGACION
DEL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL, RELATIVO AL DELITO DE
" ESTUPRO "

Pág. (s)

| | |
|--|------------------------------|
| INTRODUCCION | V |
| CAPITULO I.- EL DERECHO PENAL | 1 - 17 |
| a).- Definición. | |
| b).- Derecho Público Interno. | |
| c).- Orden Jurídico. | |
| d).- Bienes Jurídicos. | |
| e).- Sanción. | |
| CAPITULO II.- TEORIA DEL DELITO | 18 - 67 |
| 1.- Definición. | |
| 2.- Elementos Constitutivos del Delito y Ausencia de los mismos. | |
| A).- La Conducta | La ausencia de Conducta. |
| B).- La Tipicidad | La Ausencia de Tipicidad. |
| C).- La Antijuridicidad | Las Causas de Justificación. |
| D).- La Imputabilidad | La Inimputabilidad. |
| E).- La Culpabilidad | La Inculpabilidad. |
| F).- La Punibilidad | Las Excusas Absolutorias. |
| CAPITULO III.- LOS DELITOS SEXUALES EN GENERAL | 68 - 75 |
| 1.- Naturaleza. | |
| 2.- Ubicación en el Código Penal. | |
| 3.- Razón de su Existencia. | |
| CAPITULO IV.- EL DELITO DE ESTUPRO | 76 - 107 |
| 1.- Etimología. | |
| 2.- Concepto. | |
| 3.- Antecedentes Históricos. | |
| 4.- Bien Jurídico Tutelado. | |
| 5.- Elementos Constitutivos. | |
| 6.- Tentativa. | |
| 7.- Tesis y Jurisprudencia sobre su Punición. | |

CAPITULO V.- ANALISIS PERSONAL DEL DELITO DE ESTUPRO ... 108 - 119

- 1.- Consideración Especial del Delito.
- 2.- Consideración Especial del Sujeto Pasivo del Delito.
- 3.- Consideración Especial Acerca de la Tutela de los Bienes Jurídicos por el Delito de Estupro en Relación con el Artículo Cuarto Constitucional.
- 4.- Derogación del Artículo 262 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal en Materia Local y para toda la República en Materia Federal por faltar la Necesidad de su Punicción.

| | |
|--------------------|-----------|
| CONCLUSIONES | 120 - 122 |
| BIBLIOGRAFIA | 123 |