

2ej
111



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

E.N.E.P. - ARAGON

**EL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA
RESPONSABILIDAD EN LOS ATENTADOS
AL PUDOR.**

T E S I S

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

JAIME PIÑA ESCOBAR

México, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**EL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD EN
EN LOS ATENTADOS AL PUDOR.**

INTRODUCCION

CAPITULO I. ANTECEDENTES

- 1.1. Roma
- 1.2. España
- 1.3. Francia
- 1.4. México.
- 1.5. Legislación vigente

CAPITULO II CONCEPTOS GENERALES

- 2.1. Concepto de atentado al pudor
- 2.2. El Tipo y sus elementos
- 2.3. Tipicidad y Atipicidad
- 2.4. Punibilidad
- 2.5. El Bien Jurídico tutelado
- 2.6. Requisitos de procedibilidad

CAPITULO III EL ORGANO INVESTIGADOR

- 3.1. El Ministerio Público
- 3.2. Naturaleza jurídica
- 3.3. Averiguación previa
- 3.4. Sujeto activo
- 3.5. Sujeto pasivo

CAPITULO IV EL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD

- 4.1. El Cuerpo del Delito
- 4.2. Presunta Responsabilidad
- 4.3. Integración del Cuerpo del Delito
y Presunta Responsabilidad.
- 4.4. Ejercicio de la Acción Penal
- 4.5. Competencia

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En todas las disciplinas científicas existen temas que son ampliamente tratados por los autores y otros que lo son poco. En el Derecho es aplicable esta regla, existen campos ampliamente tratados por los expertos, como lo es el del fideicomiso, el de las nulidades, el de la compraventa, etc, pero existen también otros campos que aún se encuentran poco explorados, tal es el caso de la responsabilidad del Estado, la reglamentación de las vías aéreas de comunicación, etc.

En el presente trabajo de Derecho Penal nos toca ocuparnos de uno de esos temas que no explotan tan abundantemente los expertos, y que es el estudio de la dogmática de los atentados al pudor; en la doctrina y en la jurisprudencia existe material abundante sobre estupro, sobre violación y sobre los demás delitos sexuales, pero el material no es tan prolífico en la materia de los atentados al pudor, en este trabajo, de entrada, nos enfrentaremos con este problema.

Pero también hay otros problemas que deberemos resolver y encarar en este estudio, el tipo de atentados al pudor ha sido terriblemente relegado por el legislador, ya que el legislador se ha ocupado de la perfección en los tipos de violación y de estupro, pero ha descuidado lamentablemente el tipo de los atentados al pudor, para este delito asigna una penalidad ínfima, que no corresponde a la importancia de los valores afectados por la conducta criminal, el mencionado legislador, también -

en este delito ha descuidado precisar las calidades de los sujetos pasivos, habla de que los pasivos pueden ser púberes o impúberes pero es tan impreciso en los conceptos de pubertad e impubertad, que deja un amplio márgen para la especulación doctrinal, por si fuera poco, el legislador saca del cuadro de los atentados al pudor a las personas que han dejado de ser púberes, pero que también pueden ser tan víctimas de los atentados como estos, incurriendo en una grave laguna legal, que no se puede llenar porque los ataques que pueden sufrir adultos, que de hecho son atentados al pudor, no pueden configurarse como tales, por que se habla de que sólo son pasivos los púberes y los impúberes, y tampoco pueden ser tomados como violación o como tentativa de violación, porque falta en ellos el propósito de la cópula.

Por lo anterior, trataremos de proponer soluciones para cada uno de ellos, estas soluciones no serán nada extraordinarias, nada que no puedan decir los expertos que estudian el tema de los atentados al pudor, el propósito fundamental de éste análisis, en vista de lo anterior, es aportar nuestro pequeño grano de arena a la necesidad imperiosa de exigir que el legislador se preocupe más por la regulación de este tipo de ilícitos en los años recientes se han experimentado varias reformas a la

Legislación Penal, casi siempre esas reformas se concentran - en los delitos cometidos por los servidores públicos, en algunos delitos patrimoniales, algunas en el rubro de lesiones, - etc, pero se descuidan ramas fundamentales, y una de esas ramas es el de los delitos sexuales y, muy especialmente, el de los atentados al pudor, con la intención de que se pudieran, - en un momento dado, atender las críticas y sugerencias que se den en este trabajo sobre la regulación de los atentados, y - las que se den en otros trabajos similares a este, empezamos el desarrollo del estudio de la dogmática de los atentados al pudor.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

1.1. Roma.

En la legislación de la antigua Roma, el delito de atentados al pudor carecía de identidad propia, con su marcada tendencia por atender a la regulación de los ilícitos patrimoniales, como el robo y la rapiña, los romanos descuidaron la del delito de atentados al pudor, a esta figura la refundieron en el marco general de la injuria, como puede comprobarse examinando las siguientes líneas:

"Según la ley de las XII tablas, la injuria no comprendía más que los ataques a la persona física, golpes, heridas más o menos graves, pero sin distinguir si había intención culpable o simple imprudencia; en el Derecho Clásico, la noción de injuria se ha restringido, porque se exige la intención de dañar para que haya delito, pero se ha ampliado desde el punto de vista de los hechos que constituyen la injuria; el ataque a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y, en general, todo acto de naturaleza que comprometa el honor y la reputación ajena". (1)

Envuelto como estaba en la amplia regulación de la inju

(1) Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1977. página 464.

ria, el delito de atentados contra el pudor experimentó la misma evolución que esta figura. Así, en una primera época, la injuria se castigaba con el talión y, evidentemente, este era la misma pena aplicable para los atentados al pudor. En una segunda etapa, la injuria daba lugar a una composición pecuniaria mediante la *actio injuriarum* y, obviamente, los atentados también. La reparación era fijada por el pretor. En una tercera etapa, se daba al "injuriado" la posibilidad de elegir entre ejercer la acción de injuria o persecución criminal, opción que en un principio estaba restringida al caso de los golpes o de la violación de domicilio.

Esta opción que se les concedió a los injuriados encerró una significación trascendente, perfectamente descrita por esta observación: "En tiempos de Sila, una *Lex Cornelia* había otorgado a la víctima de lesiones físicas, de violación del hogar y de difamación, una opción entre la citada acción y el procedimiento previsto para los delitos públicos y en tiempos de Justiniano toda la materia de injurias sale del campo de los delitos privados para entrar al de los públicos. Esto es sólo una ilustración especial de la ley general, según la cual los delitos privados se transforman gradualmente en delitos públicos, a causa de la perturbación general y el sentimiento de inseguridad que suele acompañarlos." (2)

(2) Floris Margadant, Guillermo. *Derecho Romano*. Edit. Esfinge. México. 1981. pág. 445.

Otros dos caracteres esenciales de la injuria y, por ende, de los atentados al pudor, eran la extinción de la acción por muerte del ofendido o del ofensor y la extinción -- por el perdón concedido por el ofendido. Con estos otros -- dos rasgos esenciales, se conformaba el cuadro completo de la regulación romana del delito de atentados al pudor; es notorio el tratamiento poco escrupuloso que se le dispensó en Roma a este delito, frente a las preocupaciones primordiales de salvaguardar el patrimonio, el delito de atentados al pudor ocupó un ínfimo lugar en el Derecho Romano, sin embargo, a pesar de este magro interés por la figura que estamos analizando, Roma nos legó una importante influencia para el estudio y evolución legislativa de esta, influencia que puede condensarse, de acuerdo a nuestro criterio, en los siguientes puntos:

1.- En el planteamiento de la controversia acerca de si delitos como los atentados deben perseguirse a petición de parte o de oficio.

2.- En el necesario papel que juegan los padres o tutores de la víctima, cuando esta sea impúber o se encuentre -- privada de sus facultades mentales.

3.- En el planteamiento de que el bien jurídico tutela-

do por el delito de atentados al pudor es la honra de la víctima.

Posteriormente, veremos a lo largo de este trabajo la magnitud de la influencia romana que reflejan estos puntos en la evolución legislativa del delito de atentados contra el pudor; por el momento, baste señalar que lo expuesto resume esencialmente lo que fue la regulación de los atentados al pudor en Roma.

1.2. España.

En los anales del Derecho Español, las tradiciones romana y germánica fueron muy significativas para la regulación penal de los llamados delitos sexuales, y, por ende, de los atentados al pudor. En estos anales imperaba la tradición germánica de "la composición privada" y penas muy duras para los delincuentes de este tipo de delitos, tal como puede comprobarse con el exámen que hace Cuello Calón de lo que era el Fuero Valenciano de 1250:

"En su fuero todo un libro está consagrado a la materia penal. Muestra una profunda influencia del Derecho Romano; trata de los crímenes de traición, de los adulterios, de los raptos, falsedades, estelionato, homicidios, heridas, etc. Acoge el tormento como medio de prueba y el juicio de batalla en muchos puntos nótese acentuado influjo del Derecho Catalán. Dentro de su marcado sabor romano, encuéntrese su

pervivencias germanas, como el derecho de venganza, reconocido a favor de los parientes del muerto. Las penas impuestas, además de la muerte, las mutilaciones, los azotes, la exposición en la picota, las penas penitenciarias y el destierro".
(3).

No obstante el peso específico de estos antecedentes, - los mismos no trascendieron para la conformación del actual Derecho Español; este Derecho se caracteriza en materia de - atentados contra el pudor por el remarcamiento que hace del elemento subjetivo del ilícito. Los juristas españoles, y - la jurisprudencia de aquel país, nos dicen que el elemento - subjetivo del ilícito es el de "la torpe liviandad". Este - Derecho caracteriza también a los atentados al pudor como -- "abusos deshonestos". Los códigos españoles suelen ser muy detallistas en la reglamentación detallada acusa algunos in- convenientes, que González de la Vega apunta certeramente:

"De la reglamentación española escapan casos tales como los actos libinidosos realizados en adultos sin engaños ni - violencia, pero sin consentimiento de la víctima, como cuan- do si contar con su anuencia, se le sorprende de imprevisto con caricia obscena; además, el legislador español no se --- preocupó de especificar concretamenta en que consiste la ac

(3) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editora- - Nacional. México. 1968. Página. 145.

ción de "abuso deshonesto", habiendo sido necesario que la jurisprudencia, a veces contradictoria, fijase su concepto, limitándolo a los celos libinidosos realizados sin la intención de ayuntarse". (4)

Nuestro legislador superó estos serios inconvenientes de la legislación española al no establecer en el tipo de los -- abusos o atentados al pudor una enumeración excesiva de casos posibles y si una fórmula que es lo suficientemente elástica-- para contemplar los abusos cometidos sobre impúberes y sobre púberes, que se realizan sin violencia pero también sin consentimiento. Lamentablemente, la influencia española no caló más hondo para evitar que nuestra legislación cometiera el -- error de dejar en la impunidad a la tentativa de los atentados al - pudor; estos son los aspectos más sobresalientes de la influencia y los antecedentes españoles en nuestra legislación. Pase mos revista ahora a una influencia que también se ha dejado sentir en nuestra legislación, y que es la francesa.

1.3. Francia.

La influencia francesa en nuestra legislación es notoria, se percibe en la denominación de la figura delictiva que esta-

(4) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal. Editorial. Porrúa. México. 1965. pág. 333.

ción y jurisprudencia se hable de atentados al pudor y no de "abusos deshonestos" o de "libidine violenta", indica la inclinación que se tuvo por la influencia gala y no por la italiana o la española: En esta perspectiva, cabe apuntar que todas las críticas que se enderezan contra la denominación de "atentados al pudor", por algunos sectores de nuestra doctrina, como veremos más tarde, y contra la consideración del pudor como el bien jurídicamente protegido por la figura delictiva, deben tener en mente el influjo proverbial que ha ejercido el Código Napoleónico sobre nuestro sistema jurídico. -- Sin embargo, pese a lo sustantivo de este "molde doctrinal", la influencia gala no ha trascendido en forma considerable a nuestra actual legislación. Y no ha trascendido porque al -- igual que la española, la típica regulación gala de los atentados acusa el defecto del casuismo. Generalmente, establece las siguientes hipótesis de los atentados al pudor:

a) el atentado al pudor sin violencia, sobre la persona de un niño de uno u otro sexo de edad menor de 13 años.

b) el atentado al pudor cometido por cualquier ascendiente sobre la persona de un menor, aún cuando su edad sea menor de 13 años, siempre que no estuviese emancipado por matrimonio.

c) el atentado al pudor con violencia contra individuos de uno u otro sexo sin distinción de edad.

Los defectos del sistema francés son evidentes, y González de la Vega nos los vuelve a puntualizar:

"Además de su **casuismo**, el sistema es defectuoso porque limita la existencia del delito a los casos en que recae en menores o en que se utiliza la violencia; literalmente no -- prevé el atentado por sorpresa en adultos, sin su consentimiento, pero sin uso de violencia, que es la forma más frecuente de su comisión; la jurisprudencia gala, a través de -- múltiples dudas y desentendiéndose de la tipicidad literal, -- se ha inclinado a llenar las lagunas legislativas en el sentido de que el delito existe cuando se realiza sin consentimiento de la víctima, aunque sea sin violencia." (5)

Afortunadamente, nuestra actual legislación sobre atentados al pudor no incurre en estos defectos, pero la huella de la denominación de la figura sí ha sido honda, tan honda que encontramos la denominación desde el legendario Código -- de 1871 hasta la fecha y, además, la amplia polémica de si -- el pudor es o no el bien jurídicamente protegido por la figura delictiva. Vistos los aspectos sobresalientes de la doc-- trina gala sobre atentados al pudor, examinemos ahora los antecedentes nacionales.

(5) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1965. Pág. 34.

1.4. México.

Como sucedió en España, los antecedentes más remotos de la regulación de los atentados al pudor en México denotaban - dos cosas, que eran la excesiva severidad en las penas y la - subsunción de la figura delictiva que comentamos en el cuadro general de los delitos sexuales, sin contar con identidad pro pia para diferenciarla de estos. Así, tenemos que en el pas do prehispánico, particularmente entre el pueblo tarasco, la - regulación de los atentados al pudor se encuadraba dentro de - este marco:

"De las leyes penales de los tarascos se sabe muy poco, - menos que respecto a las de los otros núcleos; más se tiene - noticia de cierta crueldad en las penas. El adulterio habido en alguna mujer del soberano o Calzonzin, se castigaba no só - lo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su fami - lia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un fami - liar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba - en unión de su servidumbre y se le confiscaban sus bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empa - lándolo para después hacerlo morir". (6)

(6) Castellanos Tena, Fdo., Lineamientos Elementales de Dere - cho Penal. Editorial Porrúa. México. 1982. Pág: 41.

Esa dureza de las penas también era propia de otros pueblos importantes de Mesoamérica, como los aztecas, y contrasta notablemente con la pena más o menos moderada que actualmente se le aplica al que abusa sexualmente o al estuprador, e incluso al violador. En la Colonia se mantuvo la misma perspectiva de la regulación de esta figura, o sea, la dureza de las penas y la subsunción de los atentados en el panorama general de los delitos sexuales. Así, tenemos el siguiente cuadro:

"El adulterio, el homicidio y otros delitos que producen pena de muerte necesitan de la prueba de cuatro testigos presenciales y uniformes; el adúltero morirá apedreado; el soltero que infrinja las leyes de castidad, sufrirá cien azotes y un año de destierro, si no consiente en dar su mano a la estrupada. El juez puede agravar o disminuir la pena del ladrón según las pruebas, pero mitigando la dureza de los castigos usados hasta el día". (7)

Afortunadamente, el Derecho Penal evolucionó mucho en nuestro país. La figura de los atentados al pudor alcanzó la autonomía suficiente para erigirse en un tipo independiente. No hubo ya la subsunción absoluta de los atentados al cuadro general de los delitos sexuales y ya se advirtieron diferen-

(7) Carranca y Rivas, Raúl. El Drama Penal. Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 165.

cias grandes entre los abusos, el estupro y la violación. - Las penas draconianas del pasado se moderaron, aunque a --- nuestro gusto la moderación se excedió en el caso de los -- atentados. Así, tenemos lo dispuesto por el Código Penal - de 1871, que a la letra decía lo siguiente:

"Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo -- acto impúdico que puede ofenderlo, sin llegar a la cópula - carnal, y que se ejecuta en la persona de otro sin su volun- tad, sea cual fuere su sexo". (8)

Dos inconvenientes centrales son advertidos por los ex- pertos, cuando analizan a este Código. Ellos señalan lo -- inadecuado de su criterio para ubicar al delito de atenta- dos. Se le ubicó en el cuadro de los delitos "contra el ór- den de las familias, la moral pública o las buenas costum-- bres". Otro de los grandes inconvenientes resaltado es la- priorización absoluta que el Código dio al concepto de pu-- dor. Bajo la férula de este Código, la pregunta obligada en el análisis era la siguiente: ¿y quienes no tienen pudor, - como los impúberes? evidentemente eran sujetos desprotegi-- dos. A favor de este Código pueden decirse dos cosas: la - primera es que no limita el conceptado de atentados al caso de los menores y a que se aplique violencia, con lo que su-

(8) González de la Vega, Fco. Derecho Penal. Edit. Porrúa.- México 1965. Pág. 335.

pera ampliamente a las fórmulas de las legislaciones españolas y francesas; la segunda es que el Código fue víctima -- del amplio concepto que sobre los delitos contra el orden familiar acuñó Carrara. Esta amplitud del concepto se percibía en esta proposición del gran maestro pisano:

"A los delitos contra la organización familiar debería pertenecer el hecho del hijo que niega alimentos a la madre viuda; si este hecho fuera elevado a delito, como ya lo fue en Alemania, en donde dicha ofensa se perseguía por acción-pública y cualquier ciudadano podía convertirse en acusador, conminándose para ello penas pecuniarias y la pérdida de de rechos civiles muy importantes para la época..." (9)

Con esta amplitud del concepto de los delitos contra el orden familiar, era muy tentativo incluir en ellos a los atentados al pudor. Empero, a todas luces el criterio de ubicación era aberrado. La protección a personas que defacto carecen de pudor era notoria, como en el caso de las --- prostitutas, que por carecer "convencionalmente de pudor", podían ser víctimas impunemente de los atentados al pudor. Estos defectos exigían su superación. En aras de ello, el Código del 29 estableció lo siguiente, acerca de los atenta dos al pudor:

(9) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Tomo-III. Bogotá Editorial Themis 1959. Pág. 254.

"Se da el nombre de atentados al pudor a todo acto ---- erótico-sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecuta en persona púber sin su consentimiento o en una impuber, - aún con consentimiento de esta". (10)

Ya en este Código se superaron los aspectos negativos - que acusaba el anterior, con un criterio totalmente acertado, el legislador del 29 ubicó a los atentados en el marco - de los delitos contra la libertad sexual. El Código también extendió su radio legal a las personas impúberes, con lo que ofreció una mayor protección a la libertad sexual que el Código de 1871. La "pequeña imperfección" del Código fue la de que la tentativa de violación podía estar comprendida en la - figura de los atentados y castigarse, así, con menor rigor, - una conducta que amerita la pena más severa que reviste la - tentativa de violación. Al concepto de atentados acuñados - por el Código le faltaba algo para no propiciar esta notoria injusticia de sancionar como atentado al pudor algo que en - realidad era una tentativa de violación. Ese algo era el -- señalamiento del elemento subjetivo del delito. Ese "algo" escapó de la visión del legislador del 29 porque, como todos sabemos, tenía una profunda influencia de la corriente positivista del Derecho Penal, antítesis inmediata y lógica de - todo lo que fuera referencia del libre albedrío del sujeto - activo, pero ese "algo", felizmente, no escapó del actual--

(10) González De la Vega, Fco. Derecho Penal. México. Editorial Porrúa. 1965. Pág. 337.

Código de 1931, el Código actual, que en su artículo 260 -- dispuso lo siguiente, acerca de los atentados al pudor:

"Al que sin consentimiento de una persona púber o impuber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella - un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicará de tres días a --- seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la - pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos". (11)

Con esta disposición del Código de 1931, se logró el - gran avance de darle por fin identidad propia al delito de atentados al pudor. La expresión de "sin el propósito di--recto o inmediato de llegar a la cópula..." permite distin--guir ya con toda claridad a los atentados de la tentativa - de violación, lo que redundará en una mayor justicia y equi--dad del sistema penal. Además, con toda exactitud técnica, el Código constituye a la violencia como una agravante del-delito, con lo que precisa que la hipótesis normal de reali--zación de los atentados es el acto erótico sexual realizado sin o con el consentimiento de la víctima, pero sin violen-

(11) Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Teoca
111. México 1985. pag. 80 .

lencia, y que cuando se registra violencia, ésta debe ser considerada como una agravante que incrementa la pena, con esta puntualización, el legislador no sólo separa a los --- atentados de la tentativa de violación, si no de la figura de la violación misma, que opera normalmente con el ejercicio de violencia física o moral sobre la víctima sin embargo, no todo es positivo en la regulación de 1931, un defecto de primer orden es resaltado por Jiménez Huerta con estos términos:

"...Empero, en el vigente Código se tipifican en el Título Décimo, del Libro Segundo que lleva el abigarrado nombre de "Delitos Sexuales". En el que trasciende a un primer plano el instinto fisiológico que impulsa las conductas de los sujetos activos de los diversos delitos que recoge. Se abandona plenamente en aras de un sistema que, además de -- ser exótico a la estructura del Código, es ajurídico y enraíza en la fisiología de los actos eróticos el criterio -- correcto del bien jurídico objeto del Título Penal, para seguir el Sistema del viejo Código Penal Soviético de 1922, - cuya sección quinta del Capítulo IV de su parte especial, - llevó por rubro "Delitos en la esfera de las relaciones --- sexuales". Empero, dicho sistema ha sido abandonado incluso en dicho país. El Código Penal de Rusia de 1961, encuadra correctamente estos delitos en el Capítulo Tercero de la --

Parte Especial, intitulado "Delitos contra la vida, la salud, la integridad y la dignidad de la persona". (12).

Este defecto del Código Penal mina en grado considerable los efectos positivos del mismo ordenamiento que apuntamos previamente; este defecto, desata la aguda controversia que tiene la doctrina acerca de cuál es el bien jurídico tutelado por la figura de los atentados, como veremos -- más adelante, unos autores piensan que el bien Jurídico Titulado es la libertad sexual, otros la libertad de amar y otros más -- piensan que es la honra, si con toda precisión señalara el bien jurídico tutelado, a la manera que advierte Jiménez -- Huerta, quizá la controversia no tuviera tanta resonancia, -- pero como no lo señala con precisión, la controversia es -- fuerte, y esto constituye el principal defecto de la regulación del Código del 31, pero, pese a esto, no cabe duda -- que el Código del 31 representa un gran avance técnico con respecto a los dos anteriores Códigos que hemos comentado.

1.5. Legislación vigente.

El hecho de que el Título Décimo quinto, Capítulo I, -- del Código Penal del 31, el referente a los delitos sexuales, haya experimentado sendas reformas en los artículos --

(12) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México 1982. Página 218.

262 y 265, permitiría suponer que la figura de los atentados al pudor ha sufrido modificación, pero no es así. - la legislación vigente sobre atentados al pudor es exactamente la misma desde 1931, Ni una modificación esencial ha tenido; esto indica que los mismos vicios arrostrados desde 1931 y las mismas virtudes exhibidas persisten, esto indica también que los defectos arrostrados se están inveterando, y que ahora, más que nunca, se impone la depuración de estos resabios, la urgencia de cambio y subsanación de estos errores nos impele a realizar un estudio más detallado de la figura, con este estudio, pretendemos seguir contribuyendo, en forma modesta, a la innegable evolución que ha venido teniendo la figura, tal vez en fecha próxima veamos que cristaliza el peso de las críticas lanzadas a la figura, procediendo nuestros legisladores a modificar la figura en atención a las indicaciones vertidas por la doctrina; en este tenor, iniciemos el estudio del siguiente capítulo.

C A P I T U L O I I

CONCEPTOS GENERALES.

2.1. Concepto de atentado al pudor.

El problema del concepto de los atentados al pudor puede ser encarado de dos maneras distintas. Una de ellas es aportando cada autor su concepto propio de los atentados al pudor. Otra de ellas es el análisis mismo de la expresión "atentados al pudor". En el primer camino, Jiménez Huerta nos ofrece su idea de lo que son los atentados al pudor:

"Los actos que constituyen el delito que la legislación de México denomina siguiendo el criterio del Código Penal Francés "Atentados al Pudor", son conocidos en la legislación española con el nombre de "abusos deshonestos", en la alemana con el de "Abusos sexuales" y en la italiana de "libidine violenta"; y genéricamente consiste en ejecutar sobre otra persona, sin su consentimiento o con un consentimiento inválido, actos lascivos con el propósito de copular".

(13)

Este camino no nos parece el acertado y productivo, seguirlo implica tener que amoldarse, en mayor o menor grado, al concepto dado en la ley, que ciertamente es el técnicamente apropiado, para efectos de la tipicidad y de la anti-juridicidad, pero que se halla enmarcado por una expresión equívoca, que es la de "atentados al pudor". El camino a se

(13) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México 1982.

guir, pues, es la crítica de la expresión de atentados al -
pudor.

Forjando esa crítica, en primer término podemos decir-
que la idea del "atentado" no es apropiado, la idea da a -
entender que la acción delictuosa que denota es lo "más gra-
ve" que pueda ocurrirle al bien jurídico que daña, lo cual-
no es cierto; de entre todos los delitos sexuales, el que-
es considerado de mayor gravedad es el de la violación, por
esa razón, se le castiga con mayor severidad; la pena que-
se impone a la violación, de seis a ocho años, es inconstras-
tablemente menor que la de seis meses a cuatro años de pri-
sión que se puede aplicar en el caso de los abusos, si con
la idea de atentados se quiso señalar que el delito en cues-
tión es de naturaleza eminentemente corporal, existe para -
el efecto un término jurídicamente más preciso, como es el-
de agresión, la precisión de este término la podemos notar-
a través de la siguiente cita:

"Por agresión, debe entenderse con, Edmundo Mezger, la conduc-
ción de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente -
protegidos. " (14)

Aparte de su idoneidad jurídica, el término de agresio-
nes reporta otra ventaja, que es la de denotar las conduc--

(14) Castellanos Tena, Fdo. Lineamientos Elementales de De-
recho Penal. Editorial Porrúa. 1982. México. Pág. 156.

tas de "extravío sexual" que suelen manifestar muchos de -- los activos de los atentados al pudor, y este término de -- agresiones, para que se encuentre perfectamente complementado, necesita referirse no al pudor, como blanco de la le--- sión, sino a lo corpóreo; según los expertos, la idea de pudor es la siguiente:

"... el pudor es simplemente un sentimiento de desagrado. que el objeto sexual experimenta hacia el sujeto que intenta gozar sin su consentimiento". (15).

Como puede verse, el pudor, si es que el pudor pudiera resultar vulnerado por el delito que analizamos, no puede -- ser el blanco de la agresión, el pudor es una reacción psi- cosocial del sujeto hacia la conducta indigna de que fue -- objeto, y lo que es una reacción, no puede ser de ninguna -- manera el objeto de la agresión, el pudor sería, en todo -- caso, como una especie de legítima defensa de la víctima -- frente a su agresor; además, si el delito es de naturaleza eminentemente corporal, como dicen la mayoría de los auto-- res, entonces el pudor, que es algo incorpóreo, no puede -- ser el blanco inmediato del ilícito.

Nosotros pensamos que la idea de atentados debiera ser sustituido por la expresión de "agresiones sexuales"; a la conveniencia resaltada con el uso de la palabra agresión, - sumaríamos el calificativo de "sexuales", para dejar en cla

(15) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doc-- trina y en el Derecho Positivo Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1969. Pág. 76.

ro que no nos referimos a cualquier tipo de agresión, sino a una específica que consiste en un acto erótico-sexual realizado en la víctima, a esta expresión de "agresiones sexuales" le vemos otra conveniencia, le da la verdadera jerarquía que merece este delito dentro del marco de los ilícitos sexuales, donde la violación es una conducta que verdaderamente si constituye un atentado de máxima gravedad contra la libertad sexual y no los llamados "atentados al pudor"; culminando nuestras observaciones, creemos que la expresión quedaría finalmente redondeada señalando que esos atentados se cometen contra "las personas", así, la expresión completa sería la de -- "agresiones sexuales contra las personas".

Especificar que estas agresiones se dan contra "las personas" evita tener que hablar de la famosa distinción entre púberes e impúberes, distinción que entraña dos grandes problemas. El primero de ellos es saber con precisión cuál es el límite entre la pubertad y la impubertad. ¿Serán los 12 años? ¿Serán los 14? Difícil es precisarlo. El segundo estriba en la desprotección sensible que sufren las personas -- que han dejado de ser púberes; hablando únicamente de púberes e impúberes ¿que sucede con las personas que han dejado de ser púberes? quedan impunes las agresiones sexuales que sufran porque como no pueden ser calificadas ni como violación ni como estupro, -- tampoco pueden serlo como atentados"? Para salvar estas dificultades, creemos que es necesario hablar de que las agre-

siones sexuales se dan contra las personas en general, sin especificar si son púberes o impúberes, ni si son mujeres u hombres, refiriéndonos en tono genérico a las personas, -- sin señalar si son impúberes o púberes, logramos además --- afirmar la calidad de tipo autónomo que tiene la figura que estamos analizando, calidad que razonablemente es puesta en duda por la siguiente observación:

"Nos encontramos entonces ante un sujeto pasivo, ante un resultado y ante un objeto jurídico protegidos iguales - en los atentados al pudor y en la corrupción de menores, -- con sus respectivas modificaciones en lo que señalábamos de los términos púber e impúber y del acto erótico-sexual. Al referirnos a un sólo sujeto pasivo, el menor de 15 años, ca be entonces sólo hablar de "con o sin su consentimiento", - por la carencia de la libre elección del menor en cuanto a lo sexual. Todas estas modificaciones con la respectiva --- agravante si existe el uso de los medios constituidos por - la violencia física o moral". (16).

Concluimos, pues, que la expresión más adecuada para - la designación del delito que tratamos es la de "agresiones sexuales a las personas". Con base a esta expresión, nosotros podemos plantear un concepto apropiado de este ilícito, que sería el siguiente:

(16) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Edit. Porrúa. México. 1982. Pág. 218.

Las agresiones sexuales contra las personas son acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, - realizados en las mismas, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.

El artículo 260 del Código Penal Distrital no experimenta una modificación semejante, como no la experimentó - al momento en que se registraron variaciones en los artículos del rubro de los "delitos sexuales"; esta persistencia del viejo molde nos obliga a estudiarlo más a fondo, y así, la siguiente cuestión que debemos tratar es la del tipo y sus elementos.

2.2. El Tipo y sus Elementos.

Clasificando al tipo de los atentados al pudor, podemos decir que este tipo, se deriva del latín *Tipus*, que -- adecuado al Derecho Penal significa representativo de cosa figurada o figura principal de una cosa con características propias. Sus elementos lo constituyen: La actitud representativa de una conducta; Las Características propias del Hecho; Debe estar predeterminada y encuadrada dentro - de un supuesto.

Clasificación:

- A) Anormal.
- B) Autónomo.
- C) De formulación casuística.
- D) Alternativamente formado en cuanto a los medios y el sujeto pasivo.

Este tipo es anormal porque no se concreta a la mera -- descripción objetiva del ilícito, sino que obliga al intér-- prete de la Ley y al juzgador a precisar lo que significa el "propósito directo e inmediato de llegar a la cópula", para saber si la conducta delictuosa es efectivamente de atentado al pudor o de violación. Este tipo es también subjetivo o - anormal, porque impele a los intérpretes de la Ley a saber - cuando un individuo es púber o es impúber, como único medio- para determinar si el consentimiento del individuo que sufre el atentado sedicente, tiene la fuerza suficiente como para desvirtuar el hecho. Esta característica de anormal que tiene el tipo es tan remarcada, que no por nada Jiménez de Azúa comenta lo siguiente:

"A nuestro juicio, en ninguna otra clase de infracción- se percibe tan bien el influjo del elemento subjetivo; ya - hemos dicho que sólo él separa la palpación del sátiro, de - la exploración del médico que, objetivamente, son idénticas. Lo mismo puede decirse del beso de un hijo, que puede ser -- muestra de saludo, del más afectuoso cariño o del ánimo libini doso". (17)

Decimos que el tipo es autónomo, porque no depende de - otro para su existencia ni es especial complementado; esta - calidad de autónomo del tipo, queda en claro cuando la doc--

(17) Jiménez de Azúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo - III. Buenos Aires. Edit. Lozada, 1965. Pág. 878.

trina y la jurisprudencia establecen diferencias marcadas entre la violación y los atentados y entre la tentativa de violación y los atentados; también queda clara la calidad de autónomo que tiene el tipo con la evolución histórica que ya hemos visto, en donde en un principio, el ilícito en cuestión - estuvo completamente subordinado al cuadro de los delitos --- sexuales y finalmente adquirió autonomía, la objeción que en la anterior página transcribimos, en el sentido de que prácticamente los atentados y la corrupción son la misma cosa, plantea una seria duda acerca de la calidad de autónomo del tipo; efectivamente, la objeción tiene razón en cuestionar la autonomía en base a la limitación errónea de la calidad de los pasivos de los atentados que establece el tipo; pero no obstante creemos que la autonomía del ilícito subsiste si nos atenemos a la interpretación del concepto de atentados al pudor que hicimos en el anterior apartado de este capítulo.

El tipo es también de formulación casuística, porque a - pesar de no citar una farragosa cita de casos en donde se configuran los atentados, requiere para su integración de dos hipótesis principales, que son la realización de actos erótico-sexuales en impúberes o en púberes; y el tipo es alternativamente formado, en cuanto a los medios de realización de la -- conducta. Cuando habla de acto erótico-sexual, implica una - gama infinita de posibles conductas de realización, gama infini

nita que se acentúa en la medida de que consideremos que usualmente, los activos de los atentados padecen, de extravíos ---- sexuales que les inducen a obrar de la manera que actúan; no obstante esto, las hipótesis de realización pueden conceptuarse a la manera que lo hace el maestro Francisco González De la Vega.

"...dentro del concepto de acto erótico ejercido sobre la víctima, caben diversas hipótesis, en las que siempre resiente en su cuerpo la acción: a) las acciones que el autor del delito realiza directamente en el cuerpo de la víctima; b) las que hace realizar por un tercero en el ofendido para gozar de su contemplación; c) las acciones lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor; d) las que se le hacen efectuar en un tercero como modo contemplático de excitar la libidine; e) las que se le obligan a realizar a la víctima en su propio --- cuerpo". (18)

Estas hipótesis confirman ampliamente, la calidad de lo - alternativamente formado que tiene el tipo, que posee los siguientes elementos:

1.- El bien jurídico tutelado, que para unos autores - es el pudor, para otros es la honra y para otros es dual, refiriéndose tanto a la libertad sexual como a la seguridad sexual.

(18) González de la Vega, Fco. Derecho Penal. México. Edit. -- Porrúa. 1965. P. 333.

2.- Un objeto material, que es el mismo sujeto pasivo.

3.- Un sujeto activo, o sujetos activos puede ser cualquiera, pero necesariamente es un unisubjetivo, por el hecho de que el tipo sólo habla del que "sin consentimiento de una persona púber..", y es totalmente omiso en cuanto a la posibilidad de atentados al pudor tumultuarios, especialmente en el caso de la violación.

4.- Un sujeto pasivo, que puede ser un púber o un impúber.

5.- El propósito de realización, que no debe ser el de llegar a la cópula.

6.- El ánimo lúbrico, que caracteriza a la realización como un acto erótico sexual.

7.- Capacidad fisiológica de ejecutar un acto erótico sexual.

Estos son los elementos y las características del tipo, la concurrencia o ausencia de estos elementos determina la tipicidad o atipicidad de este delito.

2.2. Tipicidad y Atipicidad.

Para Fernando Castellanos, la tipicidad es como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el Legislador. Y para Celestino Porte Petit la Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la -- formula Nullum Crime Sine Tipo.

La Concurrencia de los elementos del tipo configura la tipicidad de los atentados al pudor. La ausencia de estos elementos, en contrapartida, determina la atipicidad; haciendo una síntesis sustancial los expertos nos dicen que hay atipicidad en el caso de los atentados -- cuando: (1).- Hay ausencia del bien Jurídico protegido. (2).- Hay ausencia de calidad del sujeto pasivo. (3).- Hay ausencia de los medios comisivos.

La primera causa de atipicidad en los atentados al pudor es consecuencia lógica del desacertado criterio de poner al pudor como el "blanco directo e inmediato" del ilícito; en base a esto, habrá atipicidad cuando "la víctima", tratándose de una persona púber, preste su consentimiento; no sucede lo mismo en el caso de los impúberes, con o sin su consentimiento se produce el ilícito.

La segunda causa de atipicidad se da cuando el pasivo -- no es púber, entendiéndose por púber lo siguiente:

"Son púberes todas aquellas personas en quienes ya entraron en función los órganos de la generación y adquirieron ap--

titud para reproducirse, en virtud de las hormonas que segregan los testículos o los ovarios; la pubertad se presenta, - por lo común, entre los doce y los dieciseis años y se exterioriza, en el sexo masculino por el engrosamiento de la voz, crecimiento de vello púbico y emisión de semen; en la mujer, por la función menstrual, el desarrollo de las formas y la redondez de las mamas." (19)

La distinción entre púberes e impúberes, para efectos de la atipicidad, es irrelevante; es relevante para efectos de tipicidad, para saber si el consentimiento puede eximir o no al presunto activo de la responsabilidad. Pero para efectos de la atipicidad, no es trascendente. Visto esto, surge con fuerza un tremendo defecto de la regulación de los atentados al pudor, defecto que ya advertimos, y que es la de excluir - de su radio de protección a todas las personas que han dejado de ser púberes. ¿Qué pasa con las agresiones sexuales que, - sin ser violación o estupro, recaen sobre estas personas? Que caen en un tremendo vacío jurídico, no pueden ser sancionadas, por un tremendo yerro del legislador, que con un criterio totalmente romo consideró que "pubertad" era sinónimo de sexualidad, cuando en realidad la pubertad es el prelude de la -- sexualidad. Para salvar este inconveniente, ya hemos dicho - que debemos de hablar de las "personas" como el blanco directo e inmediato del delito que estamos analizando, pero, mien-

(19) Jiménez Huerta. Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III, Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 224.

tras persiste la actual conformación del tipo de los atentados, hay que seguir considerando como causa de atipicidad la circunstancia de que la presunta víctima haya dejado de ser púber. -- Otra forma de salvar el inconveniente, a nuestro entender, es la interpretación extensiva del tipo penal, puede alegarse -- que pubertad y sexualidad significan lo mismo, toda vez que -- tanto el púber como el que ha dejado de serlo tienen la libertad de determinar su vida sexual y de desarrollarse en esta, -- ya que cuentan con aptitud fisiológica para ello. Sin embargo, esta interpretación quedaría destruída por la regla más o menos unánime de que la pubertad sólo abarca un período relativamente corto de la vida del hombre, que es el abarcado entre -- los 12 y los 17 años, por lo que es totalmente evidente que pasado ese período, no se es púber pero tampoco impúber. Así es que mientras persista la actual delineación del tipo, subsistirá esta terrible atipicidad que estamos evidenciando.

La tercera causa de atipicidad es la ausencia de medios de Comisión -- Las formas comisivas del delito, que vimos anteriormente, integran la tipicidad de este. La ausencia del empleo de estos medios determina la atipicidad. En este tenor, tenemos que un acto recaído sobre una persona, sin el propósito erótico-sexual, como un beso dado con espíritu afectivo o como muestra de cariño, origina la atipicidad de los atentados, cuestión interesantísima es saber si la atipicidad de los medios también ocurren cuando los actos no se ejecuten directamente sobre el cuerpo -

de la víctima; esta cuestión es priorizada por Jiménez Huerta en estos términos:

"Grave problema surge en la fijación del alcance de la -- frase que emplea el artículo 260... "ejecute en ella (en la -- víctima) un acto erótico-sexual." Dicha frase indica concep-- tualmente que dicha persona es el objeto material de la conduc-- ta y que, a contrario sensu, los actos que no se ejecuten en - ella son atípicos, en virtud del principio constitucional-pe-- nal que prohíbe la analogía. Empero, González de la Vega se - inclina a considerar que también las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor y las que se le hacen efectuar en un tercero como modo contemplativo de-- excitar o satisfacer la libidine, son subsumibles en el tipo-- penal. Por nuestra parte, estimamos que aunque en buenos prin-- cipios así debería ser, la realidad legislada no admite dicha-- interpretación, pues elocuentemente establece el artículo 260-- que el sujeto activo "ejecute en ella" un acto erótico sexual; diverso sería si el tipo dijere, como debió haber dicho, ejecu-- te en ella o con ella un acto erótico-sexual". (20)

No compartimos la opinión del respetable maestro, Creemos que su opinión es demasiado restringida; cuando el tipo nos - dice que el activo ejecute en la víctima un acto erótico-sexual

(20) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 222

no nos está diciendo que el acto se ejecute "personalmente" -- por el activo, puesto que deja un amplio margen para la forma de ejecución, que no necesariamente debe ser llevada a cabo -- por el activo. Si el tipo indicara que el acto debe ser ejecutado personalmente por el activo, entonces si tendría sentido la interpretación del maestro Jiménez; pero como no hay tal indicación, debemos pensar que existe un amplio margen en la ejecución del acto erótico-sexual; además, aún cuando el activo -- no intervenga directamente realizando el acto erótico-sexual -- el objeto material del delito, que es el cuerpo de la víctima -- sigue igualmente afectado; el cuerpo de la víctima está afectado si un tercero realiza los actos en ella o el mismo pasivo -- se ve obligado a realizarlos en su propio cuerpo.

A nuestro entender, esto demuestra doblemente la naturaleza restringida de los razonamientos del maestro Jiménez; si a esto agregamos la circunstancia de que la mayoría de los activos de los atentados padecen de aberraciones sexuales, entonces debemos pensar que la realización de actos por otro en el cuerpo de la víctima equivale prácticamente a que ellos hagan lo mismo; en conclusión, podemos decir que no se produce atipicidad por el hecho de que los actos sean ejecutados a la manera que describe el maestro De la Vega.

Otro problema no menos interesante de la atipicidad de este delito es el de la tentativa, por disposición del artículo-261, sólo se tiene por configurado el delito cuando este se -- consuma, por esta disposición, una potencial tentativa de aten

tados no es punible. Es una grave falla técnica de nuestra legislación, que desconoce olímpicamente el hecho de que algunos actos pueden tener todo el ribete de principios de ejecución - de atentados al pudor, pero, por dejarse influenciar excesivamente por el pensamiento del autor Carrara, pasó por alto esta posibilidad; los autores coinciden casi en forma unánime al señalar que la tentativa de los atentados debe ser penada, en este sentido, se expresa Jiménez Huerta:

"Replanteando el problema conforme a las construcciones modernas en torno a la integración de la conducta típica, difícilmente puede negarse que en el delito de atentados al pudor sea configurable la tentativa; pues aunque es exacto que cuando el atentado se logra en un único acto, como sucede, por --- ejemplo, en el tocamiento sorpresivo, rápido, audaz, la tentativa no es configurable dada la naturaleza unisubsistente del -- comportamiento antijurídico; cuando, por el contrario el proceso ejecutivo sea plurisubsistente, o sea, esté integrado por diversos actos, no existe obstáculo alguno para la estructuración de la tentativa". (21).

Quizá el problema de la no punibilidad de la tentativa, - estriba en la siempre difícil probanza de esta, y sobre todo, - en el caso de los atentados, de la intención que no tiene el --

(21) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III Editorial. Porrúa. México. 1982. Página. 226.

propósito directo e inmediato de copular, pero sea cual sea la causa, el influjo de el maestro Carrara o la dificultad de probanza, la cuestión esencial es que no se puede configurar, por disposición legal, la tentativa en los atentados al pudor este es otro grave inconveniente de la regulación legal de es te delito, que debe ser atendido por nuestros legisladores, - so pena de que la evolución progresiva que ha venido experi-- mentando la regulación de este delito, desde el Código de --- 1871, se detenga; no menos importante que este inconveniente de la impunidad y atipicidad de la tentativa es el de la penalidad impuesta a los activos de los atentados, punto al - que nos referiremos en el siguiente apartado de este capítu-- lo.

2.4. Punibilidad.

"El dogma de legalidad - nadie puede ser castigado sino por hechos que la ley previamente ha definido como delitos, - ni con otras penas que las ahí establecidas se encuentra con sagrado en el art. 7, que no es sino corolario de las garan-- tías consignadas en el art. 14 Constitucional" (22).

Ya se entiende que el delito es un hecho contingente, -- que sólo puede ser definido con expresiones de gran generalidad, pero hay que tener presente que el concepto de responsa-

(22) González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa, S. A. México. 1981. Pág. 54.

bilidad moral ha dejado de ser científico desde que la escuela positiva demostró con amplitud, razones en las cuales se precisa que debe hacerse un estudio completo del acto delictuoso en todas sus causas y del delincuente en sus móviles - para definir su peligrosidad.

Del examen de la penalidad del delito resaltan dos cuestiones primordiales:

- a) Una penalidad ínfima de este delito con respecto a las establecidas para los demás delitos sexuales.
- b) Una rotunda injustificación legal para el sostenimiento de la baja penalidad del delito.

Si revisamos las penalidades establecidas para los demás delitos sexuales, vemos una tremenda desproporción. al estuprador se le pueden imponer de un mes a tres años de prisión. Para la violación se establecen de seis a ocho años de prisión y multa de dos a cinco mil pesos, cuando ocurre sin violencia. Cuando ocurre la violación en forma tumultaria, el violador puede recibir penalidad entre ocho y veinte años, que decir del rapto, que es penado de uno a ocho años de prisión.

Lo mismo puede decirse del incesto y del adulterio incluso delitos que no están propiamente comprendidos entre el rubro de los ilícitos sexuales, pero que entrañan en cierta hipótesis la realización de una conducta sexual, reciben una penalidad mayor que la de los atentados al pudor la corrupción --

de menores, que como vimos para la autora Martínez Roaro, equivale prácticamente a lo mismo que los atentados, tiene una penalidad mayor que la de los atentados, a este delito, se le fija una penalidad de seis meses a cinco años, y para acabar este cuadro de disparidad de penalidades, hay que apuntar que la penalidad fijada para el delito de ultrajes a la moral pública es de seis meses a cinco años y multa hasta de diez mil pesos.

En suma, los atentados al pudor, de todos los ilícitos sexuales, ocupan "el último lugar" en cuanto a penalidad; ni siquiera la agravante de la violencia física o moral puede otorgarle cierta categoría a los atentados, en el cuadro de los -- ilícitos que hemos comentado.

La duda que surge a resolver es la siguiente: ¿Por qué se fija una penalidad tan ínfima para los atentados? Creemos que hay dos razones promordiales que explican esa baja penalidad:

a) La clara distinción que ha logrado forjar la doctrina-entre tentativa de violación y atentados al pudor.

b) La también clara distinción que se ha logrado forjar -entre atentados y los ultrajes a la moral pública.

La distinción entre la tentativa de violación y los atentados ha quedado definida a través del siguiente criterio:

"El delito de atentados al pudor y la tentativa de viola-

ción por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen-recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósi-
to directo e inmediato de llegar a la cópula y en la segunda-
se efectúan los actos preparatorios para la cópula, que no --
llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente"
(23).

Forjada la distinción, fue evidente que la "menor grave-
dad" de los atentados, no merecía ser penada con el mismo ra-
sero aplicable a la violación. Y lo mismo ocurrió con la po-
sible relación entre los atentados y los ultrajes a la moral.
La distinción entre estos dos delitos quedó forjada así:

"Lo que distingue a este delito del de ultrajes a la mo-
ral pública es el bien jurídico protegido que en el segundo -
es la moral pública, en tanto que en los atentados al pudor,-
es la moral individual; también los sujetos pasivos son dis-
tintos; en uno es la sociedad, en otro es el púber o impúber.
Por último, el delito de ultrajes a la moral pública tiene un
elemento que le es esencial y que no posee el de atentados al
pudor: el de la publicidad." (24).

Con esta distinción, también fue evidente que no resulta-
ba la misma afectación con los dos delitos. La conclusión ---

(23) Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Por-
rrúa. México. 1982. Pág. 510.

(24) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal. México. -
Editorial. Porrúa. 1965. Pág. 336.

fue que la penalidad tenía que ser menor en el delito de los atentados.

Pero creemos que esa baja penalidad no se justifica. -- Consideramos, en primer lugar, que no se justifica por la -- clase de repercusiones que suelen conllevar los atentados; -- tan traumante puede ser una violación como un atentado, máxime en los atentados, porque los sujetos pasivos que lo re--sienten son, por disposición del defectuoso tipo del artículo 260 del Código Penal, púberes e ~~impúberes~~, o sea, individuos que no tienen la misma capacidad psicofísica para resistir las agresiones como la pudieran tener los adultos; las consecuencias de los atentados son desastrosas en los impúberes o en los púberes, los pueden inducir a una vida sexual -- poco afortunada y precoz, les pueden dejar tremenda inseguridad para convivir con personas de otro sexo, lo que redundada en que no puedan conseguir relaciones sexuales duraderas, sanas y convencionalmente aceptadas, incluso, con los atentados se pueden incubar criminales sexuales en potencia; y para estas consecuencias terribles, la penalidad impuesta a -- los atentados resulta ser una bicoca para el delincuente.

En segundo lugar, los atentados al pudor, como veremos más tarde, se persiguen de oficio y no por querrela de parte como la violación, y en ellos no procede el perdón del ofen-

dido, como en el caso de la violación; esto indica que si bien es cierto que es principalmente una afectación individual la que se resiente en los atentados, la afectación que produce el delito va más allá de la mera afectación individual y perturba el ámbito social; el mismo, razonamiento es aplicable a la violación, y si esto es así, se puede inferir válidamente que los atentados configuran un delito tan grave como la violación, dado esto, no es justificable la baja penalidad.

En tercer lugar, los activos de los atentados, como lo hemos venido reiterando, son, por regla general, enfermos sexuales, los modos con los que suelen operar son altamente reveladores de dicha circunstancia, la caracterización general que reciben por parte de los analistas médicos y sexuales es la de "insatisfechos sexuales, que buscan en forma desesperada la satisfacción sexual", esa caracterización hecha a los delincuentes de los atentados al pudor "altamente peligrosos". En un momento dado, la leve raya de separación entre la violación, que es el propósito de copular, y los atentados al pudor puede desaparecer con su insatisfacción sexual; una penalidad severa, que garantice la seguridad, podría contener este "peligro potencial" que representa los "insatisfechos sexuales", pero como no la hay, ahí queda latente el peligro de esta frustración.

Por lo anterior, pues, nos parece injustificada la -- baja penalidad que se establece para el delito de los aten-- tados al pudor, compartimos la inconformidad de la autora-- Martínez Roaro, que externa en esta breve observación:

"... nos parece ridícula la sanción, si se considera-- la importancia del valor que se tutela y que se confronta con la corrupción de menores". (25).

Sería aconsejable que el legislador dispusiese una pe-- nalidad mayor para el delito de los atentados al pudor, -- con la actual penalidad que tiene, y el ínfimo lugar que o-- cupa dentro del cuadro de los delitos sexuales, más val--- dría que desapareciera el delito de los atentados y queda-- ra subsumido en el de ultrajes o en el de corrupción de me-- nores; la capitalidad de los valores que están en juego -- con los atentados ameritaría una mayor atención de parte -- del legislador para protegerlos adecuadamente; lo que co-- menta el autor Jiménez Huerta acerca de los atentados ape-- nas si es un paliativo para esta imperiosa necesidad de -- justicia:

"Una especial atención debe prestarse por el juez, al fijar la pena imponible dentro de los márgenes legales, a --

(25) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Edit. Po--- rrrúa. México. 1982. Pág. 218.

calidad de la persona ofendida, con fundamento en lo dispuesto en la fracción III del artículo 52; pues es incontrovertible que cuando la víctima fuera una niña o una joven honesta, se lesiona contemporáneamente que su potencial libertad ---- sexual su sentido del pudor, esto es, el sentimiento moral - de su propia dignidad en órden a actos que intuitivamente rechaza por reputarlos viles y afrentosos". (26)

Con esto, concluimos el punto de la penalidad de los -- atentados. Pasamos ahora a tratar quizá el punto más controvertido de todos los que conforman el estudio dogmático de - los atentados, y que es el del bien jurídicamente tutelado.

2.5. El Bien Jurídico tutelado.

Amplia controversia existe acerca de cuál es el bien -- jurídico tutelado en los atentados; unos autores piensan -- que es el pudor; otros piensan que es la honestidad; otros piensan que el bien es dual, siendo la libertad sexual en el caso de los púberes y la seguridad sexual en los impúberes. - conviene, pues, examinar brevemente cada una de estas tenden- cias.

(26) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo - III, Edit. Porrúa. México 1982. Pág. 227.

Se piensa por algunos que el pudor es el bien jurídicamente tutelado por el delito de los atentados, tal tesis se fundamenta en el hecho de que los pasivos del delito son los púberes y los impúberes, dicha tesis también se cifra en el resultado psicológico que sufre la víctima, de "repulsión, - de pudor", por la agresión de la que fue objeto, la mencionada tesis en muchos sectores de la doctrina, ha sufrido tremendo descrédito hasta tener en cuenta para el efecto lo que nos dice el maestro Jiménez Huerta.

"El bien jurídico tutelado en el delito de los atentados al pudor es la libertad de amar, pues aunque la propia denominación del delito pudiera hacer creer, a prima facie, que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo engañoso, que se esfuma tan pronto se tiene en cuenta que el delito puede también cometerse sobre impúberes, esto es, sobre personas en las que todavía no ha surgido la sensación del pudor, entendido, según afirma González Blanco, como el sujeto que intenta gozarle sin su consentimiento, o, -- más ampliamente, como impresión de honor o intimidad que culturalmente queda grabado en la persona desde el albor de su pubertad. Demuestra asimismo que el pudor no es el bien protegido en el delito en examen, la elocuente circunstancia de que el tipo se perfecciona aún en el caso en que los actos - que le integran se efectúen sobre personas notoriamente impú

dicas; las prostitutas y demás seres viles". (27)

Por lo que hace a la tesis que considera a la honestidad como bien jurídicamente protegido, cabe decir que esta tesis recibe las mismas críticas que la que se refiere al pudor como objeto protegido, dada la idea que maneja acerca de la honestidad en estos términos:

"La tutela de la honestidad se refiere a la defensa -- del pudor personal contra las acciones que puedan lesionarlo y a la protección de la libertad sexual". (28)

Visto el descrédito de estas dos tesis, consideremos la tercera, que es la más aceptada por la doctrina crítica que se ha tejido en torno a la dogmática de los atentados; esta tercera habla que el bien jurídico tutelado, es doble; por una parte, dice, que la libertad sexual es el bien jurídico que se afecta cuando los atentados recaen sobre púberes; -- por otra parte afirma que el bien afectado cuando los atentados inciden sobre los impúberes es la seguridad sexual, a primera vista, y por la simple transcripción del tipo, parece que esta tesis tiene la razón, el tipo nos dice que "el acto debe realizarse sin el consentimiento de la víctima", -- tratándose de púberes, lo que da la impresión de que efecti

(27) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Edit. Porrúa México 1982. Pág. 219

(28) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial - Porrúa. México 1982. Pág. 216.

vamente el bien tutelado es la honra y la seguridad sexual de los púberes. El tipo también nos dice que cuando el acto recae sobre impúberes, el ilícito se configura, con o sin consentimiento de la víctima, lo que también da la impresión de que efectivamente es la seguridad sexual el bien implicado en los atentados contra los impúberes.

Sin embargo, pese a la aceptación casi unánime de esta tesis, nosotros no la compartimos, por el hecho de que no es la libertad sexual el valor que se afecta en el caso de los púberes, y no lo es por el simple hecho de que el activo de los atentados no tiene el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, como en el caso de la violación, la libertad sexual únicamente se compromete cuando existe para el pasivo el dilema de sostener relaciones sexuales íntimas sin su consentimiento, porque el propósito de la cópula, y únicamente ese propósito, es que caracteriza la restricción de la libertad sexual.

Y como en la hipótesis de los atentados no hay este propósito de parte del activo, entonces el valor que se afecta no es el de la libertad sexual, es otro valor; pensamos que ese otro valor es la honra. La honra, en términos sustanciales, no es otra cosa más que el menor o mayor grado de adaptación que los individuos tienen con respecto a los convencionalismos sociales-

Los convencionalismos sociales dictan como norma imperiosa - que las relaciones, y, en general, todas las conductas sexuales, se llevan a cabo por los conductos socialmente establecidos; realizar estas acciones fuera de esa norma, no significa algo atentatorio de la libertad sexual, sino algo deshonrado; por esto, consideramos que el bien jurídico tutelado - es la honra.

En el caso de los impúberes se dice que el bien tutelado es la seguridad sexual. Sin embargo, tampoco creemos que la seguridad sexual sea bien tutelado. ¿Qué es seguridad sexual?, otra forma de designar al vago e impreciso concepto - de libertad sexual, pensamos que no se pueda hablar de seguridad sexual en el caso de los impúberes porque lógicamente ellos todavía no tienen desarrollo sexual, siendo evidente - que no pueden tener seguridad de lo que carecen, cuando se - habla de seguridad sexual, se trata de hablar en otros términos de la libertad sexual; pero como lo vimos en el caso de los púberes, tampoco una potencial libertad sexual suya de - los impúberes, se ve afectada, porque carece el agente de -- los atentados del propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. La conclusión es que aquí también el bien afectado es la honra.

Y considerando esto, el hecho de que el bien afectado - sea la honra, podemos mejorar la expresión que anteriormente propusimos para cambiar la denominación del delito que estamos analizando; señalamos que la mejor designación para el -

delito sería la de "agresiones sexuales contra las personas". Ahora podemos hablar de "agresiones sexuales contra la honra de las personas". Con esta expresión, consideramos que quedan totalmente subsanados todos los yerros del tipo que ya hemos advertido, con esta expresión completa, estimamos que se contribuye mucho a la depuración de la regulación de los atentados, y con esto, concluimos la exposición del presente punto del trabajo; pasemos ahora a la revisión de los requisitos de procedibilidad.

2.6. Requisitos de procedibilidad.

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en su artículo 263, nos dice que sólo el rapto, el estupro, las injurias, la difamación, la calumnia, los golpes simples y los demás delitos que determine la Ley se persiguen a petición de parte y los demás, obviamente, se persiguen de oficio; entre estos que se persiguen de oficio se hallan los atentados al pudor, esta circunstancia de su perseguibilidad de oficio es remarcada por el maestro Carrancá en estos términos;

"La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido procedente que lo fuera de querrela necesaria, por la publicidad connatural de procesos de esta especie, lo que puede -

dañar para siempre la reputación de una mujer". (29)

Efectivamente, a primera vista parece ser perseguible este delito a petición de parte, sobre todo por la distinción que antes vimos entre los atentados y los ultrajes a la moral pública, donde se señaló que el ofendido en los -- primeros, era la persona resentida por las agresiones sexuales y en el segundo era la sociedad misma, no obstante esto, la Ley consideró que el delito es perseguible de oficio, dando entender con ello que reviste igual gravedad que otros ilícitos, como por ejemplo el de violación; en este punto, -- nos basamos anteriormente para advertir lo injustificado de la baja penalidad que tienen los atentados al pudor, así es que, con esto, queda asentado que el primer requisito de procedibilidad es la denuncia, o en su defecto, la apersonación del mismo afectado por los atentados.

Los otros requisitos de procedibilidad del delito se en encuentran ilustrados por la siguiente cita:

"Los elementos que tipifican el abuso deshonesto son: -- uno material objetivo, consistente en la comisión de actos -- libinidosos no tendientes al acceso carnal; y otro subjetivo que consiste en la voluntad y conciencia de cometer un abuso

(29) Carrancá y Rivas. Radl. Código Penal Anotado. Edit. ---- Porrúa. México. 1982. Pág. 510.

con el propósito libinidoso lascivo, impúdico, lujurioso -- sin llegar a la cópula. Faltando uno de éstos dos elementos habrá atipicidad". (30).

Con estos requisitos, el Ministerio Público puede empezar a actuar para realizar la averiguación previa en el caso de los atentados. Los defectos que hemos venido señalando a lo largo de las páginas anteriores, entorpecen sensiblemente la labor del Ministerio Público, un análisis de esta labor nos permitirá ver como los defectos señalados en nuestro análisis, trascienden más allá de la simple cuestión teórica y llegan a la misma realidad, al momento en que se les debe hacer imperiosa justicia a quienes resultan afectados por los atentados; pasemos, pues, al análisis de la labor que despliega el Ministerio Público en el caso de los atentados.

(30) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial -- Porrúa. México. 1982. Pág. 215.

C A P I T U L O I I I
E L O R G A N O I N V E S T I G A D O R .

3.1. El Ministerio Público,

El Ministerio Público nace a la vida jurídica con un cometido bien especial, que es el sustituir a los órganos Jurisdiccionales en la tarea de investigar los delitos. En el tiempo en que los órganos jurisdiccionales estaban encargados de la averiguación de los delitos, su imparcialidad se veía muy deteriorada. El hecho de que los jueces tuvieran que ser "jueces y partes" a la vez era síntoma de que los procesos se desenvolvían con poco apego a las garantías individuales del acusado y a las exigencias de una sana administración de justicia. Para evitar estos inconvenientes, se pensó en un órgano que sustituyera a los jueces en la tarea de averiguación, surgiendo así el Ministerio Público, concebido por la doctrina en estos términos:

"El Ministerio Público es una institución de buena fé, palabra de justicia y libertad. Viene a llenar una función que la pasión y el interés personal de la víctima del delito no puede ni debe ocupar... la historia ha demostrado que el particular lesionado no tiene el interés o el desinterés o la preparación o la posibilidad de corresponder de un modo adecuado a las exigencias de la altísima importancia de la acción penal".

(31).

(31). Castro V. Juventino. El Ministerio Público. México. Editorial Porrúa. 1984. Pág. 2.

De esta caracterización del Ministerio Público se extrae el cúmulo de tareas y atribuciones que tiene en nuestro sistema jurídico, que a saber son:

1.- La Representación Social.- Esta función del Ministerio Público no está directamente vinculada con la materia penal, pero es ilustrativa del carácter institucional que tiene el Ministerio Público, como representante social, se encarga de intervenir en el amparo, en los juicios sucesorios, en los juicios de interdicción, etc. Como representante social, también está llamado a defender los intereses de menores e incapacitados, función que se encuentra muy emparentada con uno de los objetivos principales de la regulación de los atentados, que es la protección de púberes e impúberes de agresiones sexuales.

2.- La Titularidad del ejercicio de la acción popular.- Esta titularidad se la atribuye el artículo 21 constitucional; tal titularidad significa que sólo el Ministerio Público, y nadie más que el Ministerio Público, puede ejercer la acción penal. De esta titularidad están excluidos los jueces, y los particulares; ya que sólo el Ministerio Público puede llevar a cabo las diligencias de policía judicial.

Dos cuestiones positivas se desprenden de esta titularidad. La primera de ellas es la garantía de imparcialidad que imprimen al proceso. La segunda es el reforzamiento de la garantía que establece el artículo 17 constitucional, en el sentido de que nadie puede hacerse justicia por propia mano; la desventaja de esta titularidad es que el ejercicio de la acción penal queda al pleno arbitrio de los agentes del Ministerio Público. Este inconveniente es muy grande, tan grande que la voz de la crítica se levanta fuertemente contra él en estos términos:

"En efecto, siendo dicha entidad la titular exclusiva y excluyente de la mencionada facultad, teniendo, por tanto, una potestad soberana en cuanto a la pertinencia o impertinencia de su ejercicio, puede suceder que el Ministerio Público se -- abstenga ilegal e ilegítimamente de acusar a una persona como autor de un delito, no obstante que este y la presunta responsabilidad de aquella sean evidentes. El ofendido en este caso según lo ha asentado la Suprema Corte, no tiene ningún derecho para impugnar jurídicamente el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejercitar la acción persecutoria, por lo que la vida, la honra, intereses, etc, de los sujetos pasivos de una infracción penal quedan al arbitrio de la citada institución." (32)

(32) Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*. Pág. 643.

Sin duda es muy grave este inconveniente. Para subsanarlo sólo existe actualmente un remedio, muy tenue por cierto, y que es la exigencia de responsabilidad administrativa para el Ministerio Público. Este remedio, para el caso de que en forma arbitraria se niegue el Ministerio a ejercitar la acción, en la hipótesis de los atentados, nos parece insatisfactorio. Un remedio más drástico, como el que a continuación propone, el maestro Ignacio Burgoa nos parecería el indicado.

"...el ofendido debe tener el derecho de entablar la acción constitucional contra el acuerdo del Ministerio Público - en el sentido de no ejercitar la acción persecutoria, pues de esta manera dicha institución y su jefe, que es el procurador, tendrían un dique a su posible actuación arbitraria de dejar impunes los delitos o irreparados los daños causados por estos al ofendido. Si se determina la procedencia de la acción de amparo contra dichas decisiones del Ministerio Público, la Justicia Federal tendría oportunidad de establecer, en cada caso concreto que se presentase a su conocimiento, si la negativa - por parte de dicha entidad de perseguir un delito y acusar a - a su autor está o no legalmente fundada, pudiendo obligar a la mencionada institución a ejercitar la acción penal en el caso de que se reunieran los requisitos legales para tal efecto". - (33).

(33) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Op. Cit. Pág. 643.

Este correctivo apenas si sería suficiente para remediar el máximo inconveniente de la titularidad del ejercicio de la acción penal, inconveniente que es superlativo para el caso - de delitos como los atentados, en los que se ven afectados valores fundamentales. No obstante lo plausible del correctivo es difícil pensar que se ponga en práctica, por la misma amplitud de facultades que tiene el Ministerio, amplitud que "es difícil" de dejar, y por que en el fondo el correctivo - adolece. el defecto de proponer un velado retorno a la época en que los jueces actuaban en la labor de investigación, por estas razones, cabe sumar este inconveniente a los defectos - técnicos que previamente hemos advertido, y esto redunda en un evidente detrimento de la protección que se les debe dispensar a los pasivos de los atentados.

3.- La persecución de los delitos sólo con previa excitación.- Al Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal, le compete la persecución de los delitos. - Pero esa persecución no la puede llevar a cabo en forma oficiosa, sino que necesita la denuncia o la querrela para poder actuar, esta circunstancia hace que el proceso penal, en --- nuestro sistema legal, sea dispositivo y no inquisitorio. Es ta circunstancia obra para que el Ministerio Público se vea -

forzado a actuar sólo hasta que se han cumplido los requisitos de procedibilidad.

4.- La prosecución de la pretensión punitiva estatal de "buena fé".- Como titular del ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público está facultado para llevar a cabo la prosecución de la pretensión punitiva. Pero esa prosecución es de "buena fé". El Ministerio Público, al menos en teoría, sólo puede acusar si tiene elementos de prueba suficientes. Si no los tiene, o es evidente la no responsabilidad del implicado, entonces el Ministerio Público debe abstenerse de acusar. En esto consiste la "buena fé" de la actuación del Ministerio Público.

Esta es la caracterización del Ministerio Público. Esta es una de las facultades y obligaciones que tiene. De ellas sobresale la función de representación del Ministerio. Esta función le obliga a tener especial interés en la protección de grupos especiales de particulares, como los menores e incapaces. Este especial interés se refleja también en la persecución de los atentados al pudor. Pero con los defectos técnicos de la regulación advertidos difícilmente el Ministerio Público puede cumplir eficazmente ese cometido.

3.2. Naturaleza Jurídica, Definición de el Maestro Colín Sanchez.

También se discute mucho acerca de la naturaleza jurídica del Ministerio Público. Se dice que es autoridad cuando actúa en la labor de investigación, que se convierte en parte cuando el Organismo Jurisdiccional recibe la comignación, y se dispone a desplegar la pretensión punitiva estatal. De esta dualidad de naturalezas, sobresale la que atribuye al Ministerio Público la calidad de parte.

Cuando actúa como parte el Ministerio Público, desplaza al ofendido de la escena del proceso penal; con el Ministerio Público como parte, el ofendido a lo único que aspira es a actuar como su coadyuvante. El Ministerio Público actuando como parte procura que la pretensión punitiva estatal se lleve a último término. Si se encuentra total evidencia de que el procesado es responsable, formula conclusiones acusatorias. Si no las tiene, por el principio de "buena fe" de su actuación se abstiene de formularlas, aunque la incercia de qué el papel de acusador le obliga muchas veces a formularlas. Como parte, puede esgrimir los recursos que disponen los Créditos de Procedimientos Penales para inconformarse con las decisiones que cree le son desfavorables.

Sin embargo, y a pesar de su fundamental accionar como -- parte en el proceso penal, quizá todavía es más importante el papel del Ministerio Público como autoridad, en esta circuns-- tancia el Ministerio Público está facultado para realizar las diligencias de averiguación previa, en base a esto, el Ministe_ rio Público tiene a su cargo la dirección de la policía judi-- cial. En este contexto, el Ministerio Público tiene a su car_ go el cuidado de que los presuntos responsables de los delitos estén a la disposición, lo más pronto posible, de las autorida_ des jurisdiccionales, dado lo anterior, el Ministerio Público tiene la responsabilidad de llevar a cabo las detenciones de - los presuntos responsables con estricto apego a los derechos - fundamentales que tienen estos, en estas condiciones, el Minis_ terio Público da vida, de hecho, al proceso penal, en esta si_ tuación más que con el de parte, el Ministerio Público pone al alcance del juez los elementos sustanciales que conformarán la verdad en el proceso penal, como nos lo dicen los expertos -- en estos términos:

"Todos reconocen que la encarcelación de los imputados -- antes de la condena es una injusticia, ya que por sospechas de masiado falaces se lleva la zozobra a las familias, y se priva de su libertad a ciudadanos que a menudo resultan honradísimos y de los cuales el sesenta por ciento al final del proceso son declarados inocentes; pero se ha añadido que esta es una injus_ ticia necesaria; y la custodia preventiva ha debido ser ad--

mitida por las leyes penales. Necesarias para formar el proceso escrito para que el juez pueda interrogar al imputado por cualquier necesidad de la instrucción. Necesaria para alcanzar la "verdad". (34)

Este es el papel con el que analizaremos al Ministerio Público en las páginas restantes de este trabajo. Veremos como inconveniencias propias de la labor de investigación y las inconveniencias apuntadas anteriormente se suman para que los intereses de los ofendidos por los atentados no se encuentren debidamente protegidos. Empecemos, pues, por analizar como se integra la averiguación en el caso de los atentados, y la Naturaleza Jurídica.

3.3. Averiguación Previa.

Hablar de averiguación previa implica, en primer término, el enfrentamiento con un gran problema, y que es el consistente en la prácticamente nula formalidad impuesta al Ministerio Público para que realice su labor de investigación. Ese defecto hay que imputárselo primordialmente a la Constitución, que en sus artículos 21 y 102 sólo habla de atribuciones que tiene el Ministerio Público, pero no señala formalidades a las que se tiene que sujetar cuando realiza la averiguación previa. Este gran problema de teoría y práctica jurídica es remarcado por los expertos con-

(34) Briseño Sierra, Humberto, Principio Acusatorio en el Proceso Penal. -- Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho. 1971. Págs. 98-99.

estos términos:

"Si el Ministerio Público envía al juez competente las diligencias que practicó durante la averiguación previa, diciéndole: "Ahí tienes estas actuaciones, ~~resuelve~~ conforme a Derecho", propiamente hablando no ha ejercitado la acción penal. - Su consignación realizada en tal forma, aparentemente autorizada, pues como acabo de indicar no se requiere de formalidad legal alguna, carece sin embargo de valor porque no tiene contenido, de donde resulta indispensable determinarlo. La acción penal tiene como presupuesto un delito y un delincuente, por lo mismo su ejercicio debe en todo momento, desde el principio hasta al fin, desde la consignación hasta las conclusiones, referirse a ellos. De esto resulta que el Ministerio Público, - al consignar, tiene obligación de manifestar a quien consigna, es decir, debe expresar los nombres de los delincuentes y el delito que motivan el ejercicio de la acción penal". (35)

Tristemente, lo que en un principio fue una buena intención del Constituyente, la de imprimir imparcialidad a los procesos penales apartando a los jueces de la labor investigadora se convierte en venero de prácticas viciosas y de la averiguación, esta se desarrolla casi siempre con técnicas convencionales, poco estimuladas por los avances técnicos logrados por la

(35) Briseño Sierra, Humberto. Principio Acusatorio en el Proceso Penal.- Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho 1971. Pág. 106.

Criminología y otras ciencias auxiliares del Derecho Penal. Con esta nula reglamentación, las actas de averiguación son generalmente "simples papeles de trámite", donde el Ministerio cumple con su labor de registrar los hechos que presuntamente conforman a un delito, circunstancia muy alejada de lo deseable, que sería la presentación, en el acta, de toda la verdad histórica que necesita el juez para decir cuál es el derecho aplicable en el proceso penal, presentación llevada a cabo con el mayor escrúpulo y diligencia por el Ministerio Público, usando para ella las técnicas más avanzadas de investigación policiaca y criminológica de que se dispone actualmente; esto redundaría en un detrimento más para la protección jurídica que se les debe dispensar a las víctimas de los atentados al pudor.

Pudiera pensarse que las reglas establecidas en los Códigos de Procedimientos Penales establecen alguna pauta en las formalidades de la investigación. Efectivamente, sí las establecen, pero en forma defectuosa, porque la visión de los legisladores sólo alcanzó para proveer reglas de averiguación generales y de algunos delitos específicos. Esto es lo que sucede por lo menos en el Código de Procedimientos del Distrito. Haciendo una síntesis de las reglas generales establecidas en el Código para la averiguación previa, podemos decir que son éstas:

1.- El traslado inmediato de los servidores del Ministerio Público, asignados a la investigación, al lugar donde se verificaron los hechos reportados por el denunciante o querrelante como constitutivos de un delito.

2.- El levantamiento de todas las huellas, instrumentos o vestigios materiales que hayan quedado en el lugar de la co misión.

3.- Toma de fotografías, planos, indicaciones y de cualquier otro medio que ayude a tener un mejor conocimiento de los hechos cometidos en el lugar señalado como el de la comisión del ilícito.

4.- La toma de declaración a testigos o circunstantes -- que tuvieran conocimiento o relación con los hechos delictuosos.

Aparte de estas reglas generales, que podemos inferir -- Código de Procedimientos Penales, existen otras para delitos en particular. Esto es lamentable, no en el sentido de que e xistan reglas específicas, sino en el hecho de que éstas reglas no ven más allá del robo, de las lesiones y de los homicidios. Reglas particulares de delitos como los sexuales no existen - en este Código y muy probablemente en varios de los Códigos de las Entidades Federativas. El Código desconoce la circunstancia de

que si es posible fijar reglas para los delitos que no sean los robos, las lesiones y los homicidios. Las técnicas modernas de criminología nos dicen algunas reglas que deben regir el proceder del Ministerio en la averiguación de los delitos sexuales.- A saber son las siguientes:

"Anotar todas las posibles indicaciones de lesiones, por ejemplo, magulladuras, raspones y laceraciones. Deben tomarse fotografías a color siempre que sea posible para los propósitos del juicio.

Obtener todas las ropas usadas por la víctima. Identificar, envolver por separado y transportar al laboratorio de criminalística para su exámen.

Tomar una declaración detallada a la víctima, (oral o por escrito) tan pronto como pueda proporcionar una relación coherente de lo sucedido. Por regla general esta declaración la toma una mujer policía, la que debe estar presente en el interrogatorio... La declaración debe incluir la edad y el estado civil de la víctima. Debe ser detallada en cuanto a los sucesos que antecedieron al delito- por ejemplo si la víctima aceptó dar un paseo con su eventual atacante. Deberá cubrir todas las conversaciones con el culpable, rutas, lugares y personas-

que tengan conocimiento de los sucesos posteriores. Otros datos de importancia incluyen los temores que pueda expresar la víctima y si el culpable era conocido por ella, cuando y donde se conocieron por primera vez, frecuencia de las reuniones, etc." (36)

Como estas reglas son pasadas por alto por los Códigos de Procedimientos Penales, queda al buen arbitrio del Ministerio Público aplicarlas o no. Estas reglas, que debieran estar -- prescritas por todos los Códigos, son tomadas al momento de la investigación como algo "que se pueda cumplir o se puede dejar de cumplir". Con ello, tenemos otro inconveniente más, que sumamos a la lista de resabios legales que hemos advertido y que afecta a las víctimas de los atentados al pudor.

Con esta deficiente regulación legal, el Ministerio Público realiza su labor de integración del cuerpo del delito de -- los atentados al pudor. Su labor, después de cumplimentar "p_o testativamente" las "reglas generales y específicas de la investigación", debe empezar por atender las calidades específicas de los sujetos activos y pasivos señalados por el tipo. -- Analicemos, pues al sujeto activo de los atentados al pudor.

(36) Williams, S. Investigación Penal. Edit. CECOSA. México.-- 1975. Págs. 427-428.

3.4. Sujeto Activo.

Del análisis del tipo de atentados se desprenden dos ques tiones principales acerca del sujeto activo:

1.- Que el sujeto activo es uno sólo.

2.- Que el sujeto activo no debe reunir una calidad específica, sino que puede ser cualquiera, así como puede ser tanto hombre como mujer. Esta circunstancia separa al delito de atentados al pudor, del delito de estupro. Esta circunstancia no separa al delito de atentados al pudor, del de violación, - en donde también hay indistinción de calidad en el pasivo y en el activo.

De estas cuestiones que se desprenden sobre el activo, ca be que hagamos los siguientes comentarios:

a) En nuestro concepto es erróneo que el tipo de los aten tados no contemple la hipótesis de "atentados multitudinarios", así como existe en la violación el caso de que ésta se efectúe en forma tumultuaria. Consideramos que es erróneo este criterio porque el legislador ha establecido muchos puntos de con-- tacto entre la violación y los atentados al pudor, excepto, -- claro está, el de la penalidad, como vimos anteriormente. El legislador dispone que ambos delitos se persigan de oficio. El legislador no establece en ambos delitos calidades especiales para los activos y para los pasivos. Consecuencia lógica de - ello sería que también la hipótesis del "atentado multitudina-

rio" en el delito de atentados al pudor tuviera cabida en -- nuestra regulación penal. Pero esto no es así. No estable-- ciendo esta consecuencia, creemos que el legislador comete - otro error craso como el de la baja penalidad ya comentado. - No estableciendo esta hipótesis, el legislador ignora el esca-- broso cuadro de conductas "sexualmente aberrantes" que suele- identificar a los delincuentes de los atentados. Una de esas conductas el voyeurismo, que a continuación se describe en -- sus rasgos esenciales, muestra que la hipótesis del "atentado multitudinario" no está alejada de la realidad, como pudiera parecerlo con lo descrito por el artículo 260 del Código Pe -- nal:

"Fisgoneo, Escoptofilia, Mixoscopia o Voyeurismo.- Es -- cuando el placer sexual se satisface observando a personas -- desnudas o realizando el acto sexual. En estas personas (los que sufren de esta desviación) encuentra la pornografía sus -- más fieles consumidores. Se dice que el exhibicionismo y la escoptofilia son aspectos pasivo y activo, respectivamente, -- de una misma conducta". (37)

Con todo acierto, el maestro González de la Vega nos ha- ce ver que este tipo de conductas conforman las hipótesis de- realización de los atentados al pudor, en tanto que el autor- Jiménez Huerta las rechaza, indebidamente, en nuestra opinión, como anteriormente lo observamos. El acierto de el maestro --

(37) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. México. Edit. Porrúa. 1982. pág. 39.

González de la Vega obedece fundamentalmente a la consideración de la personalidad psicópática del delincuente, en tanto que la opinión cerrada de Jiménez Huerta se explica en función del silencio del legislador en lo que concierne a la hipótesis del "atentado tumultuario". Este silencio es otro inconveniente más que se suma a la lista que hemos venido señalando, y que afecta fundamentalmente a las víctimas de los atentados.

b) Buena parte de este resabio legal se debe al poco cuidado que tiene el legislador por estudiar las conductas psicópáticas del delincuente de los atentados al pudor. Esta estimación de las conductas no sólo serviría para que el legislador tuviese en cuenta la hipótesis del atentado tumultuario, sino también para que contara el mismo legislador con un parámetro objetivo y confiable para saber cuando el activo se propuso tener o no cópula con la víctima. Así, aparte del voyeurismo tenemos otro tipo de conductas que son un buen ejemplo de que la cópula no es necesaria para la satisfacción de los pervertidos sexuales, como las que a continuación se ilustran:

"Eonismo o Transvestismo.- Es la propensión de algunos hombres a encontrar satisfacción sexual vistiéndose con atuendos femeninos denotando, por lo general, una deficiente masculinidad.

Fetichismo.- Es la reacción sexual desencadenada espontáneamente en un individuo ante la sola presencia de un fetiche, o sea, de un objeto animado o inanimado. En estas personas las relaciones afectivas carecen de importancia o no existen, sus relaciones sexuales son exclusivamente con objetos.

Exhibicionismo.- Necesidad sexual experimentada por el sujeto, por lo común hombre, de mostrar su desnudez y en especial sus genitales principalmente ante mujeres, ya sean niñas adultas o ancianas.

Narcisismo.- Es la exaltación sexual que provoca a ciertas personas la sola contemplación o pelación de su propio cuerpo." (38)

Estas conductas permiten identificar a los delincuentes sexuales en tres categorías fundamentales, que son:

"Los delincuentes sexuales,- Aquellos que violan los preceptos legales que gobiernan el coito, cuando tal delito está confinado a la consumación del acto de una manera natural. Esto por lo general comprende delitos tales como el estupro o la violación, seducción, abducción, prostitución, adulterio, incesto.

(38) Martínez Roaro, Marcelo. Delitos Sexuales. Edit. Porrúa. México. 1982. -- Páginas. 39-40.

Los degenerados sexuales.- Delincuentes que ejecutan actos que difieren del coito. Ejemplos son la lascivia y actos-lascivos con niños, exposición indecente y llamadas telefónicas obscenas.

Los perversos sexuales.- Los individuos que por instintos compulsivos se dedican a actos sexuales no naturales. Se utiliza el término para describir a los homosexuales. Además se refiere a los que cometen actos de sodomía o se dedican a otras-anormalidades sexuales. Este tipo de individuo no encuentra satisfacción en los canales convencionales heterosexuales "normales". (39)

Con esta catalogación, es fácil tener un parámetro objetivo para valorar el propósito de cópula y para percatarse de la hipótesis de realización que reviste el atentado al pudor multitudinario. Pero como el legislador no contempla la hipótesis de este atentado, lógico es pensar que el legislador pasapor alto todas estas cuestiones. La consecuencia fatal es la-desprotección que sufren las víctimas de los atentados.

c) Para que alguien sea considerado como sujeto activo de los atentados sobre púberes, es menester que realice los actos

(39) Williams, S. Investigación Penal. Edit. CECOSA. México. -- 1975. Página 422.

eróticos-sexuales sobre la víctima sin su consentimiento. En este caso, el de los atentados sobre púberes, para saber si hay o no consentimiento, debe tenerse cuidado con los datos psicopáticos que pueda evidenciar la personalidad del delincuente. Si bien es cierto que son un buen pábulo de determinación, no menos cierto es que si no son utilizados con cuidado, pueden inducir a la obtención de malos resultados, el hecho de que alguien sufra una degeneración puede ser un relativo indicio de atentado sobre púber sin su consentimiento, pero también puede no serlo. Generalmente, la cuestión, de las perversiones y degeneraciones sexuales no es analizada con objetividad, y las personas que sufren de este tipo de anomalía se ven expuestas a juicios humillantes, lanzados con mala fé. Para tener plena seguridad de que alguien es el activo en este caso del atentado sobre el púber, deben tenerse en cuenta estas puntualizaciones:

"Los estudiosos de la sexualidad humana ante la dificultad de generalizar, desde el punto de vista sexual, lo que es bueno, sano o normal, o lo que es malo, enfermizo, o anormal y por consiguiente determinar que es lo que se debe aceptar y qué es lo que se debe rechazar, han adoptado por afirmar -- que toda conducta sexual debe ser si no aceptada, si tolerada social e individualmente- y jurídicamente agregamos-siempre - y cuando no viole los siguientes principios:

1.- Libertad.- Que quienes realicen una actividad sexual - la hagan voluntariamente, sin ninguna coacción.

2.- Respeto.- Que el ejercicio de la sexualidad no lesione a terceras personas bajo ningún aspecto.

3.- Responsabilidad.- Que sea entre adultos, entendiéndose por tales a personas capaces de prever las consecuencias de su conducta sexual y evitarlas o afrontarlas. Esto implica la exclusión de los menores de las relaciones sexuales". (40)

La consideración de estos factores proporciona, a nuestro juicio, seguridad para determinar si hubo o no consentimiento en el caso de los atentados sobre púberes. Con la congruencia de estos factores, se complementan en forma adecuada los datos que arroja la personalidad psicopática del delincuente. Tomando en cuenta estos factores, resaltan dos cuestiones fundamentales. -- Una de ellas es que las relaciones sexuales responsables se llevan a cabo entre adultos. La otra, consecuencia de ésta, es que las relaciones sexuales entre menores no son sinónimo de responsabilidad. Estas dos cuestiones ponen en entredicho la catalogación que hace el Código Penal de los pasivos del delito, cataloga

(40) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. México. 1982. Págs. 46-47.

gación que habremos de analizar en el próximo apartado de este capítulo.

3.5. Sujeto Pasivo.

El artículo 260 del Código Penal nos habla que el sujeto pasivo de los atentados lo puede ser un impúber o un púber. Este señalamiento plantea dos problemas. Uno de ellos es saber cuál es el límite entre la impubertad y la pubertad. El otro es saber cuál es el límite entre la pubertad y la etapa adulta.

Una pauta para resolver estos problemas nos la proporcionan los expertos en Medicina y Biología cuando nos hablan de las etapas de desarrollo del individuo en estos términos:

"Primera infancia.- Del nacimiento a los tres años, más o menos.

Segunda Infancia.- De los cuatro a los siete años.

Tercera Infancia.- De los ocho a los doce años.

Pubertad.- De los trece a los dieciocho años.

Juventud.- De los diecinueve a los veinticinco años". (41)

Sin embargo, pese a la positividad de esta pauta, es muy-

(41) Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales. Edit. Porrúa, México. 1982. Pág. 195.

difícil establecer los linderos exactos entre las tres etapas - del desarrollo que analizamos; en ciertos casos, la pubertad em- pieza desde los 10 años. En otros, la pubertad comienza sólo - hasta los doce. ¿Cómo saber, pues, cuál es el límite entre la - pubertad y la impubertad? El autor Jiménez Huerta plantea la - solución más aconsejable para resolver la interrogante en estos - términos:

"La determinación del estado puberal o impuberal es obvia- tratándose de sujetos ya adultos o de niños de corta edad en -- que es suficiente la sencilla observación de su edad o morfolog- ía somática. En cambio, para las personas que lindan entre la - infancia y la juventud en que puede resultar dudoso su estado, - deberá consultarse la opinión de los peritos médicos". (42)

La solución que nos indica el autor Jiménez Huerta hasta - cierto punto es aconsejable. Efectivamente, en caso de duda en - tre la pubertad e impubertad hay que recurrir al examen médico- para resolverla. Sin embargo, encontramos una grave objeción - a esta alternativa, y sería la consistente en dejar al arbitrio - de los peritos algo que debe ser un elemento objetivo, de valo- ración exclusiva del juzgador para la determinación de si el -- consentimiento de la víctima procede o no para librar de responsa - (42) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo -- III. Edit. Porrúa. México. 1982. Pág. 224.

bilidad de los inculpados de los atentados. Al juzgador, y nada más que al juzgador, le debe corresponder la facultad de determinar si se dan los supuestos marcados en el tipo legal. A los peritos, ni directa ni indirectamente les puede corresponder esta facultad. Dado este inconveniente, ¿cuál es la alternativa para salvarlo?

Creemos que la fijación convencional de una edad que marque el límite entre la pubertad y la impubertad. Esa fijación con un poco de congruencia jurídica de parte del legislador, -- puede ser la establecida por el Código Civil para el Distrito Federal, que es la de 14 años, edad que considera el legislador como aquella donde ya ha alcanzado aptitud biológica el hombre para poder reproducirse. Con esta fijación convencional terminaría la dificultad de precisar los lindes entre la pubertad y la impubertad para el juzgador. Con esta fijación, la determinación de la procedencia o improcedencia del consentimiento de la presunta víctima no quedaría a la apreciación exclusiva de los peritos.

Con esta fijación se resolvería uno de los grandes problemas de la calidad de los pasivos de los atentados. ¿Pero el -- otro gran problema? ¿Cuál sería la determinación entre la pubertad y la edad adulta? Podríamos recurrir otra vez a la solu-

ción del exámen médico para cada caso. Pero sería volver a colocar en manos del dictamen médico una valoración que sólo corresponde al juez. Otra fijación convencional sería la solución. A nuestro entender, la edad sería la de 18 años. En esta edad, -- por mandato de la Ley, el individuo tiene acceso ya a las prerrogativas ciudadanas y se supone que cuenta ya con mayor discernimiento para disponer de su vida como mejor le convenga, sin necesidad de la tutela paterna, además de que el proceso de pubertad se determina por consolidar generalmente a esa edad. Con esta fijación, el tipo penal debería decir, con correcta jurídica, lo siguiente:

"Al que con consentimiento o sin consentimiento de una persona menor de catorce años, y al que sin consentimiento de una persona mayor de catorce pero menor de dieciocho años, ejecute en ella un acto erótico-sexual."

De acuerdo a lo que hemos dicho, así debería quedar el tipo de los ~~atentados~~ al pudor. Con esta delineación, se acabarían los problemas de saber en donde empieza y en donde termina la pubertad. Con esta delineación del tipo, una mayor técnica jurídica fluiría con esplendor. Con esta delineación, la tarea del Ministerio Público y la del juzgador se desarrollarían con mayor eficacia y certeza. Pero todavía quedaría un inconveniente en la re-

gulación de los atentados que resolver acerca del pasivo, y sería la situación de aquellas personas que hubieran dejado de ser púberes, víctimas también de los atentados al pudor. ¿Cuál es su situación respecto al tipo de desprotección, porque este sólo prevé que los púberes e impúberes sean los pasivos de los atentados. En vista de esto, los actos eróticos-sexuales realizados sobre personas que han dejado de ser púberes no pueden ser castigados por la Ley. No son atentados al pudor, ni tampoco son violación, ni son estupro. Necesario, para corregir este defecto, es que el tipo de los atentados al pudor prevea que -- pasivos también lo pueden ser las personas que han dejado de ser púberes. Una previsión en tal sentido se expresaría así:

"Al que con consentimiento o sin consentimiento de una -- persona menor de catorce años, y al que sin consentimiento de una persona mayor de catorce..."

Con este simple señalamiento que se hiciera, las personas que han dejado de ser púberes también encontrarían protección, y el legislador tendría abiertos los ojos para regular la situación que se presenta con más frecuencia en el caso de los atentados, y que es el acto erótico realizado sobre persona mayor sin su consentimiento pero sin el propósito de la cópula. El gran vacío legal del tipo se colmaría con este señalamiento --

que advertimos. Y la labor del Ministerio tendería a dispensar una mayor protección a los ciudadanos como víctimas de los atentados al pudor, considerando como tales no sólo a los púberes y a los impúberes, sino también a quienes han dejado de ser púberes, pero que también sufren atentados a su pudor en contra de su voluntad.

Con esta proposición que hacemos acerca de los pasivos de los atentados, terminamos este tercer capítulo del trabajo. Pero con esta terminación, no concluyen los problemas procedimentales de la regulación de los atentados al pudor. Habremos de estudiar más en el siguiente capítulo.

C A P I T U L O IV

EL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

4.1. El Cuerpo del Delito.

Otro problema de primera magnitud en la regulación de los atentados al pudor es el de la integración del cuerpo del delito. La integración del cuerpo del delito de atentados al pudor es problemática por las siguientes razones:

A) Por la concepción dominante del cuerpo del delito.- Esta concepción dominante la expresa González Bustamante en estos términos: "Por último, la tercera opinión contempla al cuerpo del delito exclusivamente en función de los elementos materiales, y da un sentido práctico y novedoso al concepto como lo reclama la índole del Proceso Penal. Esta opinión es la que priva en la actualidad en las leyes procesales y nos permite distinguir el cuerpo del delito del mismo, así como de los objetos o instrumentos que se hubiesen empleado en su comisión". (43).

B) Por la proyección de esta concepción en los Códigos de Procedimientos Penales.- Esta proyección se nota sensiblemente en el Código de Procedimientos Penales del Distrito. El Código mencionado habla, en las reglas generales de la averiguación, que se-

(43) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1944. Pág. 242.

tienen que recoger todos los instrumentos del delito, las armas que se emplearon tentativamente para su comisión, los utensilios y platos que hubiese utilizado la víctima en caso de envenenamiento, etc.

C) Por el marcado predominio de las explicaciones que se ofrecen para la comprensión de cómo se integra el cuerpo del delito en la violación, en detrimento de la explicación de la integración del cuerpo de delito en los atentados.- Efectivamente, cuando uno revisa la jurisprudencia y la doctrina, se topa con la circunstancia de que abunda la explicación sobre el cuerpo del delito de la violación, pero la explicación sobre el mismo punto de los atentados escasea. Esta circunstancia hace menos expedita la labor del Ministerio Público, que cuando encara los casos de atentados al pudor se encuentra con una orientación menos definida y clara que el caso de violación, lo que redundará en una mayor supeditación de la comprobación del cuerpo del delito de atentados al pudor al criterio del Ministerio Público.

Estas circunstancias hacen difícil la comprobación del delito de atentados al pudor, un ilícito que no puede integrarse fácilmente con la recopilación de elementos materiales, sino que requiere, como presupuesto indispensable, la acreditación-

de un elemento netamente subjetivo, como lo es la no intención del agente de copular con su víctima. Y ya que hablamos de la intención del agente, menester es que estudiemos otro punto básico de la comprobación del cuerpo del delito, como lo es el de la presunta responsabilidad del agente.

"Los dos sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito, son el unitario o totalizador y el atomizador o analítico". (44).

"El concepto del delito es el de la Escuela Clásica, al -- igual que su correlativo de responsabilidad moral, inteligen-- cia, o razón moral y libertad". (45).

"La división de clases y castas por ~~diferencias~~ económicas y raciales, ocasiona en México graves dificultades en la aplicación de las leyes penales, particularmente por la existencia de grupos indígenas no asimilados. Estas desigualdades no se pueden remediar con leyes especiales, porque ello no sería sino multiplicar los efectos del casuismo. El único recurso es simplificar las normas y los procedimientos, dictando reglas amplias y genéricas que permitan efectivamente la individuali-

(44) Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Dere-- cho Penal. Edit. Porrúa. México. 1982. Pág. 129.

(45) González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. - Edit. Porrúa. México. 1981. Pág. 26.

zación de las sanciones". (46).

"Mientras mayor individualización permite un Código, más se amolda la pena al delincuente y se humaniza la represión. - La individualización de la pena es el alma de la doctrina penal contemporánea." (47).

Cuerpo del Delito Según el Código de Procedimientos Penales.

"Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales en su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiendo si fuera posible. Cuando se encuentren las personas o cosas relacionadas con el delito, se describirán detalladamente su estado y las circunstancias conexas. Cuando las circunstancias de la persona o cosa no pudieren apreciarse debidamente sino por peritos, tan luego como se cumpla con lo previsto el Ministerio Público nombrará dichos peritos, agregando al acta el dictamen correspondiente. Si para la comprobación del delito, de sus elementos o de sus circunstancias tuviere importancia el reconocimiento de un lugar cualquiera, se hará constar en el acta la descripción del mismo sin omitir ningún detalle que pueda tener valor.

La policía judicial procederá a recoger en los primeros -

(46) Idem

(47) Idem.

momentos de su investigación: las armas, instrumentos u objetos de cualquier clase, que pudieren tener relación con el delito y se hallaren en el lugar en que este se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte conocida, expresando cuidadosamente el lugar, tiempo, y ocasión en que se encontraron y haciendo una descripción minuciosa de las circunstancias y de su hallazgo."

4.2. Presunta Responsabilidad.

La prueba palpable de la dificultad para integrar el cuerpo del delito de atentados la tenemos inmediatamente cuando hablamos de la presunta responsabilidad del presunto responsable en los atentados. El tipo del artículo 260 nos habla de quién ejecuta el acto erótico-sexual sin el propósito de llegar a la cópula. De este señalamiento surge la duda: ¿Cómo comprobar que no hubo ese propósito de llegar a la cópula?

Realmente es complicada la comprobación, y por ser complicada es quizá por lo que los Códigos de Procedimientos Penales rehuyen la tarea de establecer reglas de comprobación de los delitos sexuales, dejando esa "ingrata" tarea a la jurisprudencia y a la Criminología. Esa complicación se nota advirtiendo algunas de las maneras con las que los delincuentes de los atentados satisfacen su libidine:

"...refregar el órgano sexual de la víctima con el miembro viril, hacerse tocar el miembro viril, palpar las piernas-

o los pechos a una mujer o introducirle los dedos en la vagina, besar aplicando lubricante, etc." (44).

Si no atendemos a estos simples datos materiales que sirven de explayación para los delincuentes de los atentados, ¿Podremos saber si hubo o no intención libidinosa? ¿podremos saber si simplemente hubo intención libidinosa? Con estos simples datos evidentemente no podemos hacer esta determinación. Cuando se tiene intención de la cópula, estos datos son tan naturales a dicha intención que resulta prácticamente imposible, dados estos datos, decir que no existió la intención de copular. ¿Cómo demostrar, pues, que no existió la intención?

Una respuesta a esta interrogante podría ser, como lo vimos cuando hablamos de la delimitación de la pubertad y la impubertad, el examen médico de la víctima. ¿Pero que información nos puede dejar este examen? Sólo que la víctima sufrió o no sufrió la cópula en contra de su voluntad, en base a si se registró o no desgarramiento del himen, si hubo o no perfeccionamiento de la cópula, si la víctima sufrió vejación, si ésta sufre algún tipo de trauma, etc, pero no si se dió o no la intención de la cópula. Es más, atenerse a las huellas del atentado que pudieron haber quedado en la víctima no sirve para la deli-

(44) Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa México. 1982. Pág.. 910.

mitación de la intención. La víctima, traumada por el atentado, puede manifestar que su agresor si tuvo intención de copularla, siendo que en realidad, a pesar de lo negativo del atentado al punto nunca se produjo la intención carnal. La pregunta sigue en pie ¿Cómo determinar la intención de la cópula?

Algunos autores, abrumados por el peso de esta enorme tarea que es la de buscar la respuesta a esta pregunta, optan por proponer una solución más o menos sencilla. Nos dicen que no hay que escudriñar en la mente del agente, sino que hay que atenerse exclusivamente al dato de la agresión sexual. Tal criterio encierra un grave inconveniente. Promueve la confusión entre tentativa de violación y los atentados. Esta confusión nos encierra en un círculo vicioso. Como vimos anteriormente, la jurisprudencia resuelve esta contradicción recurriendo al propósito de cópula. Y volvemos al mismo punto de partida. ¿Cómo se determina el propósito de cópula?

Una forma posible de determinación es la de recurrir a los estudios psicológicos de la personalidad del delincuente, a los que ya nos hemos referido anteriormente. Tales estudios nos permiten apreciar, según el trastorno que sufra el agente, si la necesidad de cópula es imperiosa para él o no lo es. Tales estudios nos permiten distinguir con más exactitud cuando estamos

en presencia de una tentativa de violación o de un atentado al pudor. Pero aún recurriendo a estos estudios subsistiría la duda en torno al propósito de cópula, puesto que el hecho de que el delincuente sufra de cierta alteración sexual, por la que no experimente necesidad de cópula, no excluye la posibilidad de que en un momento dado esa necesidad se registre en el agente y el propósito delictuoso exista. ¿Cómo determinar, -- pues, si hubo o no propósito de cópula?.

Mediante la reunión de ciertas condiciones materiales y -- subjetivas que veremos más adelante como formativas del cuerpo del delito de los atentados al pudor. Por lo pronto, basta -- consignar la circunstancia de que los problemas planteados a -- lo largo de estos dos apartados del presente capítulo nos dan una ligera idea de la complejidad del delito que estamos anali-- zando. Por esta complejidad podemos explicarnos el silencio -- de los Códigos de Procedimientos Penales sobre el estableci--- miento de reglas aplicables a la investigación de los delitos-- sexuales. Esta complejidad representa otro inconveniente más que se suma a la lista que ya hemos formado a lo largo del tra-- bajo, y que redundará en detrimento de las víctimas de los aten-- tados al pudor. Pero pese a estas dificultades, la integra--- ción del cuerpo del delito de los atentados al pudor (cit 261-- del C.P.) y de la presunta responsabilidad en los atentados es fac-- tible si nos atenemos a la circunstancias que estudiaremos en-

el próximo apartado de este capítulo.

4.3. Integración del Cuerpo del Delito y Presunta Responsabilidad.

El tipo del artículo 260 del Código Penal nos señala dos elementos fundamentales que conforman el cuerpo del delito de atentados al pudor:

- 1.- La realización de un acto erótico-sexual sobre la víctima.
- 2.- El propósito de cópula.

Si analizamos más a fondo las dos conclusiones requeridas por el tipo, veremos que bien puede subsumirse el propósito de la cópula en la realización del acto sexual. En función de esta subsunción, bastaría que tuviéramos en cuenta la amplia aceptación de cópula manejada por los expertos para saber si hay o no el propósito del ayuntamiento. Los expertos que tratan los delitos sexuales manejan la siguiente concepción amplia de la cópula:

"La cópula es la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de este.. El coito o cópula strictu sen-

su se realiza por la introducción del pene en la vagina. Existe la cópula latu sensu cuando la introducción es en el ano o en la boca. No se requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la -- víctima, pudiéndose tratar de una introducción incompleta" (45)

Con esta amplia concepción, parece que no hay mayor problema para la determinación del propósito carnal, puesto que -- si hay introducción fálica en el ano, en la boca o en la vagina, hay cópula, y el propósito del ayuntamiento es más que evidente. Sin esta concepción amplia de lo que es la cópula, pudiera registrarse la duda acerca de si la introducción de pene en la boca o en el ano debe entenderse como cópula, y, por lo tanto, si hay o no cópula. Pero como la concepción amplia nos aclara que esa introducción también es cópula, entonces de -- bemos entender que esa introducción también denota cópula.

El propósito de cópula también sale a flote con los datos arrojados por el examen médico a la víctima. Si la víctima pre -- senta ciertos síntomas fisiológicos, se sabe que existió cópula, y por ende, la intención carnal. Los datos que arroja el -- examen de la víctima suelen ser los siguientes:

"1.- La determinación de la edad clínica probable.

{45} Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. México. 1982. Pág. 511.

- 2.- La determinación de si la víctima es púber o impber,
- 3.- La determinación de desfloramiento,
- 4.- La determinación del desfloramiento, si es reciente o no.
- 5.- La determinación de huellas de violencia.
- 6.- La determinación de signos de enfermedad venérea.
- 7.- La determinación de signos de embarazo.
- 8.- La detección de espermias en las vías genitales" (46)

Este examen médico de la víctima, aunado a la amplia concepción de la cópula que presentamos, robustece la determinación del propósito de ayuntamiento. Si ese propósito no queda claro con la concepción amplia de la cópula, si lo queda con el examen médico. Un acto erótico-sexual que a primera vista puede parecer un atentado, con el examen puede dejar de serlo y convertirse en una auténtica violación o, en su defecto, una tentativa de violación. En el caso de que el agente de estos ilícitos aduzca que no tuvo ánimo de copular, pero aparezcan estos datos del examen médico, que comprueben en forma fehaciente la afrenta sexual sufrida por la víctima, la acreditación del ánimo carnal es casi todo un hecho. Cierto que el agente le asiste la circunstancia de que el dolo del atentado es un dolo específico, dolo que por naturaleza espe-

(46) Fernández Pérez, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense. Editó. - Francisco Méndez Cervantes. México, 1981. Págs. 178-179.

cial excluye al dolo eventual y a la preterintencionalidad. Sin embargo, muy difícil, con la circunstancia objetiva del esperma en las vías genitales de la víctima, es para el agente la prueba de que no contó con la intención de copular.

Y si todavía existiese duda acerca del propósito de copular, aún con la ayuda de estos dos parámetros objetivos que hemos analizado, para la integración del cuerpo del delito se debe recurrir a los estudios psicológicos que ya hemos mencionado. Si el agente sufre voyeurismo, el juez puede concluir válidamente, y el propio Ministerio al realizar la averiguación, que dado este presupuesto se puede descartar que el agente tuvo el propósito de la cópula. Si el agente sufre devampirismo, que es la satisfacción sexual lograda a través de chupar o estar en contacto con la sangre, entonces también es descartable el propósito de cópula con la víctima. En este punto, debe tenerse mucho cuidado. Un individuo normal puede ser aparente y sustancialmente normal. Pero también puede ser aparentemente normal pero no serlo sustancialmente.

Las siguientes observaciones son muy ilustrativas de esta cuestión:

"Desde el aspecto médico-legal, un primer enfoque nos per

mite comprobar desviaciones sexuales en muchas personas aceptadas como normales o que no se distinguen de las demás gentes ordinarias por su carácter, conducta cotidiana, costumbres, aspecto circunspecto o discreto, ni por su actitud aparente frente a la sexualidad en general, en tanto que los delitos que cometen causan extrañeza y son calificados por el común de las gentes, como repugnanantes, cínicos y aún patológicos. Muchas de esas personalidades sexópatas ocupan incluso sitios relevantes en el círculo social en que viven, donde habitualmente son respetados" (47)

Dado esto, el Ministerio Público debe tener en cuenta estos aspectos ocultos de la personalidad del delincuente y no sólo atenerse a los meros indicios superficiales. Con esta consideración, se robustecen aún más los parámetros objetivos de determinación de la intención carnal del agente. Pero a pesar de lo anterior, sigue subsistiendo un gran problema de la integración del tipo. ¿Cómo podemos, finalmente, distinguir la tentativa de la violación de los atentados al pudor?

Los expertos nos proporcionan la clave del ánimo de ayuntamiento, como vimos anteriormente. En la tentativa de violación hay ánimo de cópula y en los atentados no. Esta es la distin--

(47) Fernández Pérez, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense. Edit. Fco. Méndez Cervantes. México. 1981. Pág. 181.

ción, según los expertos. Pero la distinción no es tan expédita como parece. Según la concepción que se tiene de la tentativa, esta comprende todos los hechos encaminados directamente o indirectamente a la realización de un delito, delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Sin el dato de la cópula proporcionado por la violación, ¿cómo percibir la intención de ayuntamiento en los actos de la tentativa? Es difícil la percepción. Los actos de la tentativa de la violación pueden ser prácticamente los mismos que los de los atentados, como los tocamientos de pecho, las caricias sensuales - en las partes genitales, etc.

Para resolver este último problema creemos que el Ministerio Público, y el juez llegado el caso, debe explotar para mayor eficacia de su tarea la característica que la doctrina unánimemente atribuye a los atentados, y es la de ser delitos -- consumados. Si los atentados son delitos consumados, creemos que su diferenciación con respecto a la tentativa estriba precisamente en esa nota, puesto que la tentativa refleja un mayor grado de preparación de los actos. Pero si esta pauta de distinción no llegare a operar en forma total en determinado caso, entonces se debe ser un poco más restrictivo con el concepto de actos idóneos para la realización del delito. Y en el caso de la tentativa de violación sólo considerar como ac-

tos idóneos aquellos que son indicativos absolutos del propósito de cópula, como el llevar a la víctima a un hotel, a dar un paseo furtivo, a un lugar en despoblado, etc. Con estas dos pautas, pensamos que se resuelve el problema de la diferenciación entre la tentativa de violación y los atentados. Y con estas dos pautas, termina nuestra explicación de la integración del cuerpo del delito de atentados al pudor.

Para concluir con el punto de la presunta responsabilidad del agente hay que decir que no basta la consideración del ánimo de copular del agente. Debemos tomar en cuenta si el agente no está obrando compulsado física o moralmente para actuar como actúa. Debemos comprobar si el agente de los atentados no se encuentra amparado por alguna causa de justificación. Debemos saber si el agente obra o no obra amparado por alguna causa de inculpabilidad. Debemos, en suma, comprobar si el agente obra amparado, no habrá responsabilidad, aunque haya realización del acto erótico-sexual y se produzca la impresión de que el agente es efectivamente activo de los atentados. Si no obra amparado, entonces se conformará la plena responsabilidad del agente, responsabilidad que se integrará con la comprobación del acto erótico, del ánimo lascivo, pero no de copular y con la no existencia de alguna excluyente de responsabilidad.

Acreditando el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, el Ministerio Público se encuentra en aptitud de ejercer la acción penal, ejercicio que estudiaremos en el siguiente -- apartado del presente capítulo.

4.4. Ejercicio de la acción penal.

Como vimos anteriormente, una vez integrado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del agente, el Ministerio se encuentra en aptitud de ejercer la acción penal. Este ejercicio lo debe realizar el Ministerio Público teniendo en cuenta los siguientes presupuestos:

"Más aún, si el Ministerio Público no tiene detenido al - indicado y promueve su privación de libertad, la promoción no puede tener naturaleza policial. El Ministerio Público ha de estar convencido de la presunta responsabilidad, y la policía ha de contar con la integración del cuerpo del delito, porque iniciar un procedimiento de molestia sin razón suficiente es - totalmente contrario al principio constitucional. La solicitud de orden de aprehensión es ya una acusación, es indudablemente una declaración de voluntad y no un mero pedido de auxilio judicial. No se intenta que el juzgador coopere con el acusador para que este pueda tener a mano al indiciado. Se --

quiere procesar y se pide algo que tiene para el Derecho la mayor trascendencia, la privación de la libertad. Si el juzgador accede a lo pedido, no puede ignorar la imputación que se hace el Ministerio Público, imputación que tiene todo el sentido procesal por hacerse ante el tercero imparcial." (48).

Difícilmente, el ejercicio de la acción penal de los atentados puede desenvolverse bajo estos parámetros. Esta dificultad se aprecia en el mismo carácter potestativo de la acción - el cual ya hemos comentado anteriormente. Esta dificultad también se aprecia en la complicada tarea de precisar el ánimo delictuoso del agente, tarea a la que ya nos hemos referido extensamente. Ante la imposibilidad de precisar si hubo ánimo de cópula o no, el Ministerio Público tendrá casos que consignar como tentativas de violación y casos que consignar como atentados al pudor. Esta circunstancia redundante, como es natural, en detrimento de las víctimas de los atentados al pudor. En ocasiones también redundante en perjuicio de los mismos delincuentes de los atentados al pudor. Estos son consignados a veces por el Ministerio como responsables de tentativa de violación. A veces son consignados simplemente por los atentados.

Por si fueran pocas estas dificultades, el ejercicio de la acción en los atentados se topa con otra dificultad, que ya

(48) Briceno Sierra. Humberto. Principio Acusatorio en el Proceso Penal - México. Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho. 1971. Pág. 87.

anteriormente vimos. La tentativa de los atentados queda impune, porque el Código Penal determina que los atentados son un delito instantáneo, que sólo se integra cuando se consuma. Con esta disposición, quedan sin castigo los actos de preparación tendientes a la satisfacción del ánimo lúbrico, que sin duda, configuran la tentativa de los atentados. El hecho de que la tentativa de los atentados al pudor, quede impune sólo favorece a los delinquentes de los atentados al pudor, por el contrario, perjudica a las víctimas de los mismos. No hay razones sólidas para dejar a la tentativa impune. Nosotros compartimos la siguiente opinión que se expresa en estas líneas:

"Se ha dicho que el nombre de la figura nos da la solución al problema en razón a que no es punible la existencia de tentativa en un atentado. Nosotros, desatendiéndonos de la simple denominación y atendiendo a los elementos que componen al tipo, creemos perfectamente factible la tentativa punible, no importa que el delito sea unisubsistente en algunas ocasiones. De cualquier manera puede quedar en grado de tentativa aunque existiera como en todos los casos de tentativa, el problema probatorio, más no por ello deja de existir la posibilidad fáctica y jurídica de que se de la tentativa en el delito de atentados al pudor". (49)

(49) Cardona, Arizmendi, Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. - Cárdenas Editores. México. 1976. Pág. 150.

Estas dificultades que se plantean en el ejercicio de la acción penal se ven atenuados por algunos factores. Uno de esos factores es la no obligación de parte del Ministerio Público para acreditar en forma definitiva y contundente el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. Otro de esos factores es la labor de "investigación" que suele realizar el juez en el período constitucional de las 72 horas, labor que frecuentemente subsana las deficiencias que denota la averiguación -- practicada por el Ministerio Público.

Y otro de esos factores es la facultad que tiene el juez de fijar en el auto de formal prisión delitos distintos de los señalados por el Ministerio Público, en virtud de lo que dice la doctrina, en el sentido de que lo manifestado por el Ministerio sólo son hechos y no la determinación de delitos. Sin embargo, pese a la positividad de estos factores que neutralizan la negatividad de los inconvenientes que entraña el ejercicio de la acción penal en los atentados, el peso de estos inconvenientes subsiste.

4.5. Competencia.

Competencia exclusiva y absoluta del Ministerio Público -

es la realización de la averiguación previa de cada delito y del correspondiente ejercicio de la acción penal. Los artículos 21 y 102 de la Constitución le atribuyen esta competencia. Tal competencia se acrecenta todavía más de lo que marcan esos dos artículos constitucionales cuando los delitos a perseguir lo son de oficio y no de querrela. Cuando el Ministerio Público encara un caso de delito perseguible de oficio, esta competencia se torna más omnímoda de lo que por sí es. Cuando, por el contrario, el delito es perseguible sólo a petición de parte, la competencia del Ministerio Público para realizar la averiguación previa se ve limitada un poco.

El delito que hemos venido analizando es, por disposición de la Ley, un delito perseguible de oficio, al igual que lo es el de violación. El hecho que sea perseguible de oficio parece contrariar notablemente muchas de las características que se le atribuyen a este ilícito. Los expertos, para diferenciarlo del delito de ultrajes a la moral pública, dicen que en los atentados al pudor el ofendido es la particular que sufre la agresión sexual, en tanto que en los ultrajes a la moral el ofendido principal es la misma sociedad. Sin embargo, este razonamiento viene por tierra cuando la Ley dispone que el delito de abusos sea perseguible de oficio. Con esta disposición, la ley considera -- que en los atentados al pudor no sólo afecta el interés particular si-

no también el social. Y no sólo este razonamiento sirve para declarar a los atentados como un delito perseguido de oficio sino también sirve el de que cada vez son menores los delitos que se persiguen por querrela, se dará cuenta que son ya muy pocos los ilícitos que tardan en sanar menos de 15 días.

No obstante lo positivo que puedan tener estos dos razonamientos, creemos que el delito de atentados debiera ser fundamentalmente perseguible por querrela. Si bien es cierto que la Ley al declararle tácitamente como delito perseguible de oficio da a entender que considera que es un delito que ofende el interés social, al momento de regularlo no da muestras de ese convencimiento. Como ya vimos, establece una baja penalidad para el delito, y discorde con la peligrosidad que reviste como ya también vimos, es omisa la Ley en cuanto a la hipótesis del atentado al pudor tumultuario y es poco precisa en el señalamiento de reglas de averiguación de los delitos sexuales. Con esta serie de cosas, la Ley deja en un franco estado de desprotección a las víctimas de los atentados, quienes siempre estarán en espera de que el Ministerio Público llegue a valorar correctamente el propósito de cópula, a que realice todos los exámenes conducentes a la determinación de si hubo en ellas o no la afrenta sexual, etc.

Considerando a los atentados al pudor como delitos perseguibles a petición de parte, creemos que pueden reducirse un poco todos estos inconvenientes apuntados. El Ministerio Público tendería a ser un poco más cuidadoso en su investigación, No habría la supeditación absoluta de la víctima a estas imperfecciones de la Ley. Y el hecho de que el delito fuera perseguible sólo a petición de parte obligaría a perfeccionar toda la regulación de los atentados, para que perfeccionada, entonces si pudiera confiar la víctima de los atentados en la regulación de este ilícito sabiendo que este es perseguible de oficio. Pero mientras, con la disposición en el sentido de que el delito es perseguible de oficio, la víctima tiene que "esperar a ver si el Ministerio Público se decide actuar". Con la actual regulación, la víctima tiene que esperar a que el Ministerio Público lleve a cabo todas las reglas que marca la Criminología para la averiguación de los delitos sexuales. En suma, la víctima no sólo es víctima de su agresor, sino de la omnimoda competencia del Ministerio Público para obrar o no conforme a lo que dispone la Ley.

CONCLUSIONES.

1.- La denominación de atentados al pudor para el ilícito estudiado es incorrecta, porque no son "atentados" los que sufre la víctima de este ilícito, ni su pudor es lo que daña, puesto que el pudor es sólo la reacción psicológica - que tiene la víctima después de sufrida la agresión sexual. A nuestro entender, la denominación correcta para este tipo de delitos es la de "agresiones sexuales sobre la honra de las personas."

2.- Tanto la libertad sexual como el pudor deben descartarse como bienes jurídicamente tutelados en el tipo de los atentados, ya que el hecho de que el agente de los mismos carezca de propósito de cópula descarta la intención de coartar la libertad sexual y el pudor, como se dijo, es una reacción psicosocial de la víctima al sufrir el atentado - al pudor.

En nuestro concepto, el bien jurídico tutelado es la honra, tal y como lo pensaban los romanos, puesto que la honra es el grado de adaptación que debe tener un individuo a las costumbres sociales, que prohíben terminantemente realizar o ser objeto de actos eróticos como los de los atentados al pudor y es precisamente la honra de las víctimas de este atentado la que se ve menoscabada con estos.

3.- La baja penalidad impuesta al delito de atentados - al pudor es injustificada. El valor de la honra de las personas afectadas, la correcta formación sexual de los impúberes, los traumas psicológicos que estos puedan tener, los -- puntos de contacto entre la violación y los atentados (el -- hecho de que ambos delitos se persigan de oficio, que admittan la posibilidad de la comisión tumultaria, etc.) y la calidad de los delincuentes de los atentados, que generalmente son personas con profundos trastornos sexuales, que requieren de una pena ejemplar para refrenarles sus impulsos recónditos, son factores que ampliamente hacen que la pena de los atentados resulte insuficiente. En nuestro concepto, la penalidad de los atentados debía ser equiparable a la establecida para la violación o por lo menos para el estupro.

4.- La imprecisa determinación de los sujetos pasivos - en los atentados hace que el tipo de atentados y el de corrupción de menores sean prácticamente lo mismo. Es necesario, para precisar con toda nitidez el alcance del tipo de los -- atentados, que se fije convencionalmente la edad que sea límite entre la pubertad y la impubertad y la que sirva de lindero entre la pubertad y la edad adulta.

5.- Empero, a pesar de que esta fijación representa un avance considerable en la delimitación de los atentados, persiste el inconveniente de que quedan fuera de la protección-

de la regulación de los atentados las agresiones sexuales -- que sufren las personas adultas que no pueden ser cataloga-- das ni como violación ni como tentativa de violación. La -- solución, a nuestro entender, es que en el tipo de los aten-- tados se establezca que se configurará el delito, con o sin-- consentimiento de la víctima, cuando esta sea menor de cator-- ce años, y cuando esta sea mayor de esa edad, el delito sólo se integrará si no hubo consentimiento de la víctima.

6.- La concepción predominante en la doctrina acerca -- del cuerpo del delito, concepción que se traduce en los di-- versos Códigos de Procedimientos Penales, consiste en que el cuerpo del delito se integra con los elementos materiales -- del mismo, dificulta grandemente la labor de investigación - en el delito de los atentados, que es un delito donde el ele-- mento primordial de determinación, el propósito simplemente-- lascivo, no de cópula, es de naturaleza eminentemente subje-- tiva.

7.- La dificultad de determinación del propósito de cópula puede vencerse conjuntando adecuadamente la concepción-- amplia de lo que es la cópula, con el examen médico practica-- ble en la víctima y el estudio psicopático del delincuente.

8.- Para vencer la dificultad de distinción entre la -- tentativa de violación y los atentados no basta con tener en cuenta el propósito de cópula, sino que hay que valerse del carácter atribuido por la doctrina al delito de los atenta-- dos, y que es la de ser un delito instantáneo. El hecho de que la Ley hable de que los atentados son un delito que sólo se considera como tal cuando está consumado, y que de este -- hecho nos podamos servir para distinguir a la tentativa de -- violación de los atentados, no obsta para que consideremos -- que en los atentados también pueden existir la posibilidad -- de la tentativa; tentativa que se configuraría excepcional-- mente, cuando los atentados revistieran la forma de ilícitos plurisubsistentes.

9.- La regulación actual de los atentados al pudor re-- fleja un profundo desinterés, por parte del legislador, so-- bre todos los estudios psicológicos y sociológicos que se ha-- cen acerca de la personalidad de los delincuentes sexuales.- La consideración de estos estudios, de mala manera, la deja-- a disposición de la buena voluntad del Ministerio Público, -- quien puede tomarlos en cuenta o no. Parece que en materia-- de los atentados sólo hay preocupación de parte de la Crimi-- nología y de la Medicina Forense, porque para el legislador-- y la jurisprudencia sólo cuentan en el panorama de los deli-- tos sexuales la violación y el estupro.

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

- 1.- Briseño Sierra, Humberto. Principio Acusatorio en el --
Proceso Penal. Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Pro-
cesal. Revista de la Facultad de Derecho. 1971. UNAM.
- 2.- Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Edito
rial Themis. Bogotá 1959. Tomo III.
- 3.- Carrancá y Rivas, Raúl. El Drama Penal. Editorial Porrúa
México. 1982.
- 4.- Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial
Porrúa. México. 1982.
- 5.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de
Derecho Penal. México. 1982.
- 6.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editora -
Nacional. México. 1968.
- 7.- Fernández Pérez, Ramón. Elementos Básicos de Medicina -
Forense. Editor Francisco Méndez Cervantes. México. --
1981 .
- 8.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal. Edito---
rial Porrúa. México. 1965.
- 9.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Edito-
rial Losada. Buenos Aires. 1965. Tomo III.
- 10.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Edito
rial Porrúa. México. 1982.
- 11.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial -
Porrúa. México. 1982.
- 12.- Petit, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano --
Editora Nacional. México. 1982.