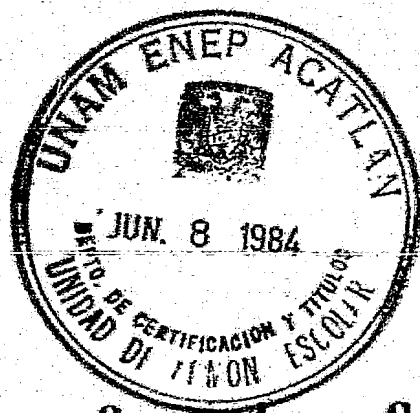




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

ESTUPRO COMO EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ABORTO



T E S T I S

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

FRANCISCO JAVIER ACOSTA RODRIGUEZ

NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. MEX., AGOSTO 1983



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 DIOS:

Agradeciéndole la alegría de vivir, --
la luz del razonamiento, que me dió--
la capacidad de apreciar la hermosu--
ra de las flores; la fortaleza de --
las montañas; el valor de la virtud;
y, la miseria del vicio. Le agradez--
co, también, el misterio de la muer--
te, la cual no sé a donde me lleva --
rá.

A MI PATRIA:

Con la firme promesa de trabajar, --
y con la esperanza de poderle bene--
ficiar.

A MI MADRE:

A tí, que nos diste pan, abrigo y amor, cuando luchabas sin descanso - en días de hambre, frío y dolor. A tí que forjaste nuestra familia con llanto y sudor: mi admiración y agradecimiento eterno.

A MI PADRE:

Que nos has dado tu trabajo y tu carriño. Que nos enseñaste la fuerza de carácter y voluntad del hombre. No necesitamos palabras que nos dirijan tu conducta es ejemplo a seguir. Con orgullo te vimos levantarte y vencer

A MIS HERMANOS:

Con el anhelo sincero de seguir por el camino hasta hoy recorrido, para así poder cristalizar el deseo de -- nuestros padres.

A MI ABUELO JESUS:

Con profundo cariño y gratitud, por sus consejos, que mucho me han ayudado para ser y lograr, lo que soy y tengo.

A MI ABUELA EMILIA; (QEPD):

Quien legó a mi vida el tesoro más valioso: el respeto, el sacrificio y el amor a Dios. Con el dolor de no poder tenerte en estos momentos.

A MI ESPOSA:

En cuyo corazón encontré el amor, -- fuente de inspiración; y, en cuyo -- vientre se encuentra mi más hermosa ilusión.

AL LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ:

Por su tiempo, por sus conocimientos por su amistad y por enseñarme la -- valía del estudio, del trabajo y de la superación constante. Gracias.

A MIS MAESTROS:

Por haber contribuido a forjarme -
como estudiante y como hombre.

A MIS AMIGOS:

OSCAR ORDÓÑEZ, ERNESTO AUDIFFRED, -
MARCOS GONZALEZ, MARCO A. LAGUNES, -
ALBERTO VELAZQUEZ Y ADRIANA CAMPUZA
NO, por todo lo compartido.

A LOS NIÑOS, MUJERES, ANCIANOS Y --
HOMBRES, QUE NO TIENEN UN TECHO DON
DE PROTEGERSE Y UN PAN QUE LLEVARSE
A LA BOCA, QUE CAMINAN EN LA OSCURI
DAD DE LA IGNORANCIA, ACOMPAÑADOS -
DEL DOLOR Y LA MISERIA: A ellos mi-
respeto; a ellos mi mano abierta en
lo que les pueda servir.

I N D I C E

INTRODUCCION.

Capítulo I Conceptos Generales.

Concepto de Delito	1
Elementos del Delito.....	4
Objeto del Delito.....	8
Bien Jurídico Tutelado.....	10

Capítulo II Aborto.

Concepto.....	13
Historia.....	16
Antecedentes del Aborto en la Legislación Penal - - - - Mexicana.....	20
Elementos del Delito del Aborto.....	23
Abortos provocados no Punibles.....	29

Capítulo III Estupro

Delitos Sexuales.....	33
Historia del Estupro.....	39
Antecedentes del Artículo 262 del Código Penal.....	41
Concepto de Estupro.....	44
Elementos del Estupro.....	47

Capítulo IV Estudio Comperativo de los Delitos de Estupro y Violación.

Concepto de Violación.....	66
Elementos de la Violación.....	67
Aspectos Doctrinados y Jurídicos que Regularn la violacion - como Excusa Absolutoria en el Aborto.....	73
Seguridad y Libertad Sexual.....	75
Diferencias entre Estupro y Violación.....	76
Similitudes entre los Tipos de Estupro y Violación.....	77
El Resultado en los Delitos de Estupro y Violación.....	79

Capítulo V Excusas Absolutorias.

Concepto y Naturaleza Jurídica de las Excusas Absoluto-- rias	81
Las Excusas Absolutorias en los Códigos Penales de - - IberoAmérica.....	85
Excusas Absolutorias en el Código Penal Mexicano	93
Importancia Jurídico - Social.	95
Conclusiones	98
Bibliografía	105

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

Dentro del amplio ámbito de los delitos y de las penas, que conforman básicamente nuestro Derecho Penal, existen conductas, que por mediar ciertos requisitos o circunstancias en el hecho o en la persona, tales actos delictivos quedan - sin la lógica consecuencia de la pena.

Si bien es cierto que el Derecho Penal, por medio de los legisladores, crea figuras delictivas tipificando ciertas conductas para proteger a la sociedad y al individuo de ataques en su contra, velando y cumpliendo así, con el cometido del Derecho Punitivo: la seguridad de la vida social jurídicamente organizada. Por otro lado también es cierto, que no solo se puede cumplir con el fin de la Ciencia Jurídico Penal, concibiendo y sancionando actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles, pues existen acciones que de no llevarse a cabo, en ciertos casos y por determinadas personas, originarían un perjuicio, que no solo redundaría en contra del sujeto que la realiza, sino que más aún, se reflejaría en contra de la colectividad misma.

A nuestro parecer, tal es el caso del aborto cometido cuando el embarazo es consecuencia del delito de estupro.

El aborto es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, con la cual estamos de acuerdo en cuanto a su regulación actual, pero que consideramos pertinente, que debe quedar sin efecto la sanción en caso de que la mujer - víctima del delito de estupro recurra a él.

En este caso, la menor estuprada obtendrá un mayor beneficio jurídico-social, si se le permite abortar, pues - así se evitara, en primer lugar, la frustración de la mujer como ser humano y como madre; en segundo lugar, se acabarían los matrimonios forzosos y llevados a cabo por la necesidad de los cónyuges a "proteger" su porvenir; y por último, lo más importante, se evitaría el nacimiento de un ser que fue concebido por un padre que solo buscaba satisfacer sus deseos sexuales por medio de la seducción y el engaño, en aras de la lesión del bien jurídicamente protegido de una madre, que aparte de haber sido agredida sexualmente, por otra parte, dada su escasa edad, no tendrá el desarrollo psíquico, para afrontar las responsabilidades de que origina la maternidad, pues pasará de un momento a otro, tajante y bruscamente de ser protegida a ser protectora. Así pues, consideramos, que en este caso el permitir la práctica del aborto, reportaría, más que un perjuicio, un beneficio a la sociedad.

CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES

A) CONCEPTOS DE DELITO.

ETIMOLOGIA.

Sobre los orígenes de la palabra delito, el maestro Luis Jiménez de Asúa señala los siguientes:

" Crimen del griego cerno, iudo en latín, término que en su origen se utilizaba para definir las acciones menos repensibles, llega finalmente a designar los más graves delitos ". 1

Indica el citado autor que " en el antiguo derecho romano, el acto delictivo en general, se designó con la palabra noxa que evolucionó hasta la forma de naxio y que significó daño. Posteriormente en las fuentes romanas se adoptaron estas expresiones: scelus, fraus, maleficium, flagitum, facinus, peccatum, probrium, delictum, crimen. Predominando las dos últimas: Delicto o delictum del verbo delinqui o delinquere, que significa -- desviarse, resbalar o abandonar, y equivale a abandono de una -- de una ley. "

DEFINICION.

La figura jurídica denominada delito, ha sido objeto del incansable estudio de los más grandes científicos del derecho penal. Tarea ardua y fatigosa que ha originado diferencias y -

1 Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo III. p.21 Editorial Losada, Buenos Aires 1965.

choques entre una teoría y otra; entre una y otra escuela, pero que ha enriquecido el acervo teórico-jurídico de la ciencia penal.

Tal insistencia de debe a que el delito es la figura de mayor trascendencia dentro del ordenamiento punitivo, es el núcleo sobre el cual giran conceptos que le originan, o que le son consecuencia.

El delito surge en la humanidad como un monstruo que amenaza desequilibrar un albor de organización colectiva, un intento de orden por parte del hombre, debido a la imperiosa necesidad de vivir unidos creando sociedades.

El hombre en su afán de progresar, de convertirse en la criatura superior de la corteza terrestre, no pudo, ni ha podido desligarse de las pasiones e instintos que acompañan su razonamiento y que revelan actitudes antisociales más o menos peligrosas. El delito es un elemento esencial de la sociedad, no existen sociedades sin delincuentes, ni delincuentes sin sociedad. El hombre delinque y la comunidad debe buscar un medio de defensa para su conservación y la conservación individual de sus miembros, por lo tanto ataca al delito y concibe la figura de la pena de garantizar el bienestar común. Aquí se sienten los conceptos básicos que con el devenir histórico crean la Ciencia del Derecho Penal, cuyos adeptos elaboran conceptos, teorías y escuelas, que nos dan la pauta para un mejor y profundo análisis.

Una vez que surge el ilícito penal, los estudiosos del derecho se proponen definirlo. Para lo cual Giuseppe Maggiore estima que

el delito en sentido formal puede definirse como "toda acción legalmente punible; y en el sentido real es toda acción que --- ofende gravemente el orden ético-jurídico y que por esto merece la grave sanción de la pena." 2

Garófalo crea el concepto de delito natural, diciendo -- que es " la violación de los sentimientos altruistas fundamenta les de probidad y de piedad, en la medida que se encuentran en la sociedad, por medio de acciones nocivas. Aseverando que el - verdadero delito es el delito natural, esto es, el delito no -- creado por las leyes artificialmente, sino reconocido univer-- salmente y conforme a la recta razón difundida a todos." 3

Esta definición del gran positivista, va en contraposi-- ción a la creada por el máximo representante de la escuela clá-- sica, Francisco Carrara, quien señala al delito como "un ente - jurídico, en virtud de que su esencia radica en la violación de un derecho. Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de - un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente --- imputable y socialmente dañoso" 4

Para Carrara, a diferencia de Garófalo, un acto se con-- vierte en delito solo cuando choca con una ley; "puede un acto

2 Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal T. I. p 251 Ed. Temis Colom bia 1971.

3 Maggiore, Giuseppe. Ob. Cit. p 257

4 Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. P.5 Editorial Temis, Colombia 1971.

ser dañoso, puede ser perverso, pero si la ley no lo prohíbe, no puede ser reprochado como delito". 5

B).- ELEMENTOS DEL DELITO.

Para un mejor estudio, examinaremos analíticamente el delito, de acuerdo a las definiciones dadas por la variedad de autores de la materia.

Tarea fundamental de la lógica es definir y dividir conceptos. El concepto tiene un contenido o comprensión y una extensión. Tiene contenido en cuanto incluye en sí algunas notas características, que lo distinguen de otro concepto, aunque tenga con él notas comunes. Tiene extensión en cuanto comprende en sí mismo otros conceptos subordinados, que extienden su ámbito. Explicar el organismo y su contenido se llama definir. Explicar la extensión se llama dividir o clasificar.

Definir analíticamente el delito nos lleva a descomponer el concepto en sus partes constitutivas, que nos hace descubrir las notas esenciales del delito, a las que llamaremos elementos del mismo.

Estudiaremos las notas esenciales, de acuerdo a las definiciones de los diferentes autores:

Para Maggiore, los aspectos del delito son:

- 1).- La acción.
- 2).- La antijuricidad.
- 3).- La culpabilidad

Por lo tanto define al delito "como la acción antijuri-

dica y culpable" 6

Para Lizst, el delito consta de cuatro elementos:

- 1).- Hecho
- 2).- Antijuricidad
- 3).- Culpabilidad
- 4).- Punibilidad

Definiendo al delito "como el hecho culpable, contrario - al derecho, sancionado por una pena" 7

Binding, crea una nueva teoría; la de la Tipicidad y agrega como tal este elemento:

- 1).- La acción
- 2).- La tipicidad
- 3).- La antijuricidad
- 4).- La culpabilidad
- 5).- La penalidad
- 6).- Condiciones objetivas de penalidad.

Como consecuencia define al delito como "la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal. - que lleve a las condiciones objetivas de punibilidad". 8

6 Maggiore, Giuseppe. Ob. Cit. 260

7 Lizst, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. P. 262

8 Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. P. 56.

Para Ferri el delito depende de cuatro elementos:

- 1).- El sujeto - Activo y pasivo.
- 2).- El objeto - Jurídico y Material.
- 3).- La acción - Psíquica y Física.
- 4).- El daño - Público y Privado.

Afirmando que "el delito consiste en que un hombre, ofende a otro, violando un derecho o un bien,, que concreta en la --
 persona o en la cosa, mediante una acción psíquica, que determina y guía una acción física, produciendo un daño público o pri-
 vado". 9

Una vez examinados los diferentes puntos de vista ante--
 riores, concluiremos mencionando los elementos que señala el -
 maestro Pavón Vasconcelos 10, quien establece los siguientes
 elementos:

ELEMENTOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Hecho o conducta	Ausencia de Hecho o Con- ducta.
Tipicidad	Atipicidad
Antijuricidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias.

9 Ferri, Enrique, Principios de Derecho Criminal P. 364.

10 Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal
 p.95 Ed. Porrúa. México 1978.

Definición del Delito en el Código Penal Mexicano.

Dentro de nuestros códigos penales se han manejado las siguientes definiciones:

El Código Penal de 1871, basado en el español de 1870, - lo definía como " la infracción voluntaria de una ley penal, -- haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda. " 11

El Código Penal de 1929, lo definió como " la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal" 12

Por último el Código Penal de 1931, lo define como "31 - acto u omisión que sanciona las leyes penales". 13

Como podemos perceternos, la definición de 1871 y la --- actual son similares, las dos contienen en esencia la acción u omisión que sanciona la ley penal. Definiciones que nos parecen deficientes teóricamente, pero apegada a la práctica penal.

Nuestro Código Penal divide a los delitos en la siguiente forma:

- a).- Delitos Intencionales
- b).- Delitos no intencionales o de imprudencia (art.8)
- c).- Delitos instantaneos (art. 348)
- d).- Delitos permanentes (art. 277)
- e).- Delitos simples o continuados
- f) Delitos formales (art. 348)

11 Código Penal de 1871.

12 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

13 : Código Penal para el Distrito Federal de 1931, Editorial Porrus, S.A. México 1982.

- g).- Delitos materiales (art. 367)
- h).- Delitos simples (art. 302)
- i).- Delitos complejos (art. 348 y 189)
- j).- Delitos de acción.
- k).- Delitos de omisión
- l).- Delitos éreseguibles de oficio
- m).- Delitos perseguibles por querrela del ofendido.

También se clasifica a los delitos de acuerdo al Libro - II, del Código Penal, en atención al sujeto pasivo y al bien jurídico tutelado en la forma siguiente:

- I.- Delitos contra el individuo
- II.- Delitos contra la familia
- III.- Delitos contra la sociedad
- IV.- Delitos contra la Nación o contra el Estado.
- V.- Delitos contra la seguridad Internacional.

C).- OBJETO DEL DELITO.

Una vez analizadas las diferentes definiciones del delito y hecha la división de acuerdo a nuestro Código Penal, no se debe perder de vista el exámen de un concepto de vital importancia en la teoría del delito: el objeto del delito.

Primeramente trataremos de definir el concepto de objeto y podríamos precisar que objeto es todo aquello en lo que se -- puede centrar la atención humana. A mayor abundamiento diremos que cualquier cosa, o sea, todo lo que es o existe se transfor-

mará en objeto, cuando la mente humana haga reflexión sobre --
ella.

Para la ciencia Penal se tendrá como objeto, "todo lo que
siendo susceptible para la consideración humana, al mismo tiem-
po es valorada por el ordenamiento jurídico. " 14

Así tenemos que la doctrina señala dos clases de obje-
to: Carrara manifiesta que "el ente jurídico tiene por objeto -
la idea de violar el derecho que la ley protege con su prohibi-
ción y que en la acción material el objeto será la persona, ani-
mal o cosa. " 15

Para Ferri todo delito tiene "un objeto jurídico generi-
co, que esta constituido por la norma penal impuesta por el Es-
tado y que es infringida por el delincuente. El objeto jurídico
específico se entenderá como el derecho subjetivo lesionado o -
puesto en peligro". 16

Miguel Palomo Navarrete 17 clasifica el objeto del de-
lito en tres tipos:

a).- Objeto Material, que lo configura aquel ente sobre
el que una acción descrita en un tipo penal, es susceptible de
realización exterior.

b).- Objeto de Protección, que debe configurarse tomando

14 Palomo Navarrete, Miguel. El bien Jurídico en el Derecho Pe-
nal. p. 37. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1974.

15 Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. p. 51.

16 Ferri, Enrique. Principios de Derecho Criminal. p. 371

17 Palomo Navarrete, Miguel. El Bien Jurídico en el Derecho Pe-
nal. p. 34

en cuenta la contrariedad de la norma. El Bien Jurídico Tutelado representa el objeto valoratorio protegido en el tipo.

c).- Objeto del Ataque, se considera a este como el objeto último del delito y se refiere al ordenamiento jurídico, el cual es atacado en forma mediata a través de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

El concepto de objeto de la acción corresponde a la consideración naturalista de la realidad, el del bien jurídico corresponde a la consideración valoritaria sintética.

Por lo tanto podemos afirmar que el objeto material es la persona viva o muerta, animal o planta, cosa mueble o inmueble que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva.

Así mismo, el objeto jurídico se entenderá como el valor moral jurídicamente protegido por la norma penal, dependiendo el valor moral del deber ser de la sociedad.

D).- BIEN JURIDICO TUTELADO.

Es de trascendencia hacer un análisis específico del bien jurídico tutelado, para lo que empezaremos definiendo el sentido del bien.

Por bien en sentido jurídico, según opinión de Miguel Palomo, debe entenderse como " todo cuanto sea susceptible de reportar utilidad a la persona o coexistencia humana. Pero de acuerdo a la valoración externa y objetiva".

18

Puede entenderse como bien todo aquello que valora el particular y la colectividad.

Como consecuencia, el bien jurídico tutelado se podría definir como el valor ético-social, que por su trascendencia jurídica el derecho lo protege, tipificando la acción que lo lesiona o pone en peligro y asegurándolo con una sanción penal o medida de seguridad.

Así tenemos que la forma de aseguramiento del bien jurídico tutelado, será por medio de las penas y medidas de seguridad donde sienta sus bases legales la punibilidad de las acciones típicas, antijurídicas y culpables. Pues como bien afirma Palomo Navarrete "la clase y medida de la pena deben ser determinadas según el grado de necesidad de protección de la sociedad y sus bienes y valores de mayor trascendencia." 19

Es decir, en un orden social, se deben valorar positivamente los bienes de mayor relevancia de la comunidad, para justificar los medios coercitivos jurídicos. Por lo tanto si "en un delito previsto en la legislación vigente no es constatable un riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe ser privado de la pena". 20 Según criterio de Palomo Navarrete.

Es de trascendencia clarificar si se procede o no la aplicación de la pena para cada tipo legal en particular. Puesto que la pena traerá como consecuencia "una restricción o privación de bienes jurídicos al autor del delito". 21

18 Palomo Navarrete, Miguel. Ob. Cit. p. 374

19 Palomo Navarrete, Miguel. Ob. Cit. p.379

20 Palomo Navarrete, Miguel. Ob. Cit. p.380

21 Palomo Navarrete, Miguel. Ob. Cit. p.381

De lo anterior se desprende, que se debe analizar y reflexionar sobre cada tipo penal descrito en nuestras leyes, examinando sus notas características, generales y específicas, para precisar que acciones típicas merecen una pena menor o la no aplicación de la pena, e inclusive a cuales se podría imponer una pena mayor.

Solo así estaremos en posibilidad de lograr el supremo cometido del Derecho Penal: garantizar los bienes y valores más apreciados en la vida social jurídicamente organizada.

En relación al concepto de bien jurídico tutelado, este debe ser delimitado precisamente y con la adecuada técnica, de acuerdo al ámbito de cada tipo penal, "para evitar una administración de justicia en la que las reliquias históricas de los privilegios de los 'nóviles' frente a los 'servi' no se hayan distinguido sino únicamente evolucionado hacia nuevas formas." 22 de acuerdo a lo señalado por Miguel Palomo.

Por último, debemos señalar que no se debe acentuar demasiado el valor de reconocimiento de un bien jurídico determinado, pues podría traer como resultado la imposición drástica de la sanción jurídica perdiendo de vista las exigencias de justicia.

CAPITULO II. ABORTO.

A).- CONCEPTO.

El aborto es uno de los delitos más difundidos en nuestra sociedad y en las sociedades que integran el conjunto de países del mundo.

Dentro de la gama de delitos tipificados por nuestra Código penal, el aborto es el que tiene una relevancia mayor, no -- sólo en el ámbito jurídico, sino que también trasciende desde -- el punto de vista social, político, económico y religioso.

Las causas que inducen al aborto son diversas. Las hay de orden económico, o sea, la dificultad de mantener a nuevo hijo; las de orden estético, es decir, el deseo de la mujer de conservar su juventud; egoísta, esto es, la voluntad de conservar -- comodidad y placeres de la vida social, pues piensan que la maternidad es una "esclavitud"; las de orden individual, o sea, -- el pensamiento de haber tenido ya muchos hijos; las de orden moral, es decir, el propósito de ocultar para una soltera, la deshonra de un hijo natural.

Pero el aborto, no solo es un problema de actualidad, --- sino que como veremos más adelante siempre ha ocupado un lugar en el estudio de los penalistas, sociólogos, psicólogos, y médicos de todos los tiempos. Mencionar al aborto en una plática, -- clase o conferencia traerá aparejada una controversia compleja, a virtud de las corrientes que existen para legislarlo, por lo que éste problema, se ha resuelto en algunos países con la impu

bilidad de esta conducta y en otros continúan con la penalidad del tipo legal.

Para examinar el aborto, principiaremos por señalar la -- etimología de la palabra aborto, la cual proviene del latín --- abortus; de ab, privativa y ortus nacimiento; acción de abortar 23.

Así mismo, el aborto ha sido definido por varias discipli^{nas}, por lo que a continuación mencionaremos los siguientes con^{ceptos}:

Para la obstetricia, aborto es "la expulsión del ser en - gestación cuando éste no es viable, es decir antes del sexto -- mes, posteriormente es parto prematuro". 24

También esta ciencia reconoce los siguientes tipos de --- aborto:

Aborto ovular: que ocurre dentro de la primera y segunda semana de embarazo.

Aborto embrionario: se produce antes del quinto mes de - embarazo.

Aborto Fetal: el que se efectúa dentro del quinto mes de embarazo.

En ginecología, aborto es la "interrupción del embarazo - desde su iniciación hasta el fin de la décimo novena semana."25

23 Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas Edit. Salvat - Barcelona 1979 p. 3

24 Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Ob. Cit. p.4

25 Aborto. Investigación realizada por la LI Legislatura, Cámara de Diputados, Comisión de Salubridad y Asistencia. Méx. 1980 p. 3

Para la medicina legal, según Nerio Rojas, "aborto es la interrupción provocada del embarazo con muerte del feto, fuera de las excepciones legales". 26

En el ámbito jurídico, la doctrina ha hecho análisis de esta figura delictiva. Carrera menciona que el delito de feticidio "es la muerte dolosa del feto." 27 Para Cuello Calón, aborto criminal "es la muerte del fruto de la concepción en - cualquiera de los momentos de la gestación, con o sin expulsión del vientre de la madre" 28 Por último señalaremos la definición que da nuestro Código Penal en su artículo 329, el cual indica que el aborto es la muerte del producto de la concepción - en cualquier momento de la preñez." 29

Dentro de la legislación mexicana se prevén las siguientes clases de abortos posibles:

- 1).- Aborto consentido.
- 2).- Aborto procurado.
- 3).- Aborto sufrido, realizado por terceros.
- 4).- Aborto honoris causa.
- 5).- Aborto necesario.
- 6).- Aborto imprudencial.
- 7).- Aborto en ejercicio de un derecho.

26 Rojas Nerio. Medicina Legal. Editorial El Ateneo. Buenos Aires 1976 p.186

27 Carrera, Francisco. Programa de Derecho. Vol. III Edit. -- Telmis Colombia 1971 p. 340.

28 Cuello Calón, Eugenio. Tres Temas Penales. Bosch Casa Edit/ Barcelona 1955. p 46.

29 Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa Méx. 1982.

B).- HISTORIA.

Ahora examinaremos el recorrido del aborto a través de la historia, de acuerdo a lo mencionado en la investigación realizada por la quincuagésima primera legislatura.

EPOCA PRIMITIVA.- En esta etapa el aborto es legal moral y religiosamente aceptado, cuando es el padre el que lo dispone. Cuando surgen las primeras indicaciones en los códigos, - se menciona como delito accidental cometido por un tercero (debido a violencias - golpes - contra la mujer) contra el bien patrimonial.

1.- Código Hammurabi (2500 A. de C.) el aborto se consideraba como un delito contra los intereses del padre o del marido y también como una lesión a la mujer. Pero en general sólo el marido es el ofendido económicamente lesionado. Se aplica así - la ley del Talión: retribución en sangre y especie que compense por la pérdida económica sufrida, pues el hijo es: patrimonio, propiedad privada del padre.

2.- Derecho hebreo: Exodo (ca, XXI, versículo 22). Si algunos riñieren, e hiriesen a la mujer preñada y ésta abortare, pero sin haber muerte será penado conforme a lo que le impusiese el marido de la mujer y juzgaren los árbitros, Más si hubiere muerte entonces pagará vida por vida.

EPOCA GRIEGA Y ROMANA.

Grecia.- En las ciudades griegas el aborto se consideraba

como una práctica normal para la regulación de nacimientos, Hipócrates aconsejaba a las parteras sobre los abortivos y anti--conceptivos. Sócrates pugnaba por facilitar el aborto cuando la madre lo deseara. Platón proponía el aborto para las mujeres mayores de cuarenta años.

El aborto con consentimiento del marido era permitido, La ley Mileta decretaba pena de muerte para la mujer que abortara sin consentimiento del marido.

Roma.- Con la corrupción de las costumbres y el libertinaje femenino, el aborto se extiende más y más. Abortaban para no revelar el adulterio.

Empieza entonces la reacción del Estado, promulgando medidas de apoyo para las familias numerosas y grava con cargas -- impositivas a las solteras. Pero la impunidad que fue casi siempre la regla y la creciente decadencia moral, hizo del aborto -- una práctica normal.

En el año 200 después de Cristo, con Séptimo Severo y Antonio Caracalla, se estipula pena de muerte a la mujer que abortara, así como castigos corporales e exilio temporal.

CRISTIANISMO.

Para los primeros Apóstoles y en el derecho Canónico primitivo el aborto es equiparado al homicidio.

A partir del siglo II y III el Absolutismo Imperial se -- había acentuado al máximo. El derecho del individuo, consagrado por la doctrina cristiana, cede sólo ante el poder de Dios de --

disponer de la vida de los hombres, y ello permitirá con el -- tiempo que el monarca absoluto, como representante de Dios sobre la tierra, tome a su cargo la condena del aborto.

EDAD MEDIA.

La legislación sobre el aborto es sumamente variable en los primeros siglos de la Edad Media.

Así también el bien jurídico protegido difiere, según las leyes se podrían considerar: el feto; el padre; y un patrimonio, la mujer; e incluso el Estado.

La ley Visigot horum (642 D. de C) establece la culpabilidad de la embarazada y del marido, castigandoles a ambos del -- mismo modo.

En Francia, sus leyes más influenciadas por la Iglesia, la se veridad de la Ley es mayor y la condición de la mujer de total sometimiento. El aborto es prohibido bajo la pena de muerte.

ESPAÑA

Las partidas, castigan con pena de muerte si el feto es ani mado y con destierro si no lo es.

RENACIMIENTO.

En 1556, Enrique II de Francia promulga una ordenanza que -- establece la pena capital para la mujer que aborta voluntariamente y penas severas para las mujeres que ocultan su embarazo. La pena de muerte llegó a aplicarse y varias mujeres fueron colgadas o quemadas vivas.

SIGLO DE LAS LUCES: SIGLO XVIII. EDAD MODERNA.

En 1769 se conoce al código criminal de María Teresa, que es el más severo de los códigos respecto a el aborto. El bien jurídico es el feto; los sujetos penales: la madre o un tercero; el aborto es un crimen equiparado al homicidio; desaparece la distinción entre el feto animado y el feto no animado; la pena es de muerte; circunstancias agravantes: practicar el aborto con fines de lucro; se pena el aborto culpable y la tentativa, incluso con medio imposible.

Finalmente los principios humanitarios y liberales del siglo XVIII se van precisando en una progresiva liberación penal.

El código de Napoleón de 1810, reduce la pena de muerte a trabajos forzados y reclusión.

En Estados Unidos en 1828, los abortos practicados antes de la aparición de los movimientos fetales y con consentimiento de la mujer no eran punibles.

En 1871, México incorpora la atenuante "Honoris Causa" a su legislación, al igual que el código penal de Buenos Aires, en 1877.

Finalmente en 1912, en el Congreso de Ginecología de Roma, los médicos deciden declarar de rigor la impunidad de los abortos terapéuticos con el fin de salvar la salud o vida de la madre.

30

C).- ANTECEDENTES DEL ABORTO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

CODIGO PENAL DE 1871.

En el Libro Tercero, de los delitos en particular, Título Segundo, Delitos contra las personas cometidos por particulares Capitulo IX, del Aborto, se regulaba así:

Art. 596.- Llamese aborto a un derecho penal, a la extracción del producto de la concepción, y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; siempre que esto se haga sin necesidad.

Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo, se le da también el nombre de parto prematuro artificial; pero se castiga con las mismas penas del aborto. 31

Creemos que no hay duda en este precepto, pues la extracción o expulsión provocada por cualquier medio, es igual a la redacción: "muerte del feto" prevista por nuestra legislación actual.

Por primera vez en nuestra legislación se contempla la no punibilidad del aborto, en el at. 570, del Código mencionado, - indica que el aborto necesario consiste en que de no efectuarse este, la embarazada corre peligro de muerte e juicio del médico. Así mismo el aborto causado por culpa de la mujer embarazada no es punible.

Por último el at. 579, precisa que se aplicará pena capital al que hiciere abortar a una mujer intencionalmente y causar la muerte de ésta. También el art. 573, regulaba el aborto - "Honoris Causa" mediando las siguientes circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama.
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo.
- III.- Que sea fruto de unión ilegítima.

CODIGO PENAL DE 1929.

En el Libro Tercero, de los Tipos Legales de los Delitos, Título Décimo Séptimo, Delitos contra la Vida, Capítulo IX, -- Aborto, inicia en su artículo 1000; "llamase aborto en derecho penal, a la extracción del producto de la concepción o la expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; con objeto de interrumpir la vida del producto.

Se considerará siempre que tuvo este objeto:

El aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo.

Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo se le da también el nombre de parto prematuro artificial y se sanciona - de igual manera que el aborto". 32

Al igual que el código de 1871, el aborto necesario e imprudencial no son punibles.

No regula el aborto "Honoris Causa" y se suprime la pena capital por la de veinte años de relegación al tercero, que produce la muerte de la madre al practicarse el aborto sin consentimiento.

D) ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO.

Los elementos del delito de aborto, denominada por Carrara, feticidio y definida como " la muerte dolosa del feto dentro del útero o si violenta expulsión del vientre materno, de la -- que sigue la muerte del feto" 33, contiene a decir del mencionado autor como elementos:

- a).- Elemento preñez,
- b).- Elemento dolo,
- c).- Medios físicos, morales y mecánicos.
- d).- Muerte del feto. 34

Tales elementos señalados por el ilustre maestro, han sido también objeto del estudio de juristas mexicanos como Jiménez -- Huerta para quien el estado de preñez constituye el presupuesto material del hecho, explicando que "si no hay preñez, no hay posibilidad de la realización de la conducta descrita en el "tipo" 35. Perte Petit citando a Altavilla, expresa que el presupuesto

33 Carrara, Francisco. Ob. Cit. p.340

34 IDEM.

35 Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo II. Edit. Porrúa México 1958. p. 168.

especifico de este delito es la existencia de una preñez, añadiendo "que la falta de un presupuesto de la conducta o del hecho, implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descrito en el tipo". 36

El segundo elemento según Carrara se compone de dos aspectos; a) Conocimiento de la preñez; y b) Intención encaminada a expulsar el feto". 37

Nuestro gran profesor González de la Vega, al tratar la preñez establece "el fenomeno biológico de la preñez o gestación se inicia en el instante mismo de la concepción, por la fecundación que hace el espermatozoide del óvulo femenino, y termina con el nacimiento regular del producto o con su expulsión o destrucción prematura." 38

El problema que se presenta es cuando y como se puede determinar la iniciación de la preñez o embarazo. El Diccionario de Ciencias Médicas señala que "el período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta el parto, se caracteriza por signos de probabilidad y certeza. Los primeros son: la supresión de las reglas, los trastornos digestivos, el abultamiento progresivo del abdomen, las modificaciones de las mamas, coloraciones pigmentarias y el soplo uterino. Los segundos son: los movimientos activos y pasivos (peloteo) del feto, el choque fetal y los

36 Porte Petit Candaupap, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Edit. Porrúa, Méx. 1976. p. 107

37 Carrara, Francisco. Ob. Cit. p 341.

38 González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. Méx. 1976 p 131

ruidos cardíacos" 39

En cuanto a la intención de expulsar o destruir el feto, González de la Vega expresa que este es el elemento moral del delito, agregando que "se reputará intencional el feticidio, no sólo cuando el agente haya querido la muerte del producto de la concepción, sino también cuando el delito se cause preterintencionalmente o con dolo indeterminado o eventual". 40 Al respecto el profesor Raúl Carrancá y Trujillo sostiene que el aborto es "delito de daño doloso. Requiere de dolo específico, consistente en la voluntad y conciencia en el agente de dar muerte al producto de la concepción". 41 Así mismo en el aborto es admisible la ausencia de dolo, como señala el mismo Carrancá y Trujillo: "por culpa de la mujer embarazada, con ausencia de conciencia y voluntad en causar el resultado." 42

Podríamos resumir que la culpabilidad en el delito del aborto es la voluntad de ejecutar o de ocasionar el aborto en la mujer (aborto consentido o aborto sufrido) y en la mujer encinta la voluntad de prestarse a la práctica abortiva o tolerarla o cuando efectúa sobre sí las maniobras abortivas (aborto consentido y aborto procurado).

En relación a los medios por los cuales se puede lograr el aborto, Jiménez Huerta indica que "se puede alcanzar el resul

39 Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Ob. Cit. p 135

40 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 132

41 Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal anotado. Edit. Porrúa México 1980 p 669.

42 IDEM.

tado por conductas que utilicen medios físicos (introducción en el útero de sondas o cánulas, masajes o golpes abdominales, --- corrientes eléctricas, raspaduras del útero, succión, etc.), o químicos (permanganato, apiolina, ergotina, cornezuelo de centeno u otras sustancias con propiedades abortivas)* 43

En concepto del doctor Carlos Casassén, las causas o --- agentes abortivos deben clasificarse de esta forma:

Primera Clase.- Morales, como la cólera, terror, espanto, pesar profundo, dolor intenso, placer vivo, alegría súbita y ex tremada, etc.

Segunda clase.- Sisiológicas o los tomados por la boca o el ano, como los drásticos, eméticos, emenagogos, sudoríficos, diuréticos, mercuriales, provocadores de las contracciones del útero, afrodisíacos y frbrífugos; los aplicados a la piel, como las fricciones y los revulsivos; los que obran sobre el sistema circulatorio, como las sangrías, las sanguijuelas y las ventosas escarificadas.

Tercera Clase.- Mecánicos, que ejercen sobre el útero una acción indirecta, como las caídas, porrazos, golpes, saltos, ca rreras, corridas a caballo, carruajes, presiones bruscas, compresiones continuas sobre el abdomen y las inyecciones frías; o directos, como la esponja preparada, la punción con el estilete, el trocar u otro instrumento, y las heridas del útero.

Cuarta Clase.- Patológicas, como las enfermedades del útero o del feto". 44

En la utilización de estos medios, el aborto es procurado cuando la mujer es el agente principal; consentido cuando es -- participe; y sufrido cuando es víctima.

Por último mencionaremos el elemento material del delito, que es el más importante para la configuración de la conducta -- típica materia de este capítulo: muerte del feto. González de la Vega al referirse a este punto señala que "la única constitutiva material del delito es la muerte del producto de la preñez" 45.

En relación a lo anterior, los partidarios de la no punibilidad del aborto, han sostenido que el feto no es más que una parte del cuerpo de la madre, tan sólo una esperanza de vida, a lo que Jiménez Huerta refuta: "nuestro código en su artículo -- 329, destruye las afirmaciones de que el embrión es una viscera de la madre, una esperanza de vida, un órgano integrante a la -- naturaleza fisiológica de la mujer. Para la ley penal el concebido tiene existencia pues el núcleo del tipo -muerte- presupone vida" 46 Para este mismo autor el resultado muerte del producto de la concepción "puede ser causado en cualquier momento de la gestación. No se perfecciona el delito del aborto, --- sino que se produce el resultado. 47.

44 Lacassén, Carlos. El aborto. Edit. Sopena. Barcelona 1954 p 132

45 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p. 132

46 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 167

47 IDEM.

La extracción o destrucción del feto o embrión, es decir, la muerte del producto de la concepción, para Pavón Vasconcelos es el "cese de funciones vitales, que aunque receptivos de las de la mujer embarazada, reciben protección jurídica, siendo irrelevante que la muerte acontezca dentro del seno materno o fuera de él". 48 Jiménez Huerta opina en el mismo sentido al decir "no importa si la muerte del feto se produce dentro o fuera del vientre materno. Así mismo, no es necesario que se acredite si el feto es o no viable, basta con que tenga vida" 49 o como cita González de la Vega: "basta comprobar médico-legalmente que el producto vivió y fue muerto." 50

Aunque es muy importante lo que al respecto establece -- Carrancá y Trujillo: "no constituye el delito de aborto la expulsión provocada del producto de la concepción, sino es seguida de su muerte mediata o inmediata, como consecuencia; y si se requiere de actos posteriores que causen esa muerte, no se configurará el delito de aborto, sino el de infanticidio u homicidio según los casos." 51

Por último citaremos lo referente al objeto jurídico tutelado el cual para Cuello Calón es "la vida del feto, autónoma e independiente de la de la madre." 52 Aunque preferimos lo

48 Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. - Edit. Porrúa México, 1982 p 334

49 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p 132

50 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit p 132

51 Carrancá y Trujillo, Raúl y otro. Ob. Cit . p 667.

52 Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. pag. 46.

señalado por Pavón Vasconcelos quien expone que "el objeto jurídico es la vida del producto de la concepción en los casos de aborto procurado y consentido, y además el peligro corrido por la vida o integridad corporal de la mujer embarazada en el aborto sufrido." 53

E) ABORTOS PROVOCADOS NO PUNIBLES.

Como pudimos apreciar al analizar el desarrollo histórico del aborto, éste había sido penado, en una época, en todas sus formas posibles hasta que paulatinamente conductas abortivas -- que por concurrir determinadas condiciones o requisitos al provocar el delito, fueron permitidas.

El legislador no podía perder de vista que el feto, como ser viviente, estaba sujeto a las reglas de la vida y de la muerte, y que ésta no era siempre intencionalmente provocada -- por la madre sino que a veces concurrían causas ajenas a la voluntad materna, las cuales inducían a la mujer a abortar. Por otra parte tampoco se podía permanecer insensible a las consecuencias de un atentado sexual, y obligar a llevar una maternidad impuesta, por lo que los códigos humanitarios y conscientes de la tarea social del derecho penal regularon ciertos tipos de abortos no punibles.

Nuestra legislación penal prevé en su articulado las siguientes clases de abortos impunes:

a).- Aborto imprudencial, previsto por el artículo 333 del Código Penal, el cual en su primera parte establece: "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada" 54.

El fundamento del precepto citado es el de no sancionar a la mujer, que por su negligencia ve frustrados sus deseos de ser madre. Considerando la ley, que no puede castigar a la mujer que sufre el dolor de perder un hijo, al respecto González de la Vega sostiene que "cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de ser madre.", agregando, "la interpretación adecuada para las palabras solo por imprudencia de la mujer es la de que ésta no haya tenido ni la más remota intencionalidad en el aborto". 55

b).- Aborto cuando el embarazo es el resultado de una violación o aborto en ejercicio de un derecho, previsto por el mismo artículo 333, en su segunda parte que a la letra dice: "no es punible el aborto.....o cuando el embarazo sea resultado de una violación" 56. Referente a este tipo de aborto Jiménez Huerta manifiesta: "el ordenamiento jurídico no puede ser sordo, ciego e insensible ante la situación psicológica en que se halla la madre fecundada en una violación, por repulsa a su violador, el acto ---

54 Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa México 1982.

55 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 133

56 Código Penal para el Distrito Federal.

antijurídico por él perpetrado y las consecuencias que éste ha dejado en sus entrañas". 57

e).- Aborto por estado de necesidad o terapéutico, regulado por el artículo 334 de nuestro código punitivo, que expresa "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, -- siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

58

En esta clase de aborto es donde surge para el derecho -- penal la problemática de elegir entre el bien jurídico que tendrá mayor relevancia: la vida de la madre o del ser en gestación; según Jiménez Huerta "se resuelve el conflicto surgido -- entre dos vidas humanas, con el sacrificio de la del hijo en -- aras de la madre, la primera es vida en gestación y la segunda en plenitud fecunda." 59. A decir de González de la Vega, el aborto es necesario "cuando la embarazada víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, -- como ciertas formas de la tuberculosis, vómitos incoercibles, -- afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro -- de repecer, de no provocarse un aborto médico". 60 No es requisito que la mujer de o no su consentimiento., la ley autoriza --

57 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p 179

58 Código Penal para el Distrito Federal.

59 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p 178

60 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. 134

al médico para que a su juicio provoque el aborto y solo exige que oiga el dictámen de otro médico, cuando esto sea posible y no sea peligrosa la demora, al respecto Pavón Vasconcelos afirma que " el consentimiento es incompatible con el estado de necesidad". 61

61 Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. p 341.

CAPITULO III. ESTUPRO

A).- DELITOS SEXUALES.

El código penal para el Distrito Federal vigente, en el Libro Segundo, Título Décimo quinto, denominado: Delitos Sexuales, clasifica como tales a:

Capítulo I.- Atentados al pudor, estupro y violación.

Capítulo II.- Rapto.

Capítulo III.- Incesto.

Capítulo IV.- Adulterio.

La controversia que se suscita es la de señalar como -- delitos sexuales, a las conductas delictivas mencionadas. Denominación inadecuada a opinión de nuestro profesor Porte Petit, quien comenta al respecto: "expresión totalmente impropia por que mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al bien jurídico tutelado, pues es como si se denominara a los delitos contra la vida y salud personal 'delitos de sangre'. 62

En nuestra particular opinión, y con todo respeto hacia el maestro Porte Petit, diferimos un tanto de su criterio; primero, por que no es regla general, que en nuestro código penal se clasifiquen los delitos de acuerdo al bien jurídico tutelado, casos concretos: Delitos cometidos por Funcionarios Públicos; Delitos cometidos en la Administración de Justicia; Respon

62 Porte Petit Candaupap, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Edit. Jurídica Mexicana. México 1972 p 7.

sabilidad Profesional; Falsedad; y, delitos en materia de inhuma-
 ciones y exhumaciones. Segundo, nos parece impropia la observa-
 ción "es como si se denominara a los delitos contra la vida y -
 salud personal 'delitos de sangre'." , pues para que se logre --
 realizar la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, -
 no es necesario que haya 'un derramamiento del líquido sanguíneo'.
 Pero por otro lado, no se puede negar, que en los delitos previs-
 tos por el título décimo quinto del libro segundo de nuestra --
 ley penal, existe uniformidad en cuanto a que su actividad, en -
 mayor o menor grado, requiere un contenido sexual, y como dice -
 Martínez Lizandro "resulta innegable que existen determinadas -
 clases de ilícitos en los cuales, aún cuando el legislador no
 use para denominarlos el término sexual, mal puede negarse que -
 en ellos exista una finalidad, o un solo fondo, o un interés o -
 móvil sexual directo o indirecto que admiten que pueden ser cobij-
 ados por la denominación de ilícitos sexuales". 63 En similar
 forma Aldo Franchini, citado por el mismo Lizandro Martínez, pre-
 cisa " por delitos sexuales se deben entender los ilícitos de -
 cualquier naturaleza, que reconocen en su génesis un fondo sexual"
 64.

Pero los tipos delictivos previstos por nuestra legisla-
 ción ¿son realmente delitos sexuales? González Blanco al respec-
 to indica "no todos los delitos comprendidos en él son sexuales,

63 Martínez A, Lizandro. Derecho Penal sexual. Edit. Temis Bogotá
 1977 p 4.

64 Idem

ni lesionan el mismo bien jurídico". 65 No todos los delitos son sexuales, entonces ¿qué se requiere para que un delito sea considerado como sexual? González de la Vega establece que "para poder denominar como sexual a un delito se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y b) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido: para que la acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos, más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconciente, sino que es menester además que la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hagan ejecutar". 66 Los bienes jurídicos protegidos con la sanción penal, serán dañados o lesionados por la acción típica y tendrán relación con la vida sexual del sujeto pasivo, es decir se pondrá en peligro su libertad o seguridad sexual.

65 González Blanco, Alberto. Delitos sexuales en la doctrina y en el derecho positivo mexicano, Edit. Porrúa México 1979 p 22

66 González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa México 1977 p 306.

En base a lo anterior González Blanco sostiene que "los únicos delitos sexuales, en nuestro concepto, serían el atentado al pudor, la violación y el estupro." 67 Estamos de acuerdo con esta postura, pues en estos delitos, además de existir un móvil o finalidad sexual el resultado es sexual y el sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado son ofendidos y lesionados --- sexualmente, en tanto que en el adulterio, el rapto y el incesto no son los bienes jurídicos de índole sexual, más bien de -- orden familiar y de la libertad individual.

Ahora expondremos el desarrollo sociológico de la evolución de las relaciones sexuales y la aparición de los delitos -- catalogados como tales, según lo manifestado por González Blanco:

* El hetairismo o estado de promiscuidad sexual acaso -- existiera en la horda, primitiva agrupación humana conocida y -- formada por individuos de ambos sexos, unidos por lazos de compañerismo y con desconocimiento absoluto de los vínculos de sangre.

En ella vivían hombres y mujeres manteniendo relaciones sexuales sin ninguna relación ética y condicionada a ciclos de periodicidad, característica genética del hombre primitivo.

En la horda al desconocerse la paternidad, como consecuencia de la promiscuidad sexual, y aún la maternidad, pues -- se creía que la mujer recibía al hijo por un procedimiento exterior, se desconocía lógicamente la familia y en ella no existe

tían ni matriarcado ni patriarcado, pues perteneciendo tanto al padre como a la madre al mismo grupo carecía de sentido la cuestión del grupo al que pertenecía el hijo.

Al transformarse la horda en clan totémico, surgió en la sociedad el matriarcado familiar.

El tótem se transmite en consecuencia por la línea materna con exclusión de la paterna y algunos de los tabúes o prohibiciones de carácter sagrado, se refieren a la mujer, especialmente el tabú de la menstruación, que constituye para el hombre y el salvaje moderno, la esencia de la vida y el tabú que sobre ella recae se enlaza con la prohibición de matar y mantiene la idea de que la mujer durante el período de la menstruación penetra en relación íntima con el tótem.

El tabú de la mujer origina la regla de la exogamia, que obliga al hombre a buscar esposa fuera del clan, primero robándola a otro clan enemigo (matrimonio por rapto) y después comprándola (matrimonio en compra). Pero estas dos formas de matrimonio originadas por la relevancia social de la mujer, dan lugar al nacimiento de las sociedades patriarcales. La mujer robada o comprada a otro clan de su marido, una condición opuesta gozada por la connatural. En efecto, la menstruación que tabúa a la mujer entre los pueblos salvajes, la coloca entre los civilizados antiguos, en una situación de impureza sexual, que pudo tener su origen en la menstruación de la extranjera que significa el comercio con el tótem de un clan enemigo o por lo menos extraño. Y por ello la mujer va perdiendo gradualmente la estimación social hasta quedar en un simple objeto propiedad del hombre, especialmente

al dilucidarse las costumbres de los pueblos, el matrimonio por raptó se convierte en matrimonio por compra.

El esquema de las relaciones sexuales y familiares expuesta con anterioridad, nos permite trazar un cuadro cronológico de la aparición de los delitos sexuales en la sociedad.

a).- El delito de violación surgiría cuando al desaparecer la promiscuidad sexual y ser sustituida por la libido en los albores de la humanidad, el hombre como sujeto sexual, poseira a la mujer, violentamente, contra su voluntad.

b).- El delito de incesto surgiría indudablemente en el clan totémico al violarse la regla de la exogamia y un hombre y una mujer del mismo clan se unieran sexualmente.

c).- El raptó que constituía una forma de matrimonio, en la primera época del clan totémico, no podría ser valorado como delito, ya que venía a ser una forma de prevenir el incesto. En cambio se erigiría un delito, al transformarse el matrimonio en compra, pues el hombre en vez de comprar a la mujer a otro clan, la robaba, lesionaba evidentemente el derecho de este último.

d).- El adulterio de la mujer casada surgiría posteriormente al raptó y constituiría una afirmación del derecho dominical del hombre sobre la mujer, tanto respecto de una comunidad extraña como la propia.

En cuanto al estupro, surge como quebrantamiento del derecho de Patria Potestad, sobre los hijos.* 68

Ahora, en cuanto a las etapas de la evolución de la personalidad en materia sexual, Lizandro Martínez señala lo siguiente:

"1.- Antes del cristianismo: Anarquía, desorganización, dominio clasista;

2.- Al advenimiento del Cristianismo: organización, defensa en materia sexual de las clases débiles ante las fuertes;

3.- En la Edad Media; especialmente el derecho germánico: tendencia hacia la identificación del pecado y el delito, y severidad extremadas en las penas;

4.- Siglos XVIII a XX: reacción contra la identificación del pecado y el delito; desaparición progresiva de figuras delictivas y humanización de las penas." 69

B).- HISTORIA DEL DELITO DE ESTUPRO.

En cuanto a la historia nos guiaremos por lo expuesto - por González de la Vega, quien al respecto indica:

"La tradición ibérica del derecho penal romano, en el que dentro del concepto general de ofensas del pudor de la mujer se comprendía tanto el delito de *adulterium* como el de *stuprum*.

— Para el Digesto (Ley XXXIV, Título V, Libro XLVIII) como te el delito de estupro el que fuera de matrimonio tiene acceso con mujer de buenas costumbres, exceptuando el caso de la concu-

bina; el adulterio se comete con mujer casada; el estupro con una viuda, una virgen o una niña. La Instituta de Justiniano dice: --
 ' La misma ley Julia castiga el delito de estupro, en que sin --
 violencia se abusa de una doncella o una viuda que vive honesta-
 mente, para la gente acomodada es la confiscación de la mitad de
 los bienes, y para los pobres pena corporal' (Ley IV, Título VIII,
 párrafo IV).

En el mismo sentido por el derecho canónico el estupro es
 el comercio carnal ilícito con una mujer virgen o viuda que viva
 honestamente y que no sea pariente en grado prohibitivo para el --
 matrimonio, esto último para diferenciarlo del incesto,

Como origen histórico más cercano de las legislaciones --
 vigentes españolas e iberoamericanas que conservan con fisonomía
 propia al delito de estupro, se puede mencionar el Título XIX, --
 Leyes I y II de la Séptima Partida aplicable a 'los que yacen --
 con mujeres de ordenes religiosas, o con viudas que vivan honesta
 mente en sus casas, o con vírgenes, por halago o engaño, sin ---
 hacerles fuerza.' Por la importancia que tienen dichas leyes de
 las Partidas, como antecedente muy cercano a la descripción mexi-
 cana del delito, trasladaremos lo principal de su texto:

Castidad es una virtud que ama Dios, e deven amar los --
 omes. Ca segund dexaron los sabios antiguos, tan noble, e tan po-
 derosa es la su bondad, que ella sola cumple para presentar las --
 animas de los omes, aquellos que corrompen las mugeres que biven
 de esta guisa en religión o en sus casas, seyendo viudas, o seyendo
 vírgenes.

Gravemente yerran los homes que se trabajan de corromper las mugeres religiosas, por que ellas son apartadas de los vicios, e de los sabores de este mundo, e se encierran en los monasterios para fazer aspera vida, con intención de servir a Dios: -- Otrosí dezimos, que fazen gran maldad aquellos que sosacan con engaños, o falago, o de otra manera, las mugeres vírgenes, o las biudas, que son de buena fama, o biven honestamente; e mayormente cuando son huespedes en casa de sus padres, o deellas, o de los otros que fazen esto usando en casa de sus amigos; e non se puede escusar, que el que yoguiere con alguna muger destas, que non fizo muy gran yerro mayor diga que lo fizo con placer della, non le faziendo fuerca. Ca segund dizen los sabios antiguos, como en manera de fuerca es, sosacar e falagar las mugeres, con prometimientos vanos, faziendoles fazer maldad de sus cuerpos; e aquellos que traen esta manera, más yerra que si lo fizieran como fuerca." 70.

C) ANTECEDENTES DEL ARTICULO 262 DEL CODIGO PENAL.

Por lo que toca a la legislación penal de 1871, preveé al estupro de la forma siguiente:

*Título Sexto.

Delitos contra el oden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres.

Art. 793.- Llámese estupro: la cópula con mujer casta y honesta empleando la seducción o el engaño para alcanzar su con sentimiento.

Art. 794.- El estupro solo se castigará en los casos - y con las penas siguientes:

I.- Con cuatro años de prisión y multa de la segunda - clase si la estuprada pasare de diez años pero no catorce.

II.- Con ocho años de prisión y multa de 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 niegue a cumplirla sin causa justa poste--- rior a la cópula, o anterior a ella pero ignorada por sujel."

71

Como podemos apreciar, el código de 1871, en cuanto a - la nomina del Título" Delitos contra el orden de las familias, la moral públicas o las buenas costumbres", difiere de la denomi nación actual, la cual nos parece más técnica. Por otra parte - la redacción de la conducta típica y la variedad de la punibili dad, hacen complicada ésta figura delictiva. Señala el tipo una edad mínima pero no una edad máxima.

Código Penal de 1929

Al referirse a este ilícito sexual, señala lo que a con tinuación mencionamos.

▪ Título Décimo Tercero.

De los Delitos contra la libertad sexual.

Capítulo I: De los atentados al pudor, del estupro y la violación.

Art. 856.- Llámese estupro: la cópula con una mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción y el engaño - para alcanzar su consentimiento.

Art. 857.- Por el solo hecho de no pasar de dieciseis - años la estuprada, se presumirá que el estuprador empleo la seducción o el engaño.

Art. 858.- El estupro será punible solo 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 fuese púber.

Será circunstancia de cuarta clase ser doncella.

Art. 859.- No se procederá contra el estuprador sino -- por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o falta de éstos, de sus representantes legítimos; pero cuando el delincuente se case con la mujer ofendida cesará toda acción para perseguirse*.

En la legislación Penal de 1929, se suprime el elemento castidad requiriendo solo que la mujer viva honestamente. Así mismo encontramos que la ley progress, al señalar como edad mínima de la estupro la de dieciocho años, aplicando la sanción de acuerdo a la pubertad del sujeto pasivo.

Por otro lado encontramos el antecedente del cese de la acción penal, en caso de que el sujeto activo contraiga matrimonio con la víctima.

D) CONCEPTO DE ESTUPRO.

En cuanto a la etimología de la palabra estupro, González de la Vega indica: "la voz latina stuprum, traducida al romance castellano, es de origen etimológico muy dudoso. Según Commelerán, proviene de una palabra griega (sigma, tau, upsilon y omega) que significa la erección viril. Es más probable que tenga su origen en estupor, pasmo, estupor sensuum pasivo o entorpecimiento de los sentidos." 73

Así como es difícil precisar cual es la verdadera etimología de la palabra estupro, así de variadas y diferentes son las definiciones, que se han elaborado respecto de ésta figura delictiva. Analicemos pues, los distintos puntos de vista de los estudiosos del derecho que han invertido su tiempo en estudiar este delito.

73 González de la Vega, Francisco Db. Cit p 357.

Para Don Ramón Francisco Valdez, estupro es "el desfloramiento de mujer vígen, por fuerza o por seducción" 74 ante -- esta definición, encontramos que es ambigua, pues se utiliza para darle nombre a dos tipos delictivos: la violación y el estupro -- propiamente dicho, los cuales no pueden quedar subsumidos en una sola figura pues tiene la fuerza necesaria para tener vida propia.

Para Evelio Tabío, el estupro consiste en: "el que yaciere con mujer honesta mayor de dieciocho años y menor de veintitres, mediando promesa de matrimonio." 75 aquí se halla un -- concepto más preciso que el anterior, pues la conducta delictiva debe recaer en una mujer honesta, mayor de dieciocho años y menor de veintitres, además de que el estuprador para obtener el -- consentimiento de aquella debe utilizar la promesa de matrimonio.

De las dos definiciones anteriores ninguna nos deja satisfechos, pues el estupro como figura delictiva independiente y autónoma debe contener algo más que lo expresado por los autores antes citados. Y cabría preguntarse ¿por qué? Nosotros responderemos así: y toda vez que no estoy de acuerdo con dichas definiciones considero que El estupro es un delito sexual que tiene como objetivo principal la cópula, el yacimiento o el coito. Este objetivo es similar al del delito de violación. Y si estamos asese

74 Valdez, Don Ramón Francisco. Instituta Criminal. Imprenta Militar La Habana 1859 p 54.

75 Tabío Evelio. Comentarios al Código de Defensa Social, Tomo IX Jesús Montero Editor, La Habana 1951 p 485

rando que ambos son independientes y autónomos, aunque semejantes, debemos determinar las notas esenciales de ambos, para tal efecto se requiere definir detalladamente el delito de estupro. Daremos dos definiciones que en nuestra opinión reúnen tales condiciones. La primera se debe a González de la Vega, quien define al estupro como "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." 76 Ante esta definición, más detallada y completa, criticaríamos lo referente a utilizar la locución 'con mujeres jóvenes', pues tal expresión también cae en lo ambiguo.

Por otro lado Porte Petit determina al estupro como "la cópula normal, consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual". 77

Una vez mencionadas las definiciones anteriores, no encontramos ninguna noción más técnica y jurídica que la empleada por los legisladores del código penal de 1931, que de su artículo 262 se desprende el siguiente concepto: "al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño." 78

76 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 357

77 Porte Petit Candaupé, Celestino. Ob. Cit. p 10

78 Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúz, México 1982.

En esta disposición encontramos las notas características los elementos detallados que precisan al estupro, el cual podría confundirse con la violación, pues ambas tienen como elemento constitutivo a la cópula.

Basados en lo anterior, podríamos concluir señalando que el estupro es: la unión sexual normal o anormal, con mujer menor de dieciocho años y mayor de doce, que vive honestamente, que sea casta y que haya otorgado su consentimiento a virtud de los medios dolosos de engaño o seducción utilizados por el estuprador.

E) ELEMENTOS DEL ESTUPRO.

Del núcleo natural del tipo del mencionado artículo 262, tener cópula con mujer menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o del engaño- se desprenden los siguientes elementos:

- I.- Cópula.
- II.- Edad: mujer menor de dieciocho años y mayor de doce;
- III.- Elementos normativos: Castidad y Honestidad;
- IV.- Medios: Seducción o Engaño.

Así en ese orden examinaremos lo que la doctrina sostiene referente a los elementos señalados.

I) Cópula.- La cópula denominada también como coito, ayuntamiento carnal, acceso carnal o unión sexual es el elemento objetivo del delito de estupro.

En cuanto a la cópula el Diccionario de Ciencias Médicas señala: "Cópula (del lat. cōpula) Órgano o parte que conecta. -- Coito" 79 y en cuanto a este último indica: "Coito (del lat. coitus) Ayuntamiento carnal del hombre con la mujer" 80.

La cópula se podría definir como el ayuntamiento o --- unión sexual con eyesculación o sin ella.

¿Cuántas formas de unión sexual o acceso carnal existen? Doctrinariamente se han manejado tres tipos: a) cópula vaginal o normal; b) cópula anal y c) cópula oral; ambas denominadas también como cópula anormal.

La cópula vaginal o normal, es aquella en la cual la penetración del miembro u órgano sexual masculino, se lleva a cabo por la vagina.

En la cópula anal, la introducción del órgano sexual se realiza en el orificio del recto.

La cópula oral o bucal, es aquella en la cual se introduce el genital masculino por la vía bucal.

Ahora bien, para efectos del estupro se plantea la siguiente problemática: de acuerdo al tipo penal, la cópula debe ser solo la normal o ¿puede ser normal y anormal?

Según Javier Boix Reig al respecto cuenta que existen -- teorías que pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

79 Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Edit. Salvat, Barcelona 1979. p.19

80 IDEM.

81 Boix Reig, Javier. El delito de estupro fraudulento. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1979 p 296.

"Teorías restrictivas.- Consideran por acceso carnal, la unión de los órganos genitales de dos personas de sexo diverso.

Teorías extensivas.- Estiman que la relación sexual por la que se realiza esta conducta delictiva, va más allá del acto sexual idóneo para la procreación o como conjunción de los dos -- órganos sexuales que tienen dicha finalidad. Acepta varias conductas desde las más próximas a la conjunción sexual, hasta las más lejanas." 81

Entre los autores que están de acuerdo en que la unión sexual en el estupro es solo la normal, está Antonio P. Moreno, quien afirma que "la cópula es el ayuntamiento sexual normal del varón con mujer, precisamente por la vía vaginal. No es necesaria la eyaculación en vaso idóneo". 82 También Porte Petit se sitúa en esta corriente al precisar que "la conducta que realiza el sujeto consiste en el ayuntamiento carnal, o sea, la penetración -- completa o incompleta en la zona vulvar." 83.

El fundamento que se da para considerar que en el estupro solo se puede aceptar como cópula al ayuntamiento sexual normal, es el basado en el requerimiento previsto por el tipo penal: honestidad y castidad. Pues según Fontán Balestra "la aceptación

81. Boix Reig, Javier. El delito de estupro fraudulento. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1979 p 296

82 Moreno, Antonio de P. Curso de derecho penal mexicano, parte especial. Edit. Porrúa, México 1968 p 247

83 Porte Petit Candaupap, Celestino. Ob. Cit. p 13

de parte del sujeto pasivo de la relación sexual no natural, -- hace suponer en el una condición moral distinta de la honestidad que la ley requiere como elemento." 84 González Blanco acepta que la mujer, a virtud de su inexperiencia ante las relaciones sexuales, desconozca el alcance de la unión anormal, pero termina indicando "hemos convenido que lo que interesa a los fines del estupro es la cópula normal, en atención a que nuestra ley exige que la víctima sea casta y honesta". 85.

Si la mujer víctima del estupro acepta la cópula anormal es una mujer deshonesta psíquicamente, como se desprende del siguiente concepto vertido por González de la Vega: "la cópula en el estupro se limita exclusivamente al coito normal. Eliminamos los actos contra-natura efectuados de varón a mujer - en vasos -- no idóneos fisiológicamente para el concubito- por que en nuestro concepto la aceptación que ésta haga en su cuerpo de tales acciones de anormalidad lúbrica, revela en ella, al menos psíquicamente, ausencia de honestidad sexual, elemento imprescindible exigido para acordar a la mujer protección contra el estupro". 86

En lo referente a las teorías extensivas, las cuales aceptan la cópula anormal, Lizandro Martínez A., considera que la

84 Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, parte especial, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1959 p 276

85 González Blanco, Alberto. Ob. Cit. p 98

86 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 365

Indicación adecuada para nominar a la conjunción sexual es la de acceso carnal, determinando que: "acceso carnal es un término más amplio que el de la cópula, pues contiene cualquier tipo de conjunción, normal o anormal".

Nosotros pensamos que sea acceso carnal, cópula o ayuntamiento carnal, para fines del estupro ésta debe de ser considerada de sus dos formas -natural o contranatura- pues como señala -- Evelio Tabío "sea cual fuere la anomalía sexual de estos actos, caen dentro del amplio ámbito de la satisfacción sexual, y por ello la mujer que es seducida o engañada, para que acceda a esta conjunción carnal, puede invocar la defensa judicial del Estado". 87

Por lo tanto estamos de acuerdo con Jiménez Huerta, ---- quien al respecto precisa: "implica 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, encierre en el delito de estupro un sentido y alcance diverso que en el de violación, dada la identidad fáctica de los mismos.

La castidad y honestidad que la descripción típica exige en la mujer se proyecta en la vida anterior al delito, habida --- cuenta de que también la mujer que presta su consentimiento para la cópula normal quebranta su castidad y honestidad.

No puede desconocerse que la víctima admita ora por --- inexperiencia, ora por causa del engaño o del influjo de la seducción, con el resultado de negarse protección penal a quien --- más la necesita.

No existe fundamento jurídico o lógico para considerar válido el consentimiento en los casos de cópula impropia, por el hecho de que el estuprador hubiere sabido con sus malas artes, o taimada experiencia dicha cópula impropia o anormal".

88.

Nosotros también consideramos aberrante, el tratar de negar tutela jurídica a la mujer que ha sido seducida o engañada para tener una relación sexual contranatura, pues no debemos perder de vista que si esta forma ha sido aceptada, es porque los medios fraudulentos llevados a cabo por el estuprador han hecho su efecto. La mujer estuprada tiene entorpecida su voluntad, es un simple muñeco que puede manipular fácilmente el sujeto activo, pues éste ha logrado obtener el consentimiento para cópular, entre sus halagadoras palabras, entre sus engañadoras frases y acciones, unidos al calor de la pasión que despierta todo acto anterior al acceso carnal, podrá el estuprador conducir a su víctima por los caminos que él se proponga recorrer y con el criterio de la no aceptación de la cópula anormal, solo estamos despejando la vereda a los estupradores para que ejecuten tranquilamente las conductas delictivas del estupro.

Por otro lado, no se puede negar que una joven que ha reunido las características anteriores a la cópula, exigidas, -honestidad y castidad-, sea señalada y calificada de deshonesto por aceptar la unión sexual impropia. Pues en ese caso, el

estupro no tendría razón de ser, ya que todas las estupradas - serían deshonestas al haber aceptado una unión sexual ilegítima.

Para terminar diremos que solo aceptamos como cópula - enormal, la realizada por la vía anal, pues como señala Martínez Z.: "el coito oral, es una simple forma de masturbación - por medio de la boca. Por lo tanto debe catalogarse como un - acto erótico sexual diverso al acceso carnal, acceso carnal - es el que se efectúa por algunos de los esfínteres." 89

II) Edad: Mujer menor de dieciocho años y mayor de doce.

La edad máxima del sujeto pasivo del delito de estupro la encontramos limitada por el artículo 262 de la Ley penal, - cuando señala que la cópula debe realizarse con mujer menor de dieciocho años. Por lo que se relaciona con la edad mínima, - esta se deduce por lo estipulado en el artículo 266, reformado por decreto de 12 de diciembre de 1966, Diario Oficial de 20 - de enero de 1967, el cual describe el delito equiparado a la - violación así: "Se equipara al delito de violación y se sancio~~n~~ará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años..." 90.

Así tenemos que solo las mujeres cuya edad fluctúe en- tre los doce y los dieciocho años menos un día, podrán ser su-

jetos pasivos del estupro.

¿ Y cuál es el criterio que sirve para fundamentar la mencionada delimitación cronológica ? Para Fontán Balestra, - considera que esta se debe a que "hay una época en la vida de la mujer, en que sin ignorarse totalmente los conocimientos referentes a la actividad sexual, siguen manteniéndose oscuros una serie de detalles a ese respecto, de los que el estuprador puede echar mano elevosamente, para despertar los instintos libidinosos de su víctima." 91 González Blanco opina: "Nuestra ley penal, fija la de dieciocho años, probablemente partiendo del supuesto que antes de esa edad su desarrollo psíco-físico no le permite conocer los alcances de las relaciones sexuales." 92.

La ignorancia sexual y el escaso desarrollo psíquico-físico, son causas determinantes para fijar como máxima la edad de dieciocho años, así lo considera González de la Vega, al -- afirmar: "este límite obedece a que se supone que en terminos 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 moralmente las actividades maliciosas encaminadas a obtener su consentimiento para la prestación sexual". :93

91 Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit. p 274

92 González Blanco, Alberto Ob. Cit. p 101

93 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 367

Pese a los criterios anteriores, se podría objetar que la mujer por el solo hecho de cumplir cierta edad, logra de momento madurez psíquica o experiencia mundana. Y tal vez tenga razón, pero como señala Román Lugo, citado por Porte Petit, - "Por lo que hace a este límite, sin desconocer su señalamiento, puede considerarse con razón como arbitrario, por cuanto que no puede establecerse a priori la edad en que las mujeres han alcanzado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, que -- les permita sostenerse con eficacia ante los actos fraudulentos contra su honestidad, consideramos en cambio que es conveniente fijar ese límite". 94

Nosotros pensamos, que es conveniente precisar con exactitud la edad máxima en razón de evitar ambigüedades en la interpretación de la ley. Por otro lado, estamos de acuerdo en que la edad del estupro debe ser la que oscila entre la menor de dieciocho años y mayor de doce, en base al siguiente razonamiento:

Para nosotros la inexperiencia y el escaso desarrollo psíquico físico de la mujer es en esta edad, cuando se ven menos acentuados y cuando menos estables. En esta etapa, tales circunstancias alcanzan un grado máximo de peligro para las mujeres que pueden ser víctimas, pues podrán ser fáciles presas de los "Don Juanes" que buscan un blanco, al que sus mentiras -

94 Porte Petit Candeupsp, Celestino, Ob.Cit. p 30 Román Lugo. Comentarios al Código Penal del Estado de Veracruz- Llave.

le parezcan verdades. Además, lo que para nosotros tiene más importancia, es la edad cuando las jóvenes empiezan por entrar al mundo sexual del hombre. Es la edad difícil, pues el niño, al que no le importaban las relaciones sexuales, ahora se convierte en adolescente y se da cuenta que siente cierta atracción hacia el sexo opuesto y cierta curiosidad y avidez por conocer todo lo relacionado sobre el mundo del 'amar' creado por los adultos. El joven o la joven, conocen teóricamente lo relativo al sexo, pero seamos sinceros, sienten deseos por tener un conocimiento práctico sexual y sabe que esto no es correcto, pues le está vedado, prohibido, más existe duda, titubeos que concatenados con las promesas falaces y las palabras encantadoras, -- hacen sencilla la conquista de la menor. Situación que probablemente con el tiempo podrá disminuir, a razón de la formación -- de un criterio más amplio y mayor madurez mental, es por eso -- que consideramos que es correcta la edad fijada por nuestro código punitivo.

III) Elementos normativos: Castidad y Honestidad.

La mujer menor de dieciocho años y mayor de doce que -- haya otorgado su consentimiento para la cópula, debe reunir los indispensables requisitos de: castidad y honestidad.

Para principiar el examen de los elementos normativos del núcleo del tipo de estupro, citaremos a los autores que han tratado de definirlos. Porte Petit, en su "Ensayo dogmático sobre el delito de estupro, al analizar la castidad cita a Almaraz,

quien vierte la siguiente definición: "castidad es la abstención de los placeres sexuales no permitidos por la moral."

95 Raúl Carrancá y Trujillo opina "desde el punto de vista sexual, castidad es tanto como pureza. Se le identifica por ello con la virginidad, aunque no es esta, por lo general, -- otra cosa que el signo externo que la acredita." 96.

González Blanco, al respecto manifiesta "la castidad consiste, en la abstención total de las relaciones sexuales - ilícitas". 97

Para nosotros la castidad a que se refiere el artículo 262 del código penal, debe ser considerada en su más estricto sentido, es decir será casta para relaciones sexuales, sean estas lícitas o ilícitas. Pues si por cualquier circunstancia se ha unido sexualmente la mujer con otra persona, no podrá solicitar la protección del derecho, pues ya tiene concimiento teórico-práctico del alcance del coito, pues como señala Fontán Balestra "para pensar que la mujer carece de discernimiento sexual ha de ser casta." 98

95 Porte Petit Candaupap, Celestino. Ob. Cit p 30. Almaraz. Actas núms. 28, 29 y 30 de las sesiones de la Comisión revisora de los códigos y leyes del Estado en el foro veracruzano.

96 Carrancá y Trujillo, Raúl y otro. Código Penal anotado. - Editorial Porrúa México 1980. p 532

97 González Blanco, Alberto. Ob. Cit. p 106

98 Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit. p 274

Por lo que concierne a la honestidad, González de la Vega - indica: "la honestidad, dado el tono del precepto, es de carácter sexual, en nuestro concepto, no sólo en la abstinencia corporal de los placeres libinidosos ilícitos, sino en su correcta actividad moral y material en todo lo que se relaciona con lo erótico. No obstante la abstinencia de acciones físicas de lubricidad, la mujer no es honesta si revela en su conducta un estado de corrupción moral o psíquica, como cuando se dedica a -- lucrar con el lenocinio o cuando ingresa voluntariamente al -- prostíbulo en espera de postor para su virginidad o cuando se -- presta a exhibiciones impúdicas." 99 Para el maestro Carrancá y Trujillo la honestidad es "el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas de sexo distinto. El signo externo con que se la distingue constituye las palabras, ademanes y gestos, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etc." 100

En relación a este concepto es importante lo que dice Javier Boix Reig: "la honestidad es una noción, cuyo contenido es variable según el momento histórico y la situación en que se desenvuelve.

La honestidad debe concurrir en el momento de la comisión del delito, lo que supone que la mujer debe ser honesta previamente a la comisión del delito. Honesta es la que tiene una conducta sexual acorde con los valores culturales propios de la --

99 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 573

100 Carrancá y Trujillo, Raúl. y otro. Ob. Cit. p 533

sociedad en que vive la mujer. La sociedad crea valores ético-culturales. En la medida que la mujer los respeta podrá decirse que la misma es honesta". 101

Idea que compartimos, pues la sociedad es la que valora si un comportamiento es o no honesto y como las sociedades son variables en el espacio y en el tiempo, así también son mutables sus valores morales, por lo tanto lo que ayer era considerado honesto, hoy puede que no lo sea y lo que en el presente es calificado de deshonesto, mañana puede no serlo, y en el mismo sentido Jiménez Huerta vierte la siguiente noción: "es mujer casta y honesta, conforme a los conceptos valorativos imperantes en la comunidad, aquella que conduce su libido con la continencia y decencia que emanan de los principios éticos que rigen el grupo social. Son por tanto conceptos espirituales que encierran valoraciones sobre el comportamiento sexual de la mujer en relación con sus semejantes". 102

Una vez definidos ambos conceptos, analicemos la relación que deben guardar ambos al concurrir en el sujeto pasivo, para Forte Petit, "la mujer que es honesta necesariamente es casta; a virtud de que el debido comportamiento sexual supone una abstención de acceso carnal no permitido. Puede una mujer ser casta sin que sea honesta, ya que no obstante que en ella ha habido abstención de acceso carnal no permitido por la moral, tiene un indebido comportamiento sexual distinto al de la realiza-

101 Boix Reig, Javier. Ob. Cit. p 174

102 Jiménez Huerta, Mariano . Ob. Cit. p 238

ción de la cópula." 103 En otro sentido piensa González Blanco, quien dice que "encontramos entre honestidad y castidad - una relación de género a especie, la primera sería el género y la segunda la especie; y como no puede existir género sin especie, cabe admitir mujeres honestas no castas." 104

Nosotros admitimos ambas posturas, puesto que existen mujeres castas deshonestas y mujeres honestas no castas, por lo que la mujer que solicite protección jurídica en contra del sujeto estuprador debe ser casta y honesta, como acertadamente prevé nuestro código penal.?

IV) Medios: Seducción o Engaño.

Los requisitos de castidad y honestidad que exige la ley, corresponden al sujeto pasivo mujer, pero los medios requeridos por el precepto penal, seducción y engaño, deben ser realizados por el sujeto activo, pues sin ellos tal vez no podría lograr su objetivo copulativo.

A sentir de Evelio Tabío "en la seducción hay un factor de engaño que contribuye a vencer a la mujer. La seducción consiste en el empleo de medios elegantes, finos, de hondura espiritual, para influir en el ánimo de la mujer haciéndole creer -- que todo ese panorama que le pinta su seductor es cierto, es -

103 Porte Petit, Candaupap, Celestino. Ob. Cit. p 32

104 González Blanco, Alberto. Ob. Cit. p 106

atrayente y que influye en el ánimo de la mujer llevándole a entregar su cuerpo por amor aunque sea transitorio." 105 Es decir, la mujer otorga su aceptación al coito trastornada por los influjos seductores, dolosamente utilizados por el estuprador, al decir de Don Ramón Francisco Valdez, quien opina que -- "si la seducción fue pensada con el fin de desfloramiento: hay más gravedad pero si no ha tenido ese fin, sino que los halagos de la pasión han entraviado a uno y otro amante hasta caer en el precipicio, entonces el estupro es simple y la mujer es cómplice del estuprante." 106 O sea, que el estupro no se configuraría puesto que la mujer contribuyó para que se vencieran -- las resistencias morales normales.

Por otro lado al definir al engaño, Porte Petit manifiesta: "Engaño es la maniobra que se realiza que se crea lo -- que no es. El engaño como medio para la ejecución del estupro consiste en los artificios realizados con la finalidad de obtener el ayuntamiento carnal. " 107 Pueden concurrir uno sólo -- de estos medios o ambos, según consideración de González de la Vega: "cierto es que las capciosas artimañas de los tenorios -- para burlar a las jóvenes --seducción y engaño-- pueden coincidir en una sola actividad dolosa, ya que nada impide la frecuen

105 Tabio, Evelio. O. Cit. p 496

106 Valdez, Don Ramón Francisco. Ob. Cit. p 56

107 Porte Petit Candaupsp, Celestino. Ob. Cit. p 23

te existencia de 'engaños seductores' y seducciones engañosas'.

El engaño en el estupro consiste en una tendenciosa - actividad de mutación o alteración de la verdad, presentación - como verdaderos de los hechos falsos o promesas mentirosas, que producen en la mujer estado de error, confusión o equivocación por lo que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concubito - venéreo por la joven, debe existir seria, estricta y directa -- relación de casualidad, o en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula.

Entendemos por seducción: sea la meliciosa conducta -- lasciva encaminada a sobre excitar 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." 108

Jiménez Huerta vierte el siguiente concepto "el engaño se plasma en simples, aunque deslumbrantes promesas y en otras - en un estado civil de libertad matrimonial, o en una simulación matrimonial.

Seducir significa persuadir suavemente a la mujer y -- cautivar su voluntad para que acceda al complejo amoroso, por medio de miradas, sonrisas, besos, caricias, promesas, palabras y demás escarceos pleróticos de ilusión e incluso de bellos renunciamentos y sacrificios altruistas, hasta forjar ese anhelado -

éxtasis, tan trascendente como instantáneo, que impalpable y - apaciblemente deblega la voluntad y hace que la mujer sucumba por el hálito del amor." 109

Los medios fraudulentos dirigidos a lograr el consentimiento para la unión sexual, deben ser la causa directa que obligue a la mujer a liberar el camino, obstaculizado por sus conceptos morales, basados en su castidad, honestidad, inexperiencia y escaso desarrollo psíquico-físico. Pues sin la existencia de dichos obstáculos, no podrá afirmarse definitivamente y absolutamente que la mujer sea casta y honesta, pues si a la primera insinuación de copular, la mujer acepta, no dará al sujeto activo la oportunidad de poner en práctica sus medios seductores o engañosos.

Así mismo, consideramos que estos medios utilizados, deben ser sólidos, es decir, las falsas promesas, las acciones falaces y cautivadoras o los encantadores halagos, tienen que ser lo suficientemente serios y creíbles para la víctima. Además de que pensamos que es importante que los medios dolosos -- de seducción y engaño, deben encontrarse relacionados a que el varón y la menor lleven un vínculo firme, temporal, aunque sea mínimo, pues si al momento de conocerse dos sujetos, él le promete a ella matrimonio a cambio de poder cohabitar y ella acepta, no podría decirse que es honesta.

Por otro lado, la seducción o el engaño, ya precisados como las formas dolosas utilizadas apropiadamente para persuadir a la mujer a consentir la realización de la cópula, deforman el consentimiento, como exprese Carrancá y Trujillo: "El empleo adecuado de los medios operativos (seducción y engaño), como causa eficiente logra la obtención del consentimiento del pasivo como efecto necesario. Por virtud de que es nexo causal, el consentimiento este viciado de nulidad." 110 De igual parecer piensa Javier Boix, al exponer "la persona es inducida al error por parte del sujeto activo del delito, con lo que el consentimiento esta viciado, puesto que como es sabido el error consiste en uno de los vicios principales del consentimiento.

El consentimiento al acto sedxual, la voluntad, la libertad de elección se encuentran viciados en el estupro, ya que ha intervenido el engaño para obtener dicho acto." 111.

El consentimiento es jurídicamente invalidado, pues como bien señala Jiménez de Asúa: "para que exista consentimiento es preciso que la víctima sea capaz de darse cuenta de la naturaleza del acto, como lo declara el proyecto inglés de 1878 - en su artículo 122, pero dicho consentimiento no se debe otorgar por influjo de la fuerza, de fraude o de amenaza.

La voluntad libre conciente, no sólo supone que no fuerce al sujeto pasivo a aceptar el hecho, o se le engaña en cuanto al contenido de que lo acoge, sino que no se halle enajenado y no sea menor". 112.

110 Carrancá y trujillo, Raúl, y otro. Ob. Cit. p 533

111 Boix Reig, Javier. Ob. Cit. p 253

112 Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo IV, Edit. Losada Buenos Aires 19 p 631

Aclaración: No obstante que en la presente tesis no se incluyó en el capitulado el Bien Jurídico Tutelado y dada la relevancia. Agregaré en este tema la siguiente definición de -- González Blanco. " Porque la actividad sexual del sujeto activo proyecta, para obtener la cópula, sobre el plano psíquico del sujeto activo se proyecta, para obtener la cópula, sobre el plano psíquico del sujeto pasivo y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición. La represión trató de proteger la inexperiencia de la mujer que no ha logrado el desarrollo completo de su capacidad volutiva." 113

CAPITULO IV. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DELITOS
DE ESTUPRO Y VIOLACION.

A).- Conceptos de violación.

De los ilícitos sexuales que las diversas codificaciones mundiales prevén en sus textos legales, el delito de violación es el que mayor repulsión causa a los individuos de las diversas sociedades.

Para definir este censurable acto típico, antijurídico, culpable y punible, Fontán Balestra dice que "en su acepción más amplia consiste en el acceso carnal logrado en contra de la voluntad de la víctima". 114 Al respecto Antonio de P. Moreno señala que: "El sujeto activo del delito debe tener -- cópula con el pasivo contra la voluntad de éste, venciendo su resistencia." 115.

De las definiciones anteriores, se desprende que la cópula debe ser contra la voluntad del sujeto pasivo, por lo - que González Blanco precisa: "La esencia del delito que nos -- ocupa descansa en la falta de constimiento en la víctima, sometida a la violencia sexual y por lo tanto, que esa falta de -- consentimiento es condición esencial para que pueda configurarse el delito." 116.

114 Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit. p 245

115 Moreno Antonio de P. Ob. Cit. p 251 ..

116 González Blanco, Alberto. Ob. Cit. 139

Porte Petit acerca de este tema indica: "por violación propia debemos entender la cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de la vía absoluta o vía compulsiva".

117

En similar forma opina González de la Vega, al afirmar que el delito de violación consiste en: "La imposición de la cópula sin el consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o de la intimidación moral." 118.

Por último mencionaremos la definición que se desprende de lo estipulado por el artículo 265 del código penal - para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Art. 265." Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo...."

119

B).-Elementos de la violación.

Del núcleo del tipo de violación se derivan los siguientes elementos:

a).- Cópula;

b).- Medios - Violencia física o moral.

117 Porte Petit Candeupap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Edit. Porrús, México 1980 p 12

118 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 379

119 Código Penal para el Distrito Federal de 1931, Edit. Porrúa México 1982

Cópula.- Como ya precisamos en el capítulo anterior, la cópula es el ayuntamiento o unión sexual con o sin eyaculación en vaso idóneo.

Al hablar de la cópula en el delito de violación, - González de la Vega sostiene que "la acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser esta normal o anormal. En su acepción erótica general, la acción de copular comprende -- los ayuntamientos sexuales normales -de varón a mujer precisamente por la vía vaginal- y los anormales, sean estos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no -- apropiados para la fornicación natural." 120.

En la violación se acepta la cópula normal y la anormal, como afirma González Blanco al señalar que "la cópula -- puede ser ejecutada tanto por la vía normal (vagina), como por la vía anormal (empleando el ano o la boca).

En el caso de la fellatio in ore, si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto." 121.

Es criterio uniforme, entre los autores que examinan este tema que para la existencia de la cópula no es necesaria la introducción completa del órgano sexual masculino. De tal opinión es J. F. Oliven, al manifestar "la violación tiene lu-

120 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 383

121 González Blanco, Alberto. Ob. Cit. p 150

gar, si el pene toca la cara interna de los labios mayores." -

122 Así mismo Jiménez Huerta argumenta lo siguiente "la cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la zona vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectue la inmisión seminis." 123

Para terminar apunteremos que Porte Petit sobre este punto expresa que "el acceso carnal se consuma desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar, con o sin seminatión intra vas." 124

Medios -violencia física o moral.

Los medios o mejor dicho el medio que requiere el delito de violación, es el de la violencia, pudiendo ser esta física o moral.

A sentir de Fontán Balestra, la violencia es "el medio empleado para vencer la voluntad de la víctima, cuando ella es psíquica y físicamente capaz de oponerla, de donde resulta el elemento tipificador de este delito, en su forma más característica.

La violencia no se da en todos los casos de violación sino sólo en aquellos en que la víctima está en condiciones de

122 Oliven.J.F. Higiene y Patología Sexual.Edit.Martínez DE Murguía, Buenos Aires. 1960 p 306

123 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p 253

124 Porte Petit Cendaupap, Celestino. Ob. Cit. p 19

oponer su voluntad". 125

Carrancá y Trujillo opina que "la violencia, sea física -vis absoluta-, sea moral -vis compulsiva-, ha de ser capaz de vencer la resistencia del sujeto pasivo, de modo que se presente como la causa inmediata y directa de dicho acceso".

126

La violencia es el medio utilizado por el sujeto activo, cuando se encuentra ante la negativa al acceso carnal por parte del sujeto pasivo. La violencia atenta contra la voluntad libre de elegir la aceptación o negativa al coito. "La violencia es pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea" 127 como bien señala González de la Vega.

Violencia Física.- Una de las formas en las cuales se puede aplicar la violencia, es un aspecto físico o material y a criterio de Antonio de P. Moreno, consiste en "la fuerza material que se hace a la persona. Aquella por la cual se priva al ser humano del ejercicio de su voluntad, constriñendola u obligandola materialmente a observar una conducta". 128 Para el maestro Jiménez Huerta implica violencia física "el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto

125 Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit. p 251

126 Carrancá y Trujillo, Raúl, y otro. Ob. Cit. p 247

127 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 391

128 Moreno, Antonio de P. Ob. Cit. p 251.

de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad - exteriorizada en actos de resistencia inequívoca.

La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica.

La resistencia ha de ser seria y constante. Es seria cuando está exenta de simulación y refleje una auténtica voluntad contraria, y constante cuando es mantenida hasta el último momento". 129

La violencia física trasciende en la violación, cuando se ejerce concretamente sobre el sujeto pasivo y es suficiente para vencer la resistencia seria y constante que éste último debe oponer.

Puig Peña considera que "la fuerza o violencia física no debe tener caracteres de invencible, o lo que es lo mismo, que no pueda resistirse, sino que basta que se haya empleado la necesaria para el fin propuesto". 130

En cuanto a la resistencia, Carrancá y Trujillo sostiene que "la resistencia del pasivo, real y seria, efectiva y constante, aunque no tenga que ser desesperada, debe ser superada por aquellas fuerzas.

Para que el delito se integre debe existir la negativa de la voluntad del pasivo expresa o tácita, pero efectiva y constante." 131

129 Jiménez Huerta, Marinao. Ob. Cit. p 261.

130 Puig Peña, Federico. Derecho Penal Tomo IV, Edic. Navías S.A. Barcelona 1959 p 30.

131 Carrancá y Trujillo, Raúl. y otro. Ob. Cit. p 537.

Violencia Moral. - Para Porta Petit pos vis compulsiva debemos entender "la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar - la cópula" 132.

Jiménez Huerte indica sobre la violencia moral que - "puede directamente ejercerse sobre la persona cuya voluntad se quiere reducir para hacer posible la cópula, ora proyectándose sobre una persona la amenaza de un mal si se niega u opone, ora proyectándose dicha amenaza sobre otra persona ligada a ella por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad efectiva." 133

En opinión de González de la Vega, la violencia moral consiste en "constreñimientos psicológicos, amagos de daño o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causen en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues este puede intimidarse i perturbarse con el anuncio de que los males recaeran en personas de su afecto." 134

132 Porta Petit Candaupap, Celestino Ob. Cit. p 25

133 Jiménez Huerte Meriano. Ob. Cit. 261

134 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 395

C).- Aspectos Doctrinados y jurídicos que regulan la violación -
como excusa absolutoria en el aborto.

Los aspectos doctrinarios y jurídicos que regulan la violación como excusa absolutoria en el aborto, las podemos delimitar en lo que señala Cuello Calón, quién dice que "Cuando la concepción es resultado del acto sexual delictivo, resultado de una violación, se sostiene por buen número de autores la ilicitud de la interrupción del embarazo.

No se puede justificar que se imponga a la mujer, una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde constantemente el terrible episodio de la violencia, que destruye sus planes de vida y su porvenir, nada más injusto dice Binding --- 'que la terrible exigencia del derecho que la mujer soporte el fruto de su deshonra' Manzini opina que el carácter de ilegitimidad de este aborto queda excluido por la situación de necesidad en que se encuentra una mujer en cuyo caso el peligro para ésta consiste en las consecuencias morales, sociales y familiares derivadas del parto, así mismo añade que la intervención -- abortiva en esta situación 'no constituiría delito por que todo hombre está autorizado pro el orden jurídico general, para remover, en cuanto le sea posible, con cualquier medio proporcionado las inmediatas consecuencias de un delito'. En el mismo sentido Graven lanza esta pregunta ¿La mujer víctima de una violación que en el momento del hecho no haya podido actuar el derecho de defensa que la ley le otorga, no podría defenderse de las consecuencias del delito? ¿Puede considerarse criminal la

rescisión contra un acto delictivo o contra sus consecuencias".

135

Carrancá y Trujillo al referirse al tema que ocupamos, indica: "Durante la Gran Guerra, en Francia, fueron absueltas varias mujeres reas de aborto y aún de infanticidio - que alegaron como motivo del delito previo a la violación por soldados enemigos. Según Jiménez de Asúa 'en la interrupción del embarazo para librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello, hay una causa sentimental, hasta noble pero egoísta, es decir personal'.

Esta especie de aborto va transida de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad --conciente.

La excusa absolutoria del aborto por violación previa, supone la demostración evidente del atentado sexual, pero esto debe establecerse para los efectos de la no punibilidad - del aborto por el juez que conoce la causa, sin que se necesite previo juicio de los responsables del delito de violación".

136

135 Cuello Calón, Eugenio. Tres Temas Penales Bosch Casa Edit. Barcelona 1955. p. 46

136 Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte -- General Edit. Porrúa, México 1980, p 629

D).- Seguridad y Libertad Sexual.

La seguridad y libertad sexual son los bienes jurídicos tutelados en los delitos de estupro y violación respectivamente, el primero es analizado por González de la Vega, quien precisa: "El objeto de la tutela a través de la conminación de las penas no es la libertad sexual, sino la seguridad sexual de las inexpertas jóvenes contra los actos de libidino facilitadores de su prematura corrupción de costumbres". 137

En cuanto a la libertad sexual Javier Boix Reig - anota: "La libertad sexual consiste en la libre disposición - del propio cuerpo a los fines sexuales, entre los límites del derecho y la costumbre social". 138

Lizandro Z. Martínez vierte un concepto importante al precisar que "La libertad sexual no se enfoca, desde un aspecto positivo: no es la facultad (positiva) que permite a un hombre tener relaciones con todas la mujeres que quiera; sino el aspecto negativo mediante el cual no se puede obligar a nadie a tener relaciones sexuales contra su voluntad.

Debe protegerse la libertad sexual por que ella -- hace más íntimas y esenciales dignidades y noblezas humanas, - como son los actos de disposición por parte de otros del mismo cuerpo, de manera tal que las relaciones sexuales no sean cumplidas frente al propio disentimiento. " 139.

137 González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p 365

138 Boix Reig, Javier. Ob. Cit. p 84

139 Martínez Z. Lizandro. Ob. Cit. p 110.

E) Diferencias entre Estupro y Violación.

En cuanto a las diferencias entre los delitos de estupro y violación, Porte Petit manifiesta que dogmáticamente son:

- 1).- La cópula en el estupro es normal y en la violación es anormal.
- 2).- En la violación los medios son la vis absoluta o fuerza física irresistible o la fuerza moral, y en el estupro la seducción o el engaño.
- 3).- La violación contiene únicamente elemento objetivo, y el estupro elemento objetivo y normativo.
- 4).- El bien jurídico que protege la violación es la libertad sexual, distinto al bien jurídico protegido en el delito de estupro (seguridad sexual).
- 5).- El sujeto activo en la violación es el hombre o la mujer según el caso, y en el estupro solamente la hombre.
- 6).- El sujeto pasivo en la violación es el hombre o la mujer según el caso, y en el estupro solamente la mujer.
- 7).- La violación es un delito impersonal en cuanto al sujeto pasivo, y el estupro es un delito personal con respecto al mismo sujeto pasivo.
- 8).- En la violación la edad del sujeto pasivo es indiferente pero para la integración del estupro debe tener doce años en adelante y menos de dieciocho.
- 9).- No se requiere calidad alguna en el sujeto pasivo (mujer u hombre) en la violación. En cambio en el estupro, se

exige un elemento normativo: que la mujer sea honesta.

- 10).- La violación es un tipo normal y el estupro un tipo anormal.
- 11).- En el estupro hay cesación de la acción penal por el matrimonio entre el sujeto activo y el pasivo, y en la violación no.
- 12).- La violación se persigue de oficio y el estupro a petición de parte." 140.

F).- Similitudes entre los tipos de Estupro y Violación.

Para efectos de esta tesis, lo más importante son las semejanzas existentes entre la violación y estupro, las cuales - para Porte Petit dogmáticamente son:

- 1).- La violación y el estupro son delitos sexuales.
- 2).- La conducta en la violación y el estupro consiste en la cópula.
- 3).- La violación y el estupro son delitos de acción.
- 4).- La violación y el estupro son delitos unisubsistentes o plurisubsistentes.
- 5).- La violación y el estupro son delitos de mera conducta o formales.
- 6).- La violación o el estupro son delitos instantáneos.
- 7).- La violación y el estupro son delitos de lesión.

- 8).- En la violación y el estupro no se da el aspecto negativo de la conducta.
- 9).- La violación y el estupro son delitos básicos o fundamentales.
- 10).- La violación y el estupro son delitos autónomos o independientes.
- 11).- La violación y el estupro son delitos de medios legalmente limitados.
- 12).- La violación y el estupro son tipos de formación casuística.
- 13).- Ambos delitos son alternativamente formados en cuanto a -
los medios.
- 14).- La violación y el estupro son tipos congruentes.
- 15).- La violación y el estupro son delitos monosubjetivos.
- 16).- No hay violación entre cónyuges (cuando la cópula es normal y exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud) ni estupro entre cónyuges.
- 17).- La violación y el estupro pueden cometerse únicamente por dolo.
- 18).- En la violación y el estupro no hay condiciones objetivas de punibilidad.
- 19).- La consumación en la violación y el estupro se realiza --
con el ayuntamiento carnal.
- 20).- La violación y el estupro admiten la tentativa inacabada y acabada.

21).- En la violación y el estupro se puede dar el desistimiento, más no el arrepentimiento.

22).- No puede haber violación y estupro de mujer a mujer."

140 bis.

G).- El resultado en los delitos de estupro y violación..

Por cuanto al resultado, el mismo Forte Petit señala sobre el estupro lo siguiente:

"Es un delito formal o de mera conducta, ya que el tipo se integra con una actividad; realización de la cópula, sin que sea necesario un mutamiento en el mundo exterior; es decir no requiere de un resultado material.

Instantáneo, por que tan pronto se realiza la consumación este se agota, desaparece.

De lesión, por que lesiona el bien jurídico protegido por la ley". 141

Y lo mismo se puede aplicar al delito de violación, por que el tipo se integra en cuanto a la realización de la cópula violenta; es decir, por un hacer sin resultado material. Forte Petit precisa que " de acuerdo con lo establecido en el artículo 265 de nuestro código penal, para la configuración del de-

140 Bis. Forte Petit Candaupap. Ob. Cit. p 49

141 Forte Petit Candaupap. Ob Cit. p 14

lito de violación no se requiere una mutación en el mundo exte-
rior, o sea, que no se exige un resultado material. El texto
legal únicamente señala la conducta y los medios por los cua-
les esta puede ser realizada. Es por ello que concluimos sos-
teniendo que se trata de un delito formal o de mera conducta,
de cuya realización se desprende solamente un resultado jurídi-
co" 142.

142. Parte Petit Candaupap, Celestino. Ob. Cit. p 14.

CAPITULO V.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A).- Concepto y Naturaleza Jurídica de las Excusas Absolutorias.

Como lo mencionamos en el primer capítulo, los elementos del delito tienen un aspecto negativo, el cual impide - se integre la figura delictiva.

Pues bien, la punibilidad, a la que Pavón Vasconcelos define como "la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, - dictadas para garantizar la permanencia del orden social." 143

Este aspecto positivo del delito encuentra su requisito o característica negativa en las llamadas excusas absolutas o causas de impunidad.

En cuanto a la definición de las excusas absolutorias, señalaremos lo que Kohler, citado por Carrancá y Trujillo, indica: "Son circunstancias en las que, a pesar de subsistir - la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la imposibilidad de imponer la pena al autor." 144 En opinión de Cuello Calón, para quien en las excusas absolutorias " la penalidad queda excluida y el delito impune en ciertos casos declarados en la ley. Las excusas absolutorias mediante cuya concurrencia hechos definidos como delitos quedan - impunes.

143 Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1978 p 411.

144 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit p 629

La excusa absolutoria es, en realidad, un perdón - legal" 145

En las excusas absolutorias el acto cometido por el sujeto activo, es típico, antijurídico y culpable, pero no se puede aplicar la punibilidad en ciertos casos que la ley prevea, pues como dice Puig Peña, "existe el delito, existe el autor, se produce integralmente la figura descrita por el legislador, no hay ningún obstáculo procesal para perseguirlo; pero sin embargo, a pesar de todo, el hecho no se castiga por razones de política penal." 146

Para José Manuel Nuñez, la definición de excusas absolutorias, la precisa de la siguiente forma: "Se trata de --- cualidades personales o situaciones a las cuales el derecho positivo les atribuye eficacia liberatoria de pena.

Es un favor personal, que tiene efecto sólo con -- respecto a la persona que presenta esa cualidad o que se encuentra en esa situación, sin que se comunique a los otros partícipes del delito". 147

En cuanto al momento en que debe concurrir las excusas, Jiménez de Asúa precisa que "si se trata, en las auténticas excusas absolutorias, de un perdón legal, resulta obvio que

145 Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal Parte Gral. Edit. Nacional México 1940 p 524.

146 Puig Peña, Federico. Derecho Penal T. II, Parte Gral. Edic. Navia Barcelona 1959 p 199

147 Nuñez, José Manuel. Causas de Impunidad. Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo II, Edit. Bibliográfica Argentina Buenos Aires 1955 p 910.

tales excusas han de ser anteriores al hecho que reúne todas las características del delito, salvo la pena que se perdona por la ley, y no posteriores a él." 148

En cuanto a su diferencia con otras figuras jurídicas, Cuello Calón manifiesta que "se diferencian de las causas de justificación, en que el acto ejecutado es antijurídico, ilícito, y de las causas de inimputabilidad en el que el agente es imputable, no obsten ser el hecho culpable y antijurídico no se castiga." 149

Para Jiménez de Asúa, esta diferencia consiste en que "en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad (y pueda añadirse que también en las de inculpa- bilidad) no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena." 150

A entender de José Manuel Nuñez, las causas de exclusión de la pena se debe distinguir de las causas de extinción de la misma, al afirmar que "en las causas de extinción de la -- pena, en las cuales esta existe, pero no queda cancelada o extin- guida al presentarse el momento extintivo. Las excusas absoluto- rias, en cambio, existen al tiempo de la comisión del hecho, que en ningún momento puede ser causa de responsabilidad criminal." 151.

148 Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal T. VII Edlosada, Buenos Aires 1970 p 145.

149 Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. p 525

150 Jiménez de Asúa, Luis Ob. Cit. p 145

151 Nuñez, José Manuel. Ob. Cit. p 910.

Las excusas absolutorias tienen como objetivo fundamental, el suprimir la punibilidad de la conducta delictiva, - aún concurriendo todos los aspectos necesarios para que ella se produzca, porque motivos de diversa índole aconsejan su impunidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica M. Octavio Iturbide, nos asevera que "el Estado como titular soberano de la potestad de incriminar conductas y sancionarlas penalmente, puesto que es innegable e indiscutible, que sólo en él reside el derecho subjetivo en virtud del cual le está dado acuñar en tipos delictivos, conductas humanas, a las que anexa una pena, puede disponer de aquella potestad mediante una renuncia en los casos y en las condiciones por él mismo preestablecidas en las leyes que limitan el ejercicio del poder público.

Sólo podemos afirmar su carácter o naturaleza de excusa absoluta, cuando la antijuricidad de la conducta y la culpeabilidad del sujeto de aquella aparecen ante nosotros." -
152

Al respecto Soler afirma que " la naturaleza proviene de que el tipo que corresponde aplicar se autolimita con respecto a un caso dado, ya sea poniendo mayores exigencias, ya sea exceptuando determinados casos." 153.

152 Iturbide, M. Octavio. Excusas Absolutorias, Enciclopedia - Jurídica Omeba, T. XI, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1956, p 205.

Para terminar mencionaremos el punto de vista de Jiménez de Asúa, para quien la esencia de las excusas absolutivas reside en: "no suprimen la acción ni la tipicidad, ni la antijuricidad, ni tampoco la impunidad y culpabilidad, --- sino que utilitatis causa o motivos atinentes a la relación -- personal o a la peculiaridad de la conducta concreta de un sujeto, la ley perdona la pena." 154

B).- Las Excusas Absolutivas en los Códigos Penales de Ibero-América.

Ahora analizaremos como se encuentran comprendidas, en las diferentes legislaciones de Ibero-América, las excusas absolutivas, mencionando lo que Carrancá y Trujillo alude al respecto, señalando que "toda vez que la utilidad se entiende de distinta manera según los pueblos, las excusas absolutivas reconocidas en el derecho, difícilmente encuadran dentro de -- una sistematización doctrinaria, pues cambian y evolucionan de pueblo a pueblo y aún según los tiempos". 155

Jiménez de Asúa separa en cinco categorías las que han sido consideradas como excusas absolutivas, en los códigos Ibero-americanos, las cuales son las siguientes:

"a) Primer Grupo.- Exceptatio veritatis en la calumnia, puesto que la imputación no sería falsa.

154 Jiménez de Asúa, Luis Ob. Cit. p 145

155 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. p 629

Chile	art. 412	Nicaragua	art. 375
Puerto Rico	art. 246	Salvador	art. 709
Honduras	art. 451 No. 2º	Paraguay	art. 347
Perú	art. 190 No. 2º	Venezuela	art. 445
Cuba	art. 506 D.	Colombia	art. 335
Guatemala	art. 347	Brasil	Art. 1385 3º
Costa Rica	art. 81	Argentina	art. 456
España	art. 109 al 111		

Injuicias recíprocas.

Bolivia	art. 593	Uruguay	art. 40
Chile	art. 430	Colombia	art. 342
Nicaragua	art. 395-10	Ecuador	art. 472
Perú	art. 189	Brasil	art. 140-1-II
Venezuela	art. 448 parr. 2º		

Q Provocadas por ofensas personales.

Perú	art. 189 p 2º	Colombia	art. 342
Uruguay	art. 40	Brasil	art. 140-1-I.

Comprobar la legítima procedencia de los objetos 'en la fracción que tiene por tipo la falta de precauciones en las operaciones de Comercio o de préstamo.

Venezuela art. 541 p 2º

Haber sido desaligada por el deber de callar por la persona interesada en el secreto.

Cuba art. 400 B

b) Segundo Grupo.- Batirse en duelo o servir en el de padrino, después de acordado por el tribunal de honor.

Uruguay art. 38

Apertura o interceptación de cartas o papeles por los maridos, padres o tutores, pertenecientes a sus mujeres, hijos o pupilos, que se hallen bajo su tutela o dependencia.

Chile	art. 146	Dominicana	art. 378
Nicaragua	art. 462 p 3º	Salvador	art. 453
Honduras	art. 495 p 3º	Uruguay	art. 336-2º
Panamá	art. 284 p último	Guatemala	art. 384
Ecuador	art. 181	España	art. 497

Faltar a la verdad el testigo que no deberá haber sido interrogado o que tenía el derecho de abstenerse a declarar.

Paraguay art. 189 b

Poner fuego a rastrojos, montes, etc., para roces u operaciones rurales conforme a reglamentos.

Bolivia	art. 249
Chile	art. 462 p 2º
Nicaragua	art. 518

Abrir sepulturas o exhumar restos por órden legítima o conforme a los reglamentos.

Bolivia art. 563

Publicar o imprimir las opiniones de los parlamentarios a ejercicio de su función.

Bolivia art. 473-1

Injurias proferidas por padres y maestros a sus -- hijos, discipulos, etc.

Bolivia art. 585

Ecuador art. 478

Impugnar la Constitución, las leyes o actos de gobierno sin perpetrar otra clase de delito.

Bolivia art. 585

Uso de armas prohibidas en los casos que se tiene que efectuar la legítima defensa.

Bolivia art. 266

Resistencia o ultraje a la autoridad por acto arbitrario de esta.

Paraguay art. 176 a 179

Venezuela art. 221 a 228

Cuba art. 256 a 260 B

Incendios y destrucciones en tiempos de guerra para seguridad y defensa del Estado.

Bolivia art. 245

Prestar auxilio propio de médico, cirujano, por quien no lo es, cuando es necesario y no se encuentra facultativo alguno..

Bolivia art. 269

Revelar secreto cuando su mantenimiento fuere gravemente contrario a la justicia o al interés social.

Cuba art. 400 C

Contraer deuda u obligación el funcionario con un subalterno, en caso de que no fueran pagados los sueldos - que devenguen.

Bolivia art. 274

Llevar un niño de cuya crianza se está encargando, a un hospicio porque, no habiéndose obligado a cuidarlo - gratuitamente, nadie le preven de lo necesario para sustentarlo.

Honduras art. 257-p 2º

Dominicana art. 348

No impedir la consumación de un delito, cuando de cumplir esta obligación habría peligro para su persona o - parientes o tendría que revelar secreto que guardarse por razones de cargo.

México art. 400, I, p. 2º

Matar perro o animal peligroso en el acto de - hacer daño.

Bolivia art. 675

O animales volátiles en el momento de causar - perjuicio.

Venezuela art. 480

Exceptio Veritatis' en las imputaciones calumniosas o injuriosas dirigidas a los funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Bolivia	art. 585	Chile	art. 420
Nicaragua	art. 381	Argentina	art. 111-1)
Salvador	art. 414	Honduras	art. 456
Panamá	art. 377,1	Perú	art. 190,1
Venezuela	art. 445,1	México	art. 351,1
Uruguay	art. 356,1		

Imputaciones de aspecto difamatorio o injurioso, cuando se hacen en interés de la causa pública, en el cumplimiento de un deber, por humanidad.

Panamá	art. 377, 20, 20 y 40
Colombia	art, 399
España	art. 461
Argentina	art. 245

Las manifestaciones de carácter técnico sobre producción literaria, artística, científica o industrial, o los escritos históricos, no constituyen difamación ni injuria.

Cuba	art. 341
------	----------

Reconocer como hijo legítimo o natural a una persona que careciera de estado civil por móviles de piedad, de honor o de afecto.

Venezuela	art. 39
Brasil	art. 142

Consentimiento en las lesiones.

Uruguay	art. 44
---------	---------

Tercer Grupo.- Encubrimiento de próximos parientes y a veces de amigos íntimos o bienhechores.

Bolivia	art. 41	España	art. 18
Haití	art. 206 p 2º	Chile	art. 17
Dominicana	art. 284	Salvador	art. 15 p, uñt.
Honduras	art. 15	Panamá	art. 45 p, ult.
Paraguay	art. 197 p 2º	Perú	art. 331 p 2º
Venezuela	art. 285	Uruguay	art. 42
Cuba	art. 343.C	Colómbia	art. 202
Guatemala	art. 33	Ecuador	art. 53
Brasil	art. 340 a 2º	Costa Rica	art. 402

Proporcionar en caso de "agavillamiento" amparo o viveres, a un pariente cercano, amigo íntimo o bienhechor.

Venezuela art. 291

No dar noticia de los delitos cometidos, tramados o intentados, por próximos parientes o personas queridas.

Bolivia art. 452

Procurar auxilio para la fuga del preso los próximos parientes.

Bolivia art. 259

Ecuador art. 258 p 2º .

Soborno a favor del reo por parte de éste o de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín.

Cuba art. 311

Faltar a la verdad en testimonio, peritraje, etc., para favorecerse así mismo o a próximos parientes, allegados, etc., o para no perjudicarlos.

Bolivia art. 333

Cuba art. 281

Paraguay art. 189 a

Ecuador art. 329, p 2º

Uruguay art. 43

(416

Inculparse a sí mismo falsamente de un delito -
con el objeto de salvar a algún pariente cercano, amigo o a su
bienhechor.

Venezuela art. 240 p 2º

Cuba art. 290 D

Ecuador art. 270

Adulterio de la mujer que probare que su marido
la obligaba a prostituirse.

Venezuela art. 400, 1.

Exención de pena para los soldados que recluta-
ren las fuerzas rebeldes.

Venezuela art. 163, 3

Colombia art. 140 y 143

Homicidio piadoso

Uruguay art. 37

Colombia art. 364

Aborto para salvar el honor propio o el de la -
mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana.

Colombia art. 389

d) Cuarto Grupo.- Delitos contra la propiedad -
(generalmente hurtos, defraudaciones y daños), entre próximos
parientes (las más de las veces cónyuges, ascendientes, herma-
nos y cuñados si vivieren juntos,

Bolivia art. 629

Nicaragua art. 526

Haití art. 325

Salvador art. 524

Chile art. 489

España art. 564

Dominicana art. 380

Argentina art. 185

Honduras	art. 560	Uruguay	art. 41
Panamé	art. 407	Cuba	art. 570
Paraguay	art. 379	Guatemala	art. 448
Perú	art. 260	Ecuador	art. 562
Venezuela	art. 483	Brasil	art. 181

Sustracción de cosa común fungible, cuyo valor no excede de la parte a que tiene derecho el agente.

Brasil art. 156 e 2º

Provocar al ofensor a riña o pelea si ésta no se verifica o si no resulta de ella daño alguno.

Bolivia art. 346

Tentativa de aborto hecha por la propia mujer.

Nicaragua art. 400

Costa Rica art. 197

Argentina art. 88

C) Un quinto grupo podría formarse con las excusas absolutorias posteriores, constituidas por el desistimiento, el arrepentimiento y la reparación." 156

C) Excusas Absolutorias en el Código Penal Mexicano.

Por lo que toca a las excusas absolutorias previstas por nuestra legislación penal, a decir de Carrancá y - Trujillo, las podemos dividir de la siguiente forma:

- a) Excusas a razón de los móviles afectivos revelados.
- b) Excusas en razón de la co propiedad familiar.
- c) Excusas en razón de la Patria Potestad o de la Tutela.
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente.
- e) Excusas en razón del interés social preponderante.
- f) Excusas en razón de la temibilidad mínima revelada.

a) Excusas a razón de los móviles afectivos revelados. - La acción desarrollada por el sujeto, acredita en él nu la temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble.

Las relaciones de familia, los lazos de la sangre, la comunidad de nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública, que en cierto modo justifica -- al infractor, que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama o respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena.

Art. 15 Fracc. IX C.P.

Art. 280 Fracc. II C.P.

Art. 151

Art. 192 del c.p.p. en relación con él 178, y 179 -
del C.P.

b). Excusas en razón de la co propiedad familiar.

Art. 377 C.P.

c) Excusas en razón de la Patria Potestad o de la tutela.

Art. 347 C.P.

Art. 294 C.P.

d) Escusas en razón de la maternidad consciente.

Art. 333 C.P.

e) Excusas en razón del interés social preponderante.

Como consecuencia del interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, -- siendo inculminable el (art. 400) quedaron excluidas no obstante las personas del artículo 211.

También por el mismo interés preponderante proceden las excusas por razón de injurias, difamación y calumnias.

Art. 351 C.P.

Art. 352 C.P.

Art. 354 C.P. en relación con el 588 C.P.P.

Art. 557 C.P.P.

f) Excusas absolutorias en razón de la temibilidad mínima revelada.¹⁵⁷

Art. 375

Art. 349

D) Importancia Jurídico-social.

Encontramos en la punibilidad, la amenaza legal que trata de asegurar jurídicamente los bienes y valores de importancia para la vida social.

¹⁵⁷ Carrencá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. 630.

Para determinar el sí y el cuanto del contenido de la punibilidad, en opinión de Palomo Navarrete "los comportamientos incluidos en el ámbito de descripción de los tipos legales han de tenerse presente, no sólo la naturaleza y la índole del bien jurídico en ellos protegido, sino también la intensidad, la forma y la eficacia de la incidencia negativa sobre el mismo por el actuar típico" 158

Es decir para precisar con justicia y con razón la procedencia y la magnitud de la pena, debe tenerse en cuenta además del valor del bien jurídico puesto en peligro o lesionado, circunstancias personales y la forma de realizar la conducta.

Por lo tanto, en las excusas absolutorias adquiere trascendencia jurídico-social, el eximir de la sanción penal, a sujetos que reúnen ciertas circunstancias personales o de acuerdo a la particularidad de su conducta, puesto que a criterio de Carrancá y Trujillo "la remisión de la pena obedece particular y principalmente a utilitatis causa." 159

La necesidad general y ordinaria de preveer las excusas absolutorias, conforme a una valuación de las condiciones de la vida humana en sociedad, queda supeditada a la conveniencia político-penal, el establecimiento de una figura de esta índole.

158 Palomo Navarrete Miguel. El Bien jurídico en el Derecho Penal. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1974 p 380

159 Carrancá y Trujillo, Raúl. OB. Cit. p 629

Aunque la conducta delictiva, sea antijurídica y --- culpable, el sujeto activo obtendrá el perdón legal en base a 'la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela' 160 - según Carrancá y Trujillo.

Por lo tanto si el sujeto muestra mínima o ninguna - peligrosidad, en base a sus referencias personales y a la especial de su actuar, la excusa absolutoria cobrará importancia jurídico-social, al no imponer pena alguna a la persona - que se vió en la necesidad de cometer un ilícito penal, la - brandose así el bienestar común, pues como precisamos anterior mente "la pena traerá como consecuencia una restricción o - privación de bienes jurídicos al autor del delito". 161

160 Carrancá y Trujillo, Raúl Ob. Cit. p 629

161 Citado en el pie de página número 21

CONCLUSIONES.

- 1.- Una vez analizadas las diversas definiciones, doctrina- - rias y legales, podríamos resumir señalando que: aborto es la muerte del ser en gestación, en cualquier momento - de la preñez, provocada, sufrida o consentida, sin mediar causa o justificación legal.

El aborto es un delito que a través de su historia ha sufrido cambios diversos, en cuanto a su recriminación so- - cial y legal; iniciando con una aceptación del mismo; pa- - sando por un período de severo castigo, en el que cual- - quier forma de este castigo se sancionaba; y, posterior- - mente, atenuando sus penas y permitiendo por último, algu- - nos abortos sin punibilidad.

La razón de este último criterio, se debe a que los legis- - ladores modernos, más humanos, más conscientes y mejor -- auxiliados e ilustrados por las ciencias médicas, han no- - tado por una parte; que existen abortos ajenos a la inten- - ción e imprudencia de la madre de provocarlos; por otra - parte, que la negligencia y el descuido pueden ser causa - del aborto y la mujer en éste caso verá frustrados sus - anhelos maternales; y, por último, que la mujer como víc- - tima de un delito sexual, tiene derecho a rechazar la ló- - gica consecuencia del atentado sexual.

2.- Toda vez que no estamos de acuerdo con el criterio que adopta el derecho positivo mexicano, al limitar el tipo de estupro a la cópula normal, proponemos el siguiente concepto:

"Se entenderá por estupro, la cópula normal o anormal, con mujer de dieciocho años y mayor de doce, que sea casta y que viva honestamente, otorgando su consentimiento a virtud de los medios dolosos de seducción y engaño".

El consentimiento que otorga la mujer menor de dieciocho años y mayor de doce, debe ser considerado como un consentimiento viciado, es decir, nulo, en base a que los medios de seducción y engaño son la causa directa que han logrado vencer la resistencia de la mujer, resistencia basada en su castidad, honestidad y escaso desarrollo psíquico-físico.

El sujeto activo que utiliza la seducción y el engaño, para obtener el consentimiento de copular por parte de la mujer casta y honesta, tiene en mente la firme intención de ultrajar y atentar sexualmente contra la víctima, a la cual considera como un simple objeto para satisfacer sus deseos eróticos sexuales, para tal efecto, utilizará dolosamente los medios antes citados.

3.- Las excusas absolutorias son el aspecto negativo del delito que impide se integre éste, a pesar de que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, no será punible en base a las circunstancias personales o a la particulari--

dad de la conducta, que revelan la ninguna o escasa tem**í**bilidad del sujeto activo.

La Ley determinará cuales y como operarán las excusas ab**o**lutorias, que dejarán sin pena algunas conductas delictivas, en base a una causa de utilidad social.

La aplicación de las excusas absolutorias debe originarse después de examinar ciertas carecterísticas generales y específicas de los tipos penales, para poder señalar - en que situaciones proceda o no la atribución de la pena.

4.- El artículo 333 del código penal, establece a la violación como excusa absolutoria del aborto, en virtud de que el embarazo de la mujer ha sido ocasionado por un ataque a su libertad sexual siendo por tanto víctima de un del**í**to.

El derecho no puede, ni debe exigir a un ser humano, que sufra las consecuencias de una conducta delictiva, que - ha atentado contra su integridad y dignidad.

La mujer que ha sido violada, se encuentra destrozada - psicológicamente, además de que sufre el rechazo social, producto de nuestra mojigata sociedad, por tanto no puede ser obligada a cargar indefinidamente con el recuerdo viviente del salvaje atropello.

5.- Entre los delitos sexuales de estupro y violación existe una relación sustantiva, en cuanto a que la conducta sexual es la misma, es decir, en ambos delitos el sujeto

activo tendré como objetivo el lograr la cópula, variando únicamente los medios con que consiga realizarla.

En los delitos citados, el sujeto pasivo sufre un ataque que afecta notoriamente su vida sexual, psíquica y social. Por medio de la seducción y el engaño se logra la cópula, que de otra forma no se lograría, a no ser que fuera por medio de la violencia.

6.- Se debe considerar al estupro como excusa absolutoria del aborto, en virtud de que la mujer estuprada ha sido víctima de los medios dolosos de seducción y engaño utilizados por el estuprador.

Cuando el embarazo sea resultado de la conducta delictiva estupro, será consecuencia de un atentado sexual, en el cual el sujeto activo ha sabido obtener provecho de la -- inexperience, de la castidad y de la honestidad de su -- víctima, la cual se entrega a la cópula con la fé puesta en las palabras y cautivadoras promesas, utilizadas dolosamente por el estuprador, para lograr sin violencia la cópula antijurídica.

7.- Tampoco se debe obligar a la menor que sufre con las consecuencias de una conducta delictiva.

La víctima del estupro, se encontrará destrozada psíquicamente pues ha sido objeto de la burla y del ultraje de un delincuente que a cambio de promesas y caricias, obtuvo la satisfacción a sus deseos libinidosos y reprochables -

deseos de copular ilegítimamente.

Por tanto, es lógico suponer que la mujer al darse cuenta de que ha sufrido un atentado sexual y que todo el mundo de ilusión que construyó era ficticio, repulsará al estuprador y al ser en gestación que le recordará la acción - que truncó su vida.

8.- La mujer estuprada que aborta, comete un acto típico, antijurídico, culpable, pero que deberá quedar sin pena en virtud de las circunstancias personales que le rodean. -- Además de que su proceder revela que no existe peligrosidad de la madre que aborta por esta causa, pues las circunstancias la orillaron a obrar de esa forma, ya que sólo de esta manera podrá defenderse de las consecuencias - del ataque sexual del que fue víctima.

9.- El derecho penal no debe perder las exigencias de justicia imponiendo drásticamente sanciones y en el caso de dar -- muerte al ser en gestación producto de un delito, se debe privar de la pena a quien aborta o se hace abortar, pues es justificable que la mujer rechaze a un ser concebido - por un delincuente, en aras de su honor y dignidad burlada.

Por otro lado, no debemos perder de vista, que la víctima de éste delito es una mujer menor de edad, una mujer que apenas empieza su recorrido en el camino de la vida, en - el que pronto se va engañada, humillada y abandonada a su

suerte de cargar con el peso de su futuro hijo. Mujeres - que sufrirán un cambio violento en su vida, que ahora adquirirán una responsabilidad que no está al alcance de su desarrollo psíquico-físico, pues pasarán de ser hijas protegidas, a ser madres protectoras, situación que además deberán afrontar solas, pues normalmente son objeto del reproche y la censura de sus padres y familiares e insistimos del rechazo de nuestro mojigato núcleo social.

10.- Por lo anteriormente mencionado, consideramos que es imperioso que se aplique la excusa absolutoria a la mujer víctima del estupro que recurra al aborto, pues desde otro punto de vista, así podríamos evitar que la mujer se encuentre obligada a ofrecer el perdón a su burlador mediante el matrimonio.

Como es sabido, cesará la acción penal en contra del estuprador, cuando este se case con la estuprada. Analizando la situación, la mujer víctima del estupro, que ha sido embarazada, se ve en la necesidad de casarse con el sujeto activo del delito, pues parte de que sus familiares no la aceptan, tendrá que afrentarse al compromiso de ser madre, y sin experiencia ni compañía, prefiere aceptar a su estuprador.

Con la posibilidad de abortar, la mujer embarazada, podrá rehacer su vida moral, sexual y social con menor dificultad, sin tener que ofrecer un matrimonio, que de ser aceptado, será un matrimonio forzado, que solo servirá de es-

cape a la sanción por parte del presunto delincuente. -- Así no habrá matrimonios en los cuales existan padres y esposos frustrados y hogares con hijos no deseados, que solo vendrán al mundo para encontrarse con una familia inestable, producto de una unión forzosa y de una relación sexual placentará, pero sin amor y si en cambio delictuosa. Hijo que recordará el momento en que se vió -- truncada la vida de sus padres, que en lugar de encontrar cariño en su casa, encontrará probablemente desprecio y rencor, pudiendo formarse así un sujeto que guarde odio a su familia y a la sociedad.

- 11.- Se aplicará la excusa absolutoria en el delito de aborto por ser el embarazo consecuencia del ilícito estupro, en base a que éste atenta contra la menor de dieciocho años y mayor de doce, la cual ha otorgado un consentimiento viciado por el escaso desarrollo psíquico-físico y su poca experiencia, así como por los procedimientos dolosos utilizados por el estuprador de seducción y engaño para obtener su fin copulativo, por lo tanto no debe imponerse una maternidad consecuencia de un delito.

BIBLIOGRAFÍA.

TEXTOS CONSULTADOS.

BOIX REIG, JAVIER. El Delito de Estupro Fraudulento. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid 1979. Sin Edición.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1980. Décimo Tercera Edición.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S. A., México 1980. Octava Edición.

CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal, Vol. I y III Editorial Temis, Bogotá 1971. Primera Edición.

CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal Parte General. Editorial Nacional. México 1944. Novena Edición.

CUELLO CALON, EUGENIO. Tres Temas Penales, Bosch Casa Editorial. Barcelona 1955. Sin Edición.

FERRI, ENRIQUE. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus. Madrid 1933. Sin Edición.

FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1959 Sin Edición.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México -- 1979. Cuarta Edición.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1979. Décima Cuarta Edición.

ITURBE M., OCTAVIO. Excusas Absolutorias. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1956. Sin Edición.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo III y VII. Editorial Lozada, S. A., Buenos Aires 1970. Tercera Edición.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, Tomo II y III. Editorial Porrúa, S.A. México 1978. Cuarta Edición.

LACASSEN, CARLOS. El Aborto. Editorial Sopena. Barcelona 1954. Primera Edición.

MAGGIORE GIUSEPPE. Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá 1971. primera Edición.

MARTINEZ A., LIZANDRO. Derecho Penal Sexual. Editorial Temis, Bogotá 1977. Segunda Edición aumentada notablemente.

MORENO, ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte Especial. Editorial Porrúa, S. A. México 1968. Segunda Edición

NERIO, ROJAS. Medicina Legal. Editorial El Araneo. S.A. Buenos Aires 1976. Undécima Edición.

NUÑEZ, JOSE MANUEL, Causas de Impunidad. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1955. Sin Edición.

OLIVEN, J.F. Higiene y Patología Sexual, Editorial Martinel - de Murgía, Buenos Aires 1960. Primera Edición.

PALOMO NAVARRETE, MIGUEL, El Bien Jurídico en el Derecho Penal Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1974 Anales de la Universidad Hispalense. Serv. Derecho Núm. 19.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. México 1967 Cuarta Edición.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, S.A. México 1978. Cuarta Edición.

PORTE PETIT CANDAUPAP, CELESTINO. Dogmática Sobre los Delitos contra la vida y la salud Personal. Editorial Porrúa, S.A. -- México 1972. Tercera Edición.

PORTE PETIT CANDAUPAP, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Segunda Edición.

PUIG PRÑA, FEDERICO. Derecho Penal Tomo II y IV. Ediciones Navías, Barcelona 1959.

SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino, Tomo II. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires 1965. Primera Edición.

TABIO, EVELIO. Comentarios al Código de Defensa Social , Tomo IX, Jesús Montero. Editor. La Habana 1951. Primera Edición.

VALDEZ, DON RAMON. FRANCISCO. Instituto Criminal. Imprenta Militar. Habana 1959. Sin Edición.

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIGO PENAL DE 1871

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931. Editorial Porrúa
S.A. México 1982.**

OTRAS FUENTES DE CONSULTA.

**ABORTO. Investigación realizada por la quincuagésima primera
Legislatura, Comisión Salubridad y Asistencia. Sin Fecha. -
México, D. F.**

**DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE CIENCIAS MEDICAS. Editorial Sal
vat. Barcelona 1979. Primera Edición.**