

00721 522
24.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

" ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ATENTADOS AL
PUDOR, TIPIFICADO EN EL ARTICULO 260 DEL -
CODIGO PENAL "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARTIN MIRANDA BRITO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

ESTUDIO DOCTRINAL DEL DELITO DE ATENTADOS AL PUDOR TIPIFICADO EN EL ARTICULO 269 DEL CODIGO PENAL VI- GENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

A.- Antecedentes históricos en México.....	7
1.- Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz.....	9
2.- Código Penal del Estado de Veracruz llave de 1809 ó Código de Corona.....	9
3.- Código Penal de 1871 para el Distrito Fede- ral y Territorios Federales ó Código de Mar- tínez de Castro.....	11
4.- Código Penal para el Distrito Federal y Te- rritorios Federales de 1929 ó Código de Alma- ráz.....	13
5.- Código Penal para el Distrito Federal en Ma- teria Común y para toda la República en Mate- ria Federal de 1931.....	14
6.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Fede- ral de 1949.....	16
7.- Proyecto de Código Penal tipo de 1963.....	17
8.- Reforma a los artículos 269 y 261 del Código- Penal de 1931, por decreto de 1988.....	18

B.- EVOLUCION HISTORICA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO.....	21
1.- Código Penal de la Argentina.....	21
2.- Código Penal de Brasil	22
3.- Código de Defensa Social de Cuba.....	23

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO.

A.- ETIMOLOGIA.....	27
B.- CONCEPTO DE ATENTADOS AL PUDOR	28
C.- DEFINICION LEGAL.....	29
D.- DIVERSAS DENOMINACIONES.....	31

CAPITULO TERCERO

TEORIA DEL DELITO.

A.- LA CONDUCTA.....	35
1.- La conducta típica en los atentados al Pudor.....	43
2.- Clasificación en orden a la conducta.....	45
3.- Objeto material y jurídico.....	50
4.- Sujetos.....	55
5.- Ausencia de conducta.....	56
a).- Vis maior.....	59
b).- Vis absoluta.....	60
c).- Movimientos reflejos.....	60

B.- TIPO Y TIPICIDAD.....	62
1.- Elementos del tipo.....	63
2.- Ausencia de tipo.....	70
3.- Atipicidad.....	71
C.- ANTIJURIDICIDAD.....	72
1.- Causas de licitud.....	79
a).- Legítima defensa.....	83
b).- Estado de Necesidad.....	84
c).- Ejercicio de un derecho.....	87
d).- Cumplimiento de un deber.....	89
e).- Obediencia jerárquica.....	92
f).- Impedimento legítimo.....	93
D.- IMPUTABILIDAD.....	94
1.- Inimputabilidad.....	97
a).- Minoría de edad.....	98
b).- Miedo grave.....	100
c).- Trastorno mental temporal y definitivo.....	102
E.- CULPABILIDAD.....	105
1.- Formas de Culpabilidad.....	108
a).- Solo.....	109
b).- Culpa.....	111
c).- Preterintencionalidad.....	113

2.- Inculpabilidad.....	114
a).- Error.....	116
b).- Coacción sobre la voluntad.....	118
F.- PUNIBILIDAD.....	119
1.- Excusas absolutorias.....	122

CAPITULO CUARTO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE ATENTADOS AL PULCR.

A.- FORMAS DE APARICION DEL DELITO.....	126
1.- Iter-criminis.....	126
2.- Concurso de delitos.....	134
a).- Concurso ideal o formal.....	135
b).- Concurso real o material.....	138
3.- Tentativa.....	150
4.- Participación.....	159
B.- JURISPRUDENCIA.....	142
COMISIONES.....	146
BIBLIOGRAFIA.....	152

INTRODUCCIÓN.

Desde que el hombre apareció en la faz de la tierra y empezó a formar grupos, surgieron las necesidades de entralzar todos en todos los aspectos de la vida cotidiana para establecer el respeto mutuo y la repartición de los bienes de consumo, así paso a paso fueron surgiendo los lineamientos esenciales de conducta recibidos por los miembros o las órdenes de los líderes de cada grupo que han sido resultados de diversas formas según el grado de cultura que fué alcanzado en cada comunidad.

En un principio el hombre fué uniéndose a grupos formando núcleos sociales con determinadas costumbres, fines, objetivos, normas y lineamientos de conducta para su subsistencia, pero a medida que fueron creciendo esos núcleos sociales o comunidades, empezaron a surgir las necesidades de crear leyes o normas para mantener las pretensiones de sujetos que se oponían a lo establecido por las costumbres, es así como surgió el derecho con el fin de proteger la propiedad, la vida, el honor de las personas, el alimento, así se fué formando poco a poco el sentimiento generalizado de la defensa de los derechos en contra de las pretensiones o agresiones que atentaban en su contra.

Conforme fué pasando el tiempo se fueron depurando por así decirlo, las formas de defensa de los derechos, partiendo de la defensa física que daba lugar a que el más fuerte era el que ostentaba los derechos o se consideraba el poseedor de la verdad y la razón (pensamientos que en la actualidad existe un poco de ese sentimiento), creando después las normas y las leyes que eran aplicadas por determinadas personas consideradas como autoridades con el fin inmediato de quitar las

normas y reglas a aquéllas que infringían los lineamientos de conducta, así fué como se han ido creando los tribunales, las leyes y los reglamentos de las mismas para llegar a establecer un orden jurídico que pretende un orden común para obtener el bienestar de las comunidades, y resolver los conflictos entre las personas integrantes de las comunidades y porque no decirlo también se pretende resolver conflictos entre comunidades y hasta la fecha existen en diversas modalidades dada la complejidad de los derechos adquiridos y la cantidad de leyes que forman el derecho contemporáneo.

Ahora bien, enfocándonos directamente al derecho penal podemos decir que existe desde que apareció el hombre en la faz de la tierra, debido a que por las razones antes anotadas, el hombre es un ser que actúa voluntariamente obedeciendo sus propios impulsos y emociones, como consecuencia aparece el crimen, y como dijera FREUD (1), que todo ser humano es obediente a las fuerzas heredadas de sus instintos vigilantes desde su subconciencia, confiando no obstante, en la educación para mejorar un poco la humanidad, confiando en que el crimen es una cuestión de educación y no de nacimiento; como lo han considerado muchas corrientes y opiniones en torno al crimen o delito siguen un llamado por las diversas legislaciones, consideramos que el estado trata de crear y perfeccionar el derecho penal que no es más que el conjunto de normas encaminadas a determinar los delitos, y las penas aplicables a los sujetos que se colocan en la hipótesis, por el poder del estado en representación de la sociedad".

(1) Citado por Carrasco y Brundage en: "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1966. "Nuevecentos Edición", Pág. 15

Desde la aparición de los estudiosos del derecho, han surgido dogmas, teorías, escuelas, corrientes y definiciones diversas en torno al derecho penal, pero para poder desarrollar brevemente el tema que nos ocupa tomaremos como base la definición del maestro Raúl Carranca y Trujillo "el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de normas mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de inculpatión".

Por otra parte, en México han surgido un gran número de ordenamientos penales que han regido en su momento en el transcurrir de las diversas culturas prehispánicas, durante la conquista, la época de independencia, el imperio, la revolución y la época actual, pero si estudiáramos a cada una de ellas estaríamos eternamente sumergidos en el tema, por lo que para llegar al punto principal del tema concreto del trabajo, únicamente daremos un breve conocimiento de los Códigos Penales que han surgido en México y han tenido vigencia y aplicación concreta aunque de manera breve.

Por otra parte el derecho penal está encaminado y dirigido a proteger la seguridad de las personas y en consecuencia de la sociedad a la cual se aplica ese derecho, es preciso manifestar que existe también una gama de intereses protegidos, los cuales se pueden llevar o determinar de diferentes formas según el momento o la época de aplicación de una norma, por ejemplo el tema objeto de estudio del presente trabajo está encaminado al delito denominado "Atentados al Pudor," mismo que ha sido denominado de diversas formas en cada legislación y en ca-

da Código Penal u Ordenamiento Penal que ha tenido vigencia en diversos lugares y épocas.

El interés personal en este caso de presentar un estudio dogmático del delito de Atentados al Pudor tipificado en el artículo 260 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consiste esencialmente en que a pesar de que la comisión de este delito es frecuente y constante en la vida cotidiana de los ciudadanos pertenecientes a una comunidad tan grande como la nuestra y a pesar de ello en raras ocasiones llega al conocimiento de las Autoridades Penales competentes, esto es debido a que a pesar de ser un delito contemplado en nuestro Ordenamiento Penal gran parte de los ciudadanos ordinarios desconocen la existencia del tipo penal que sanciona tal conducta, y por otra parte en ocasiones el temor o la apatía del sujeto pasivo impiden que se formalice la querrela correspondiente por lo que el órgano persecutorio de los delitos ejerce la acción penal correspondiente en contra del sujeto activo del delito.

En consecuencia de lo anterior, tratándose de un delito plenamente tipificado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal - el cual sanciona una conducta lesiva a la libertad y seguridad sexual de las personas, ya que es una conducta que perjudica al pudor del ser humano, se pretende realizar un estudio mediante el cual se aclare la ubicación del delito de Atentados al Pudor dentro de la Teoría General del Delito, haciendo un estudio comparativo de la evolución de dicha norma en todos y cada uno de los Códigos Penales que han tenido vigencia en el Distrito Federal, así como en algunos de los Estados y

En el capítulo de estudio comparativo del mismo con algunas legislaciones extranjeras.

Por otra parte se pretende dar una breve explicación de las formas de aparición del Delito, los sujetos que participan en él, y la distinción que existe entre el mismo y otros delitos, así como el objeto de cada uno de ellos, y el grado de gravedad de los que se cometen en el mismo, y la frecuencia con que se cometen en la vida diaria de las personas, y las embargos de conciencia tan como la existencia de un tipo penal que lo sancione.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MÉXICO.

En México han surgido un gran número de culturas, las cuales traen consigo sus costumbres, hábitos, religiones, normas y leyes propias, de las cuales se pueden estudiar una serie de conductas que eran castigadas por ser contrarias a la costumbre o a la moral y en consecuencia a la ley que rige en cada momento, es por esto que podemos observar en el caso concreto que el delito de Atentados al Pudor, si bien no existía en cuanto a denominación, fué hasta el Código Penal de 1871 que aparece, pero si consideramos que la conducta específica que hoy se tipifica como Atentados al Pudor, ya existía en otras culturas y épocas, siendo castigada de igual forma, pero con el pasar del tiempo las legislaciones cambian de tal manera que en ocasiones se perfeccionan los tipos penales o se eliminan los que se consideran obsoletos o no caen en conducta anormal, así pues, el delito de Atentados al Pudor aparece específicamente en el Código Penal de 1871 incluyéndose en el título de "Delitos Contra el Orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres."

El Derecho Penal como parte integrante del cuerpo de normas que regulan las conductas humanas, puede entenderse como el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas. Dicho de otra forma, es el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y las medidas de seguridad. (2)

(2) Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1987. Págs. 15 y 16.

La prohibición de conductas se aprecia claramente en los delitos formales o de mera conducta, como por ejemplo los Atentados al Pudor, estupro, incesto, etc.; en estos delitos la omisión es por exigencia y no por hecho, puesto que no hay mutación en el mundo exterior una vez consumado el delito, como lo estudiaremos más adelante.

1.- CODIGO PENAL DE 1835 DEL ESTADO DE VERACRUZ.

El Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, fué el primer Código Penal Mexicano, ya que hasta esa fecha no se habia promulgado ningún ordenamiento penal, pero el 28 de Abril de 1835 se promulgó el Código elaborado desde 1832 por la Comisión de Diputados integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornell y otros.

Este Código está compuesto de tres partes que se dedican a: las penas y los delitos en general; los delitos contra la sociedad y los delitos contra los particulares.

A pesar de que este Código introdujo en su Título VI los delitos contra la moral, la honestidad y decencia pública, no se contempló el delito de atentados al pudor, ya que únicamente dentro de este título, en los artículos 472 a 475 se tipificó el llamado delito de atropello a la moral pública definido de la siguiente manera: "de las palabras y acciones obscenas en sitios públicos, y de la distribución de escritos, pinturas o estampas de la misma clase". En la sección segunda del mismo título se sanciona al delito de corrupción de menores llamándolo de la siguiente forma "de los que promueven o fomentan la prostitución o corrompan a los jóvenes o contribuyan a cualquiera de estas cosas".(3)

2.- CODIGO PENAL DE 1869 DEL ESTADO DE VERACRUZ.

En México muchas han sido las normas que regulan las conductas humanas, sancionando aquellas que son consideradas como contrarias al bien común o las buenas costumbres; pero durante muchos siglos no existió

(3) Leyes Penales Mexicanas.- Tomo I.- Instituto Nacional de Ciencias Penales.- México, 1979.

tió una ley específica que se encargara de dictar o castigar las conductas y sanciones del Derecho Penal, esto es que en México no había un Código Penal que se encargara de regular conductas que se considerarían como delitos y la sanción que se les aplica a cada una de ellas.

Fue en el Estado de Veracruz en donde se promulgó el primer Código Penal, gracias a Don Fernando J. Corona que fue el principal realizador del Código Penal de 1869, en donde se contemplan los delitos de la siguiente manera:

En este Código fue la primera vez en que en México se contempló un poco la conducta referente a los atentados al pudor aunque no precisamente se haya tipificado el delito que ahora conocemos como atentados al pudor y lo podemos observar en el libro segundo de dicho ordenamiento cuando trata los delitos contra la moral, la honestidad y la desecencia pública del título vigésimo séptimo, y el artículo 527 del mismo ordenamiento a la letra dice: "Los que con palabras, gestos o acciones deshonestas ofendieren al pudor, sufrirán de 15 días a 6 meses de arresto. Se tendrá como circunstancia agravante para la imposición de la pena, cometer este delito en templo o en cualquier acto religioso; o en las plazas, paseos, muelles, calles, ríos, lagunas, orillas del mar, teatro o cualquier otro lugar de concurrencia pública. Si en espectáculo, títeres, marionetas o en cualquier otra clase de diversión cometieren este delito los actores del mismo espectáculo o diversión, además de sufrir la pena expresada, pagará una multa de \$10.00 a \$50.00, serán extraídos inmediatamente del local en que delinquieren y no se les permitirá representar ni ejercer sus habilidades en el territorio del Estado." (4)

Así pues como lo hemos manifestado anteriormente, este artículo, aunque no tipifica ni describe el delito de atentados al pudor como lo conocemos actualmente, si lleva implícita la acción que podemos ahora considerar como tal delito; ya que textualmente dice que los que con

(4) *Ibidem*, pág. 241.

palabras, gestos o acciones deshonrosas o de injuria al pudor, será de-
terminar a la comisión que se establezca por lo que una comisión de
honestas personas entender que se pueda aplicar en el presente caso
a la ejecución de un acto erótico sexual si libérase en una per-
sona sin su consentimiento. Es por esto que consideramos que este
Código Penal introduce el antecedente del delito de los atentados
al pudor, ya que en esencia se castigaba el hecho aunque no típi-
ficado como se encuentra en los códigos posteriores y que han tenido
de vigencia y aplicación.

3.- CODIGO PENAL DE 1871 (MARTINEZ DE CASTRO).

En Septiembre de 1868 se integró una comisión para continuar
los trabajos de estudio y redacción de un Código Penal Federal que
se había iniciado desde el año de 1862 y habiéndose interrumpido -
por la intervención francesa, fué presidida dicha Comisión por Don
Antonio Martínez de Castro, fungiendo como vocales los Lics. Juan
José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, y Manuel M. de -
Zamacona y una vez terminado el proyecto fué aprobado por la Cáma-
ra y promulgado el 7 de Diciembre de 1871 para entrar en vigor el
1^o de Abril de 1872.

Este Código Penal llamado "Código de 71" ó "Código de Martí-
nez de Castro" se compuso de 1151 artículos de los cuales sólo uno
era transitorio y fué basado en el Código Español de 1870. (5)
Este ordenamiento penal fué la innovación para las leyes mexicanas
puesto que introducía una serie de cambios en materia de delitos y
tratamiento de delincuentes gracias a la dedicación y Sapiencia -
Jurídica del Lic. Martínez de Castro, así pues, a pesar de que se
creía provisional este Código, fué hasta 1929 que tuvo vigencia.

(5) Carranca y Trujillo Raúl.- Ob. cit. Pág. 126.

Este Código dedica su título VI a los "delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres", y en su capítulo III de este título, contempla "los atentados contra el pudor, estupro y violación".

Los llamados atentados contra el pudor, los tipifica en el artículo 789 y sanciona con los artículos 790, 791 y 792, que a la letra dicen:

Artículo 789. Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecuta en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo.

Artículo 790. El atentado contra el pudor ejecutado sin violencia física ni moral, se castigará con multa de primera clase, con arresto mayor, o con ambas penas, a juicio del juez según las circunstancias, si el ofendido fuere mayor de catorce años.

Cuando se ejecute en un menor de esa edad, o por medio de él, se castigará con una multa de 10 a 200 pesos, con arresto mayor, -- o con ambas penas.

Artículo 791. El atentado cometido por medio de la violencia física o moral, se castigará con la pena de dos años de prisión y multa de 50 a 500 pesos, si el ofendido fuere mayor de catorce años.

Si no llegare a esa edad, la pena será de tres años y multa de 70 a 700 pesos.

Artículo 792. El atentado contra el pudor se tendrá y castigará siempre como delito consumado.

4.- CÓDIGO PENAL DE 1929 (ALMARAZ).

Desde el año de 1912 se presentó un nuevo proyecto de reformas al Código de 1871, respetando el sentido y proyección social, sólo que se pretendía adecuar a la coyuntura actual de ese tiempo por los adelantos tecnológicos y políticos, pero debido a las señas de profusión y sucesos originados por el movimiento revolucionario, fue imposible dedicarse enteramente a legislar, por lo que fué hasta 1929 cuando el Presidente Portes Gil, expidió el 30 de Septiembre un nuevo Código Penal consistente en 1233 artículos incluyendo cinco transitorios.

Este nuevo Código Penal fué basado principalmente en el Código Penal de Veracruz de 1869 y parte en el Código Penal de 1871, pero adoleciendo de grandes deficiencias de redacción y cayendo de duplicidad de conceptos, razón por la cual no tuvo duración en su vigencia. En la elaboración de este Código Penal intervino el Lic. José Almaráz quien en su exposición de motivos, afirma que a pesar de las deficiencias de este Código Penal, se está dando un paso en cuanto a la individualización de la pena como defensa social, suprimiendo la pena de muerte entre otras innovaciones; pero se llegó a catalogar como proyecto por demás poético, en virtud de que la gran mayoría de sus novedades fueron irrealizables por representar un gran costo por el erario, en consecuencia lo que se quería era un proyecto práctico y se formó una nueva Comisión Redactora.

En cuanto al delito materia de estudio en el presente trabajo, podemos ver que se tipifica en el artículo 851 y sanciona en los artículos 852, 853 y 854; y se contienen en los llamados delitos contra la libertad sexual, denominándolo "de los atentados al pudor".

(6)

(6) Martínez Roaro Marcela.- Delitos sexuales.- Edit. Porrúa.- México, 1985.- Pág. 139.

5.- CÓDIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal de 1931 está formado inicialmente por 400 artículos, conteniendo tres transitorios; fué promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio y tuvo una aplicación en el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

El Presidente de la Comisión Redactora fué el Lic. Alfonso Teja Sabre quien razonó su exposición de motivos con lo siguiente: - "Ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal, sólo es posible seguir la tendencia práctica y realizable".

Este Código de 1931 es el que tiene vigencia actualmente y aun que ha sido objeto de numerosas reformas, ha tenido la suficiente consistencia para afrontar los problemas de nuestra gran Ciudad y el conocimiento de las instituciones, acrecentando así las conductas antisociales, pero a pesar de que en su elaboración se procesó un lenguaje sencillo y accesible, y en sus conceptos se apreció la visión futurista, con independencia de las novedades que se introdujeron, que más adelante detallaremos, es necesario pensar que después de medio siglo de vigencia, la sociedad necesita un nuevo Ordenamiento Penal adecuado a sus problemas actuales y vivientes, ya que como lo dije anteriormente, las ciudades crecen, su población se multiplica, la deficiencia protesta por todas partes y, por qué no decirlo, la necesidad de defensa es más necesaria. Así se vuelve más complejo el catálogo de delitos y de conductas que deben someterse al estudio y aplicación de la Ley Penal; en consecuencia, se requiere una aplicación más concreta y actual para no caer en la obsolescencia y en la injusticia.

En fin, nuestro Código Penal vigente puede ser analizado por muchos puntos de vista, pero concretamente no se puede negar que es un ordenamiento que en su momento fué un gran trabajo para la aplicación en la sociedad con resultados satisfactorios, recibiendo gran acapido por algunos y críticas por otros; pero innegable es que introdujo conceptos bastante nuevos como son: Mantener abolida la pena de muerte, la creación de los mínimos y máximos de aplicación de sanciones estableciendo reglas para el arbitrio judicial, la tentativa, las formas de participación, se incluyen las circunstancias exculpativas de responsabilidad, se instituye la multa y la reparación del daño como pena pública.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal ha servido como base para la elaboración de los Códigos Penales de los Estados de la República Mexicana, haciendo claro sus modificaciones para cada territorio estatal por condiciones propias de su modo de vida y necesidades económicas y políticas; pero en esencia la base ha sido el "Código Penal de 31" ó "de Martínez de Castro".

El título décimo quinto del Código Penal vigente denominado "Delitos Sexuales" se compone de cinco capítulos y cada uno de ellos -- comprende los siguientes tipos penales: Capítulo I, Atentados al Pudor, Estupro y Violación; Capítulo II, Rapto; Capítulo III, Incesto; Capítulo IV, Adulterio; y Capítulo V, Disposiciones Generales.

Ahora bien, el tema que nos ocupa en el presente trabajo es el delito de "Atentados al Pudor" tipificado en el Artículo 269 y que a la letra dice:

" Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber. o con consentimiento de esta última, ejecuta 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 hiciera 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. "

6.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1949.

El Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y territorios federales elaborado en el año de 1949 contempló, entre otros, el delito de abusos deshonestos dentro de el tema llamado de los delitos sexuales.

La definición legal que se le da al delito de abusos deshonestos está contenida en el artículo 250 de dicho proyecto y a la letra dice "al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a doscientos pesos".

También señala el artículo 250 una agravante consistente en sanción que va de seis meses a cuatro años de prisión si para la comisión de la conducta señalada anteriormente se emplea la violencia física o moral sobre el sujeto pasivo.

Como vemos este proyecto de Código Penal contempla el llamado delito de atentados al pudor, con la variante de que lo denomina abusos deshonestos siendo contemplado también dentro de el Capítulo de Delitos Sexuales y conteniendo una definición similar a la contenida en el artículo 260 del Código Penal de 1931, mismo que tiene vigencia actualmente, con la única variante de que el proyecto de 1949 sanciona

La conducta ejecutada en otra persona consistente en un acto castico, suprimiendo la palabra sexual como lo contemplaba el Código de 1949.

7.- PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

En el año de 1963, se celebró un Congreso Nacional de Procuradores a instancias de la Procuraduría General de la República, concluyéndose en la necesidad de recopilar las leyes penales y crear un ordenamiento que rigiera en todo el territorio nacional; para tal efecto se comisionó a los representantes de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a elaborar un Anteproyecto del Código Penal Tipo de 1963, resultando un Proyecto de 365 artículos, mismo que nunca llegó a tener vigencia por no ser promulgado debido a la serie de desacuerdos y errores contenidos en dicho proyecto.

Por otra parte el proyecto en cuestión contempla el delito de los atentados al pudor dentro de el título dedicado "a los delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales", y en su artículo 315 tipifica y sanciona el delito de abusos deshonestos, mismo que contiene una definición similar a la contenida en el proyecto de 1949, con la variante de que incluye otra calidad al sujeto pasivo cuando dice: "o en persona que por cualquier causa no pudiese resistir", dando a entender que se incluyen las personas deficientes mentales o con alguna incapacidad física que les impide resistir la actividad desarrollada por el sujeto activo.

Este proyecto al contemplar el delito de abusos deshonestos dentro de los llamados delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales, se aparta un poco del sentido de tutela de los delitos sexuales, dando a entender que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual de las personas, sino que se basa en la naturaleza de la acción.

6.- REFORMA A LOS ARTICULOS 260 Y 261 DEL CODIGO PENAL DE 1931, POR DECRETO DE 1988.

Con objeto de actualizar el estado del delito de Atentados al Pudor, a continuación damos una reseña de la reforma al texto legal de los artículos 260 y 261 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ordenada por decreto de fecha 29 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial de 4 de Enero de 1989, para entrar en vigor el 1° de Febrero del mismo año.

Esta reforma consiste en el cambio de redacción incluyendo nuevos términos en el tipo penal ya existente del delito de Atentados al Pudor, comprendido en los llamados "Delitos sexuales" para quedar de la siguiente manera:

"Artículo 260.- Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión."

En cuanto al artículo 261, éste fue reformado totalmente, puesto que el texto anterior a la reforma se refería a la improcedencia de la

tentativa, y textualmente decía: "el delito de atentado contra el pudor solo se castigará cuando se haya consumado", pero el texto que sigue a partir del 1º de Febrero de 1989 se refiere a la ejecución de la conducta típica descrita en el artículo 260, pero cuando se comete en persona menor de 12 años, y a la letra dice:

"Artículo 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en persona menor de doce años de edad o en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión".

Así pues, podemos manifestar que la reforma sufrida por el tipo penal de Atentados al Pudor, contiene varios elementos nuevos que podemos mencionar de la siguiente manera: a) se elimina la palabra coercitiva y se introduce la palabra "fasciva"; b) se crea el concepto o la hipótesis consistente en "o la obligue a ejecutarlo"; c) se elimina la calidad de pasivo consistente en "persona puber o impuber" para quedar solamente "al que sin el consentimiento de una persona"; d) se modifica la sanción y se impone ahora "prisión de quince días a un año o de diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad"; aclara el mismo artículo que cuando se emplea la violencia física o moral, la pena será agravada de uno a cuatro años de prisión.

Por su parte el artículo 261, impone una entidad al sujeto pasivo y consiste en que éste sea mayor de 12 años o que por cualquier causa no pueda resistirlo, esto quiere decir que se contempla la ejecución de la conducta típica en una persona incapaz mentalmente o bien cualquier persona que físicamente no pueda evitar la acción por tener impedimento, por ejemplo encontrarse en estado de inconciencia. En cuanto a la sanción para esta hipótesis contemplada en el artículo 261 está agravada y será de seis meses a dos años de prisión o veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad, pero cuando se emplea la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión.

A manera de conclusión podemos decir que con la reforma al tipo penal y a la sanción de la conducta definida por el artículo 260, a pesar de los cambios en las calidades del sujeto pasivo y en la mejor de finición de la conducta, podemos decir que se conservó el elemento subjetivo consistente en la intención de el sujeto activo, la cual debe ser ajena al propósito de llegar a la víctima.

B. EVOLUCION HISTORICA EN EL LEGISLAO PENAL COMPARADO.

El delito que nosotros denominamos de atentados al pudor, tipificado en el artículo 260 del Código Penal de 1931 vigente para el Distrito Federal, también es contemplado en otras legislaciones aunque de diferente forma en cuanto a su definición legal y denominación, pero en el estricto sentido de la acción ejecutada por el sujeto activo con elementos subjetivos de no querer llegar a la cópula, es similar, en las diversas legislaciones. Como ejemplos citaremos la definición legal del delito y su denominación que se le da en los Códigos penales de Argentina, Brasil y Cuba, por citar algunos casos.

1.- CODIGO PENAL DE LA ARGENTINA.

El Código Penal de Argentina denomina el delito de atentados al pudor como delito de Ultrajes al Pudor y se contiene dentro del Título de los llamados Delitos contra la Honestidad.

El delito de ultrajes al pudor está tipificado en el artículo 127 (7), que a la letra dice: "Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años al que abusare deshonestamente de personas de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal. Si el autor del hecho fuera alguna de las mencionadas en el artículo 122 se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión".

Las circunstancias a que se refiere el artículo 119 son las siguientes: 1a. cuando la víctima fuere menor de 12 años. 2a. cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir y 3a. cuando se usare la fuerza o intimidación.

(7) Jiménez de Asúa Luis.- Códigos Penales Iberoamericanos.- Estudio de Legislación Comparada.- Tomo I.- Edit. Andrés Bello.- Caracas 1946.- Pág. 438.

En cuanto a las características del sujeto activo que señala el artículo 122 son las siguientes: cuando el autor del hecho es ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote, o encargado de la educación o guarda de aquella "el sujeto pasivo" o con el concurso de dos o más personas.

De la definición legal que se da al delito de ultrajes al pudor se desprende que la conducta es similar a la sancionada por el delito de atentados al pudor que sanciona nuestra legislación vigente, aunque con distinta redacción, pero con el elemento subjetivo de la no intención del sujeto activo de buscar o pretender el acceso carnal - que es equiparable a la cópula como se denomina en nuestro Código Penal.

Por otra parte el Código Penal de Argentina detalla las características de los sujetos pasivo y activo aplicando una agravante en la pena para determinados sujetos, siendo dicha agravante mucho más elevada que la aplicada en nuestro ordenamiento penal.

2.- CODIGO PENAL DE BRASIL.

El Código Penal de Brasil destina su título VI a los Delitos contra las costumbres conteniendo en su capítulo 1º los delitos contra la libertad sexual, y en su artículo 214 define y sanciona el llamado delito "atentado violento contra el pudor" y a la letra dice:

Artículo 214 (Atentado violento contra el Pudor).

"Obligar a alguien mediante violencia o amenaza grave a practicar o permitir que con él se practique un acto impúdico diferente del ayuntamiento carnal.

Pena: Reclusión de dos a siete años. "

El artículo 216 del mismo Código sanciona el delito de atentado al Pudor mediante engaño y dice: " Inducir a mujer honesta mediante - engaño a practicar o permitir que con ella se practique acto impúdico diferente al ayuntamiento carnal. Pena: Reclusión de uno a dos años.

Si la ofendida es menor de 18 años y mayor de 14, la pena será - reclusión de dos a cuatro años." (3).

Este Código Penal de Brasil, aunque con redacción completamente distinta a la conocida por nosotros para el delito de Atentados contra el Pudor, contiene la acción o conducta del sujeto activo con el ya mencionado elemento subjetivo, consistente en la no intención de - llegar al ayuntamiento carnal o cópula como se denomina en nuestro - país; pero el sentido de la sanción hacia una conducta encaminada a - satisfacer deseos eróticos de carácter libidinosos sobre otra persona sin la intención de concluir en un ayuntamiento carnal. Por lo tanto el Código Penal de Brasil sanciona correctamente el delito que nosotros llamamos Atentados al Pudor.

3.- CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE CUBA.

El Código Penal de Cuba también dedica un Capítulo a los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, incluyendo en éstos los delitos de violación y abusos deshonestos, (éste último equiparante al delito de atentados al pudor).

El delito de Abusos Dishonestos está tipificado en el artículo - 483 de dicho ordenamiento definiéndolo de la siguiente manera:

Artículo 483. - A) " que sin ánimo de acceso carnal abusare des-

(3) Idem. Pág. 643.

honestamente de una mujer, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será sancionado con privación de libertad de seis meses y un día a tres años.

B) Si el abuso deshonesto tuviere lugar con persona del mismo sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas anteriormente, la sanción será de privación de libertad de uno a cuatro años.

C) No concurriendo en el abuso deshonesto ninguna de las circunstancias del artículo 482, la sanción será de un mes y un día a seis meses o multa de 31 a 180 cuotas, o ambas, cualquiera que sea el sexo de los culpables o de la víctima.

En cuanto a las circunstancias a que se refiere el artículo 483, y que dice se expresan en el artículo 482, son las siguientes:

1° Usando de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito.

2° Aprovechando la circunstancia provocada o no por el agente de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido, o incapacidad para resistir.

3° En todo caso si la mujer fuere menor de 12 años aunque no concurriere ninguna de las circunstancias en los dos números anteriores. (9)

Al igual que los códigos Penales de Brasil y Argentina señalados en puntos anteriores, el Código de Defensa Social de Cuba da un trata

(9) Idem. Págs. 958 y 959.

miento especial al delito que nosotros conocemos como atentados al pudor, denominándolo "Delito de Abusos Deshonrosos", con la variante de que está protegiendo únicamente a la mujer, esto es que la calidad -- del sujeto pasivo está limitada sólo al sexo femenino, y tratando en -- inciso por separado, sanciona con pena agravante el abuso cometido so-bre persona del mismo sexo, incluyendo así la posibilidad de que el hecho se cometa sobre persona del sexo masculino.

Por otra parte, el sentido estricto del elemento subjetivo a que nos hemos venido refiriendo consisten en la falta de ánimo del sujeto activo del delito de llegar al acceso carnal o de realizar la cópula, quedando definido claramente el delito de atentados al pudor tal y como lo trata nuestra Legislación Penal vigente para el Distrito Federal.

CAPITULO SEGUNDO

C O N C E P T O

A.- ETIMOLOGÍA

Etimológicamente podemos considerar que la definición legal que se le dá al delito materia de nuestro estudio consiste principalmente en la naturaleza de la acción ejecutada por el sujeto activo sobre la persona del pasivo, esto es que el llamado delito de "Atentados al Pudor" significa la ejecución de un acto criminal contra las personas, - recayendo específicamente en los conceptos de vergüenza y recato.

El delito de Atentados al Pudor puede ser analizado doctrinalmente en cuanto a su denominación o concepto dada su naturaleza, pero in dependientemente de ello el contenido o el sentido etimológico puede ser razonado lexicológicamente, aplicando el significado de cada una de las palabras que lo componen y al respecto podemos decir que de acuerdo a la lengua española Atentado es: un acto criminal contra las personas o cosas; y Pudor: vergüenza o recato. (10)

En consecuencia de lo anterior, la denominación que se dá al delito materia de estudio del presente trabajo está enfocada a la naturaleza de la acción ejecutada y del bien jurídicamente protegido que en este caso está dirigida dicha acción sobre un objeto material (jurídicamente hablando) y que en este tipo de delito lo es la persona y principalmente las partes relativas a la sexualidad provocando así el sentimiento de vergüenza o recato como lo señala la definición antes mencionada.

(10) García-Pelayo y Gross Ramón. Diccionario Larousse Usual. Ediciones Larousse. México 1982. Págs. 69 y 606

B.- CONCEPTO

El delito de Atentados al Pudor que se encuentra sancionado en el artículo 260 del Código Penal, tiene una redacción de la cual podemos interpretar que es una conducta realizada por un sujeto activo sobre otro sujeto pasivo y esta conducta que necesariamente tiene que ser -- una acción y nunca una omisión, tiene que llevar un propósito directo y es la intención de satisfacer un deseo erótico sexual sobre el cuerpo de el sujeto pasivo, pero nunca deberá llevar la intención ni encaminar tal acción a realizar la cópula porque entonces estaríamos en la hipótesis de otro delito como la violación o el estupro.

Así pues de la redacción del tipo penal podemos entender que los Atentados al Pudor, son acciones lujuriosas ejecutadas sobre el cuerpo de una persona sin el consentimiento de ésta o habiendo obligado al sujeto pasivo a ejecutar tocamientos en el cuerpo del sujeto activo, como más adelante estudiaremos las variantes formas de ejecución del delito.

En consecuencia de lo anterior, podemos considerar que el delito de Atentados al Pudor, es una conducta exteriorizada y manifestada por un sujeto, ejecutando actos erótico sexuales sobre otro, esto es, realizar actos lujuriosos sobre otra persona sin el consentimiento de ésta, con el mismo propósito de satisfacer los deseos erótico sexuales, pero sin llevar la intención de llegar a la cópula o conjunción carnal.

Otro elemento que menciona el tipo penal de Atentados al Pudor es la calidad del sujeto pasivo que es persona púber o impúber, esto es --

que los actos lujuriosos pueden ser ejecutados en una persona adulta o menor de edad pero de cualquier sexo, esto es que el sujeto activo también puede ser de cualquier sexo y no es privativo de uno solo. En cuanto a la voluntad del sujeto pasivo, el tipo penal dice claramente "al que sin consentimiento de una persona púber o impúber o con el consentimiento de esta ..." con lo que queda claro que las acciones lujuriosas o libidinosas ejecutadas deben ser en contra de la voluntad del sujeto pasivo y tratándose de persona impúber puede suceder que haya consentimiento, pero para efectos legales ese consentimiento estará viciado puesto que se supone que un impúber no tiene capacidad suficiente para decidir o para discernir sus actos.

C.- DEFINICIÓN LEGAL DE ATENTADOS AL PUJOR.

La definición que se ha dado al delito de Atentados al Pudor ha variado conforme han sido promulgados los diferentes Órgenes penales que han tenido vigencia en México, así pues cada uno le dió una definición acorde al tratamiento de los delitos sexuales que se han contemplado en cada uno.

Así pues es de observarse que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, promulgado en 1931, define al delito de Atentados al Pudor como un delito autónomo, con una penalidad o sanción aplicable para el caso de la comisión y aún una agravante, dejándolo como un tipo penal integrante de los llamados "delitos sexuales", excluyéndolo de al figura de tentativa de otros delitos como violación o estupro.

En consecuencia de la redacción del tipo penal de Atentados al Pudor que se le dá a nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, resulta una mayor comprensión y entendimiento para adecuar la conducta realizada por el sujeto activo al tipo penal, sin que se confunda con la tentativa de comisión del delito de violación o estupro, lo cual ocasionaría una inexacta aplicación de la Ley Penal, violando en su caso las garantías individuales de las personas.

De lo anterior se puede partir para una sencilla comparación con las diversas definiciones que se le han dado al delito de Atentados al Pudor en los diversos ordenamientos penales que han tenido vigencia en el Distrito Federal, por ejemplo en el Código Penal de 1871 se establecía el siguiente tipo penal "se dá el nombre de Atentados al Pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y que se ejecute en la persona de otro sin su voluntad, sea cual fuere su sexo". (11)

Por otra parte el Código Penal de 1929, define el delito de Atentados al Pudor de la siguiente forma: "Se dá el nombre de Atentados al Pudor a todo acto erótico-sexual que, sin llegar a la cópula carnal, se ejecuta en una persona púber sin su consentimiento, o en una impúber, aún con el consentimiento de ésta". (12)

Como vemos, la terminología cambia de una definición a otra, pero el sentido y la naturaleza de la acción típica no cambia, ya que se —

(11) Martínez Roaro Marcela. op. Cit. Pág. 790

(12) Idem. Pág. 139

preserva el elemento subjetivo del sujeto activo y que es un elemento sustancial para la existencia del delito de Atentados al Pudor.

D.- DIVERSAS DENOMINACIONES.

El delito de "Atentados al Pudor", en nuestra legislación Penal - ha sido contemplado y sancionado desde el Código Penal de 1871 o Código de Martínez de Castro, pero sin embargo podemos apreciar que la conducta sancionada bajo la denominación de Atentados al Pudor, es sancionada también por otras legislaciones pero con diversas denominaciones.

Pero aún dentro de nuestra legislación se ha llamado al delito de diversas formas como por ejemplo: El Código de 1871 lo llama "delito de Atentados contra el Pudor", y el Código de 1929 "delito de los Atentados al Pudor", el proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 lo llama "abusos deshonestos", el proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, de igual forma lo llama "abusos deshonestos".

La legislación española trata el delito como "abusos deshonestos" originándose en el Código de 1822, luego repitiendo el mismo tratamiento el Código Penal de 1850 y el de 1870.

El Código Panameño denomina al delito de Atentados al Pudor como "Ultrajes Violentos al Pudor" en su artículo 284. La legislación alemana lo denomina "Abusos Sexuales"; en Italia se le denomina "Delito de Libidiné Violenta".

Ahora bien cada legislación ha incluido al delito de Atentados al Pudor dentro del capítulo de delitos sexuales, aunque con diferentes denominaciones, pero en el fondo se considera que de acuerdo a la clasificación general de los delitos es el mismo bien jurídicamente tutelado y que es la libertad sexual de las personas, así pues la legislación española incluye el delito llamado Abusos Deshonestos en el título noveno denominado "Delitos Contra la Honestidad". (13)

En Italia se contempla el "Delito de Libidiné Violenta" dentro -- del título denominado "Delito Contra la Moralidad Pública y las Buenas Costumbres". El Código Penal de Ecuador contempla el delito de Atentados al Pudor al igual que la legislación mexicana y de igual forma lo incluye en los llamados "Delitos Sexuales".

Como lo hemos manifestado en párrafos que anteceden, el delito de Atentados al Pudor es tratado en las diversas legislaciones con una -- terminología o definición diferentes, pero sin variar nunca el sentido natural de la acción ejecutada por el sujeto activo.

Finalmente, el Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, mis mo que está vigente, contempla el delito bajo la denominación de - - "Atentados al Pudor" y dentro del título de "Delitos Sexuales", cumpliendo así un poco con la tradición que han seguido las legislaciones para referirse a la acción típica sancionada, consistente en la ejecución de un acto erótico-sexual, o deshonesto o impúdico, etc., sobre -

(13) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo II Parte Especial. -- Bosch Casa Editorial, Barcelona. Decimotercera Edición. P. 574

otra persona, pero sin el propósito de llegar a la cópula o conjunción carnal, lo que se traduce en un acto que implica una satisfacción lividiosa o enfermiza por parte de un sujeto, con la sola acción de tocar o manosear las partes sexuales de otra implicando un ataque a la ver-
guenza o al recato de las personas, ya que se está provocando el senti-
miento personal de pudor.

CAPITULO TERCERO

TEORIA DEL DELITO

A.- LA CONDUCTA.

La conducta es un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre.

La conducta es el primer elemento del delito, y sin éste no podrá existir la comisión de un delito puesto que no habrá voluntad del sujeto para querer causar un daño o cometer o relizar determinada acción que sea antijurídica. Así pues, la conducta puede exteriorizarse mediante acción u omisión, esto es que, puede la conducta humana ser constitutiva de delito cuando se manifiesta positivamente o negativamente.

El hecho positivo es un movimiento corporal que produce un resultado como efecto, siendo un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Si el hecho es negativo consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado. Así pues entenderemos que la conducta se divide en la acción y en la omisión, siendo la acción una actividad positiva que se transforma en hacer lo que no se debe hacer, violando la norma prohibitiva; la omisión es la actividad negativa, dejando de hacer lo que se debe de hacer para evitar un resultado, es omitir obediencia a la norma que impone un deber hacer, y al omitir ese mandato de hacer se produce un resultado típico.

El resultado obtenido por la acción u omisión es el cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, con relación de causalidad entre la conducta y el resultado, salvo en los delitos formales o de conducta que son aquellos en los cuales la ley no requiere un resultado para considerarlos delitos, puesto que se consuman y perfeccionan con solo el comportamiento positivo o negativo del sujeto activo, tal y como se establece en la norma penal.

La doctrina penal distingue a los delitos en orden a la conducta y en orden al resultado material, pero el Profesor Celestino Porte Petit distingue el elemento positivo de la conducta como "Conducta o Hecho", quedando la palabra conducta reservada para los delitos formales o de mera conducta y la palabra o elemento hecho, para los delitos materiales o de resultado. (14)

Así pues para que la conducta sea considerada como comisiva de un delito, se requiere que exista la voluntad del sujeto activo de querer causar un resultado y además que esa voluntad se exteriorice mediante un acto, o mediante la indiferencia ante un deber hacer mandado por la norma penal. (omisión)

Para poder conceptuar o determinar lo que es el elemento principal del delito y que es la conducta, los estudiosos del Derecho han usado varias denominaciones como lo hemos visto anteriormente y son, entre otras: acto, conducta, hecho, acción y comisión, pero lo cierto

(14) Op. Cit. P. 291.

es que para que haya delito se requiere de una actividad voluntaria - realizada por el hombre, encaminada a producir un resultado sancionado por las leyes penales; como lo define el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 7o. "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Ahora bien, dentro del tema específico que es el delito de Atentados al Pudor, a reserva de ampliar conceptos y encuadrarlo más adelante en la teoría del delito, podemos afirmar que es un delito formal o de conducta, puesto que la ley penal castiga una conducta únicamente, sin esperar un resultado, esto es, que al consumarse una acción, (jamás será un delito de omisión), ejecutada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, se considera que se ha llevado a cabo el delito, pues se coloca en la hipótesis del precepto legal, en consecuencia, en los Atentados al Pudor, la conducta es positiva o de acción.

Por otra parte es preciso manifestar que la conducta desplegada por el sujeto activo sobre la persona del pasivo, no cambia el mundo exterior de ésta, ni en lo físico, ni en lo jurídico; es por eso que el delito de atentados al pudor es considerado como formal o de mera conducta. (15)

Del análisis del artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice "al que sin consentimiento de persona púber o impúber, o con el consentimiento de ésta, ejecute un acto cróti-

(15) Forze Instit. Comandap Celestino. Op. cit. P. 15.

co sexual en ella, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán los arts. 148 y 149 del Código Penal y multa de cinco a cincuenta pesos", se aprecia la existencia de un elemento subjetivo del sujeto activo de delito, consistente en el ánimo libérico o de lujuria, ya que para saber si el sujeto activo llevaba la intención de ejecutar un acto erótico sexual, se debe estar a la manifestación emocional y corporal del activo al realizar la conducta anormal y antijurídica.

Para declarar un poco lo anterior, es procedente manifestar que los actos erótico-sexuales como lo define el Código Penal, siempre deben ser conductas morbosas y libidinosas, pero jamás con la intención de llegar a la cópula, lo cual se comprueba en un momento dado por las circunstancias de hecho en el lugar y tiempo, como de ser un ataque violento sobre una persona, se estaría ante un delito de violación en grado tentativo, entonces pues, cuando la conducta erótica sexual está encaminada únicamente a realizar los actos libidinosos, pero sin que no haya intención de llegar más allá de la satisfacción libidinoso.

Como consecuencia de la variedad de interpretación que se le puede dar a la fase "erótico sexual sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula", ha sido necesario para los tribunales tener como conducta erótica sexual, toda aquella acción del sujeto activo que de acuerdo a su exteriorización, manifiestan la intención de morbo libidinoso, encaminado o encausado a la sexualidad y paccen a ser...

actos tales como: palpación o tocamiento de las partes sexuales de otra persona, humillaciones obscenas, frotamiento de los órganos sexuales sobre el cuerpo de la víctima o sujeto pasivo, sin ningún propósito o cualquier manoseo realizado en el cuerpo de una persona con intenciones morbosas o lujuriosas con un goce sexual para el activo o sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Para que el delito de Atentados al Pudor sea consumado, se requiere necesariamente que una persona ejecute voluntariamente sobre otra alguna actividad física, encaminadas a satisfacer sus deseos erótico-sexuales, con las manifestaciones descritas en el anterior párrafo, sin el afán o la intención de llegar a la cópula, en consecuencia quedan completamente fuera de conducta delictuosa las actitudes como sensos, pensamientos, inclinaciones enfermizas, palabras obscenas o eróticas, deseos sexuales, gestos, ademanes o tocamientos en las propias partes del cuerpo, etc.

Así pues, aunque una persona satisfaga sus deseos eróticos con el pensamiento o con masturbaciones, mientras no ejecute algún acto de tocamiento sobre las partes sexuales de otra persona, no estará cometiendo el delito de Atentados al Pudor.

Algunos autores consideran que los Atentados al Pudor es un delito corporal, porque el sujeto pasivo siempre lo sufre en su persona, razón por la cual se han desarrollado diversas opiniones en el senti-

do de que el precepto legal encuadra varias hipótesis, como por ejemplo el Profesor Francisco González de la Vega (16) explica diversas situaciones en las que la acción ejecutada por el sujeto activo, siempre recae en el sujeto pasivo y entre otras señala las siguientes: a) las acciones obscenas que el autor del delito realiza directamente en el cuerpo de la víctima, b) las que hace realizar por un tercero en el pasivo, para gozar su contemplación, c) las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en el cuerpo del sujeto activo, -- d) las que le hacen efectuar a un tercero como modo contemplativo de excitación lúbrica, e) las que obligan a un inpuber a ejecutar sobre su propio cuerpo.

Continuando con el análisis del tipo penal del delito de Atentados al Pudor, llegamos a la frase "..... ejecute en ella", la cual nos dice literalmente que una conducta se ejecuta en una persona, entendiendo la palabra "ella" como persona y no como mujer, esto se interpreta con el complemento del texto, pero lo importante es que la ley impone el requisito de que la conducta antijurídica se ejecute sobre la que se lleva a cabo el acto erótico sexual, pero a contrario sensu, los actos que no se ejecutan en la persona, son atípicos y por ende no hay delito, puesto que nuestra Carta Magna prohíbe la aplicación de las penas por analogía.

El Profesor Mariano Jiménez Huerta (17) manifiesta que aunque la Constitución prohíbe la interpretación por analogía o por mayoría de -

(16) González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Edit. Porrúa, S. A. Séptima Tercera Edición. México, 1975. Págs. 342 y 343.

(17) Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Edit. Porrúa, S. A. Cuarta Edición. México 1982. v. 322.

razón de un precepto penal, en el caso concreto de Atentados al Pudor, bien debería aplicarse la sanción cuando el sujeto activo realiza acciones libidinosas y no precisamente sobre el cuerpo de una persona, - sino que la obliga a ejecutar actos encaminados al sexo, con morbo y - lujuria, con objeto o la intención de satisfacer deseos enfermizos, con la contemplación; así pues en estos casos estaríamos ante una justa interpretación de la ley Penal, pero desgraciadamente el texto del artículo 260 del Código Penal sólo podemos interpretar lo que dice literalmente " . . . ejecute en ella un acto erótico sexual . . . ", y no dice " . . . ejecute en ella o con ella un acto erótico sexual . . . ", - en consecuencia, no podemos pedir que se aplique una sanción al que obliga a alguien a ejecutar actos erótico-sexuales, porque con conductas atípicas que la ley no contempla y mientras no se cambie el sentido del texto penal, estará un tanto deficiente el tipo penal de Atentados al Pudor.

Por su parte el Profesor Francisco González De la Vega, es partidario de la opinión de que los actos erótico sexuales ejecutados por - una persona, al ser obligada por otra, esto es que el sujeto activo - obliga a una persona a ejecutar con lascivia actos sobre una persona o sobre el cuerpo de otro sujeto, con la intención de satisfacer sus deseos mediante la contemplación morbosa, se está ante la comisión del - delito de Atentados al Pudor por ser conductas subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 260 del Código Penal, pero aunque resulta justa esta opinión, en cuanto a que es una conducta completamente inno

ral y podríamos decir que antijurídica, sería no punible por ser atípica, por lo que más adelante se propondrá alguna solución al respecto.

Ahora bien, también existe una interrogante en cuanto a que - - ¿cuál es el límite del acto erótico sexual? para que este acto sea - considerado Atentados al Pudor, porque como sabemos, siempre debe llevar la firme intención de únicamente satisfacer deseos eróticos, pero sin llegar a la cópula. Así pues podemos tener dos extremos de conducta y que son: la mínima y la máxima. Para poder considerar esas conductas como constitutivas de delito y pueden ser, por un lado, tan simples como dar un beso, pero si lleva la intención morbosa de libidine y es arrancado sin el consentimiento de la otra persona, se estaría ante una conducta típica del delito de Atentados al Pudor, pero - por el otro extremo podemos ver una conducta ejecutada por el sujeto activo con tal lujuria (sin querer la cópula), que incluso llego a - la eyaculación, con satisfacción únicamente personal y sin haber tratado de copular, es una conducta límite en el cuerpo de lo erótico sexual y también se estaría todavía dentro de la comisión de Atentados al Pudor.

Ahora bien, también podemos observar que hay muchas clases de besos y diferentes sentimientos que se expresan como puede ser un beso - en la mejilla a una amiga, el beso en la mano a una dama, el beso al niño que implica ternura y cariño, etc., en estos casos no puede haber abusos deshonestos o Atentados al Pudor, puesto que se lleva una intención de afecto o cariño, pero en el momento en que ese beso se

dó con intención de satisfacción sexual y la otra persona expresa su negativa o falta de consentimiento (por no haber o por ser inválido) - estaríamos ante una conducta típica, y estará en manos del Juzgador decidir si tal o cual conducta que aparentemente era sana, se convierte en delito.

1.- LA CONDUCTA TÍPICA EN LOS ATENTADOS AL PUDOR.

En el delito de Atentados al Pudor, tipificado en el artículo 260 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se puede tomar como elemento indicador de la conducta humana, la frase "... ejecute en -- ella un acto erótico sexual ...", esto quiere decir, que a la persona que ejecute en otra un acto erótico sexual, estará cometiendo un delito de Atentados al Pudor, pero del texto legal de dicho artículo, también se desprenden otros elementos y que son, en un momento dado, las concurrencias de ánimo para complementar la conducta antes descrita.-- Esto es, que no basta que un sujeto ejecute en otro un acto erótico sexual para que se considere como delito, sino que debe llevar ese acto el ánimo de satisfacer un deseo sexual, sin querer la cópula, porque - entonces estaríamos ante una tentativa de violación. Entonces queda - claro que no debe existir el ánimo de llegar a la cópula sino que únicamente se ejecuta un acto erótico sexual, debiendo interpretar esto - como tocamientos en las partes sexuales de las personas o hacer ejecutar algún tocamiento en el cuerpo del sujeto activo por el pasivo o - víctima.

Ahora bien, el precepto legal también exige otro elemento subjetivo o bien podríamos llamarle presupuesto de la conducta del sujeto ac-

tivo y es el consentimiento del sujeto pasivo "al que sin consentimiento de una persona p^uber o imp^uber, o con el consentimiento de esta última, ...". Así podemos afirmar que el consentimiento de la persona que se coloca como sujeto pasivo es esencial para poder integrar la conducta del activo con el tipo penal, puesto que si hay aceptación, ya no hay Atentados al Pudor, sino que habría una conducta con acuerdo de voluntades que no trascienda para el Derecho Penal, con la salvedad de que si el sujeto pasivo es imp^uber, aunque existiera su consentimiento, éste sería inválido y se considera la conducta contraria a derecho.

Por otra parte en cuanto a la frase literal "acto erótico sexual", se puede prestar a una serie de controversias en cuanto a su interpretación puesto que se estarán considerando dos vocablos que podemos, en un momento dado, considerarlos de igual significado, en virtud de que lo erótico es relativo a lo sexual y lo sexual es relativo a lo erótico. Por su parte el Profesor Francisco González De la Vega (18), señala que el término erótico sexual es impropio por redundante en virtud de que ambos vocablos se refieren a lo mismo, relativo al sexo, sin distinguir el verdadero significado de cada uno.

Por otro lado Mariano Jiménez Huerta, señala que un acto erótico sexual es todo aquel comportamiento externo excesivo de amor carnal, - pues si lo erótico hace referencia al amor y lo sexual a los gustos y deleites de los sentidos, lo erótico sexual concretamente alude a el placer. (19)

(18) González De la Vega Francisco. Op cit. P. 342.

(19) Jiménez Huerta Mariano. Op. cit. Págs. 220, 221.

Así pues, la dualidad de vocablos utilizado por el Código Penal vigente para el Distrito Federal para definir la conducta ejecutada - por el sujeto activo en el delito de Atentados al Pudor, se debe a - que el legislador quiere dejar claro y firme el sentido de que es una conducta encaminada a la lujuria o libidinosidad, para después comple- mentar con el elemento subjetivo del ánimo de satisfacción erótica si no se llega a la cópula; a pesar de haber ejecutado actos que aparente- mente se encaminarían a los juegos sexuales preliminares, a un acto sexual propiamente dicho o conjunción carnal. Pero el tipo Penal de Atentados al Pudor debe ser entendido como una conducta no encaminada a pretender la cópula, sino únicamente a la realización morbosa de to- camientos en las partes sexuales que repercuten en el pudor de las - personas; entendiendo al pudor como la vergüenza u ocultamiento de - los órganos sexuales por el sentimiento de moral y respeto a las bue- nas costumbres, que sienten las personas integrantes de un grupo so- cial.

2.- CLASIFICACION DEL DELITO DE ATENTADOS AL PUDOR EN ORDEN A LA CON- DUCIA.

De acuerdo a la clasificación de los delitos en orden a la con- ducta, los autores han señalado la necesidad de atender la actividad o inactividad del sujeto activo, olvidando necesariamente el resultado que se produzca, el cual es una consecuencia inmediata de la conducta, así pues, entre las principales y más completas clasificaciones del de- lito en orden a la conducta tenemos la del Profesor Celestino Porte - Petit, (20) que a los delitos los clasifica en: a).- Delitos de Acción

(20) Op. Cit. Pág. 241.

b).- de Omisión, c).- Omisión mediante Acción, d).- Delitos de Conducta Plural, e).- Delito sin Conducta, de Sospecha, de Posición o de Comportamiento, f).- Omisión de Resultado, g).- Doblemente Omisivas, - - h).- Unisubsistentes y plurisubsistente, i).- habitual.

Ahora bien, si nos dedicamos a estudiar cada una de estas formas de conducta, estaríamos ante un tema extenso y complejo por lo que únicamente daremos una breve reseña de cada una y finalmente veremos qué clase de conducta es la que corresponde al delito de Atentados al Pudor.

a).- En cuanto a los delitos de acción, son considerados como la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado, existiendo una relación causal entre la conducta y el resultado.

b).- La omisión consiste en el no hacer voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico. Esto es que voluntariamente un sujeto deja de hacer o desarrollar una conducta a la que está obligado para que así se produzca un resultado contrario a la ley, estaría, entonces cometiendo un delito por omisión de conducta.

c).- Omisión mediante Acción, algunos autores afirman que se puede llegar a cometer un delito omisivo mediante acción pretendiendo encuadrar la conducta positiva cuando lleva como fin eximirse del cumplimiento de un deber o de un mandato jurídico. Pero la afirmación que hacen algunos autores no es del todo clara en el sentido de que la conducta puede ser de omisión mediante acción.

Por otra parte el Profesor Francisco Pavón Vasconcelos (21), define a los delitos de comisión por omisión o de comisión mediante acción a aquellos en los que se encuentra la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer, acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. Se está ante un delito de comisión por omisión cuando el agente o sujeto activo llega a producir un resultado material típico a través de una inactividad o no hacer voluntario o culposo con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.

También Pavón Vasconcelos aclara las diferencias entre la omisión y la comisión por acción y son básicamente:

1.- En la omisión se viola una norma preceptiva penal, mientras que en la comisión por omisión se viola también una norma prohibitiva.

2.- En la omisión simple, el delito se integra por la conducta omisiva solamente y en la comisión por omisión siempre habrá resultado que es el que determina el delito.

Así pues, vemos que algunos autores consideran que si hay omisión simple y comisión por omisión, pero otros dicen que no se puede considerar una conducta omisiva con una acción, o sea que se cometa un delito llamado de conducta omisiva mediante una acción de hacer, por lo que se ha llegado a la confusión de criterios, pero la más aceptada por nosotros es la aclaración que nos hace Pavón Vasconcelos, con la

(21) Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. - RITE. Porrúa. Sexta Edición. México 1984. P 224.

reserva de, en su momento, determinar qué tipo de delitos son cometidos por omisión y cuándo por comisión por omisión.

d).- Delitos de conducta plural o mixtos son aquellos en los cuales para que se tipifiquen, se requiere la concurrencia de conductas - omisivas o acciones para llegar a producir el resultado contemplado, - es el tipo penal. O sea que los delitos de conducta plural o mixta - son aquellos que requieren un hacer y no hacer para que se pueda considerar que se consumó el delito como por ejemplo: al que ponga en marcha un vehículo automotor y lo abandonase, ocasionando daños y situación de peligro.

El delito de Atentados al Pudor, concretamente puede considerarse como un delito de acción, puesto que el tipo penal lleva en su redacción un elemento material y positivo consistente en el requerimiento de una conducta en el sentido positivo o acción, ya que del texto - del tipo penal, se desprende que para que haya delito de atentados al Pudor se requiere que un sujeto ". . . ejecute un acto erótico sexual . . .", así pues, sólo ejecutando un acto se estaría violando la norma jurídica que lo que trata de sancionar es la conducta, que al ejecutarse estaría contraviniendo la moral y las buenas costumbres, lesionando los sentimientos de otra persona; es por lo que la ley trata de castigar esa conducta, sin importar el resultado. Esto es que, el tipo penal de Atentados al Pudor no se enfila a un resultado material para que se configure el delito, sino que se considera consumado con la simple ejecución de los actos erótico sexuales en perjuicio de otra persona.

En contraposición a lo anteriormente expuesto, podemos deducir -- que el delito de Atentados al Pudor es un delito de acción y nunca puede ser un delito de omisión o la comisión por omisión; puesto que para que pudiera ser una conducta de omisión se necesitaría una violación de la norma mediante una abstención de conducta y para poder violar una norma absteniéndose entonces se requiere que la norma exija la realización de determinada conducta. En consecuencia, como el tipo penal de Atentados al Pudor prohíbe la conducta y no la exige, no se puede cometer mediante omisión sino mediante acción.

Ahora en cuanto a la comisión por omisión no cabe tampoco en este caso, puesto que, en primer lugar, como lo expresamos anteriormente, se requiere de una acción y no de una abstención de determinada conducta con un resultado material, violando así una norma prohibitiva y una dispositiva.

En cuanto a que si los Atentados al Pudor, es un delito unisubsistente o plurisubsistente, podemos decir que se ha clasificado como unisubsistente, debido a que aunque la Ley lo trata como "Atentados al Pudor", refiriéndose a él en manera plural, es un sentido genérico, puesto que el delito puede cometerse con la sola ejecución de un acto consistente en un tocamiento en las partes sexuales de otra persona; -- siendo entonces imposible que la acción se fraccione o sea fraccionable para que se cometa o consuma el delito; luego entonces, el delito se consuma con la sola ejecución de un acto por parte del sujeto activo, colocándose así como un delito de acción sin importar el resultado o sea que es un delito de conducta y no de resultado.

En conclusión podemos decir que aunque el delito se denomina -- "Atentados al Pudor", refiriéndose en plural a los atentados, el artículo 260 del Código Penal en su texto dice claramente ". . . al que . . . ejecute en ella un acto erótico sexual", expresando claramente que se trata de un solo acto el requisito para la consumación; pero si dentro de un solo contexto de acción se ejecutan varios actos, se considera un solo delito puesto que no se rompe la continuidad.

3.- OBJETO MATERIAL Y JURIDICO.

En relación con este tema hay cierta diversidad de criterios, respecto de cuál es el bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de Atentados al Pudor, aunque la mayoría de los doctrinarios conciben en un punto de vista determinado, como lo veremos a continuación, cabe señalar que los autores que se inclinan a señalar que el pudor es el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito, en su mayoría son extranjeros, y esto se debe a que la descripción literal de este delito no es exactamente la misma en los países en que se sanciona, aunque coincidan casi en la mayoría de los elementos que lo integran.

Por su parte el Licenciado Fernando Román Lugo (22) señala que, definitivamente los bienes jurídicos protegidos en el delito de atentados al pudor lo son la libertad y seguridad sexuales, aunque de la lectura literal de la denominación dada al delito en estudio, se pudiera pensar que es el pudor el objeto jurídico protegido, pero el conside--

(22) CRIMINALIA. REVISTA DE CIENCIAS PENALES. "El Delito de Atentados al Pudor". Art. escrito por: ROMAN LUGO FERNANDO. Año X, No. 10. Junio, 1944. Págs. 629 y 630.

rarlo así sería una equivocación, puesto que en este caso sólo podrían ser sujetos pasivos del delito una persona púdica o bien una impúdica, siendo que en el primer caso, si se cometiese la acción erótico sexual en persona púdica se concretaría totalmente la acción descrita por la ley, por cuanto el acto ofende el pudor de esa persona; pero en el caso de una persona impúdica o que carece de pudor, no tendría sentido decir que ha atentado en contra de algo de lo que se carece; pero no - por el sólo hecho de tratarse de personas impúdicas el delito no se - configura, porque toda persona por más deshonesto que sea, tiene derecho a la protección de su libertad por parte del Estado.

Parecido criterio adopta el profesor Mariano Jiménez Huerta (23), al señalar que el bien jurídico tutelado en el delito de atentados al Pudor es la libertad de amar, cuando se trata de personas púberes y - cuando la acción recae sobre impúberes que otorgan su consentimiento, - su tutela de libertad potencial; pues aunque de la denominación del delito se pudiera creer que el interés vital protegido es el pudor, esto no es más que un espejismo puesto que el delito se perfecciona aún en personas notoriamente impúdicas.

Por su parte, el licenciado Luis Fernández Doblado, se une al criterio de los autores anteriormente citados al expresar concretamente, - que los delitos de "violación, estupro y atentados al pudor implican - ataque en contra de la libertad y seguridad sexual de las personas". - (24).

(23) Jiménez Huerta Mariano. Op. cit. Págs. 219 y 220.

(24) Revista de Criminología. La Clasificación de los delitos en el Código de 1931. Art. escrito por Fernández Doblado Luis. Año XXII. No. 11. México, D. F. Noviembre de 1956. Pág. 813.

Carlos Fortan Balestra (25), además de considerar que el bien tutelado sea el pudor personal, señala que también se corta con la acción delictuosa, la libre disposición; pues si un individuo es libre de disponer su persona para el acceso carnal, debe, por consecuencia, también disponer por sí mismo de su cuerpo para todos los demás actos libidinosos con él relacionados.

Nosotros consideramos conveniente, dada la redacción literal del precepto legal que sanciona el delito en estudio, analizar en forma breve el concepto de "pudor", para estar en posibilidad de razonar el por qué se pueda o no considerar a éste como el bien jurídico protegido por el tipo penal de Atentados al Pudor.

Se considera que el sentimiento de Pudor no es innato a la persona humana; sino que se va formando al paso del tiempo, a través de la censura, de la educación y de la imitación. Es así como los niños de corta edad exhiben sin inhibición alguna parte de su cuerpo desnudo con la mayor naturalidad. Al través del curso del tiempo, van adquiriendo su sentimiento de pudor, interviniendo para su formación factores de orden religioso, moral y estético.

El pudor individual es un sentimiento adquirido en el transcurso de la vida, que consiste en la ocultación y vergüenza de los órganos sexuales, de sus atributos y en general de todo lo que representa una actividad lúbrica.

(25) Fortan Balestra Carlos. Delitos Sexuales. Ediciones Arayú. Buenos Aires. Segunda Edición. Págs. 101 y 102.

El doctor Alberto González Blanco (26) realizó un estudio muy - - completo sobre la evolución del concepto de pudor, concluyendo que se concibe al pudor como un sentimiento defensivo desdoblado en dos aspectos: primeramente como defensa del objeto sexual contra el sujeto que intenta gozarle en contra de su voluntad; y como defensa de la pareja contra el rival.

Otros autores conciben al pudor como "el respeto físico de nosotros mismos"; pero, generalmente se concibe al pudor como la tendencia directa a esconder todo aquello que se relacione con la vida sexual, - es decir, el pudor es un temor casi instintivo que impulsa al individuo a ocultar sus partes pudendas, es una defensa instintiva de lo sexual.

Partiendo del concepto de pudor anotado anteriormente, concluiremos como lo hacen la mayoría de los doctrinarios, señalando que no se puede considerar el pudor como el objeto jurídico tutelado en el delito materia de nuestro estudio, pues no obstante que a primera vista, y desprendiéndose de la denominación del delito sancionado por el artículo 260 de nuestro Código Penal vigente, pudiera considerarse al pudor como el bien jurídico tutelado. Esta afirmación resultaría errónea, - puesto que en el caso de que el sujeto pasivo lo fuera un niño de corta edad o una persona carente de pudor, no llegaría a integrarse por - completo el delito, ya que el sujeto pasivo lo fuera un niño, carecerían de pudor. En el primer caso por no tener idea clara de lo que es lo significa y en el segundo por tratarse de una persona impúdica. Sin

(26) González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. 1979.- Págs. 69 a 76.

embargo consideramos que al sancionar este delito el legislador pretende tutelar la libertad y seguridad sexuales de la víctima, en cuanto a que hace referencia a ejecución de actos erótico sexuales y se supone que a toda acción erótica ejercitada sin consentimiento o mediante el empleo de la fuerza sobre la víctima, es vulnerable para la libertad sexual, si entendemos como tal "la facultad que a cada uno compete de disponer el propio cuerpo para fines sexuales". (27)

Se protege la libertad sexual en relación a las personas púberes, en cuanto a que éstas puedan elegir y decidir libremente sobre la disposición de su cuerpo para fines eróticos o actos sexuales ya sean completos o incompletos evitando en esta forma que se le coaccione en forma alguna a sufrir en su cuerpo actos erótico sexuales que no desean tolerar; por lo que respecta a los impúberes se protege la seguridad sexual de éstos, puesto que si bien el atentado al pudor puede cometerse sin su consentimiento, se considera que también se comete tal delito si el impúber otorga su consentimiento, pues este consentimiento, es inválido por no tener el pasivo idea clara sobre los problemas que implica la sexualidad.

En el delito de Atentados al Pudor, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la acción, por ser éste un delito corporal en el que el sujeto pasivo siempre sufre en su persona la acción típica.

(27) Martínez Z. Lisandro. Derecho Penal Sexual. Editorial Temis. Bogotá. Segunda Edición. 1977. Pág. 109.

4.- LOS SUJETOS (ACTIVO Y PASIVO).

Por lo que respecta a los sujetos que pueden intervenir en el delito de Atentados al Pudor, ya sea activa o pasivamente, no existe distinción de sexo, puesto que el sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo puede ser del sexo femenino o masculino.

La descripción típica del artículo 260 del Código Penal vigente, no hace especificación alguna respecto al sexo de la persona púber o im-púber sobre la que el sujeto activo ha de ejecutar el acto erótico sexual, es decir, este precepto no exige calidad específica en cuanto a los sujetos que intervienen en el delito.

Esta indiferencia en cuanto al sexo de los protagonistas encuentra explicación si se toma en cuenta que en los actos de libidine, el propósito o deseo lúbrico puede ser desahogado aún sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo, por lo cual la diversidad de sexo no es requisito para la configuración del delito. (28)

Dado que el delito de Atentados al Pudor es un delito de sujeto indeterminado, por lo que respecta al sexo tanto del pasivo como del activo, procederemos a señalar las cuatro diversas hipótesis que se puede presentar en la comisión de este delito: 1) sujeto activo masculino y sujeto pasivo femenino; 2) sujeto activo femenino y sujeto pasivo

(28) Bascuñan Valdéz Antonio. El Delito de Abusos Deshonestos. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 93.

vo masculino; 3) sujeto activo masculino y sujeto pasivo masculino; y-
4) sujeto activo femenino y sujeto pasivo femenino.

Sujeto Activo: "El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por sujeto activo el que interviene en la realización del delito - como autor, coautor o cómplice" (29). El tipo del delito de Atentados al Pudor contiene un delito de sujeto activo indeterminado o común.

Sujeto Pasivo: en todo delito debe existir un sujeto pasivo, entendiéndose por éste el titular del bien jurídico protegido por la Ley.

Por lo general el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, como en el caso del robo, sin embargo en algunos delitos, el sujeto pasivo se identifica con el objeto material, como es el caso concreto del delito objeto de nuestro estudio, como se señaló anteriormente. Al igual que en el activo, también existe indeterminación en cuanto al sujeto pasivo.

5.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

En la teoría del delito se estudian todos y cada uno de los elementos que integran un delito, pero también se estudian los aspectos negativos de cada uno de esos elementos, con el objeto de saber si una conducta reúne los requisitos para ser sancionada y si falta un elemento

(29) Porte Petit Candauap Celestino. Op. cit. Pág. 346.

to o bien concurre un aspecto negativo o contrario de algún elemento, evitando así la completa integración de requisitos o elementos, no se puede considerar la Comisión del delito o ilícito penal.

Cuando concurre el aspecto negativo de un elemento del delito, estamos frente a las llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", como las llama el Código Penal de 1931; aunque cada legislación las llama de diversas variantes como: Causas excluyentes de responsabilidad, Causas excluyentes de incriminación, causas de inimputabilidad, etc., pero en el fondo, cada denominación se refiere a la concurrencia o existencia de elementos negativos de los elementos del delito, como veremos más adelante.

En cuanto a la conducta como primer aspecto positivo del delito, podemos encontrar su parte negativa que es la ausencia de conducta, y que significa una actividad involuntaria o una inactividad involuntaria; esto es cuando la acción o la omisión son involuntarias. Cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto porque los actos en omisión no son suyos por faltar en ellos la voluntad o el querer hacer tal movimiento o querer omitir algún acto del cual tiene obligación de hacer. (30)

Pasando concretamente al delito de Atentados al Pudor podemos decir que, como ya lo explicamos, es un delito de acción. El aspecto negativo será la ausencia de conducta consistente en una actividad invo-

(30) Pavón Vasconcelos Francisco. Op cit. Pág. 248.

luntaria, esto es, que una persona ejecute sobre otra un tocamiento o un contacto que pareciera un acto erótico sexual, pero de manera involuntaria por las razones que más adelante expondremos. En consecuencia no lleva la intención de realizar un acto erótico sexual, y al no existir el elemento conducta, no existirá el delito.

Siendo la conducta el primer elemento del delito debemos considerar su aspecto negativo, en este caso la ausencia de conducta, lo que quiere decir que puede existir una acción o una omisión, pero sin el coeficiente psíquico o la voluntad del sujeto de querer ejecutar tal o cual acto o dejar de ejecutarlo. Esto es que para que exista una conducta típica de un delito, se requiere que esa conducta reúna los requisitos esenciales de voluntad, ya sea en el aspecto positivo de acción o al negativo de omisión. En consecuencia, cuando no exista voluntad en el sujeto para esperar un resultado o realizar una acción material, no podemos pensar o considerar esa acción como típica, sino que estaríamos frente a una ausencia de conducta y los casos específicos de ausencia de conducta podemos incluirlos en aquellas situaciones de hecho que son provocadas por una fuerza física irresistible o absoluta, o una fuerza mayor o movimientos reflejos.

Para poder determinar cuándo una acción es o no constitutiva de delito, debemos atender la existencia de sus dos elementos esenciales como son: uno interior o psíquico (moral) y otro exterior o físico (material). El coeficiente interior consiste en una actividad de la personalidad humana y el exterior o físico está constituido por la externa-

ción o manifestación exterior de tal actitud. En consecuencia, la acción no es un hecho meramente físico ni meramente psíquico, sino concurrente; esto quiere decir, que el coeficiente físico o material está constituido por un movimiento del cuerpo y la fuerza psíquica actúa sobre los nervios motores, los cuales determinan movimientos musculares que representan la manifestación exterior de la personalidad o intención del sujeto. (31)

a).- BIS MAIOR.

La fuerza mayor es considerada como una causa de la ausencia de conducta a la cual estaba obligado el sujeto, puesto que la fuerza mayor "es una actividad o inactividad involuntaria por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de la fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales." (32)

La fuerza mayor es una energía que actúa físicamente sobre un sujeto, obligándolo a ejecutar un movimiento o acción, o bien le impide ejecutar el acto o acción que debía desarrollar de acuerdo a una norma en forma de mandamiento. Así pues, la fuerza mayor es una energía como dijimos antes, pero natural, sobrehumana o animal, física, irresistible; la cual le impide al sujeto actuar de acuerdo a su voluntad y produciendo en ocasiones un resultado no querido, considerando entonces que si el sujeto realizó un acto típico, sin la existencia de la voluntad, no se puede considerar como una conducta, sino que estaremos ante una ausencia de conducta; siendo entonces imposible la imputación del resultado.

(31) Antolisei Francisco. La Acción y el Resultado en el Delito. Traducción: José Luis Pérez Hernández. Edit. Jurídica Mexicana. México, 1959. Primera Edición. Págs. 38 a 36.

(32) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. cit. Pág. 251.

b).- **BIS ABSOLUTA O FUERZA IRRESISTIBLE.**

La fuerza irresistible se considera por los autores y por la Ley Penal como una energía física, inevitable, humana que recae sobre un sujeto, obligándolo a ejecutar un acto no querido, del cual se produce un resultado o bien se deja de actuar cuando el sujeto estaba obligado a ello, pero sin la existencia de la voluntad; y, en todo caso, la voluntad dolosa encaminada a cometer un ilícito, será del sujeto que actúa sobre el que ejecuta la acción o la omisión que vendría siendo el medio para cometer un delito y no el sujeto activo.

En este caso de la existencia de una fuerza física irresistible, la cual origina una acción u omisión, produciendo un resultado típico el sujeto que es físicamente obligado, no puede ser considerado como sujeto activo del delito, puesto que nunca tuvo la intención de realizar o dejar de realizar un acto con el propósito de producir un resultado. Por lo tanto estaremos frente a una ausencia de conducta originada por la intención y voluntad de un tercero.

c).- **ACTOS REFLEJOS.**

Otra hipótesis de ausencia de conducta es la comisión de un acto considerado como delito, pero habiendo sido ejecutado por un sujeto mediante movimientos reflejos sin la intervención de la voluntad.

El Maestro Celestino Porte Petit, citando a Antón Uneca, nos dice que "los actos reflejos son aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno,

sin intervención de la conciencia". Esto quiere decir que si una persona mediante un movimiento involuntario, como reflejo o respuesta a un estímulo externo ocasiona o produce un resultado previsto por la ley, como ejecutar un delito, puesto que es claro que no exista voluntad ni intención de colocarse en el supuesto normativo. Luego entonces, hay ausencia de conducta y al no haber conducta, no puede haber culpabilidad, ni imputabilidad.

Sin embargo, en determinados casos puede haber culpa, a pesar de que la comisión del delito se realice mediante actos reflejos, cuando se puede prevenir el resultado y el sujeto no toma las medidas necesarias para evitarlo.

La ausencia de conducta considerada como hacer o en no hacer sin la intención o sin la voluntad del sujeto, originado por cualquiera de las tres formas antes señaladas, como son: la fuerza mayor, la fuerza irresistible y los movimientos reflejos; origina que aunque aparentemente se cometa un delito, no puede ser imputado al presunto responsable, porque no hay voluntad. Por lo tanto, hay ausencia de conducta, no habiendo delito; porque para que haya delito, se requiere la concurrencia de los elementos que señala la ley, y siendo el primero de ellos la conducta, entendiéndose como dolosa o culposa, y si no hay voluntad, menos puede haber dolo o culpa.

B.- TIPO Y TIPICIDAD.

La tipicidad es el segundo elemento del delito y sin la existencia de éste, aunque aparentemente concurren los demás, no habrá delito puesto que es el más importante después de la conducta; ya que sin la existencia del precepto legal, no hay sanción y en consecuencia, no habrá delito. Esto quiere decir que cuando una persona desarrolla o ejecuta determinada conducta que no está exactamente descrita y sancionada por las leyes, no estará cometiendo ningún delito; pero si por el contrario, el sujeto al realizar el acto o el hecho en forma positiva o negativa, y se coloca dentro de la hipótesis establecida por la ley penal, está cometiendo un delito.

En consecuencia, para definir qué es tipo penal, tendríamos que pasar por las variadas opiniones de los autores como por ejemplo: Mezger dice que "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el supuesto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal".

Para el Profesor Francisco Pavón Vasconcelos "El tipo es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal." (33)

Es preciso decir que el hecho humano exteriorizado voluntariamente cuyo resultado se encuadra dentro de los preceptos previamente establecidos y sancionado por el estado; es el delito en sí, puesto que se

(33) Idem. P. 265.

define por la ley penal el tipo de conducta que será castigado por el Estado, en caso de llevarse a cabo y si se realiza una conducta en que se adecue al tipo penal habrá tipicidad, pero más adelante detallaremos esta relación.

De las diversas definiciones que se dan en torno al tipo, podemos concluir que es el injusto descrito concretamente por la ley en su diversidad de artículos y a cuya realización va ligada una sanción penal.

El carácter de injusto que debe llevar aparejada la conducta desplegada por el sujeto del delito es derivado de las costumbres y principios de cada sociedad, y en cada época, puesto que de ello depende la elaboración del concepto antijurídico de cada conducta, creándose así los tipos penales de acuerdo a las conductas contrarias a la moral y a las buenas costumbres. en consecuencia, se consideran contrarias a derecho, concretando en el tipo penal para el que infrinja esa norma o se coloque en el supuesto establecido y se le aplique una pena.

1.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos del tipo han sido clasificados por la mayoría de los autores en: Normativos, Subjetivos y Objetivos; siendo cada uno de ellos requerido por algunos tipos penales para la integración del delito. Pero sucede que otros tipos penales requieren la concurrencia de los tres elementos del tipo, o al menos de dos de ellos. Esto es que

existen tipos penales que contienen un elemento subjetivo (ejemplo: -- Atentados al Pudor), y otros contienen un elemento subjetivo y un normativo u objetivo o ambos, concurrendo así una serie de requisitos - que necesariamente deben cumplirse para poder considerar determinado - hecho como delito imputable a determinada persona.

El Profesor Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta que el tipo - penal, normalmente se presenta como una mera descripción de la conducta humana; pero en otras ocasiones describe el efecto o resultado material de la acción u omisión; pudiendo en otros casos contener referencias a los sujetos, a los medio de comisión específicamente requeridos modalidades de la propia acción, estados de ánimo o tendencia del sujeto al fin de la acción, etc.; así es como se ve la combinación de los elementos subjetivo, normativo y objetivo que integran los tipos penales. (34)

Ahora bien, para poder determinar qué elementos contiene el tipo de Atentados al Pudor, es necesario conocer cada uno de ellos, por lo que daremos una breve reseña.

Elemento Objetivo.- Es la mera descripción de la conducta o hecho que puede, en un momento dado, ser imputable a un sujeto para así aplicarle una pena o sanción.

Elemento Normativo.- Es un presupuesto del injusto que sólo puede ser determinado mediante una valoración del caso concreto o de una

(34) Idem. Págs. 265 y ss.

situación de hecho. Esto es que se requiere una valoración del Juzgador de tipo jurídico o cultural, para que tal o cual conducta se considere antijurídica por haberse realizado en contra de lo establecido - por la norma penal, o bien que la norma ya establece la antijuridicidad señalando determinadas situaciones concretas consideradas como contrarias a derecho como por ejemplo: "al que ejecute un acto erótico sexual...", "... al que sin causa legítima rechuse prestar un servicio de interés público..." etc.

Elemento Subjetivo.- Este elemento pertenece exclusivamente a las características del sujeto activo que el tipo penal requiere, por lo cual es, en ocasiones, de difícil comprobación y valoración para el Juzgador. Con frecuencia, los elementos subjetivos están ligados al motivo o finalidad del sujeto activo al desplegar la conducta típica, pero en ocasiones no se menciona directamente en el tipo tal requisito, sino que se deduce del mismo, al definirse una conducta, la cual necesariamente lleva implícita alguna característica del sujeto activo en cuanto a intención, motivo o finalidad del acto ejecutado.

El elemento subjetivo normalmente está expresado literalmente en los tipos penales, cuando se hace referencia al motivo o finalidad de la conducta antijurídica. Esto es la intención del sujeto activo, pero también puede suceder que el tipo penal no mencione expresamente el elemento subjetivo. Sin embargo, se requiere de su existencia para se pueda enmarcar la conducta al tipo, siendo entonces en ocasiones de manera interpretativa como se encuentra en el elemento subjetivo.

En cuanto a los elementos del tipo de Atentados al Pudor, tema central del presente trabajo, podemos decir que, diversas opiniones se han manifestado por parte de los autores y por mencionar algunos, citaremos a Francisco González de la Vega, quién señala que el tipo penal de Atentados al Pudor se obtiene como elementos constitutivos: ejecución en la víctima de un acto erótico sexual distinto del ayuntamiento; ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula; - que dicho acto se ejecute sin el consentimiento de persona púber o con consentimiento de persona infúber; agregando a estos elementos literales otro llamado psicológico, consistente en el "ámbito de lubricidad". (35)

Como elemento objetivo de la anterior definición legal, podemos desglosar "... la ejecución de un acto erótico sexual ...", constituyendo esa conducta, la acción típica que contempla el artículo 260 del Código Penal para que se integre el delito, es así como la ley describe un elemento que en caso de realizarse, se considera la comisión de un delito; y si en el caso concreto un sujeto ejecuta un acto erótico sexual sobre otra persona, se está realizando o llevando a cabo un elemento objetivo, puesto que se aducía al tipo penal la conducta desplegada por un agente activo.

Como elemento normativo del delito de Atentados al Pudor tenemos que la ley trata de proteger un bien, y en este caso, los autores definen en cuanto a determinar cuál es ese bien jurídicamente protegido, - pero atendiendo a que el delito se ha contemplado en muchas legislaciones

(35) González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. Sexta Edición. México 1982. P. 330.

nes extranjeras podemos señalar que la mayoría de ellos consideran que el bien tutelado es el pudor, pero en cuanto a la legislación mexicana puede apreciarse que no es exactamente el pudor el bien tutelado por la norma penal, sólo que el nombre del delito de "Atentados al Pudor" se ha tomado de otras legislaciones, pero con un sentido de imitación literaria y la realidad es que concurren una serie de facturas socio-culturales que hacen pensar que en México, la tutela en el delito de - Atentados al Pudor no es el pudor propiamente, sino la libertad sexual de las personas, como lo veremos más adelante.

Si pensamos que el bien jurídicamente protegido es el pudor, no podría haber tipicidad en la conducta consistente en la realización de actos erótico sexuales en una persona notoriamente impúdica y en contra de su voluntad, puesto que el pudor sería un elemento esencial en la calidad del sujeto pasivo y si no existe, no habría delito.

Es por esto que algunos autores mexicanos han señalado que no es el pudor el bien tutelado sino la libertad de amor y la libertad y la seguridad sexual, como bien dice el maestro Mariano Jiménez Huerta - (36) al considerar que nadie como ser humano puede permitir que se realicen sobre su persona actos sexuales sin su consentimiento ni aún siquiera de índole periférica, pues dichos actos lesionan su afectiva li bertad. Pero la tutela también se extiende a los actos de igual naturaleza, pero ejecutados en impubescentes o en menores de 12 años, como lo señala la Reforma al artículo 261 del Código Penal de fecha 4 de enero de 1989, aunque éste concierne, puesto que estamos ante un consenti-

(36) Op. cit. Págs. 219 y 230.

miento inválido por provenir de una persona incapáz jurídicamente.

En consecuencia, para poder determinar si el pudor es el bien tutelado por la norma penal, debemos decir que el pudor es un sentimiento de vergüenza u ocultación de los órganos sexuales o las partes del cuerpo que denotan la sexualidad, por lo tanto no es un sentimiento innato, sino que se va formando al paso del tiempo, de acuerdo a la educación y la moral de cada persona, es así como los niños de cierta edad exhiben sin inhibición todo su cuerpo desnudo, pero conforme van a adquirir los aprendizajes de su medio social, cultural y religioso, van tomando el sentido del pudor.

El autor Alberto González Blanco (37), al respecto dice que "el pudor es un sentimiento defensivo desdoblado en dos aspectos: primeramente como defensa del objeto sexual contra el sujeto que intenta gozario en contra de su voluntad; y como defensa de la pareja contra el rival".

Tomando en consideración el concepto de pudor que anotamos anteriormente debemos concluir en que el pudor no es el bien jurídico tutelado, porque estaríamos frente a una constante lucha con la atipicidad, en el sentido de que al realizarse una conducta similar a la descrita en los artículos 260 y 261 del Código Penal, pero el sujeto pasivo fuera una persona impúlica o bien un menor de edad que no tiene bien definido el sentimiento de pudor, siendo así casi imposible de aplicar la sanción, porque al no haber pudor, no puede haber atentados.

(37) González Blanco Alberto. Op. cit. Págs. 69-76.

Por lo tanto, el llamado delito de Atentados al Pudor sólo tiene el nombre, para identificarlo de los demás en sus respectivos capítulos y como lo han llamado los legisladores desde que se empezó a considerar tal conducta en la legislación mexicana, pero realmente el sentido de la tutela está encaminada a la libertad sexual y seguridad de las personas en cuanto a la exhibición del amor, y se contempla en el tipo penal que se castigará la ejecución de actos erótico-sexuales sobre una persona y sin el consentimiento de ésta, protegiendo entonces la libertad de las personas para elegir y decidir libremente sobre la disposición de su cuerpo para llevar a cabo deseos eróticos o encaminados a actos sexuales, pero sin que se les coaccione ni utilice contra su voluntad.

El autor Antonio de P. Moreno (38) señala que el elemento subjetivo del delito es la "intención dolosa, la voluntad criminal, el propósito de ejecutar el acto erótico en la persona del sujeto pasivo, restringida exclusivamente a ejecutar tan sólo éste, sin el propósito de llegar a la cópula."

Al considerar el ánimo lúbrico o intención lasciva, como elemento subjetivo del tipo penal de Atentados al Pudor, se ha querido establecer en la legislación mexicana que para evitar siempre la atipicidad es imprescindible la existencia en el autor del delito del ánimo lúbrico o lujurioso, puesto que sólo así se consumaría el acto erótico sexual, porque de no concurrir el ánimo de lascivia solo se estaría frente al delito de injurias.

(38) De P. Moreno Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. - Edit. Porrúa. México, 1978. Pág. 243.

2.- AUSENCIA DEL TIPO.

La ausencia del tipo es un aspecto negativo de el elemento "tipo" del delito y esto quiere decir que puede haber una conducta que aparentemente a la vista de las buenas costumbres, se crea o se considera ilícita o injusta, pero llevada al plano jurídico nos encontramos con que no está descrita tal conducta en la norma penal. En consecuencia no se puede considerar esa conducta como un delito por ausencia o falta de tipo penal que la sancione.

Como bien lo afirma el maestro Celestino Porte Petit (39), en la legislación penal mexicana se pueden ver varios casos en los que se viola el principio "NULLUM CRIMEN SINE TIPO" al sancionar conductas únicamente descritas por nombre, pero sin que la norma penal haga su descripción concreta, entonces se está sancionando una conducta que no está descrita en la norma, habiendo en consecuencia una clara ausencia de tipo; como ejemplo de tal violación al principio de "no hay crimen sin tipo", podemos señalar el delito de adulterio sancionado en el artículo 273 del Código Penal de 1931, en el cual se señala una pena a los culpables de adulterio, cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, pero jamás se describe la conducta que se debe realizar para ser considerada como antijurídica y típica, por lo tanto se está sancionando una determinada conducta que se considera conocida por la generalidad de la gente por un simple nombre de "adulterio", pero la norma penal nunca la describe. En consecuencia estamos frente a una ausencia de tipo, sin embargo si se castiga y considera por la ley penal como delito a pesar de faltar tal elemento.

(39) Porte Petit Celestino. Op. cit. P. 365.

3.- ATIPICIDAD.

Otro aspecto negativo del elemento "tipicidad de los delitos es la atipicidad, lo cual significa que la conducta desplegada o ejecutada por el sujeto activo, no se adecúa a la hipótesis descrita por la norma penal, la cual es considerada como delito y merecedora de una pena.

Al decir que la conducta desplegada por el activo, no se adecúa al tipo penal, no quiere decir que no sea antijurídica o injusta, sino que, no reúne los elementos exigidos por la norma penal y esos elementos pueden ser: falta de calidad del sujeto activo, falta de la calidad del sujeto activo, falta de la calidad del sujeto pasivo exigida por el tipo, ausencia de objeto o éste no reúne las características pedidas por la norma penal, cuando no se dan las referencias temporales o espaciadas, cuando no se dan los medios de comisión que requiere el tipo, cuando estén ausentes los elementos subjetivos del injusto requeridos por la ley penal. (40)

Así pues la atipicidad no es más que la falta de algún elemento integrante del tipo, la que hace que la conducta que aparentemente es criminal no se adecue a la descripción normativa y queda excluida del delito.

La diferencia entre atipicidad y ausencia de tipo consiste en que en la atipicidad, existe un tipo penal y una conducta que no reúne los requisitos para encuadrarse; y en la ausencia de tipo, hay una conduc-

(40) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. cit. P. 284.

ta que aparentemente reúne los requisitos exigidos por la teoría del delito pero no existe un tipo penal que se adecúe a ésta.

Trasladándonos al marco del delito en estudio y que es el de "Atentados al Pudor", podemos pensar varios ejemplos o hipótesis de atipicidad y mencionamos los siguientes: a) cuando el sujeto activo ejecuta en el pasivo un acto erótico-sexual, pero con el propósito directo de llegar a la cópula, en este caso la conducta que aparentemente se encuadraba en los Atentados al Pudor, se desplaza a otro delito; - b) cuando se ejecutan actos que aparentemente sean erótico-sexuales sobre una persona, pero no había elemento subjetivo o intención del activo, sino que fué obligado por un movimiento reflejo o fuere obligado por una fuerza irresistible; c) cuando los actos erótico-sexuales son ejecutados sobre una persona púber y ésta otorgó consentimiento.

Como se puede apreciar, en el estudio concreto de cada conducta, hecho pueden aparecer un sin fin de circunstancias que hagan imposible la aplicación del tipo penal a esa conducta y entonces estaremos ante una situación de atipicidad y en consecuencia no podrá aplicar la sanción que la ley impone si se integrara el delito.

C.- ANTITJURIDICIDAD.

La antijuridicidad o antijuricidad, es el elemento más importante del delito, puesto que para que una conducta sea considerada típica, - debe también ser antijurídica o contraria a derecho, siendo relevante

así, lo injusto e ilícito, que al fin de cuentas se llega a la misma - consideración de anti-derecho o anti-norma que se traduce a antijurídico.

Como sinónimos de antijuridicidad podemos encontrar palabras como ilícitud, injusto, ilegalidad, etc.; pero lo correcto y más aceptable es antijurídico, porque se supone que ya existe una norma contemplada por la Ley o el ordenamiento jurídico, y sin embargo, lo injusto puede ser contrario a una norma de cultura pero no contemplada en la Ley. - Pero si las normas de cultura están contempladas por el estado y su violación trae apoyada una sanción o amenaza de castigo, al realizarse una conducta violatoria de esa norma; entonces estaremos ante una conducta antijurídica, típica y punible, constituyendo así un delito.

Aunque el término literal de "antijuridicidad" presupone un aspecto negativo del delito, no podemos considerarlo así, sino que debe contemplarse como un elemento del delito puesto que estamos hablando de una conducta contraria a lo dicho por el derecho o contraria a lo jurídico y esto puede ser mediante la adecuación a un tipo penal que sanciona o mediante la comisión de una conducta que es prohibida por el derecho y en ambos casos será antijurídica esa conducta; el aspecto negativo del elemento "antijurídico" es la "causa de licitud" como lo llama Porte Petit, que analizaremos más adelante o causas de justificación como lo llama la mayoría de los autores.

Como ejemplo de lo anterior podemos decir que el delito en estudio "Atentados al Pudor", es un delito, cuyo tipo penal no prohíbe rea-

lizar determinada conducta, sino que sólo la describe y el sujeto que la realiza similar, sólo se adecua a tal precepto legal, haciéndose acreedor a una sanción, sin embargo aunque no está contraponiéndose a una norma, sí está llevando a cabo una conducta antijurídica. En consecuencia, lo antijurídico es la violación de una norma, poniendo en peligro o lesionando los bienes tutelados por la ley; como son la vida, la integridad física, la propiedad, el honor, la libertad sexual, etc.

Por otra parte, la antijuridicidad se puede dividir o clasificar en formal y material siendo la primera, la contradicción del hecho con el derecho, esto es que una conducta se opone a una norma prohibitiva.

La antijuridicidad material o sustancial trata de descubrir la esencia de lo antijurídico, o sea el contenido material del injusto, buscando también cuales son los valores de la comunidad, que se están lesionando con la conducta contraria a lo dispuesto por la norma.

En cuanto a la antijuridicidad considerada como un elemento del delito, podemos mencionar que hay teorías que la consideran como esencia del delito y no como elemento integrante de un cuerpo formado por diversas partes que nunca funciona con la falta de una de ellas. La teoría que plantea la antijuridicidad como esencia del delito es la creada o expuesta por Rocco y apoyada por Antolisei, Guarneri, Carnelutti, Manzini, etc., y su principal defensa a tal teoría radica en que

cuando una conducta o hecho no están acordes con el derecho, (contrarriación entre el hecho y la norma) y cuando se actualiza determinada - conducta contraria al derecho estamos frente a lo antijurídico, siendo una cuestión de esencia y no de elemento del delito porque supuestamente la naturaleza misma del delito radica en lo antijurídico y no se debe estudiar de manera analítica como los demás elementos.

Pero la mayoría de los autores consideran que la antijuridicidad es tan esencial al delito como puede serlo la conducta o cualquier otro de los elementos como son: la culpabilidad, la punibilidad o la tipicidad. (41)

Para Vela Treviño, una de las argumentaciones más sólidas para resolver que la antijuridicidad es elemento y no esencia del delito, se encuentra en aquellos casos en que hay plenitud de antijuridicidad en una conducta típica y sin embargo el delito no existe, lo cual por sí solo prueba, que no es la antijuridicidad la esencia sino un elemento del delito, refiriéndose a las conductas típicas y antijurídicas de los inimputables, entonces es válido afirmar que no obstante la plenitud de la antijuridicidad, el delito no existe, lo que es básico para sostener que la antijuridicidad no es la esencia del delito.

Regresando un poco a la formalidad y materialidad de la antijuridicidad podemos decir que se debe considerar en su doble aspecto y no dividirlo puesto que es formal en cuanto se opone a lo dispuesto por el estado en sus mandamientos de derecho y material cuando atrae los bienes protegidos por la norma, entonces estamos frente a la forma y -

(41) Vela Treviño Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Edt. Trillas. Segunda Edición. México 1986. Págs. 27, 28 y 29.

el contenido puesto que toda norma de derecho está encaminada a la protección de los bienes comunes de la sociedad y es difícil que una conducta antijurídica solo sea formal o solo material, si fuera así, habría una clara contradicción entre las costumbres y la legislación.

Otra clasificación de la antijuridicidad es la objetiva y subjetiva de lo cual igualmente hay opiniones encontradas porque hay autores que consideran que el carácter subjetivo corresponde sólo a la culpabilidad.

La antijuridicidad objetiva, presupone un juicio acerca de la oposición entre la conducta desplegada por el ser humano y la norma penal, analizando sólo el hecho y no al autor del mismo; sólo el aspecto externo del delito sin importar las calidades del sujeto activo.

Se entiende por antijuridicidad subjetiva, el caso en que el juicio de valor recae sobre el sujeto que cometió el delito y no sobre la acción misma; es decir, que se analizan las intenciones y propósitos internos del sujeto que ejecuta la acción.

Por nuestra parte para el análisis de la antijuridicidad en el delito de Atentados al Pudor, nos adherimos al criterio predominantemente objetivo, pero que admite la existencia de elementos subjetivos que llegan a constituir la antijuridicidad.

En el delito de Atentados al Pudor, tipificado en los artículos 260 y 261 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se apre-

cia claramente el elemento subjetivo de la antijuridicidad, y sin éste no podrían las autoridades determinar la existencia del delito, puesto que se desprende de la descripción del tipo penal, que el sujeto activo tenga determinada intención y esa intención no debe robar el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual, sin llegar a la cópula, puesto que automáticamente se brincaría a un tipo penal diferente como es la violación o el estupro.

En el delito de Atentados al Pudor debe existir el ánimo subjetivo de sólo satisfacer la libidine mediante un acto sexual con intención lasciva, pero sin llegar al límite de intención de copular, porque quedaría fuera de la definición típica del delito de Atentados al Pudor.

El elemento objetivo de la antijuridicidad en los Atentados al Pudor es "la ejecución de un acto sexual con intención lasciva", pero con el juicio valorativo de solo este elemento no podríamos establecer acertadamente la antijuridicidad del hecho, sino que necesariamente tendrá que valorarse la intención del sujeto activo (42) para poder así encuadrar tal conducta en el tipo penal que le corresponda en virtud de la antijuridicidad considerada existente.

Haciendo un poco de resumen en cuanto a la antijuridicidad, podemos decir que se tendrá como antijurídica una conducta adecuada al tipo, cuando no se procede la existencia de una causa de justificación (43); esto quiere decir que una conducta será antijurídica y formará parte de los elementos del delito, cuando se contraponga a la norma pe

(42) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal Parte General. Tomo I. -- Bosch Casa Editorial. 16a. Edición. Barcelona. P. 313.

(43) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. cit. P. 288.

nal, pero también considerando que no se pueda aplicar una causa de justificación de las contempladas por la Ley como las veremos más adelante.

Por otra parte algunos autores como: Antolisei, Jiménez de Asúa, Jiménez Huerta, Franco Guzmán, etc., afirman que la antijuridicidad es una sola y no puede haber una exclusivamente de lo penal, porque como lo dicen en conjunto: las acciones y las omisiones, no pueden llevar sino el sello de lo lícito o de lo ilícito, según sean conformes o contrarias al derecho y la única diferencia, es la consecuencia traducida a la sanción que puede ser civil o penal.

En lo personal, consideramos que la conducta antijurídica no puede ser dividida o subclasificada en cuanto a materia porque si consideramos que lo antijurídico es la violación de una norma de derecho, quiere decir que hay una situación de injusto y no sólo se puede conocer injusticia en el área penal, sino que en cualquier rama del derecho como lo civil, hablando genéricamente, en consecuencia, si un sujeto se coloca en una situación de ilicitud, como efecto habrá un injusto, entonces entra el derecho a conocer el caso concreto y por medio de los lineamiento de derecho de un pueblo, se determinará qué sanción es la que le corresponde si la civil o la penal. Pero no quiere decir que haya una antijuridicidad civil y otra penal, sino que sólo la sanción o castigo será la que se tome por materia; ejemplo: una persona que obtiene un lucro al expedir un título de crédito, que puede ser concretamente un cheque y no es pagado por la institución bancaria correspondiente, el sujeto pasivo; en razón de que está sufriendo un de-

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

trimento en su economía (INJUSTO), tiene la opción de demandar por la vía civil (mercantil) o bien denunciar los hechos por la vía penal para que se ejercite acción penal en contra del activo por la posible comisión de un delito.

1.- CAUSAS DE LICITUD O CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Como hemos visto, en los elementos del delito ya estudiados, hemos encontrado un aspecto negativo, en la antijuridicidad también lo hay y significa que no toda actividad o conducta contraria a derecho penal será castigada o sancionada, sino que pueden concurrir circunstancias que justifican esa conducta aparentemente antijurídica.

Al respecto, los autores han denominado de diversas formas ese aspecto negativo de la antijuridicidad como: Ignacio Villalobos que las denomina "excluyentes de antijuridicidad"; Celestino Porte Petit las llama "causas de justificación"; Sergio Vela Treviño las llama "conductas típicas conformes al derecho".

Independiente de la terminología que cada autor usa para identificar el aspecto negativo de la antijuridicidad podemos afirmar que en esencia es lo mismo que quieren decir todos y cada uno de ellos y significa que es la inexistencia del delito en virtud de que el sujeto activo actúa o lleva a cabo una conducta contraria a derecho genéricamente, pero impulsado por una circunstancia que lo justifica y lo exime de culpabilidad.

Cuando en el análisis de los elementos que integran el delito, - falta alguno de ellos y concretamente la antijuridicidad por existir - una causa de licitud, no puede haber delito porque aunque existe la intención o elemento subjetivo de producir un resultado, éste es en defensa de otro bien más valioso para el sujeto activo, principio del interés preponderante o bien obedeciendo un mandato superior inevitable.

El sentido o razón del ser de las causas de licitud como las llama *Porte Petit*, radica en que el legislador quiso proteger la concurrencia de intereses con el predominio de alguno de ellos, caso en que se protegerá el más valioso en cuestión personal (interés preponderante); en cuanto a la enumeración que cada autor hace, de los casos que se pueden considerar como circunstancias o causas de justificación, no podemos analizar cada uno, porque nunca estaríamos de acuerdo; pero sí podemos apegarnos a los casos de estudio en nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal; en su artículo 15, en las Fracciones III, IV, V, VII y VIII; y que a la letra dicen:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

PRIMERA.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para él;

SEGUNDA.- Que previo la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

TERCERA.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y

CUARTA.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado in-

tencialmente ni por grave impariencia por el agente, y que éste no -
tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro me-
dio practicable y menos perjudicial a su alcance.

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico
o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional -
del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún
cuando su mandato constituye un delito, si está circunstancia no es no
toria ni se prueba que el acusado la conocía;

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer
lo que manda, por un impedimento legítimo.

Como podemos ver, el Código Penal de 1931, en su artículo 15 con-
templa las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, pero -
sin analizarlas de forma lógica o congruente con el estudio sistemáti-
co de los elementos del delito, pero si contempla los aspectos negati-
vos de los elementos del delito y en el caso de la antijuridicidad con
templa las causas de justificación o de licitud y son:

- a).- La legítima defensa
- b).- El estado de necesidad
- c).- El cumplimiento de un deber
- d).- El ejercicio de un derecho
- e).- La obediencia jerárquica
- f).- El impedimento legítimo.

a).- Legítima Defensa.

Una de las más importantes causas de licitud contempladas por la Ley Penal es la legítima defensa y que consiste en la repulsa inmediata necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho.

El Código Penal de 1931, en su artículo 15 Fracción III, contempla la legítima defensa, actualizada mediante las reformas del decreto de 16 de Diciembre de 1985, publicado el 23 de Diciembre del mismo año y entrar en vigor 30 días después, quedando como siguen:

"III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional, de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

De la anterior definición legal de la legítima defensa se desprende de que la ley trata de proteger los intereses de las personas, cuando éstas se ven agredidas y no habiendo otro medio de defensa, se sacrifica el interés o el bien jurídicamente protegido en la persona del atacante o agresor; esto es que, la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos y la ley autoriza al defensor a imponerse ante el interés del atacante.

El conflicto de intereses puede recaer en bienes, en el honor o en la misma integridad de las personas, por lo que la acción debe ser

actual e inminente y la repulsa es inmediata puesto que si se deja de actuar en su momento puede ser irreparable el daño causado, razón por la cual se autoriza la autodefensa o llamada legítima defensa.

Otro punto de suma importancia es el hecho o circunstancia de que la acción emprendida por el agresor debe ser siempre antijurídica para que se actualice la legítima defensa al repeler esa acción antijurídica en la persona, bienes u honor, del defensor o de un tercero.

Concluyendo acerca de la legítima defensa, podemos decir que por sus elementos esenciales como: la existencia de una agresión, un peligro de daño, y una defensa o contraataque inmediato; es ilógico pensar que en el delito en estudio "Atentados al Pudor", se puede dar esta causa de licitud, porque con la ejecución de un acto sexual con intención lasciva, no se puede justificar ninguna conducta y mucho menos un acto de defensa de intereses, puesto que ante una agresión que provoca peligro inminente, no se puede desarrollar una defensa o contraataque traducida en la realización de actos erótico-sexuales, sino que lo más lógico es que se desarrolle una conducta violenta encaminada a defender el honor, los bienes o la integridad física de una persona; en consecuencia esta causa de justificación no puede concurrir en todos los delitos y en especial en los Atentados al Pudor, dada la naturaleza de la conducta definida en el tipo penal.

b).- Estado de Necesidad.

En la acción productora de un resultado que lesiona un bien jurídicamente protegido, pretendiendo salvar otro de mayor o igual entidad

jurídica. El Maestro Porte Petit, señala que existe el Estado de Necesidad, cuando es necesario salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionando otro bien igualmente amparado por la ley, siempre que no se tuviera el deber jurídico de afrontarlo y no fuera el peligro ocasionado dolosamente por el propio agente.

El estado de necesidad es una causa de justificación en virtud de que a pesar de ser una agresión en contra de un bien jurídicamente tutelado, es por salvar otro de igual interés para el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposa por el agente; la diferencia principal del estado de necesidad con la legítima defensa, radica en que la legítima defensa es la repulsa legítima a una agresión ilegítima, siendo necesario sacrificar un bien jurídico para proteger otro pero como resultado de una agresión ilegítima y actual, con situación de peligro; mientras que en el estado de necesidad es una acción y no una repulsa, pero impugnada del estado subjetivo de conservación.

El autor: Pepeño Cuervo Calón (44) señala que "el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona".

El Código Penal de 1931 en su artículo 10 Fracción IV contempla el estado de necesidad, pero analiza después los casos específicos que

(44) Cuervo Calón Argemiro. Op. cit. P. 343.

se consideran estado de necesidad en los artículos 334 (aborto necesario) y 379 (Robo famélico o de indigente), como veremos más adelante.

El artículo 15 en su fracción IV a la letra dice:

"IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no - tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Cuando los bienes jurídicos en conflicto no son de igual valor para la ley y el sacrificado es de menor interés, estaremos ante una clara situación de estado de necesidad, de igual forma si sucede que los dos bienes (el sacrificado y el salvado) son de igual valor, pero si - el bien sacrificado es de mayor protección de derecho se debe configurar el delito de que se trate por existir una conducta antijurídica - que lesiona un bien jurídicamente protegido sin razón de la proporción del daño causado y el salvado.

Por otra parte, al tratar de encuadrar nuestro tema de estudio, - que es el delito de atentado al Fideic nos percatamos que no se puede aplicar o encuadrar como estado de necesidad como causa de justificación, porque no es lícito la hipótesis consistente en que para salvar un bien jurídicamente protegido, deba ejecutarse un acto sexual con intención lasciva, en otra persona, puesto que la Ley señala que "... --

siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial", en consecuencia la acción traducida a un acto relativo a la sexualidad o a la satisfacción libidinosa del activo, no puede ser salvadora de una lesión a otro bien jurídico.

c).- Ejercicio de un Derecho.

El ejercicio de un derecho, como excluyente de responsabilidad penal, consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto - por una norma permisiva, pero causando a la vez una lesión en otro - bien jurídicamente protegido, durante el desarrollo de esa actividad - legítima autorizada por el estado o las normas al sujeto legitimado - por el estado.

Un elemento muy importante del ejercicio de un derecho como causa de justificación es la legitimidad o licitud del ejercicio del derecho porque si se va a causar un daño con un supuesto derecho y realmente - no se está permitido el medio, no se podrá eximir al activo de la responsabilidad penal; por ejemplo: si un sujeto tiene derecho a cobrar a otro un documento suscrito por éste y lo obliga a pagarle con violencia, no puede el acreedor justificar su actitud, aún teniendo el derecho de cobrar, pero no a causar un daño; pero si por el contrario ese mismo sujeto ejercita su derecho por la vía judicial y deja al deudor en estado de insolvencia por el embargo o remate de sus bienes para cubrir el adeudo, las consecuencias que vengan en perjuicio del deudor, no serán responsabilidad del acreedor por haber ejercitado un derecho legítimo.

Por otra parte la Ley reconoce como causas de justificación por el ejercicio de un derecho, aquellos actos que provocan lesiones u homicidio en el desarrollo de una actividad deportiva o como consecuencia del ejercicio de un tratamiento médicoquirúrgico, de cuyos actos se puede tomar en cuenta que hay licitud y si durante su desarrollo se provoca una lesión o un daño a otra persona es como consecuencia directa de una actividad permitida por el estado y por ende los resultados están previstos con todas sus consecuencias de derecho pero si durante el desarrollo de esa actividad permitida por el estado, se viola algún reglamento o ley especial para así poder producir el resultado de daño o de peligro, si se apeará la ley penal por no haber justificación para el sujeto activo en la comisión de una conducta que es constitutiva de delito.

Ejercicio de un Derecho como causa de justificación en los Atentados al Pudor.

La profesora Marcela Martínez Roaro (45), ha señalado esta eximente de responsabilidad como causa de justificación en el delito de Atentados al Pudor.

Igualmente el Doctor Alberto González Blanco (46), señala al respecto que, puede presentarse la ausencia de antijuridicidad en este delito, por el ejercicio de un derecho, como ocurre tratándose de cómplices.

(45) Martínez Roaro Marcela. Op cit. P. 175.

(46) González Blanco Alberto. Op cit. P. 83.

Por su parte el autor chileno Antonio Bascuñán Valdéz (47), señala que, "doctrinariamente puede admitirse el delito de abusos deshonestos entre cónyuges, pero en hipótesis muy limitadas. Entre ellas cuando se intenta un acceso carnal antinatural por medio de la fuerza o intimidación, porque es necesario no olvidar que el derecho que la ley tutela dentro del matrimonio es el ampliar la función sexual ordenada por la misma naturaleza para la reproducción de la especie, pero nunca el de la comisión de actos en contra de ella". Cabe señalar que la opinión del autor aquí citado, no es del todo aplicable en nuestro país puesto que los conceptos de violación y abusos deshonestos en el Código Chileno no son similares a los de nuestro Código Penal vigente.

Nosotros por nuestra parte consideramos que prácticamente no debe sancionarse el delito de Atentados al Pudor entre cónyuges, aunque de hecho exista, pues creemos que los actos erótico sexuales ejecutados por un cónyuge en otro caben dentro de la hipótesis de los derechos conyugales, entre otros.

d).- Cumplimiento de un Deber.

Otra causa de justificación contemplada por la Ley es "el cumplimiento de un deber", que consiste en la actividad desarrollada por una persona pero en cumplimiento de un mandato de una autoridad superior, la cual a su vez se fundamenta en el derecho, para dar esas órdenes que debe ejecutar el sujeto subordinado y obligado a obedecerlas (siempre y cuando no sea notoria la ilegalidad de la orden).

(47) Bascuñán Valdéz Antonio. Op cit. P. 96.

El cumplimiento de un deber no sólo está consignado a personas - que tienen un puesto público o cargo oficial, sino que también los particulares en ocasiones están obligados a cumplir con un deber y, por tanto, pueden colocarse en una supuesta o presunta actividad ilícita o típica, pero también colocarse dentro de un supuesto de causa de justificación y en consecuencia de antijuridicidad por ejemplo: alguien que supuestamente está encubriendo un delito, no puede ser responsable por su calidad de profesionalista y debe de guardar secreto profesional.

Así pues, el derecho no puede estar enumerando los medios y los casos en que se debe aplicar esta causa de justificación, porque de hacerlo nunca se terminaría los supuestos o hipótesis, pero el Juegador debe apreciar cada caso concreto, tomando así en cuenta que los medios empleados sean racionales y dentro de la legitimidad del deber mandado por el derecho.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice: "Dentro de la fórmula de volar en cumplimiento de un deber", se comprende los actos ejecutados en cumplimiento de deberes que son consecuencia de funciones públicas (deberes de servicio) y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de deber como causa de justificación de la conducta, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige la fracción V del artículo 15 del Código Penal. Por otra parte, el deber se encuentra debidamente determinado en relación con la naturaleza de la función que se ejerce y el fin que la propia -

Ley señala. Es generalmente admitido que ésta causa de justificación comprende la realización de todos aquellos medios, inclusive los violentos, que son racionalmente necesarios para dar satisfacción al fin expresado por la Ley. Por otra parte, sólo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado; únicamente mediante tal proceso puede llegarse a conocer si el proceder es jurídico o antijurídico. Si el cumplimiento estricto del deber imponía al acusado la obligación de proceder aún usando medios violentos, pero radicalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta, no puede ser anti-jurídica por ser lícita desde su inicio y no atentar contra la norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido. En otras palabras, si el proceder del acusado constituyó el medio racionalmente necesario para cumplir con el fin de la ley, que le imponía un deber cuyo cumplimiento le era imperativo, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. Y si en orden al principio de primacía y prelación lógica, hemos concluido que el proceder es lícito por ser jurídico, no cabe hacer examen del aspecto subjetivo del delito por no haber lugar a juicio alguno de reproche en cuanto a la culpabilidad". Seminario Judicial de la Federación. Sexta Época. Tomo VIII. P. 54. Segunda Parte.

En cuanto a la diferencia que existe entre el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho podemos decir que el cumplimiento -

de un deber, se puede cometer delito por su omisión, porque es un deber mandado por un superior avalado por la norma de derecho, y en el ejercicio de un derecho es facultativo para actuar o no actuar.

e).- Obediencia Jerárquica.

El artículo 15 del Código Penal vigente en su fracción VII señala como excluyente de responsabilidad el "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Respecto de la naturaleza jurídica de ésta eximente de responsabilidad existe gran discrepancia entre los doctrinarios, incluso autores extranjeros han señalado que las circunstancias específicas de la orden dada por el superior jerárquico modifican la naturaleza de esta eximente, pudiendo en determinados casos considerársele como causa de inculpabilidad y en otros como una verdadera causa de justificación.

(48)

Nosotros manifestamos nuestro total acuerdo con quienes consideran que es preciso analizar las circunstancias específicas tanto de la orden emitida como de las atribuciones que pueda o no tener el subordinado para investigar la licitud de la orden y poder decidir si la ejecuta o no. En este orden de ideas, señalamos que únicamente debe considerarse a la eximente de obediencia jerárquica, como verdadera causa de justificación, cuando se esté ante la hipótesis de que la or

(48) Bottiol Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1965. Cuarta Edición. P. 376.

den recibida no sea notoriamente ilícita, que el subordinado carezca de poder para investigar la legitimidad de la orden y que el subordinado tenga legalmente el deber y obligación de obedecer. Por tanto, obviamente no cabría la obediencia jerárquica como causa de justificación en el delito de Atentados al Pudor, pues la orden que impusiera la obligación de ejecutar actos de tal naturaleza resultaría a simple vista, totalmente ilícita.

f).- Impedimento legítimo.

El impedimento legítimo esta reconocido como excluyente de responsabilidad en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente, que textualmente señala "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Esta causa de justificación opera cuando el sujeto teniendo la obligación de ejecutar una conducta determinada se abstiene de hacerlo, amparando esa conducta omisiva en otra disposición legal; como ejemplo clásico de esta eximente se señala el caso de la persona que estando obligada a declarar como testigo, se niega a hacerlo por imponerle otra norma, la obligación del secreto profesional.

Esta causa de justificación no puede hacerse valer en los Atentados al Pudor, puesto que el impedimento legítimo ampara únicamente conductas omisivas y el delito de Atentados al Pudor se comete siempre mediante una acción, nunca por omisión del activo.

D.- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es uno de los elementos del delito de más importancia para la teoría del delito, puesto que es la aceptación por parte del órgano jurídico de que una persona es responsable por tal o cual conducta, dando paso luego a la culpabilidad o al no haber imputabilidad no habrá culpabilidad y en consecuencia no se puede configurar el delito.

Algunos autores consideran a la imputabilidad como parte integrante de la lista de elementos del delito y otros consideran a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad; por nuestra parte analizaremos a la imputabilidad como un elemento del delito, tal y como lo hemos hecho con los demás, pero si es procedente razonar que para que exista la culpabilidad se necesita la existencia de la imputabilidad.

La imputabilidad es la relación que existe entre un hecho considerado como delito y el estado psíquico y mental del sujeto activo, en el momento de cometer la conducta o hecho tipificados como delito al caer en ciertos requisitos exigidos por la ley en cuanto a condiciones subjetivas; siendo entonces considerada la imputabilidad como el conjunto de determinadas condiciones psíquicas que hacen posible referir un hecho a un individuo como su autor consciente y voluntario.

Para Francisco Pavón Vasconcelos (49), la imputabilidad de un sujeto supone "las condiciones mínimas necesarias para determinar en el

(49) Pavón Vasconcelos Francisco. Imputabilidad e imputabilidad. - Mit. Porrúa. México 1983. Primera Edición. P. 49.

hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible", de manera que la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para atribuirle un delito, o sea, para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de un individuo.

Por otra parte Maurach le da una acepción más amplia a la imputabilidad, llamándola "atribuibilidad" y la hace consistir en la valoración que se debe hacer de una conducta como producto de la voluntad del agente, siendo el responsable de tal conducta, pero no aplicando el juicio de reproche, o sea que el que una persona sea responsable de una conducta desplegada por él, no quiere decir que es culpable del resultado sino que, únicamente debe considerarse a la imputabilidad como la atribución de una conducta o hecho a una persona, pero sin considerarlo de su momento como culpable de un delito, puesto que pueden concurrir circunstancias o elementos negativos como en todos los elementos que hemos venido analizando, en consecuencia se debe tomar a la imputabilidad como un elemento más pero sin considerar ya la culpabilidad porque es otro elemento a estudio en cada caso concreto..

Dice Pavón Vasconcelos que la imputabilidad se refiere a una cualidad del sujeto, o sea que imputable es la persona a quien se atribuye o se puede imputar algo, e imputar es la acción de atribuir a alguien como suyo, un determinado comportamiento que puede traerle consecuencias jurídicas.

Por su parte el profesor Fernando Castellanos Tena (50), dice que la "imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo".

Además del elemento "querer", el sujeto requiere la capacidad de entender, para poder así desarrollar una conducta con voluntad y entendimiento, siendo entonces sujetos imputables por el derecho, porque una persona que no goza de sus facultades de entendimiento o discernimiento no puede decidir libremente sus actos y por lo tanto no puede ser imputable por las conductas contrarias a derecho cometidas por él.

En conclusión, la imputabilidad es la capacidad que tiene un sujeto, de acuerdo a la ley penal, para responder jurídicamente por sus actos realizados en contravención a las normas, en virtud de un entendimiento y voluntad, además de un conocimiento de los resultados que pudieran ocasionarse; siendo así responsable de sus actos el agente o sujeto activo, la ley lo considera un sujeto imputable para efectos de determinar la culpabilidad y la pena.

Con mucha razón la mayoría de los autores consideran a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, puesto que sin la primera, no puede existir la segunda en razón de que si un sujeto es considerado capaz de decidir y actuar es virtualmente culpable de las conductas ilícitas desplegadas por el mismo, pero si es inimputable no puede ser culpable por carecer la voluntad y el entendimiento, siendo así incapaz legalmente para recibir una sanción.

(50) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. Octava Edición. 1974. P. 217.

1.- INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en toda aquella causa que es capaz de anular o neutralizar la capacidad de entendimiento del agente, consistiendo esa anulación en la afectación del desarrollo mental o psicológico impidiendo así que el sujeto actúe libremente y decida sus actos.

También es considerada como inimputabilidad la actuación biológica que sufre o experimenta un sujeto, de la cual se deriva una falta de capacidad de entender o discernir sus actos de acuerdo a las normas y lineamientos de derecho, como es la minoría de edad.

La otra causa de inimputabilidad es la psicológica que quiere decir que el sujeto sufre una anomalía psíquica o mental y no puede apreciar la ilicitud de los actos, siendo incapáz de resolver las taxativas de bueno o malo, lícito e ilícito, por no saber determinar libremente sus actos, ya sea transitoriamente o permanentemente.

Cuando no exista en el sujeto, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer la naturaleza de los actos que ejecutan por más ilícitos que estos sean, estamos frente a la inimputabilidad.

Como anotamos anteriormente, existen varias causas de inimputabilidad contempladas por la ley y son de carácter biológico y psíquico, que en concreto se traducen en la incapacidad derivada de la minoría -

de edad (biológica) y la inmadurez mental derivada de traumas psicológicos o deficiencias mentales que impiden el discernimiento de los actos, con independencia de la edad del sujeto.

a).- Minoría de Edad.- Para las leyes mexicanas la mayoría de edad, se alcanza al cumplirse los 18 años y a partir de ese momento el individuo se considera como sujeto capaz legalmente para responder de los actos que realiza y de los resultados que se puedan ocasionar, así pues, si la persona que sabe y conoce el alcance de los resultados que provocaría una acción u omisión, será responsable e imputable de esa conducta, pero si la persona no es capaz de discernir o prever esos alcances, se considera inmadura para ello y no puede ser sujeto de derecho.

En el caso de la minoría de edad, que se considera como una causal biológica de incapacidad y en consecuencia de inimputabilidad, por su inmadurez mental, no pueden ser considerados responsables penalmente de una conducta típica, pero en el caso de la comisión de actos tipificados como delitos, son sometidos a los tribunales tutelares para menores para su corrección y orientación.

En el caso del delito de Atentados al Pudor, puede darse la conducta típica, antijurídica, cometida por un menor de edad, pero será inimputable por las razones antes expuestas, en el sentido de que un menor de edad no tiene la capacidad de distinguir lo que puede ser delito o no, claro que en una sociedad como la que se ha formado en nues

tro tiempo es un poco fuera de la realidad pensar que un joven adolescente no sepa o no pueda discernir el alcance de sus actos, por ejemplo una conducta encaminada a realizar actos erótico-sexuales con intención lasciva sobre otra persona, pero como la ley lo considera un sujeto inimputable, no puede ser sometido a la ley penal para aplicarle una pena, sino que solo será sometido a un tratamiento de corrección ante los tribunales tutelares para menores.

En resumen, la minoría de edad es una causa de inimputabilidad para el sujeto en virtud de que la ley lo considera inmaduro mentalmente para decidir libremente sus actos y por lo tanto no puede ser sujeto de responsabilidad penal cuando cometa actos que se consideran como delitos en nuestra ley penal.

Los artículos 119 y 122 del Código Penal para el Distrito Federal establecen la edad de dieciocho años como el límite que separa al menor del adulto para los efectos penales y precisan las medidas aplicables a los menores que realicen conductas previstas en la ley penal como delitos, las cuales se hacen consistir en: reclusión a domicilio, reclusión escolar, reclusión en un hogar honrado, patronato o instituciones similares; reclusión en establecimiento médico, reclusión en establecimiento especial de educación técnica y reclusión en establecimiento de educación correccional.

En la actualidad existe consenso unánime respecto a la idea de que los menores son ajenos a la responsabilidad estrictamente penal y

se les reputa inimputables por estimarse que su edad no les ha permitido el desarrollo intelectual y moral que los capacite plenamente para responder de sus actos ante el poder público. La falta de desarrollo psíquico impide al niño discernir sobre el alcance de sus actos; la -madurez no definida o deficiente formación psíquica excluye igualmente al adolescente de la capacidad de conocimiento sobre el carácter ilícito de su acción y de autodeterminarse con libertad para realizarla.

Antes de la edad límite la ley presume que el menor carece de la -madurez fisiológica y psíquica para declararlo imputable precisamente por capaz. La ley amplía, de esa manera, la presunción de que por debajo de esa edad el menor es incapaz de cometer delitos y por ello de ser acreedor a una pena. El criterio adoptado es por tanto arbitrario y se apoya en los caracteres biológicos del sujeto, sin exigir los datos positivos que revelen una afectiva falta de capacidad y por ello de inimputabilidad. (51)

b).- Miedo Grave.- En nuestra legislación penal, concretamente en el artículo 15 Fracción XI del Código Penal de 1931, se contempla la causa de inimputabilidad en virtud de obrar el agente con Miedo Grave y a la letra dice: "XI.- obrar en virtud de Miedo Grave o temor fundamentado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente."

(51) Idem. Págs. 112 y 116.

El concepto señalado anteriormente hace referencia al Miedo Grave y temor fundado, considerándose como causa de inimputabilidad solo el miedo grave, en virtud de comprender una afectación psicológica interna del individuo, colocándolo en una situación de irraciocinio involuntario; mientras que el temor fundado debemos considerarlo como una causa de inculpabilidad como lo veremos en su capítulo correspondiente.

El miedo grave es considerado como una causa de inimputabilidad en virtud de que representa una perturbación psicológica y mental, y priva al sujeto del uso normal de sus facultades de discernimiento y como dice Raúl Carrancá y Trujillo, el miedo grave es una causa de inimputabilidad "por representar una profunda perturbación psicológica, con raíces en la psique del sujeto y hasta con real independencia de una causa concreta que en forma de amenaza de un mal lo produzca, pudiendo tratarse hasta de causas imaginarias. (52)

De lo anterior podemos decir que cuando una persona es amenazada con causarle un daño en su integridad física, es capaz de actuar por instinto de conservación propia, en virtud del peligro que cree le asecha y atacado por el miedo se convierte en un sujeto peligroso, puesto que el padecimiento de miedo ataca directamente a la psique, haciendo así creer al sujeto que corre realmente un peligro aunque objetivamente no sea así.

(52) Op. cit. P. 500.

Ahora bien, pasando al plano del delito de Atentados al Pudor, podemos entender que esta causal de inimputabilidad no puede ser aplicada a alguien que presuntamente realiza actos sexuales con intención lasciva sobre otra persona, debido a que no puede alegar el miedo grave para verse obligado a la realización de tal conducta, porque en todo caso estaríamos ante una ausencia de conducta o por falta del elemento subjetivo requerido por el tipo penal, siendo así completamente inoperante la actividad originada por miedo grave fundado y canalizado a ejecutar actos sexuales sobre otra persona, en todo caso como dijimos anteriormente en el caso de que se presente una situación de miedo grave sobre una persona, ésta canaliza su perturbación mental mediante la pasividad, pudiendo cometer algún delito de omisión; o la embestida o acometimiento violento, pudiendo cometer algún delito de acción en el trayecto de la huida, por no percatarse de sus movimientos o impulsos físicos, pero nunca se puede pensar en una conducta erótica, porque estaríamos en otra situación y en todo caso se aplicaría otro elemento del delito en cualquiera de sus aspectos y modalidades.

c).- Trastorno Mental Temporal o Definitivo.- Los trastornos mentales también llamados estados de inconciencia, son contemplados por el Código Penal de 1931 como causas de inimputabilidad, en el artículo 15 Fracción II y a la letra dice: "II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Lo anterior quiere decir que la ley considera a una persona como incapaz y en consecuencia inimputable de una conducta ilícita o antijurídica cuando la ejecuta en estado de inconciencia derivado de trastorno mental, por padecerlo permanentemente o por padecerlo temporalmente como consecuencia de el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas o estupefacientes o embriagantes o por un estado psicológico mental transitorio.

En estos casos de trastorno mental, se considera que el sujeto es inimputable porque los aspectos que constituyen el proceso de percepción del yo se altera o perturba, se disminuye en un mayor o menor grado la claridad de percepción del sujeto. Esta perturbación o disminución se originan en causas naturales o patológicas, yendo desde un mero estado de fatiga hasta las perturbaciones más graves, en donde el sujeto puede actuar "inconcientemente", sin intención o voluntad.

Por estado de inconciencia se entiende la situación en la que el sujeto se encuentra privado de la conciencia o de la voluntad, en virtud del empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, de manera accidental o involuntaria, o por un estado tóxico-intoxicoso agudo, o por un trastorno mental involuntario transitorio y patológico, pero situaciones que no le impiden realizar movimientos corporales en los que está ausente la voluntad y al estar ausente la voluntad, no se puede considerar capaz a una persona, puesto que está impedida para decidir libremente sus actos.

En cuanto a los casos de trastornos mentales permanente cuando su gravedad es tal que establezca la crisis de la personalidad humana, — con la privación de sus atributos esenciales respecto del sentido de la vida y la libertad de expresión, la conclusión es que se constituye un caso claro de inimputabilidad del autor del hecho.

En el caso específico de Atentados al Pudor la única circunstancia de inimputabilidad que se puede presentar es la de trastorno mental transitorio por la ingestión de sustancias tóxicas, bebidas embriagantes o estupefacientes, pero siempre y cuando se hayan ingerido de manera accidental o involuntaria, porque sólo así se puede entender que el sujeto desarrolla una conducta sexual, sobre otra persona, sin la intención de llegar a la cópula, pero con una causa de inimputabilidad que sería una voluntad viciada por el trastorno mental provocado por alguna sustancia pero sin la intención del sujeto, con la salvedad de que el sujeto planeó antes de colocarse en el estado de inconciencia, el hecho ejecutado bajo ese estado, estaremos frente a una acción libre en su causa "actione liberæ en causa", y en este caso el sujeto será penalmente responsable por haber actuado con dolo.

En cuanto a la comisión de actos sexuales sin pretender la cópula, por una persona con trastorno mental permanente definitivamente no se debe considerar como imputable porque faltaría el elemento subjetivo que constituye la culpabilidad y el delito de Atentados al Pudor necesariamente se comete en forma dolosa.

E.- Culpabilidad.

La culpabilidad, según Carrancá y Trujillo es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente; por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trata (la acción realizada en función de miedo o temor corresponde a un sujeto imputable, pero al que no puede ser reprochada su conducta, porque lo que no es culpable). (53)

El profesor Castellanos Tena, señala que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con un acto.

Luis Jiménez de Asúa, define a la culpabilidad como el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento, un fin, cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigirse le un proceder conforme a las normas". (54).

El maestro Vela Treviño define a la culpabilidad como: "el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".

Con lo anterior el autor quiere decir que la culpabilidad de un sujeto, únicamente la puede determinar el juez al momento de pronunciar sentencia en un proceso penal seguido por la comisión de un acto ilícito.

(53) Idem. Pág. 431.

(54) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. "La Culpabilidad". Segunda Edición. Editorial Losada. Buenos Aires 1963 Pág. 92.

to, antijurídico y típico, y es solo entonces cuando se sabe si el agente es o no responsable penalmente o culpable de dicha conducta comisiva de un delito. (55)

Es procedente aclarar que aunque la ley no menciona dentro de su catálogo de excluyentes de responsabilidad a la ausencia de culpabilidad, el juez puede determinar la absolución del procesado, puesto que en su momento se determinaría la culpabilidad o inculpabilidad procedente por falta de un elemento del delito, la absolución del reo.

En general y vista la opinión de los diferentes autores mencionados, podemos decir y partir de la base de que la culpabilidad es el quebrantamiento de la norma penal contemplado subjetivamente, es decir, analizando el caso individual y las causas internas que motivan la conducta típica y antijurídica.

En torno a la naturaleza jurídica de la culpabilidad se han desarrollado dos teorías y son: la Psicológica y la Normativa.

1).- Teoría Psicológica.- Trata de sostener que la culpabilidad es el nexo psíquico entre el individuo imputable y el acto antijurídico realizado.

El maestro Luis Fernández Doblado al respecto manifiesta que "la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente - -

(55) Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Edit. Trillas. México 1985. Primera Edición. Pág. 201.

cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso". (56)

2).- Teoría Normativa.- Esta teoría sostiene que la culpabilidad la constituye el juicio de reproche basado en las motivaciones y el carácter del agente a condición de que se le pueda exigir un comportamiento conforme a derecho.

Esta teoría normativista se inclina a analizar la adecuación de las condiciones psicológicas y personales de carácter del sujeto con la conducta exigida por la norma en cada caso y así puede determinar el juicio de reproche o título de culpabilidad.

La legislación penal en México, básicamente el Código de 1931 para el Distrito Federal, señala en su artículo octavo las formas de culpabilidad, de la cual podemos anotar que se basa en la teoría psicológica, porque únicamente señala: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, demostrando con esto que la ley penal para determinar la culpabilidad se concreta a analizar la intención del sujeto.

La teoría normativista encuentra su fundamento en la reprochabilidad de la conducta antijurídica, basándose ese reproche en la existencia del poder comportarse con las disposiciones del derecho.

El Profesor Ignacio Villalobos señala "la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad, y una va-

(56) Citado por Castellanos Tena Fernando. Op. cit. Pág. 237.

loración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en aparición o pugna con el derecho, sin embargo lo que interesa a la culpabilidad es la actitud psicológica del sujeto, que se refiere a un hecho antijurídico como presupuesto". (57)

De la redacción del artículo Octavo del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, aparece que los delitos solo pueden cometerse - por medio de la intención o de la imprudencia (dolo y culpa) refiriéndose por supuesto a la voluntad que integra la conducta y ésta se considera el primer elemento del delito, en consecuencia esa conducta es la reprochable a título de culpabilidad, cuando es antijurídica y típica.

1.- Formas de Culpabilidad.

La culpabilidad es determinada como ya lo hemos manifestado, de acuerdo a la voluntad contenida en el acto y esa voluntad debe estar ligada con la situación emocional y psíquica del sujeto, determinando así la intención o ausencia de ésta, y en su caso la actividad o inactividad negligente o imprudente para considerar la existencia de la culpabilidad en sus dos formas que contempla el Código Penal de 1931 y que son la intención o dolo, la culpa o imprudencia y la preterintención que es la unión de los dos conceptos anteriores para producir un resultado más allá de lo querido; estas formas de voluntad son las que se toman en cuenta por el juez para formular el reproche al sujeto que realiza una conducta típica y antijurídica.

(57) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. - Edít. Porrúa, S. A. Tercera Edición. Pág. 274.

Como dijimos antes, el Código Penal se inclina a la teoría psicologista de la culpabilidad, cuando considera las formas de culpabilidad en intencionales y no intencionales, pero la doctrina considera que, para determinar la culpabilidad se requiere apégarse un poco también al normativismo, como lo ha hecho la suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar las condiciones subjetivas y la aplicación de la conducta requerida o exigida al sujeto activo por la norma en cada caso concreto.

a).- Dolo.- El dolo es la intención que lleva al sujeto al realizar una conducta conociendo o queriendo el resultado que se producirá. También es llamado intención y la ley lo define como la culpabilidad en su forma intencional, en la cual el sujeto lleva plena conciencia y voluntad para cometer un acto considerado como delito y lo sabe ciertamente, entonces se acepta el resultado que dicha conducta producirá.

Para Jiménez de Asúa, el dolo es "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber con conocimiento de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o concienta". (58). Eugenio Cuello Calón, señala armonizando los conceptos de voluntad y representación que puede definirse al dolo como "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevee como delito".

En cuanto a la definición o concepto de dolo se han formado varias teorías que en resumen son: a).- Teoría de la Voluntad, que es apoyada

(58) Jiménez de Asúa Luis. Op cit. Pág. 417.

yada principalmente por Carrancá, quien afirma que "el dolo se define como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley", y además expresa que el dolo debe ser definido como un acto de la voluntad, que se encuentra justamente en la intención; b).- Teoría de la Representación, apoyada por Franz Von Litz, afirmando que "dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley". El fundamento de la teoría de la representación en orden al dolo, se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se representa el resultado que causalmente habrá de producir sus conductas y a pesar de ello ejecuta u omite, según sea el caso, esa conducta que finaliza produciendo el resultado.

Una tercera teoría aparece y es basada en la Vinculación de la Voluntad y la Representación, y consiste en una construcción de dolo mediante la vinculación lógica y necesaria de ambos elementos y así se entiende que hay dolo en una conducta cuando el autor de ella se ha representado intelectivamente el resultado, pero además considerando debidamente la índole de la voluntad respecto a esa representación. Dicho en otras palabras, cuando el autor de una conducta se representó el resultado de ella y encaminó su comportamiento hacia la producción del resultado, o cuando menos lo aceptó como posible, habrá dolo como calificativo de la conducta emitida.

Por otra parte el dolo contiene, como un acto voluntario y representado en cuanto a el resultado que se pueda derivar, dos elementos -

intelectual y afectivo o volitivo, y consistentes en:

Elemento Intelectual.- Está constituido por el conocimiento de la criminalidad de la conducta.

Elemento afectivo.- Es la voluntad de realizar el acto u omisión, con representación del resultado, que se quiere o consiente.

Por lo que respecta al delito de Atentados al Pudor, la culpabilidad siempre será en la forma de dolo, en virtud de que la definición - contenida en el tipo penal señala expresamente, que debe ser una conducta positiva, es decir de acción y nunca de omisión y por otra parte con la intención de satisfacer los deseos sexuales, pero sin llegar a la cópula. Es decir, que el tipo penal señala expresamente que para - que la conducta sea típica y antijurídica y en consecuencia culpable, - debe ejecutarse con alguna intención, y esa es la satisfacción del ánimo lúbrico o libidiné, constituyendo el elemento subjetivo del delito, el cual se traduce a la intención o dolo, mediante un acto voluntario con representación del resultado, el cual además debe ser medido y - no rebasar el límite de lo sexual libidinoso a la intención de copular, - porque de hacerlo, estaríamos frente al delito de violación.

b).- La culpa.

El Código Penal de 1931, señala como otra forma de culpabilidad, - la variante de culpa, bajo el concepto de "delitos no intencionales o de imprudencia, aclarando en el artículo Noveno que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Lo anterior quiere decir que cuando una persona realiza una conducta viciada de impericia, negligencia, falta de precaución, irreflexión, etc., y produce un resultado típico y antijurídico, será responsable de esa conducta considerada culpable en su variante de no intencional o de imprudencia, que es la doctrina y en otras legislaciones se les denomina "culpa".

Los elementos de la culpa son: la ejecución voluntaria de una acción; actuar con negligencia, imprudencia, incumplir un deber de cuidado; un resultado no querido ni deseado; que ese resultado sea previsible y evitable.

Normalmente se distinguen dos clases de culpa: la conciente o con representación y la inconciente o sin representación de resultado; la primera consiste en el conocimiento de sus resultados que eventualmente se puedan presentar y no se toman las precauciones debidas para evitarlo; y la inconciente concurre cuando no se conocen los posibles daños o resultados que se podrían causar, sin embargo se actúa con negligencia o imprudencia, produciendo el resultado que se desconocía.

Trasladando estos conceptos al delito de Atentados al Pudor, concluimos que no se puede cometer tal delito por imprudencia, en consecuencia no se puede dar como delito culposo, debido a las características que contiene el tipo penal como son: "...sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva" lo cual quiere decir que el sujeto actúa libre y dolosamente, con la representación del resultado y sin llegar más allá de la satisfacción de sus deseos eróticos, pero sin querer la cópula, lo cual le dá a la

conducta un tono de conocimiento y aceptación del resultado, por lo que no se puede considerar culposo en virtud de que por impericia, negligencia o imprudencia no se puede actuar para obtener la satisfacción de un deseo sexual con intención lasciva.

c).- La Preterintencionalidad.

La preterintencionalidad es definida por el artículo Noveno del Código Penal de 1931 como "obra preterintencionalmente en el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por - imprudencia", lo cual quiere decir que el sujeto actúa dolosamente representado voluntariamente ese resultado y durante la ejecución del acto encaminado a producirlo, se comete una imprudencia o no se toman las precauciones debidas, obteniendo otro resultado no querido ni representado, concurriendo así la culpa y el dolo en un solo resultado.

El maestro Celestino Porte Petit dice al respecto "en el delito - preterintencional existe Dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido". (59)

La mayoría de los autores han tratado a la preterintención como una forma de la culpabilidad a nivel doctrina, tomando en cuenta que la legislación penal en el Distrito Federal no se contemplaba, pero en Diciembre de 1983 se dictó un decreto, en el cual se reforma y adiciona - al artículo Octavo del Código Penal de 1931, agregando una tercera fracción que contempla la preterintencionalidad, a cuya comisión se le aplica la siguiente sanción: Artículo Sexto Fracción "VI - en caso de preterintención el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de

(59) Citado por Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. - Op. cit. Pág. 261.

la aplicable, si el delito fuere intencional".

Lo anterior significa que el Juzgador puede reconsiderar el caso - de la comisión de un delito sin haber querido ese resultado, sin embargo si se actúa con dolo buscando un resultado menor al producido y en virtud de la concurrencia del dolo sobre el propósito emprendido y culpa sobre el resultado producido, se podrá aplicar una pena reducida - hasta una cuarta parte de la que pudiera aplicarse al delito cometido, pero el Juez discrecionalmente y contemplando las circunstancias subjetivas puede bajar la pena o dejarlo como delito intencional.

Al igual que en el caso anterior de la culpa, podemos decir que los Atentados al Pudor son exclusivamente dolosos y no puede concurrir la culpa o la imprudencia, debido a las características de índole subjetivo que se contienen en la definición del tipo penal del artículo-260 del Código Penal de 1931 vigente para el Distrito Federal en materia federal. (Reformado por decreto de 29 de Diciembre de 1988, publicado el 4 de enero de 1989 y entró en vigor el 1º de Febrero de 1989).

2.- INCULPABILIDAD.

Al igual que en los otros elementos del delito, como son la conducta, el tipo y la antijuridicidad, la culpabilidad tiene un aspecto negativo, consistente en la ausencia de los elementos esenciales de esta, que son el conocimiento del resultado y la voluntad libre de desplegar una conducta ligada con ese resultado previsible y conocido, formando así la figura llamada inculpabilidad.

Tomando en cuenta que la culpabilidad es el resultado de un juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma; en este apartado nos ocuparemos del aspecto negativo que significa la existencia de circunstancias que impiden la exigibilidad de otra conducta y, por consecuencia lógica, no se puede hacer el reproche por la conducta típica antijurídica, imputable pero en este caso inculpable quedando en situación de absolucíon el sujeto activo por no haber culpabilidad y al faltar un elemento del delito no habrá tal.

Así pues, las causas de inculpabilidad, son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al Juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada que sería conforme al derecho o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada. (60)

Las causas de inculpabilidad se presentan cuando por error o ignorancia inculpable el sujeto carece de conocimiento sobre la naturaleza del acto antijurídico y su voluntad es forzada, no actuando libre o espontáneamente, anulando el conocimiento o representación y la voluntad.

El Código Penal para el Distrito Federal, como anotamos en otro apartado sigue la teoría psicologista de la culpabilidad y señala como causa de inculpabilidad el error y la coacción sobre la voluntad.

(60) Vela Treviño Sergio. Op. cit. Pág. 275.

a).- El Error.- El error es una idea falsa respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo o un conocimiento equivocado de la verdad real.

Al respecto el Código Penal, en su artículo 15 Fracción dice "XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vengible."

Algunos autores mencionan a la ignorancia junto con el error manifestando que para los efectos del derecho los conceptos se identifican pues tanto vale ignorar como conocer falsamente que al fin y al cabo el sujeto desconoce la naturaleza de su actividad que termina en un hecho ilícito, lejos de su aceptación como delito. (61)

Entre los vocablos error o ignorancia hay una gran diferencia, porque en el error hay una idea falsa respecto al conocimiento de un objeto, concepto o verdad real, en tanto que la ignorancia es el desconocimiento total de un hecho o situación para efectos del derecho; pero sin embargo la doctrina considera que ignorar y conocer falsamente producen el mismo resultado.

En base a lo señalado por el Artículo 15 Fracción XI del Código Penal, debemos aclarar un poco la cuestión del error y su apreciación por parte de la doctrina y al respecto decimos que el error puede

(61) Pavón Vasconcelos Francisco. Op. cit. Pág. 405.

existir de hecho o de derecho.

El error de hecho se subdivide en esencial y accidental y éste en error en el golpe y error en la persona o el objeto.

El error de derecho es la falsa idea que se tiene sobre un precepto de derecho o se ignora determinada ley, no concurriendo el dolo, si no que el sujeto activo realiza una conducta pensando que está actuando conforme a una norma de derecho, la cual es distinta a la que él cree conocer, por lo tanto la conducta y consecuencias no pueden ser dolosas, por no existir el conocimiento real de los hechos y de su significación.

Error de hecho es causal de inculpabilidad cuando es invencible y esencial, esto es que para ser esencial se requiere que el desconocimiento o falsa idea recaigan sobre los elementos esenciales del tipo y por otra parte invencible o inmutable, porque de ser vencible, será un delito culposo y no una conducta inculpable, porque si el sujeto puede salir fácilmente de su error tomando alguna precaución y no lo hace, se le considera como sujeto activo de delito culposo.

Y por otro lado si el error es invencible y esencial será sujeto inculpable. Pero el error accidental no se considera como causa de inculpabilidad debido a que es accidental sobre la persona o sobre el golpe lo cual quiere decir que el sujeto actúa con dolo o intención, representándose un resultado pero errando en cuanto al resultado obtenido por falla en el objeto o persona sobre la cual iba encaminada al-

para agresión, en estos casos la ley se aplica imponiendo sanción como delito doloso intencional porque existía el deseo de provocar un daño o lesión sobre bienes jurídicamente protegidos de los que no tenía derecho el activo de disponer ni aún por error.

En consecuencia, la ley solo considera como causa de inculpabilidad una situación de error esencial de hecho invencible, lo que quiere decir que solo cuando el sujeto ejecuta un acto típico, antijurídico, imputable pensando o creyendo erróneamente que tiene derecho a disponer de un bien jurídicamente protegido; procederá la causa de inculpabilidad, claro que tiene que acreditar el derecho que se tiene sobre el bien que se haya confundido o acreditar la equivocación o la falsa idea que se tenía de licitud de una conducta.

El caso es aplicable en el delito de Atentados al Pudor, cuando el sujeto activo ejecuta un acto sexual sin querer llegar a la óspula, sobre una persona a la que cree ser su esposa por ejemplo, en un lugar obscuro o en un lugar que le pertenece y tiene derecho a ejecutar determinada acción, si el sujeto ignora que no es la persona sobre la que si tenía derecho de ejecutar esos actos sexuales, se le considera un error esencial invencible.

b).- Coacción sobre la voluntad. La coacción sobre la voluntad se considera como causa de inculpabilidad siempre y cuando no anule la voluntad del sujeto.

Un ejemplo clásico de inculpabilidad por coacción sobre la volun-

tad, en el Derecho positivo mexicano, lo es el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, esta excluyente de responsabilidad se encuentra regulada en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente.

Para poder considerar ésta hipótesis como causa de inculpabilidad, es necesario que el temor fundado no anule la voluntad del sujeto, sino que únicamente cause real, fundada en forma de amenaza irresistible, grave o inminente de un daño conservando las facultades de juicio y decisión de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza.

En el caso específico de los Atentados al Poder es imposible admitir esta causa de inculpabilidad, puesto que una acción ejecutada por coacción sobre la voluntad no será relevante para la integración de éste delito, en virtud de que estará ausente el elemento subjetivo requerido por el tipo penal del delito, consistente en la intención lasciva del sujeto activo, sin querer llegar a la cópula.

F.- PUNIBILIDAD.

La punibilidad es el último de los elementos del delito y al igual que los otros, a la falta de este no se puede integrar el delito y el presunto responsable de la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, pero no punible, deberá ser absuelto debido a que el Estado está en imposibilidad de aplicar una pena por la concurrencia de alguna circunstancia que así lo determina por estar contemplada en la ley como excusa absolutoria, como lo veremos más adelante.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, define a la punibilidad — como "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (62).

Lo anterior significa que para que una conducta sea punible o dicho de otra manera, sea acreedora de un castigo, es necesario que el Estado la considere así; pero habiéndole previsto con anterioridad al crear el tipo penal y aplicándolo o ligándolo con esa conducta, para así considerar que merece una pena y aplicarla al sujeto activo cuando no concurre ninguna circunstancia que lo haga excluir de la responsabilidad.

En torno a que si la punibilidad es un elemento del delito o no lo es, se han formado dos corrientes apoyadas por los autores más conocedores de la materia y un grupo de ellos sostiene que la punibilidad es un elemento integrante del delito, siendo la punibilidad el carácter específico del mismo por ser una conducta típica, antijurídica y culpable sancionada por una pena. Entre esta corriente están, Von Litz, Bettiol, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, etc., esta corriente defiende específicamente a la punibilidad como elemento integrante del delito por que de no existir una pena o sanción, la conducta encaminada hacia lo injusto se trasladaría al campo privado o civil, en cambio, cuando el injusto se enfoca o se dirige a un bien protegido por el Estado será del orden público y es procedente aplicar una sanción muy independientemente de la reparación del daño, que puede ser en metálico como lo llama Jiménez de Asúa.

(62) Idem. Op. cit. Pág. 421.

La otra corriente es la que considera que la punibilidad no es elemento integrante del delito, sino una consecuencia del mismo y es difundida principalmente por Ignacio Villalobos, Carrancá y Trujillo, y Fermádo Castallanos Tena.

El maestro Carrancá y Trujillo afirma (63) que "La acción antijurídica, típica y culpable, para ser inculpinable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir que ésta es la consecuencia de aquella, legal y necesaria". En consecuencia de lo anterior el autor dice que cuando concurren circunstancias que impiden la aplicación de la pena, el delito subsiste por haberse realizado una conducta típica y antijurídica pero sólo se anula la aplicación de la pena por considerar el estado que por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, es preciso no sancionarlas.

Dentro del delito de Atentados al Pudor , que es el tema central de estudio, podemos decir que tiene una pena considerando el tipo fundamental o básico y otro enfocado al tipo complementado o calificado.- Al respecto el artículo 260 del Código Penal de 1931 señala una pena - al autor del delito de Atentados al Pudor, de prisión de quince días a un año, o diez a cuarenta días de trabajo en favor de la comunidad.

Pero en cuanto a lo manifestado anteriormente, el mismo artículo - 260 del citado ordenamiento, contempla una sanción calificada al decir "si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de uno a cuatro años de prisión".

(63) Carrancá y Trujillo Raúl. Op. cit. Pág. 424.

En lo particular consideramos que la punibilidad en los Atentados al Pudor, al igual que en los delitos que se contemplan en el Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, es un elemento integrante de la teoría del delito porque de no señalarse una amenaza de pena aplicable en el caso de comisión de la conducta descrita en el tipo, no sería propiamente un delito, sino una infracción o una conducta antijurídica o injusta, pero de índole civil y no penal o criminal como lo llaman algunos autores.

Concluyendo podemos decir que, aunque la pena aplicable en el caso de Atentados al Pudor, resulta bastante ligera en comparación del bien jurídico que se lesiona y que puede traer muchas otras consecuencias perjudiciales tratándose del sujeto pasivo un impuber, no deja de ser un elemento importante la punibilidad porque sin pena no hay delito.

Al respecto el artículo 261 impone una pena de seis meses a dos años de prisión al que ejecute un acto sexual sin propósito de llegar a la cópula en persona menor de 12 años o en persona que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obliguen a ejecutarlo.

1.- Excusas Absolutorias.

Las llamadas excusas absolutorias comprenden el aspecto negativo de la punibilidad y cuando a pesar de concurrir los demás elementos de el delito, existe una excusa absolutoria, no será aplicable la pena señalada por el tipo penal y no habrá delito, en virtud de haber una causa de impunidad.

En concreto las excusas absolutorias, son circunstancias que concurren en la comisión de un delito, con las cuales el Estado considera que la aplicación de la pena no sería de utilidad pública y en razón de justicia o equidad en razón de las personas.

Los casos más claros de excusas absolutorias son: aborto por imprudencia, encubrimiento entre parientes, robo menor cuando se regresa lo robado sin ser requerido para ello, robo de familiar.

Para los anteriores casos es preciso manifestar a manera de ejemplo, que el Código Penal vigente para el Distrito Federal contempla las excusas absolutorias en casos aislados como:

Art. 333.- Aborto por imprudencia de la mujer embarazada y cuando el embarazo es resultado de una violación.

Art. 375.- Robo menor (cuando no excede 10 veces el salario mínimo), cuando se regresa lo robado antes de que se tome conocimiento por parte de las autoridades competentes.

Art. 400.- (Ultimo parrafo) Encubrimiento entre familiares o personas ligadas por estrecha amistad.

Como manifestamos anteriormente, las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad y consisten en una eliminación de la pena aplicable por conducta antijurídica, ejecutada por el sujeto

activo, pero como se aprecia en los casos específicos anotados por el Código Penal, existen razones suficientes para considerar que el aplicar la sanción no sería de ninguna utilidad para el Estado, y por el contrario perjudicaría al sujeto activo del delito, en razón de que sufriría un doble castigo, por considerarse que las razones que lo obligaron a delinquir fueron por estricta necesidad.

En el caso del delito materia de nuestro estudio, no existe la posibilidad de invocar ninguna excusa absolutoria puesto que si estas se presentan cuando por razones de justicia o equidad el Estado considera necesario no sancionar una conducta determinada, resultaría erróneo pensar que en alguna hipótesis la conducta descrita por el artículo 260 del Código Penal, se pudiera considerar como de justicia o equidad.

CAPITULO CUARTO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE

ATENTADOS AL PUDOR

A. FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE ATENTADOS AL PUDOR.

1.- EL ITER CRIMINIS.

En toda conducta antijurídica que reúne las características de delito existe una serie de comportamientos y de situaciones que revelan la preparación de tal conducta hasta su consumación, así como la doctrina se encarga de analizar ese camino que recorre el delito, desde la mente del sujeto activo, hasta la expresión física de la voluntad para producir un resultado que es antijurídico y sancionado por la Ley Penal.

El iter Criminis o camino del crimen, como lo traducen algunos autores, no es más que "el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito" según lo define el Maestro Raúl Carranca y Trujillo (64), y dicho de otra forma es el camino que recorre el delito desde su idea ción o aparición en la mente del sujeto hasta la consumación o agotamiento.

Para poder estudiar con entendimiento lo que es el Iter Criminis se debe dividir en dos fases que son: la interna y la externa o también llamadas como la subjetiva y objetiva.

a).- Fase interna o subjetiva.

La fase interna nace en la mente del sujeto con la ideación de realizar alguna conducta antijurídica y con la representación del resultado, terminando esta etapa cuando esa idea se ha analizado mentalmente

(64) Op.Cit. Pág. 661

y se ha tomado la resolución de actuar físicamente y realizar la conducta delictiva, aceptando el resultado.

Como vemos, la fase interna del Iter Criminis o camino del crimen, se divide a su vez en tres etapas y son: la ideación, que consiste en la aparición en la mente del sujeto la representación del acto que se quiere cometer a pesar de ser constitutivo de delito; la deliberación, es la meditación que realiza el sujeto, analizando los resultados del acto que quiere llevar a cabo, apareciendo la pugna entre lo bueno y lo malo de acuerdo a la ley y a la condición psicológica y moral del sujeto; la resolución, es la etapa en la que el sujeto después de haber ideado un acto y deliberado sobre los resultados se decide a llevarlo a cabo aceptando todas sus consecuencias.

Con la resolución se pone fin a la fase interna del delito, y ésta no tiene trascendencia para el derecho penal puesto que solo se compone de ideas y pensamientos que mientras no se exterioricen no causan daño a los bienes jurídicamente protegidos.

b).- Fase externa o fase objetiva.

Esta fase del Iter Criminis abarca la etapa comprendida entre el momento en que el sujeto se vuelve activo, manifestando su idea criminal y concluye en el momento en que se consuma el acto antijurídico, típico, culpable, imputable y punible (delito).

En términos generales la fase externa se compone de la manifesta--

Por último la ejecución es el acto de consumación o bien el desarrollo de la conducta intencionada para producir un resultado típico - antijurídico y puede considerarse como una tentativa (acabada o inacabada), o como una plena consumación del delito.

La consumación del delito aparece cuando voluntariamente se realizan todos los actos materiales de ejecución previstos en el tipo penal y se produce un resultado que lesiona el bien jurídicamente protegido.

En nuestra legislación penal no se define al delito consumado, pero si se dan los lineamientos para poder determinar que es la reunión de los elementos y caracteres previstos por el tipo penal de cada delito en particular, cuando se causa una lesión en un bien protegido por la norma penal.

Pasando al plano del delito concreto de Atentados al Pudor tipificado en el artículo 260 del Código Penal de 1931, podemos manifestar - que es un delito que necesariamente se consume instantáneamente y no - se puede determinar fehacientemente la preparación interna o la fase - interna, sino que es hasta el momento en que se ejecuta la acción cuando se puede determinar el límite de la voluntad del sujeto activo, en virtud de la similitud de conducta desplegada por el sujeto en comparación con el delito de violación o tentativa de violación, así pues, como lo hemos manifestado en capítulos precedentes, en el delito de Atentados al Pudor se requiere un elemento subjetivo consistente en - - " ... sin la intención de llegar a la cópula ..." lo cual nos permite

diferenciar con la tentativa de violación.

2.- Tentativa

La tentativa es la realización de una serie de actos encaminados a la ejecución de una conducta antijurídica con la representación de un resultado, pero sin llegar a producirse por causas ajenas al sujeto activo.

Como lo define Cuello Calón (66) "La figura jurídica de la tentativa surge cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del sujeto".

La tentativa se puede considerar como un intento con resultados negativos de cometer un delito y puede ser ese intento ejecutado de manera completa o incompleta por lo que la doctrina ha estudiado y analiza a la tentativa en sus dos formas: Tentativa Acabada y Tentativa -- Inacabada.

a).- Tentativa Inacabada.- La tentativa inacabada consiste en la ejecución parcial de los actos preparatorios del delito y originándose esa suspensión de la ejecución, por causas externas a la voluntad del sujeto, habiendo éste manifestado materialmente su voluntad de querer un resultado típico.

Así pues, la tentativa inacabada se presenta cuando el sujeto sus-

(66) Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Pág. 528.

perde los actos encaminados a producir un daño sobre un bien jurídicamente protegido, en virtud de la intervención de una fuerza exterior - que se lo impide, siendo en este caso totalmente punible tal conducta puesto que puso en peligro el bien jurídico, pero cuando la suspensión de los actos preparatorios del delito es por voluntad del mismo sujeto, no puede ser punible en virtud del arrepentimiento que se considera hay en el ánimo del activo, sin haber causado lesión alguna ni - haber caído todavía en el injusto.

b).- Tentativa Acabada.- También llamada delito frustrado consiste en la ejecución total o agotamiento de los actos preparatorios encaminados a producir un resultado de daño sobre un bien jurídicamente protegido y no consumado éste por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, siendo siempre punible este acto en razón de que el sujeto agotó los medios para cometer un delito y si no se realizó o consumó es por razones de intervención de factores externos a la voluntad del agente activo, pero este tuvo el ánimo de producir el resultado típico y antijurídico.

El maestro Pavón Vasconcelos (67) señala como elementos de la tentativa, los siguientes:

a).- Elemento moral o subjetivo, consistente en la intención de cometer un delito.

b).- Elemento material u objetivo, que son los actos ejecutados por el agente.

(67) Op. Cit. Pág. 443

c). -- Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad -- del ejecutor de los actos.

Es muy importante aclarar que para que pueda concurrir la tentativa se tiene que actuar siempre con dolo en la preparación del acto de consumación, en consecuencia no puede haber tentativa en los delitos - imprudenciales o calificados como culposos por la Ley Penal.

La tentativa en el Código Penal de 1931 se contiene en el artículo 12 que a la letra dice: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los Jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo -- que a ésta se refiere, sin perjuicio de aplicar lo que corresponda a -- actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Este precepto después de su reforma y adición: realizada en el año de 1984 y publicada en el Diario Oficial de 14 de Enero de 1985, explica de manera más clara la punibilidad y condiciones de la tentativa y de lo mismo podemos apreciar que necesariamente tiene que ser suspendi

do el resultado dañoso por causas ajenas a la voluntad del sujeto y — cuando es por voluntad del mismo la suspensión del acto, no será punible mientras no haya lesionado cualquier bien jurídico.

En cuanto a los Atentados al Pudor, como lo hemos dicho antes, no cabe la tentativa porque es un delito que se consuma con la simple manifestación de la voluntad del sujeto, puesto que al manifestarse esta rfa realizando actos materiales o tocamientos sobre el cuerpo del pasivo y con eso es suficiente para perfeccionar el delito, siempre y cuando sea con la intención de satisfacer deseos sexuales sin llegar a la cópula porque de manifestarse la intención de copular, pasaríamos al — plano de tentativa de violación.

De acuerdo a la reforma hecha al tipo penal de Atentados al Pudor mediante decreto de 29 de diciembre de 1988, publicado el 3 de enero de 1989, para entrar en vigor el 1° de febrero del mismo año, se introduce la posibilidad de calificar la tentativa, siempre y cuando se actualice la eventualidad de que el acto sexual con intención lasciva, — no se cometa directamente sobre el pasivo, sino que se obligue a éste a ejecutarlo y bien puede ser sobre el cuerpo del mismo activo o sobre el cuerpo de un tercero también pasivo; es en este acto donde puede — aparecer la tentativa, porque el nuevo tipo penal no aclara si se castigará sólo con la consumación, por lo tanto podemos deducir que se — puede tener la intención de ejecutar la conducta consistente en obligar al sujeto pasivo a ejecutar los actos sexuales sin llegar a la cópula, ya sea sobre un tercero o sobre el mismo sujeto activo, y no verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Por lo anterior podemos decir que la tentativa no puede ser posible en la primer hipótesis del tipo penal, consistente en la ejecución de un acto sexual con intención lasciva, sobre una persona, porque en este caso el delito se consume desde la manifestación de la voluntad que se convierte en la ejecución del acto; pero la segunda hipótesis - consistente en obligar al sujeto a ejecutar el acto sexual, se puede - suspender por la fuerza extraña al activo y quedar en grado de tentativa.

3.- Concurso de Delitos.

Dentro de las formas de aparición de los delitos, podemos encontrar con una figura muy importante y trascendental en el plano de la conducta y los efectos o resultados, y es el llamado Concurso de Delitos que consiste en la hipótesis de concurrencia de conductas en un solo resultado o viceversa, concurrencia de delitos con una sola conducta, como lo veremos un poco más adelante.

Las hipótesis de conducta y resultados que dan lugar al concurso pueden consistir en: unidad de acción y resultado; unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad del resultado; y por último pluralidad de acciones y pluralidad de resultados.

Esta figura llamada concurso de delitos en realidad debemos llamarla únicamente concurso porque es la concurrencia de delitos con una sola conducta o bien la concurrencia de conductas para cometer un delito, pero siempre con la intervención de un mismo sujeto, porque si in-

tervienen varios sujetos estaremos frente a la participación o pluralidad de sujetos.

a).- Concurso Ideal o Formal.- Es la unidad de acción y pluralidad de resultados y consiste en la realización de una sola acción u omisión y se cometen varios delitos o se violan varios preceptos legales.

En el concurso ideal o formal el sujeto activo ejecuta una sola acción y con ella cometerá varios delitos, aplicándose entonces la pena del delito de mayor importancia.

Este tipo de concurso se encuentra contemplado en el Código Penal en su artículo 18 parte primera y a la letra dice: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos ...", sin embargo cuando el sujeto ejecuta varias conductas y un solo resultado no habrá concurso sino la comisión de un delito continuado.

El artículo 64 del Código Penal establece la aplicación de las sanciones en el caso de concurso y al ideal o formal le asigna una sanción correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero - (la sanción máxima es la de 40 años), con excepción de los delitos a que se refieren los artículos 315 Bis, 320, 324 y 366; en los cuales la pena máxima será de 50 años de acuerdo a las reformas del Código Penal con fecha 29 de Diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de Enero de 1989, para entrar en vigor el 1º de Febrero de 1989.

El concurso ideal si puede ser posible con el delito de Atentados al Pudor puesto que en la consumación del mismo, con una sola conducta se puede violar otra norma penal como por ejemplo la de "ultrajes a la moral pública, y corrupción de menores", contemplados en los artículos 200 y 201 del Código Penal.

En cuanto al delito de "ultrajes a la moral pública", puede concurrir o concursar con el de Atentados al Pudor en su hipótesis de la - fracción Segunda que a la letra dice: "Se aplicará prisión de seis meses o cinco años y multa de Diez mil pesos.

II.- Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar a otro, exhibiciones obscenas."

De la anterior hipótesis señalada para el delito de ultrajes a la moral pública, podemos interpretar que al realizarse en ese sentido - una conducta encaminada a ejecutar o hacer ejecutar exhibiciones obscenas, puede cometerse también el delito de Atentados al Pudor, si esas exhibiciones obscenas se canalizan a ejecutar actos erótico-sexuales so bre un tercero en contra de su voluntad o aún con su consentimiento si este es menor de 12 años. En consecuencia se estarían cometiendo am- bus delitos con una sola conducta desplegada por el sujeto activo o - los sujetos activos.

En cuanto a la concurrencia de los Atentados al Pudor con el deli- to de corrupción de menores también se puede dar de manera clara, pues to que si la conducta encaminada a satisfacer un deseo sexual con in-

tención lasciva sobre una persona menor de 12 años, puede provocar una depravación sexual o una iniciación en la vida sexual; pero la gravedad radica en que cuando se realiza este tipo de conducta sobre los menores los pueden encaminar a la prostitución o las prácticas homosexuales, debido a la falta de madurez en la toma de decisiones de los menores.

En consecuencia, cuando se comete el delito de Atentados al Pudor sobre un menor, se corre el riesgo de caer en la corrupción y aún más si la conducta es repetida o de manera frecuente. Por lo tanto la Ley Penal tipifica y sanciona la corrupción de menores pero si se puede considerar o apreciar claramente la comisión de ambos delitos con una sola conducta.

Así pues, resumimos que el delito de Atentados al Pudor si puede cometerse en concurrencia con otros delitos a pesar de que el sujeto activo desarrolle una sola conducta, entrando así a la clasificación del concurso ideal o formal. Esto es que con una sola conducta se producen varios resultados típicos y sancionados por la Ley Penal. Y en cuanto a la sanción como ya lo mencionamos anteriormente, en este tipo de concurso ideal o formal, el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 64 establece una sanción aplicable correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que se pueda exceder de las sanciones corporales máximas señaladas por este mismo Código. Esto es que no podrá exceder dicha sanción de 40 años de prisión (hasta antes de las reformas al Código Penal publicadas en el Diario Oficial

de la Federación de fecha 3 de Enero de 1989).

b).- Concurso Real o material.- Consiste en la ejecución de varias acciones por un mismo sujeto, provocando a su vez varios resultados típicos, o sea violando varios preceptos legales mediante varias acciones independientes.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 18 que "Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". En este caso de concurso, la Ley Penal vigente señala en su artículo 64 párrafo segundo que se aplicará una pena correspondiente al que merezca la mayor, la cual podrá incrementarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos concurrentes sin que exceda de los máximos señalados por la misma legislación Penal.

En cuanto a este concurso con el delito de Atentados al Pudor, podemos considerar que si puede presentarse puesto que el delito de Atentados al Pudor se puede cometer con violencia como lo aclara el artículo 260 del Código Penal en su párrafo segundo pudiendo ser la violencia física o moral, en consecuencia al emplear violencia se puede causar un daño e inclusive una lesión en cualquiera de sus formas en cuanto a su gravedad, por otra parte puede emplearse el delito de amenazas o lesiones, siendo conductas completamente independientes del delito de Atentados al Pudor, aunque se encaminan para llegar a la realización de la conducta típica de los Atentados al Pudor.

Lo anterior no quiere decir que necesariamente tengan que ser conductas correspondientes en tiempo o que se cometan en un lapso de tiempo continuo sino que en el concurso real o material pueden presentarse delitos cometidos en diferentes tiempos o épocas, pero necesariamente por un solo sujeto.

Concluyendo podemos decir que el delito de Atentados al Pudor se puede cometer por un sujeto que pueda ser procesado con acumulación de delitos cayendo en la hipótesis del concurso real o material, siempre y cuando no haya sentencia ejecutoriada o prescripción de la acción penal para alguno de ellos, de lo contrario no puede haber acumulación de ejercicios de acción penal determinada por cada delito cometido por el sujeto activo.

4.- LA PARTICIPACION.

La participación de sujetos en la comisión de un delito se refiere a la intervención de varias personas de manera directa o indirecta en la comisión de una conducta que produce un resultado típico.

En nuestra legislación penal se contempla la participación en el artículo 13 del Código Penal vigente y determina los diversos grados de coparticipación como lo veremos un poco más adelante en el inciso de grados de coparticipación.

Por el momento interesa determinar que para que haya participación en la comisión de un delito se requiere que sean varios sujetos -

los que intervengan ya sea en la ideación, preparación o consumación del delito. Por otra parte que ese delito sea unisubjetivo y no plurisubjetivo, esto es, que el tipo penal no tenga como requisito la concurrencia de sujetos para que se considere consumado porque de ser así, se consideraría un concurso necesario y no eventual, que es el que nos interesa en el tema de la participación.

En cuanto a la participación podemos decir, que es la concurrencia de sujetos en la comisión de un delito, debiendo intervenir de manera voluntaria y en cualquier forma que coopere a la consumación del mismo y para que se determine el grado de participación de cada sujeto, el Código Penal para el Distrito Federal señala en su artículo 13, los tipos de participación y son:

Autores intelectuales, (los que acuerdan o preparan su realización), autores materiales (los que lo realizan por sí), coautores o por cooperación (lo realizan conjuntamente), autores mediatos (se sirven de otro para llevar a cabo el delito), cómplices, encubridores.

En la comisión de los delitos pueden concurrir varias personas aunque no se hayan encontrado físicamente en el lugar de la comisión del delito puesto que pueden intervenir en cualquiera de las formas antes expuestas o bien pueden dirigir o idear el delito o encubrirlo una vez consumado o ayudar a los autores a sustraerse de la acción penal o a obtener algún lucro de los productos del delito, etc.

Pero en el delito materia del presente trabajo podemos decir que -

sí puede haber coparticipación puesto que para consumarlo pueden intervenir varias personas como por ejemplo:

El autor material en el delito de Atentados al Pudor lo es aquél sujeto que realiza la conducta típica descrita por los artículos 260 y 261 del Código Penal vigente.

Desde un punto de vista muy particular, consideramos que en el delito objeto de nuestro estudio puede presentarse la autoría intelectual, pues nada se opone a que un sujeto, con tal de satisfacer su propia libidiné, induzca o instigue a otro para que ejecute actos sexuales sin llegar a la cópula en el cuerpo de un tercero y deleitarse así con la contemplación de este tipo de actos; claro está, que si el que ejecuta los actos sexuales satisface su deseo lujurioso también, se convertirá en autor material del delito. Es decir, cabe la autoría intelectual en los Atentados al Pudor únicamente en el caso, en que un sujeto instigado o provocado por otro realice tocamientos en las partes pudendas de un tercero, sin que se presente en él el elemento subjetivo requerido por el tipo, sino que quien satisface su libidiné o deseo lujurioso con esos actos es el sujeto que lo indujo a realizarlos.

Creemos también que en el delito materia de nuestro estudio es posible que se presente la autoría mediata, es decir, que un individuo se valga de un inimputable para que éste realice los actos erótico-sexuales en un tercero y satisfacer así su libidiné con la contemplación de esa conducta.

Por lo que respecta al coautor, consideramos que específicamente en el delito de Atentados al Pudor puede existir la coautoría, pues nada se opone a que dos o más sujetos ejecuten actos sexuales en el cuerpo de una persona sin querer llegar a la cópula, si se entiende que el coautor es aquél que al igual que el autor realiza la actividad descrita en la Ley.

Los grados de participación se establecen en virtud de que, si bien se requiere de la intervención de varios individuos en la ejecución del delito, no todos ellos son causa directa de la comisión, sino que el grado de su coparticipación irá en relación con la actividad o inactividad que cada uno haya realizado, de aquí la necesidad de que se gradúe la responsabilidad para cada uno de los sujetos.

B.- JURISPRUDENCIA.

La Suprema Corte de Justicia de la nación, ha sustentado su jurisprudencia, con respecto al delito de Atentados al Pudor en el sentido de que es necesario, para que se pueda determinar la comisión de dicho delito, el elemento subjetivo consistente en "no querer la cópula", si no que únicamente sea la ejecución de actos libidinosos sobre la persona del sujeto pasivo, para satisfacer su deseo sexual pero sin el propósito directo de llegar a la cópula.

Con lo anterior también aclara la Suprema Corte de Justicia, que el delito de Atentados al Pudor no puede ser subsumido en el delito de violación, ni en grado de tentativa, porque éste lleva implícita la in

tención de llegar a la cópula y el aparente acto libidinoso sería un medio para excitar al acto carnal.

Al respecto, nuestro punto particular es en el sentido de que, de acuerdo a las características y elementos del delito de Atentados al Pudor, éste no puede coexistir ni confundirse con la violación en grado de tentativa, por las razones ya repetidas, por las razones ya repetidas, y principalmente porque para que se realice el llamado inter-criminis y se considere la ejecución del delito, necesariamente estaremos ante la consumación y debe quedar clara la intención o elemento subjetivo del activo para que en ese momento se determine que tipo de conducta se sancionará.

A continuación transcribiremos algunas tesis de Jurisprudencia sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales se determina el sentido principal del elemento subjetivo que necesariamente debe concurrir en la conducta desplegada por el sujeto activo, para que sea considerado como Atentados al Pudor:

VIOLACION, ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA DE.-

El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda se efectúan los actos preparatorios para dicha cópula que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. VII, Pág. 94. A. D. 2985/57.- Nicolás Gabaldón.- Unanimidad -
de 4 Votos.

Vol. XXIV, Pág. 187. A.D. 5285/58.- Blas Navarro Roque.- Unanimi-
dad de 4 Votos.

Vol. XXIX, Pág. 13. A. D. 4388/59.- Hariberto Román Antúnez.- Una-
nidad de 4 Votos.

Vol. XLV, Pág. 21. A. D. 7655/60.- Eugenio Romero Zacarías. Unani-
midad de 4 Votos.

Vol. LVII, Pág. 12 A. D. 7932/61.- Juventino Pedro Arellano Lázaro.- Unanimidad de 4 Votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial -
de la Federación, Segunda Parte. Primera Sala Pág. 581. 12621.

VIOLACION, LOS ACTOS LIBIDINOSOS NO QUEDAN SUB-SUMIDOS EN EL DELI-
TO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).-

No es exacto que el delito de actos libidinosos quede subsumido en
el de violación, por ser aquellos un medio para excitar al acto carnal
y consumir la violación, porque en los actos libidinosos se ejecutan -
maniobras eróticas sexuales sin el propósito directo e inmediato de -

llegar a la cópula, tal como lo define el artículo 204 del Código Penal del Estado de México, siendo obvio que lo que dicho precepto tutela es la seguridad sexual contra los actos lascivos que facilitan una prematura corrupción en personas de corta edad, a diferencia de la violación, en donde, para realizar la cópula sin la voluntad del pasivo que es la finalidad que se propone consumir el sujeto activo, emplea violencia física o moral.

Amparo directo 660/65.- Hilario Casasola Pérez.- 13 de Enero de - - 1967.- Unanimidad de 4 Votos.- Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Véase:

Jurisprudencia Núm. 297, Pág. 581.

Apéndice de 1917 a 1965, Segunda Parte.

Seminario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volúmen CXV. - - Segunda Parte. Enero de 1967. Primera Sala Pág. 48.

Atentados al Pudor, y tentativa de violación, incompatibilidad de los - delitos de: Los delitos de Atentados al Pudor y tentativa de violación se excluyen y su incompatibilidad se manifiesta porque en el de atentados al pudor, los actos lúbricos deben ser realizados "sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula" y en el de violación en grado de tentativa, se requiere precisamente que "se efectúen hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito" en el caso a verificar, la cópula, Sexta Epoca, Segunda Parte; LXXXIV, Pág. - 10. A.D. 7139/63.

CONCLUSIONES.

Con el objeto de dar una idea clara del delito de "Atentados al Pudor"; contemplando sus reformas recientes, exponeré una leve reseña de su contenido literal para después proponer mi personal punto de vista al respecto.

1.- En cuanto a la denominación del delito, éste se ha conocido como "Atentados al Pudor", lo cual quiere decir que se contempla una protección a un bien personal que podemos llamar "Pudor"; pero como se ha explicado en el contexto del presente trabajo, la realidad es que el bien jurídicamente tutelado no es el pudor en sí, sino la libertad que deben tener las personas para decidir sobre sus actos encaminados a la sexualidad. Por otro lado se protege la seguridad sexual de las mismas, esto incluye la seguridad de aquellas que no pueden decidir libremente de sus actos o que jurídicamente se les considera inmaduros para poder determinar sus actos encaminados a la sexualidad, ya sea por su falta de edad para ser considerados como aultos o por padecer algún tipo de enajenación mental.

Por lo anterior considero que el delito de "Atentados al Pudor" está definido literalmente de una manera que indica la protección a la libertad y seguridad sexual de las personas y, por lo tanto, su denominación bien podría cambiarse en ese sentido para ser reconocido por las personas y evitar también el pleno desconocimiento que - hasta la fecha predomina en la comunidad, debido a que dada la poca

aplicación de la misma, no es un delito conocido a pesar de que sí se comete con frecuencia y en diferentes estratos sociales, sin llegar al conocimiento de las autoridades competentes para ejercitar la acción penal correspondiente, debido a que, como lo expresó anteriormente, el ciudadano ordinario desconoce la existencia de un tipo penal que castiga o sanciona un tipo de conductas que se encaminan con el objeto de satisfacer los deseos sexuales sin querer llegar a la cópula y más aún en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

2.- En cuanto a la definición legal del delito en estudio, podemos afirmar que durante largo tiempo estuvo deficiente la hipótesis planteada, de lo cual resultaba un escape de conductas ejecutadas que no se podían aplicar a la misma, pero con el cambio de redacción que le da la reforma a los artículos 260 y 261 del Código Penal para el Distrito Federal, ordenada por decreto de 29 de Diciembre de 1988, publicada el cuatro de Enero de 1989, para entrar en vigor el 1° de Febrero del mismo año, se le dió un mayor margen de aplicación al tipo penal, debido a la creación del concepto "o la oblique a ejecutario", lo cual quiere decir que la conducta antijurídica no necesariamente tiene que ser la ejecución del acto sexual con intención lasciva sobre otra persona, sino que puede el sujeto activo obligar al pasivo a desarrollar determinada acción con el propósito de que aquel obtenga una satisfacción sexual sin querer llegar a la cópula.

También es preciso aclarar que el nuevo texto legal contenido en el artículo 261 establece la calidad del sujeto pasivo, consis---

tente en el requisito de la edad de 12 años o menor de 12 años, lo que implica que la comisión del delito de "Atentados al Pudor" descrito en el artículo 260, se puede considerar como agravado y llevar una sanción mayor cuando se comete en un menor de 12 años, quedando aclarado así el concepto de persona púber o impuber como lo manejaba el texto legal anterior a la reforma mencionada. Esto es que, cuando se hablaba de persona púber o impuber no quedaba claro el sentido pensando en los límites de las edades, puesto que sólo se trataba el término relativo a la pubertad pero sin definirlo.

3.- También de acuerdo a la reforma al texto legal de el artículo - 261, desaparece la disposición de que el delito de "Atentados al Pudor" no puede castigarse en tentativa, ya que se incluye ahora en un artículo la agravante de cometerse la acción antijurídica en persona menor de 12 años, dejando sin efecto la limitación a la tentativa, con lo que podemos considerar que el delito de "Atentados al Pudor", de acuerdo a la reforma, sí se puede sancionar en tentativa.

4.- En cuanto a los sujetos que participan en el tipo penal podemos decir que para el sujeto activo, no existe calidad específica; esto quiere decir que puede ser cualquier persona, de cualquier sexo, únicamente que, de acuerdo a los lineamientos de la teoría del delito, reúna los requisitos para ser imputable, y así poder aplicar la sanción a que se hace acreedor. Pero en cuanto al sujeto pasivo, se puede determinar de acuerdo a la redacción del tipo penal, que puede ser cualquier persona, de cualquier sexo y de cualquier edad, aún - siendo capaz o incapaz jurídicamente, lo cual indica que protege al pasivo en cualquier condición que se encuentre, debido a que la segu-

riedad y libertad sexual es un derecho que de acuerdo a las reglas -- morales y pasadas al plano Jurídico, se debe proteger para no caer -- en degradaciones de tipo moral a nivel colectivo. . .

5.- En cuanto al elemento subjetivo, contenido en el tipo penal del delito de "Atentados al Pudor", podemos manifestar que es la esencia del mismo, puesto que sin ésta no se podría diferenciar con la tentativa de violación, en virtud de que la intención que manifiesta el sujeto activo al momento de realizar la ejecución del acto antijurídico y dolosamente, estaremos en posibilidad de determinar la tipicidad, puesto que la intención se demuestra acorde a los movimientos corporales y circunstancias de lugar, de donde se puede apreciar la finalidad del activo y la aplicación de esa conducta a la hipótesis del tipo penal.

En el caso concreto de "Atentados al Pudor", el elemento subjetivo, consiste en la ejecución del acto sexual, con intención lasciva (como lo dice el texto legal) o lujuriosa "sin tener el propósito de llegar a la cópula"; por lo que para poder comprender determinada conducta que sea ejecutada en esos términos, dentro de la hipótesis descrita, se debe estar siempre a la intención expresada por el sujeto activo y como dije antes a las circunstancias de lugar y modo, porque en ocasiones son la clave para determinar o definir la intención o propósito del contraventor de la norma; como ejemplo podemos describir una conducta que con frecuencia se repite en los medios de transporte de esta gran Ciudad, en donde las personas son -- constantemente atacadas con actos sexuales o conductas lujuriosas, -- las cuales no pueden llevar la intención de llegar a la cópula, sino que únicamente son realizadas con el fin de satisfacer los deseos se

vales y morbosos del sujeto que lleva a cabo tal acción, sin embargo, a pesar de esa frecuencia, muy rara vez llega a conocimiento de las autoridades penales, debido al pleno desconocimiento de la norma penal por parte de la persona ofendida, como anotamos en párrafos precedentes.

Con lo anterior queda claro que sin el elemento subjetivo requerido por la norma penal, no se podría tipificar la conducta, y por lo tanto, no se podría diferenciar entre el delito de violación o tentativa, por la razón de que la intención del sujeto activo se confundiría para efectos de determinar que delito se pretendía cometer, aún ya estando consumando el de "Atentados al Pudor"; como conclusión diremos que de acuerdo a la naturaleza de la acción, el delito de "Atentados al Pudor" no puede coexistir con la tentativa de violación.

6.- Otro aspecto muy importante es la aplicación de excluyentes de responsabilidad, los cuales hemos detallado a lo largo del presente trabajo y al respecto podemos decir que el delito de "Atentados al Pudor" admite la aplicación de circunstancias excluyentes de responsabilidad, únicamente cuando se comete en ejercicio de un derecho, como es el caso de la comisión entre cónyuges, en virtud de que éste delito únicamente puede ser cometido con dolo y llevando una intención concretamente definida por parte del sujeto activo, como ya lo hemos expresado para llevar así el elemento subjetivo característico del tipo penal, razón por la cual no se puede alegar, en un momento dado, la concurrencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad porque no se puede considerar el acto sexual con intención lasciva como necesario para proteger otro bien jurídicamente tutelado, con excepción del caso antes anotado.

7.- En cuanto al bien jurídicamente protegido por el tipo penal contenido en el artículo 260 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a pesar de ser denominado "Atentado al Pudor", en lo personal considero que no es el pudor el bien tutelado, sino que es la Libertad y la Seguridad Sexual de las personas, porque de ser el pudor quedaría como conducta atípica el hecho de ejecutar un acto sexual con intención lasciva sin querer llegar a la cópula, pero sobre una persona que no es púdica o que carece del sentimiento de pudor, si tomamos en consideración que el pudor es un sentimiento de vergüenza, pena o recato sobre la sexualidad humana.

En virtud de lo anterior sería conveniente modificar el sentido de la denominación del delito, para que quede acorde con la definición legal que se le ha dado a este tipo penal, con las reformas de Diciembre de 1988, las cuales entraron en vigor el día 1° de Febrero de 1989, y dicha denominación bien podría ser "Delito de Ataque a la Libertad y Seguridad sexual de las personas".

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- Alvarez José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. 2 Tomos. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. 1a. Edición Facsimilar. México, 1982.
- Antolisei Francesco. La Acción y el Resultado en el Delito. Traducción: José Luis Pérez Hernández. Edit. Jurídica Mexicana. México, 1959. 1a. Edición.
- Bacuña Valdéz Antonio. El Delito de Abusos Deshonestos. Edit. Jurídica de Chile, 1961.
- Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. Edit. Porrúa. 1a.- Edición Facsimilar. México, 1982.
- Bettioli Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. Bogotá, 1965. 4a. Edición.
- Cárdenas Raúl F. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 3a. Edición. México, 1982.
- Carnelutti Francesco. Teoría General del Delito. Edit. Argos Cali - Colombia.
- Carrancó y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1986. 15a. Edición.
- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 8a. Edición. México, 1974.
- Castro Zavaleta S.-Muñoz Luis. 55 Años de Jurisprudencia Mexicana - - 1917-1971. Tomo I-Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1975. 2a. Edición.
- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bosch - Casa editorial. 16a. Edición. Barcelona.
- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. - - Bosch Casa Editorial. 13a. Edición. Barcelona.
- De P. Moreno Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Edit. Porrúa. México, 1968.

- Fortán Balestra Carlos. Delitos sexuales. Ediciones Arayú. Buenos Aires. 6a. Edición.
- García Pelayo y Gross Ramón. Diccionario Larousse Usual. Ediciones - Larousse. México, 1982.
- González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Edit. Porrúa. 4a. Edición, 1979.
- González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. 16a. Edición. México 1982.
- González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.- Edit. Porrúa. 13a. Edición. México 1975.
- Jiménez de Asúa Luis. Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada. Tomo I. Edit. Andrés Bello. Caracas, 1946.
- Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1963.
- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. 5 Tomos. Edit. Porrúa. 4a. Edición. México 1983.
- Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas.- México, 1986. 1a. Edición.
- Martínez Ruaro Marcela. Delitos Sexuales. Edit. Porrúa. 3a. Edición México, 1985.
- Martínez Z. Lisandro. Derecho Penal Sexual. Edit. Temis. Bogotá, - 1977. 2a. Edición.
- Pavón Vasconcelos Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 5a. Edición. México, 1982.
- Pavón Vasconcelos Francisco. Imputabilidad e inimputabilidad. Edit.- Porrúa. México, 1983. 1a. Edición.
- Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. 3a. Edición. Edit. Porrúa. México, 1982.
- Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 6a. Edición. México, 1984.
- Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Edit. Porrúa. 11a. Edición. México, 1987.

- Porte Petit Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y salud personal. Edit. Porrúa. México, 1982. 7a. Edición.
- Rodríguez Manzanera Luis. Criminalología. 4a. Edición. Edit. Porrúa. México, 1984.
- Soto Pérez Ricardo. Nociones del Derecho Positivo Mexicano. Edit. Esfinge, S. A. 1a. Edición. México, 1980.
- Vela Treviño Sergio. Antijuricidad y Justificación. Edit. Trillas. - 2a. Edición. México, 1986.
- Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Edit. Trillas. - México, 1985. 1a. Edición.
- Vela Treviño Sergio. La Prescripción en Materia Penal. Edit. Trillas 1a. Edición. México, 1985.
- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 3a. Edición.

LEYES CONSULTADAS.

- Código Penal Para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1931.
- Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1974.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Diario Oficial de la Federación. Tomo CDXXIV. México, 4 de Enero, - 1989.

REVISTAS.

- Fernández Doblado Luis. Criminalidad. Revista de Ciencias Penales. "La Clasificación de los delitos en el Código de 1931". Año XXII. No 11. México, D. F., Noviembre 1956.
- Román Lugo Fernando. Criminalidad. Revista de Ciencias Penales. "El Delito de Atentados al Pudor". Año X. No. 10. Junio, 1944.