



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ESTURBO



**EXÁMENES
PROFESIONALES**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Licenciado en Derecho

P r e s e n t a

ELIAS MANSUR TAWILL

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Para quienes con su luz disiparon las tinie- -
blas; para quienes a través del amor me mostraron al-
mundo y a los hombres; para aquellos de quienes aprend
di lo que significa ser hombre.

Para mis padres

El Señor Don

A L B E R T O M A N S U R C H A L L O

Y La Señora Doña

T E R E S A T A W I L D E M A N S U R

Con todo el amor de quien tiene profundo orgu-
llo en ser

SU HIJO

N O T A

Deseo manifestar públicamente mi gratitud al -
SEÑOR LICENCIADO FRANCISCO GUERRERO PIÑERA por los ho
rizontes de saber que abrió para mí a través de su -
inolvidable catedra; por mis primeras oportunidades -
en el campo de la práctica profesional; por sus valio
sos consejos en la elaboración de la presente tesis y;
sobre todo, por el tesoro inapreciable de su amistad.

CAPITULO-PRIMERO

DEL DELITO EN GENERAL

CAPITULO - PRIMERO
DEL DELITO EN GENERAL

1. El crimen y la naturaleza.

"La naturaleza es la injusticia misma" nos decía Renan- y nos inclinamos a estar de acuerdo con él. Por eso, - antes de entrar en el estudio del delito queremos esbo- zar aquí el concepto del crimen como una manifestación de la naturaleza misma.

Desde un punto de vista estrictamente ético po- - dríamos afirmar que el crimen es una de tantas manifes- taciones del eterno conflicto entre el bien y el mal; que el crimen aparece cuando las fuerzas del mal preva- lecen sobre las fuerzas del bien. Sin embargo, aunque- bella y poética, esta afirmación es anticientífica y, - por lo tanto, resulta insuficiente para nuestro estu- - dio.

Se podría definir el crimen como un ataque injus- to que vulnera los intereses de otro ser, es decir, - que va contra su vida, su integridad personal, su pro- piedad, su seguridad, etc. Sin embargo, ¿acaso no es - la justicia un concepto subjetivo, metafísico? ¿No es- ésta un valor humano ajeno a la naturaleza y a la no - exigibilidad de otra conducta ante sus leyes? Creemos que, indudablemente, así es, pero, el hecho de estar - necesariamente exenta de perversidad una acción natu- ral no la más agradable o menos repulsiva cuando se le tasa desde un punto de vista ético. Así vemos que el - crimen es una ley de la naturaleza misma y, por lo tan

to, de la naturaleza misma del hombre haciendo de todos nosotros posibles criminales en potencia. Recurrimos a la siguiente cita para fundamentar lo antes expuesto:

"En el universo hay dos leyes fundamentales a las cuales - obedecen todos los seres: la de la guerra y la de la solidaridad. El pesimista considera los fenómenos de la vida en un solo sentido. Ve la lucha general, la competencia universal y la implacable "Ley de Bronce" de la selección natural. Ve en el agua al pez - grande comerse al chico y en la tierra la rapiña de las hormigas, el parricidio de algunos insectos y los uxoricidios de las arañas y de los escorpiones y tantos crímenes pasionales".

"Si nuestro hombre, exasperado por las crueldades terrestres eleva los ojos al cielo, verá que el aguila desciende en picada sobre la cabeza de la inocente paloma".

"Pero los mismos instintos de autoconservación y de reproducción que imponen la lucha a los seres vivos, ordenan la solidaridad. No siempre advertimos otro aspecto del mundo por lo demás, también impresionante puesto que es universal: La cooperación para la perpetuación de la vida. Por lo demás, en la vida social - se encuentran no solo actos criminales, sino también actos de generosidad y sacrificio que llegan al heroísmo".

"He aquí el dualismo de las fuerzas contradictorias. Si a través del universo encontramos juntas y, casi irreductibles, la lucha y la solidaridad, la muerte y la vida, del mismo modo en el hombre, este universo en miniatura, encontramos el mismo dualismo: competencia y colaboración, crimen y solidaridad". (1)

T. M. Laignel-Lavastine y V. V. Stanciu, Compendio de Criminología, Ed. Jurídica Mexicana, 1959, pp. 6-7

Hemos hablado del crimen en la naturaleza con el único fin de demostrar que existen factores criminógenos en la naturaleza misma, por más que reconozcamos plenamente que estos hechos naturales no tienen absolutamente ninguna relevancia jurídica. Sin embargo, resulta interesante hacer notar que en el hombre existe, como en todos los seres, la predisposición al crimen. No obstante esto, el hombre es un ser dotado de libre albedrío, al menos esa es nuestra opinión, con capacidad de discernir entre el bien y el mal y, lo que es más importante, con el poder de determinar el curso -- que deberá de seguir su propia conducta y es, como veremos en seguida, cuando el hombre opta por la conducta criminal cuando nos encontramos ante un verdadero crimen cuya categoría jurídica es el delito.

2. Concepto de delito.

Para hablar de delito tenemos que entender, primeramente, que nos encontramos ante un concepto jurídico. El crimen, como ya vimos, está presente en la naturaleza humana, por lo que no resulta aventurado afirmar -- que su aparición se remonta a la primera época de la sociedad humana más rudimentaria. Toda sociedad ve una amenaza en el crimen a sus estructuras básicas, a su existencia misma y, por lo tanto, reacciona defensivamente ante el criminal. La sociedad humana, para su defensa, debe seleccionar de entre la actividad humana -- aquellos actos que ataquen sus estructuras o su existencia misma y debe prohibirlos y sancionarlos. Es en-

tonces cuando el acto en cuestión se convierte formalmente en un delito. El crimen, en el modo como lo hemos venido usando aquí, es tan solo un concepto ético, moral o sociológico relacionado con conceptos tales como el bien y el mal o la justicia pero sin relevancia alguna para el Derecho. El delito se aleja de esto, un crimen desde el punto de vista moral o ético puede no ser considerado delito por la ley; una acción injusta no tiene que ser delictuosa; en fin, un delito lo es por estar así previsto en la ley sin que importen para ello las consideraciones de otra índole.

Siguiendo con nuestra tesis que confiere al hombre el reconocimiento del libre albedrío tenemos que aún cuando el crimen este en la naturaleza humana, si la ley penal prohíbe una conducta, ya sea esta activa o pasiva, y el hombre a pesar de ello y haciendo uso de su libre albedrío opta por ella nos encontraremos ante la comisión de un delito.

Más adelante no dejaremos de analizar la tesis positivista que niega en el hombre el libre albedrío, -- así como también profundizaremos en la tesis de la Escuela Clásica a la que, en lo personal, nos adherimos.

Así, llegamos a la definición que da de delito -- nuestro código penal en su Artículo 7^o: "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*". Notese que no se habla de conceptos metajurídicos, tales como la moral o la justicia, sino que se hace depender el concep

to de delito de aquello que sancionan las leyes penales.

Antes de seguir adelante diremos que etimológicamente hablando la palabra delito proviene del verbo latino "delinquere" que significa apartarse del buen camino, abandonar el sendero que marca la ley.

Consideramos una de las definiciones más atinadas de delito la aportada por Francisco Carrara, máximo exponente de la Escuela Clásica. Carrara define el delito como "*La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*". Al hablar Carrara de "*la infracción de la ley del estado*" nos revela una concepción jurídico-formal del delito de igual manera que nuestro código vigente ya que una conducta se convierte en delictuosa solo cuando choca con una "*ley del estado*" o más exactamente cuando se colma el tipo previsto por la ley penal; así, el concepto de delito se hace depender, una vez más de la ley y no de la moral, la ética o la religión. Después agrega Carrara que la ley ha sido "*promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.*" y en sentido ideal, en efecto, la ley penal debe tener como fin la seguridad de los ciudadanos y no la reglamentación de relaciones de Derecho Privado; sin embargo, aquí, humildemente diferimos del gran penalista ya que la infracción de una ley penal, sea cual sea su fin, constituye un delito. Carrara especifica claramente en su de

finición que la infracción debe ser "*resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo..*": debe ser un acto externo ya que los impulsos, pensamientos o anhelos no pueden ser objeto de inquisición judicial; aquí, -- además nos dice que dicho acto externo deberá ser precisamente del hombre sustrayendo, así, del Derecho Penal los referidos "*crímenes de la naturaleza*" así como dejar atrás, de una vez y para siempre los juicios medievales de animales, en pocas palabras, afirma que solo el hombre puede ser sujeto activo del delito. Carra finaliza su extraordinaria definición diciéndonos -- que el acto o la omisión (pues al decir acto "*positivo o negativo*" refiérese a que la conducta puede ser activa u omisiva) serían "*moralmente imputable y políticamente dañoso*" respecto a la imputabilidad moral nos dice el Maestro Castellanos Tena: "*por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política*".² Por nuestra parte nos oponemos a que el delito, que es un ente jurídico, se defina por medio de conceptos metajurídicos tales como la moral aún cuando ésta pueda considerarse como fuente real del Derecho Penal; en cuanto a ser el delito "*políticamente dañoso*", -- se refiere a lo ya expuesto por nosotros de que el delito amenaza las estructuras básicas de la sociedad, -- así como su existencia misma.

2. Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 1969, p. 120.

No queremos terminar este capítulo sin antes hacer referencia a la mejor conocida de las definiciones de la Escuela Positivista, la de Rafael Garofalo: "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Nos parece que esta definición, además de ser totalmente antijurídica, estuviese definiendo algo así como nuestro comentado "crimen natural" pero nunca el delito. El Lic. Villalobos dice al respecto: "Garofalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las - - puertas y, procediendo "a priori" sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". 3

No queremos, por el momento, entrar en discusión respecto a las tesis derivadas del estudio jurídico- - substancial del delito. Lo haremos más tarde, al mismo tiempo que examinaremos los elementos positivos y negativos del delito, mismos que serán de vital importan--

3. I. Villalobos, Derecho Penal Mexicano p. 199, 2^o ed. Porrúa, - 1960

cia para el presente estudio.

3.- Las Escuelas Penales.

Esta tesis tiene como t3pico el estudio dogm3tico de un delito, del delito de estupro. Sin embargo, antes de hablar del delito de estupro en particular hemos creído necesario discutir, aunque muy someramente ya que no es el tema central del presente estudio, el concepto del delito en general. Creemos que, antes de poder hablar de un delito cualquiera, se hace necesario entender qu3 es un delito y que solo tras este conocimiento gen3rico se puede entrar a la discusi3n de cualquier delito espec3ficamente.

Hemos esbozado antes una breve noci3n preliminar del concepto de delito, lo hemos ostentado como un concepto jur3dico y nos hemos valido de la definici3n de ese gran penalista que fue Francisco Carrara. Sin embargo, resulta harto dif3cil el hallar una definici3n absoluta de delito; *"los autores han tratado en vano de producir una definici3n del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definici3n filos3fica esencial. Como el delito est3 intimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada 3poca, los hechos que unas veces han tenido ese car3cter, lo han perdido en funci3n de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delito".* 4

4. Fernando Castellanos Tena, Op. cit., p. 119.

Es por todo esto que no podemos contentarnos con repetir aquí solo alguna definición de delito ya que, - por brillante que ésta sea, jamás podrá abarcar el concepto en todos sus matices y acabaríamos, mediante esta definición, por limitar, por constreñir el significado de la palabra. Nos parece más adecuado el intento de proyectar la imagen del significado del concepto exponiendo algunas de las diversas significaciones que - los más diversos teóricos en materia penal le han dado; es por eso que no nos limitamos a una tendencia, aunque esta pudiese ser la más satisfactoria a nuestro - juicio, y preferimos analizar, aunque muy brevemente - pues, repetimos, no es el tema central de nuestro estudio, las diferentes interpretaciones aportadas por las diversas escuelas.

A). LA ESCUELA CLASICA. La expresión Escuela Clásica seguramente da al lego idea de una tendencia determinada dentro del Derecho Penal, mas aún, si hubiésemos de atenernos a la terminología, esta escuela estaría descrita por la palabra "clásica" que el Diccionario⁵ nos define como "aquello que se considera modelo en su genero", sin embargo, la realidad es otra, ni esta escuela representa una tendencia determinada dentro del Derecho Penal, ni se le llamó "Clásica" para indicar que - se le considera modelo en su genero. La Escuela Clásica fue en realidad bautizada "a posteriori", fue el nom-

5. Esta y todas las definiciones que en esta tesis tomemos del -- diccionario serán tomadas del Nuevo Larousse Manual Ilustrado, Edit. Larousse, 1970

bre que los positivistas, en particular Enrique Ferri, dieron a todas las tendencias existentes en el Derecho Penal anteriores a la Escuela Positivista. "El nombre de Escuela Clásica, fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido-peyorativo, que no tiene en realidad la expresión 'clasicismo', y que es mas bien lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caducó".⁶ Es por esta razón que encontramos clasificadas bajo el membrete de "Escuela Clásica" una extraordinaria variedad de tendencias e ideas cuya pluralidad de matices jamas debieron agruparse dentro de una misma "escuela".

Así, dentro de la Escuela Clásica, encontramos las ideas en el Campo Penal de Platón y Aristóteles en la Grecia Clásica; de los grandes jurisperitos romanos para quienes el derecho de castigar quedaba justificado por la ejemplaridad intimidante de las penas (Cicerón, Ulpiano, Marciano, Paulo, etc); después, en la Edad Media, el nuevo poder, la Iglesia instituiría un nuevo Derecho Penal tomando las ideas de San Agustín y Santo Tomás de Aquino, referíase todo problema a Dios, por lo que se revistió a la ley de divinidad constituyéndose los delitos en pecados y las penas en penitencias a través de las cuales, aunadas con el arrepentimiento, el pecador podía purgar su pecado pudiendo volver así al sendero que ordenaban las leyes divinas. Durante este período se llega a los extremos más infames

6. L. Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, edic. A. Bello. Caracas, 1945, p. 50.

en la aplicación de las penas bastenos simplemente recordar la tristemente celebre Santa Inquisición que - funcionara desde esta época hasta bastante entrada la Ilustración.

"En el Humanismo y el Renacimiento sienta Grocio la base - contractual del Derecho Penal: el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena... Su doctrina contractual había de tener después derivaciones en Hobbes, Rousseau y Fichte; el hombre, al entrar a formar parte de la sociedad, se obliga a respetar sus leyes y a sufrir las consecuencias de su incumplimiento; por violar el pacto social cesa su derecho a ser protegido y si no se le expulsa de la comunidad es porque, para los fines de seguridad -- del Estado, basta con sancionarlo (Fichte)". 7

"Todo malhechor, atacando el Derecho Social conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que - uno de los dos perezca..."(8)

Digna de especial mención resulta la obra del humanista del Derecho Penal, el Marquez de Beccaria. Su - obra, que lleva implícita la grandeza de un corazón no noble y de los ideales que hablan de un verdadero amor - por sus semejantes siempre debería ocupar un lugar especial en las bibliotecas y, más importante aún, en --

-
7. Raul Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Antigua Librería Robredo, México 1958, p. 115.
 8. J.J. Rousseau, El Contrato Social, Edit. Nacional, México 1968, p. 217.

las conciencias de todos aquellos en cuyas manos están el Derecho y la justicia. Pero, todo lo que podamos decir al respecto resultaría muy pobre por lo que llamamos en nuestro auxilio a Ignacio Villalobos.

"En el terreno de las ideas, ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamientos que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas; buen ejemplo de ellos Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, Carlos Marx y Enrico Ferri. Por lo que ve a la Reforma Penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista 'Il Caffè' el joven Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro titulado Dei delitti e delle pene, se una la crítica demoleadora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los de

litos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración..."(9)

Las ideas de César Bonnesana, Marqués de Beccaria dan la pauta a las nuevas tendencias en materia penal: "El objeto de los castigos no es otro que el de impedir al delincuente que vuelva a dañar a la sociedad y el de apartar a sus con ciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos" (cap.15); - "es mejor prevenir los delitos que castigarlos; este es el fin de toda buena legislación" (Cap. 41). Esta nueva tendencia influencia marcadamente las ideas de otros teóricos, tales como Giandomenico Romagnosi, Bentham y Pablo Juan-Anselmo Feuerbach. Para Kant, por otro lado, la pena - es un imperativo categórico y es la retribución necesaria, siendo suficiente que iguale a los efectos del delito mientras que para Hegel el delito es la negación-del Derecho y la pena es la negación del delito, es decir, la negación de la negación del derecho por lo que reafirma el Derecho y restituye al delincuente su verdadera responsabilidad.

Podríamos seguir con la enumeración de los teóricos de la Escuela Clásica, esta se extiende por un período de tiempo demasiado largo y sus múltiples teorías frecuentemente resultan contradictorias entre sí. Sin embargo, no queremos extendernos demasiado en este tema con el que se podrían llenar varios volúmenes.

9. I. Villalobos, op. cit., pp. 28 y ss.

Así, llegamos al más grande exponente de la llamada Escuela Clásica, frecuentemente, al hablar de la Escuela Clásica se la identifica como una sola cosa con su doctrina. Nos referimos, desde luego al gran Francisco Carrara, llamado "el grande" por Saldaña. Carrara, hombre de pensamiento vigoroso, dedicó su vida no solo al Derecho sino también a la filosofía, la literatura y las ciencias. Nació en Pisa en 1805 y murió en 1888, fue sucesor de Carmignani en la Catedra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa. Se le considera, como ya expresamos, como el padre y máximo exponente de la Escuela Clásica:

"Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es con natural al hombre; Dios lo dió a la humanidad desde su creación - para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo, La imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío". (10)

El método de la Escuela Clásica es el idoneo para las Ciencias Sociales y Culturales, el método Aristotélico-Tomista, o mejor dicho, el método deductivo que -

10. Fernando Castellanos Tena, Op. cit., pp. 55 y 56

es el que parte de lo general para llegar a lo particular.

Como ya hemos dicho reconoce en el hombre el libre albedrío lo que hace del delincuente un hombre que teniendo la capacidad de elegir ha elegido la conducta prohibida y, por lo mismo, debe ser castigado pero, y aquí vemos la huella de Beccaria, la pena no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica.

Tiene también la huella del Siglo de las Luces - pues afirma que todos los hombres han nacido libres e iguales.

Afirma, también, que el delito es un ente jurídico, el punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo Carrara: *"il delitto non e un ente di fatto, ma un ente giuridico; non e un' azione, ma una infrazione"* ¹¹

El vigoroso pensamiento de Carrara dió una sistematización impecable al Derecho Penal, esto a un extremo que hoy el estudio de éste esta incompleto sin Carrara. Sin embargo, como alguna vez lo dijera Ferri - *"dejo en la penumbra al delincuente"* se olvidó un poco de que el Derecho debe ocuparse más que de los hechos objetivos, como el llamara a los delitos, de los hechos-subjetivos, es decir, de los delincuentes, de los hombres a quienes en última instancia se dirigen las le-

11. Citado por Raul Carranca y Trujillo, Op. cit., p. 117.

yes. Fue por esto que el Positivismo vino a desplazar de momento al Clasisismo y, si éste ha renacido con nuevo vigor, no se trata de la vieja y caduca Escuela Clásica, sino de un Neo-Clasisismo que no deja de tomar en cuenta al hombre y lo que las Ciencias Naturales han aportado al conocimiento de este ser que es principio y fin de todo sistema Jurídico.

B). LA ESCUELA POSITIVA. En el Siglo XIX las Ciencias Naturales alcanzan un auge extraordinario en las Disciplinas Sociales, se pretende que estas se estructuren, formulen y manifiesten lo mismo que la Física o la Biología. El Positivismo (bautizado con ese nombre por Augusto Comte) no se ocupa de conceptos metafísicos o culturales, sino que pretende derivarse de aquello que es científicamente comprobable, de lo físico, de aquello susceptible de percibirse a través de los sentidos. Ciertamente, el Derecho no podía escapar a esta revolución materialista que conmovió al mundo.

Encontramos que, en cuanto al método, a diferencia de los Clásicos, La Escuela Positiva adopta como propio el método inductivo que es el método propio de las Ciencias Naturales. Es este un método, que, a *'contrario sensu'* del método deductivo, va de lo particular a lo general pues depende de la observación y la experiencia.

Fue en Italia, país de gloriosa tradición en cuanto al Derecho Penal, donde surgieron los principales -

exponentes de la Escuela Positiva: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garofalo.

César Lombroso está considerado como el padre de la Antropología Criminal, fue el primero que superó, - en el Derecho Penal, la etapa metafísica para darle un cariz científico. Estudió, como médico más que como jurista, a los hombres, especialmente a los delincuentes. Llegó a la conclusión de que existe un "tipo" de "criminal nato" con rasgos comunes, con una morfología y una constitución característica y aquí es donde está su -- gran error, si bien un error fecundo por las puertas - que abrió al estudio criminal, los límites entre criminales y no criminales no pueden ser fijados arbitrariamente, son demasiado difusos y movibles, no puede decirse que un hombre es un criminal o no por su sola - morfología y constitución pues hay criminales sin una 'constitución criminal' y viceversa.

"La idea genial de Lombroso puede resumirse de la siguiente manera: el delincuente, que presenta manifestaciones criminales, - las debe a que tiene una anatomía, una morfología, una constitución que responden a un estado ancestral de la raza humana y que recuerdan lo que se encuentra en la serie animal; esta es la idea directriz y toda su doctrina se deriva de ella... Entre los criminales, Lombroso distingue dos categorías: el de ocasión... y el - criminal (instintivo) que es perverso y vicioso por constitución".
(12)

Enrique Ferri agrega a los factores criminogenos-heredados aquellos de carácter mesológico, es decir, - aquellos que dependen del ambiente no solo social, sino también físico. Así, se convierte en el padre de la Sociología Criminal.

Rafael Garófalo es el ilustre jurista del Positivismo, como lo llama el Maestro Castellanos Tena, pretende producir un concepto de delito natural o sociológico, del cual ya hemos hablado antes, distinguiéndolo del que él llama delito artificial o legal, al cual considero como la actividad humana que, contrariando - la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos.

Para sintetizar el pensamiento de la Escuela Positiva reproducimos el siguiente cuadro sinóptico de - - nuestro querido maestro, el Lic. Fernando Castellanos-Tena:

NOTAS
COMUNES DEL
POSITIVISMO PENAL

- 1.- *El punto de mira de la justicia penal es el delincuente. El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.*
- 2.- *Método experimental.- (se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico solo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación).*

- 3.- *Negación del libre albedrío.*- (El hombre carece de libertad de elección) El delincuente es un anormal.
- 4.- *Determinismo de la conducta humana.*- Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.
- 5.- *El delito como fenómeno natural y social.*- Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
- 6.- *Responsabilidad social.*- Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
- 7.- *Sanción proporcional al estado peligroso.*- La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.
- 8.- *Importa más la prevención que la represión de los delitos.*- La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas. (13)

Muchas son las críticas que se pueden hacer a la Escuela positiva; fundamentalmente, diremos que no se

13. Op. cit., p. 66.

puede reducir al ser humano a una probeta de laboratorio, pues, si bien este es un conjunto de funciones físicas, químicas y biológicas que pueden ser estudiadas, sistematizadas y explicadas por las Ciencias Naturales, el hombre no termina ahí, es, en sí, un pequeño universo. El hombre es la más polifacética de todas las criaturas, muchos son los aspectos en él que escapan a lo material y aún a lo racional. Independientemente de si somos o no creyentes en cosas tales como el espíritu o el alma cada día es más evidente que en las profundidades del psique humano existen terrenos que yacen vírgenes, aún inexplorados por el conocimiento humano y que nuestra ciencia actual es incapaz de explicar, que escapan aún de la lógica misma. Es por esto que donde los científicos han fallado los filósofos, que en nuestro tiempo han dejado atrás a la lógica, aportan nuevas y maravillosas respuestas a la incognita del hombre. De los parajes vedados a Einstein han salido victoriosos gigantes del irracionalismo tales como Kant, Nietzsche o Kierkegaard. Es en esto donde ha fallado el positivismo, el Derecho es fundamentalmente una ciencia social y por lo mismo es, en su naturaleza, en sus raíces mismas, diverso de las Ciencias Naturales. El jurista no debe perder de vista a estas últimas pero pretender que el Derecho este limitado por ellas es mutilarlo y desvirtuarlo pues el Derecho tiene que ver al hombre como un todo, debe considerar todas y cada una de sus múltiples facetas y ya dijimos que, en nues

tra opinión, el hombre no se agota en la física, la química y la biología. Que pobreza sería la del Derecho si no viniesen en su ayuda la metafísica, la ética y las Ciencias Culturales, si lo encerráramos en el mundo de lo real vedándole el vasto horizonte del platónico mundo de las ideas.

C). RESULTADOS DEL ENFRENTAMIENTO ENTRE LAS DOS ESCUELAS. Cuando se presenta la pugna entre dos ideas el resultado no suele ser el de la victoria de una sobre la otra, más bien se produce un movimiento dialéctico en el cual el enfrentamiento de las dos ideas da como resultado una tercera que participa de las dos ideas en pugna. Hegel primero, y después Ludwig Feuerbach y Carlos Marx nos explican claramente, a través de la Dialéctica, como de la oposición de los contrarios surge un momento práctico que participa de los dos momentos (especulativo y oposicionista) que lo engendraron. Esa lucha de titanes que constituyó el enfrentamiento entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva no podía ser la excepción. De hecho ambas escuelas sostenían teorías diametralmente opuestas de modo tal que parecía imposible reconciliarlas. Sin embargo, operó la dialéctica haciendo aparecer nuevas tendencias eclécticas que complementaban los postulados de ambas escuelas.

Así, en Italia nació la *Terza Scuola* cuyos máximos exponentes son respectivamente Alimena y Carnevale que toman de la Escuela Positiva el método (inductivo),

la negación del libre albedrío, el estudio científico del delincuente y la concepción del delito como fenómeno individual y social; al mismo tiempo toma de la Escuela Clásica los principios de responsabilidad moral e imputabilidad.

Mientras tanto nace en Alemania otra tendencia - Ecléctica, La Joven Escuela también llamada Sociológica cuyo máximo exponente es Franz Von Liszt. *"..sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas... la pena es necesaria para la seguridad de la vida social porque su finalidad es la conservación del orden jurídico. A esta teoría... caracterizada -según expresiones de Jiménez de Azua-, por su dualismo, al utilizar métodos jurídicos de un lado y experimentales por el otro; por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligroso y, en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad "*¹⁴

Así, podríamos citar muchas otras corrientes de carácter ecléctico; Garraud en Francia, Sabatini en Italia, etc. pero consideramos que un estudio detallado al respecto sería inútil a nuestro estudio. Bastenos con manifestar nuestra satisfacción con respecto al resultado: un Derecho Penal completo, que considera los adelantos de la Ciencia pero que no olvida el terreno de las ideas; que ve al delito sin cegarse ante-

14. Fernando Castellanos Tena, *Op. cit.*, p. 70.

el delincuente. Se nos dice en las catedras que el Derecho sirve a la Justicia, tal vez, por este camino, - lleguemos a lograrlo.

4.- Estudio Jurídico-Substancial del Delito.

Muchos son los autores que han pretendido hacer - un estudio jurídico-substancial del delito pero, a pesar de que han aportado soluciones muy diversas, podemos facilmente agruparlos en dos principales posturas - extremas: La concepción totalizadora o unitaria y la - concepción analítica o atomizadora.

Quienes sustentan la concepción totalizadora o - unitaria consideran al delito como una entidad inescindible, un todo orgánico cuyo desmembramiento de elementos diversos no es permisible ni para su estudio, ya - que la verdadera esencia del delito no se encuentra en cada uno de sus elementos sino en la unidad de todos - ellos, pues "*el delito constituye una entidad esencialmente -- unitaria y orgánicamente homogénea*"¹⁵. Para ellos los diversos aspectos del ilícito penal están íntima e indisolublemente ligados por lo que para entender cualquiera - de ellos, es imprescindible considerarlo en relación - con los otros, por lo tanto, para los totalizadores resulta imposible el desmembramiento del todo orgánico - que es el delito así sea para fines didácticos.

En cambio, los que se adhieren a la concepción --

15. Francisco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, p. 114, 3a. - Ed., Milano 1955.

analítica o atomizadora, a pesar de que aceptan que el delito integra una unidad, consideran que para llegar a un mejor conocimiento del mismo es menester estudiar separadamente sus elementos, el estudio de los cuales nos lleva al mejor entendimiento del todo que integran. No se trata, repetimos de negar la unidad del ente que constituye el ilícito penal, sino tan solo, de estudiar por separado los elementos que lo integran para profundizar en el conocimiento del todo que integran.

"se ha conseguido aceptar que el concepto del delito es toda una unidad y que su fragmentación en varios caracteres o elementos es solo un medio de trabajo para resaltar del modo más claro posible cada uno de esos aspectos integrantes y ver la función sistemática que desempeña, tanto en consideración a los preceptos de la legislación positiva como en prueba a la elaboración dogmática de ellos", (16)

"Esta fuera de duda que el delito no debe ser estudiado sólo sintéticamente, como hemos hecho hasta ahora, es decir, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan; es menester -- también proceder al análisis del mismo, esto es, a la individualización y al examen de los elementos que lo componen". (17)

En lo personal nos adherimos a la concepción analítica o atomizadora; creemos que si bien el delito representa una unidad, dentro de esa unidad es posible -

16. Juan del Rosal, Principios de Derecho Penal Español, Vol I, - p. 409, Valladolid 1948.

17. Francisco Anotlisei, Op. cit., p. 143.

encontrar diversos elementos constitutivos, íntimamente ligados entre sí, pero susceptibles de ser estudiados individualmente. Tal es, pues, el criterio que norma el estudio que esta tesis pretende hacer del delito de estupro.

Por lo que se refiere a los elementos constitutivos del delito a los que se refiere la concepción analítica o atomizadora; no existe uniformidad de criterios ya que mientras algunos autores señalan determinados elementos otros señalan algunos más surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc. Así para Edmundo Mezger el delito es "*la acción típicamente antijurídica y culpable*"¹⁸ (tetratómica), para Jiménez de Asúa "*el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*"¹⁹ (heptatómica), para Cuello Calón es la "*acción humana antijurídica, típica, culpable y punible*"²⁰ (pentatómica). Así, el que más elementos ve en el delito de entre los autores citados es el maestro Jiménez de Asúa de cuya definición podemos derivar los siguientes elementos: Conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva de punibilidad; siguiendo el mismo siste-

18. Tratado de Derecho Penal, Tomo 1, Madrid, 1955 p. 156.

19. *Op. cit.*, p. 256

20. Derecho Penal, 8a. ed., p. 236.

ma del maestro Jiménez de Asúa habrá que anotar los - elementos negativos que corresponden a los positivos - ya mencionados y que son: Ausencia de conducta, ausencia de tipo, causas de justificación, causas de inimpugnabilidad, exusas absolutorias y falta de condicionalidad objetiva de punibilidad.

No estamos de acuerdo en modo alguno con Jiménez-de Asúa, no podemos, en lo personal, adherirnos a la - concepción heptatómica pues no consideramos a la impugnabilidad, la punibilidad, y las condiciones objetivas de punibilidad como elementos del delito. Es decir, - nos adherimos a la concepción tetratómica de Mezger -- que ve al delito como la *"acción típicamente antijurídica y culpable"*. Más adelante explicaremos del porqué de nuestra posición, pero para ello queremos dar una brevísima explicación de cada uno de los siete elementos antes anotados. Nos parece importante hablar, si bien - muy someramente, de la naturaleza de cada uno de dichos elementos pues es, como ya dijimos, en función de estos que haremos el estudio del delito objeto de esta tesis.

A). LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA. El concepto de - conducta nos parece más adecuado que el de acción, que utiliza Mezger, ya que como veremos se puede encontrar el ilícito penal lo mismo en una acción que en una omisión por más que ciertos autores hablen de la acción - comprendiendo por ella la conducta activa u omisiva. -

Carranca y Trujillo nos habla de la acción en los siguientes términos:

"La acción "lato sensu" sólo puede entenderse para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto o de una omisión. En la acción se realiza una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber hacer". (21)

Por su parte, el maestro Castellanos Tena, de quien tomamos la idea de conducta, la define como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".²²

A la conducta o acción debe siempre ir unido, a través de un nexo de causalidad, un resultado por el que entendemos de acuerdo con Carranca y Trujillo "el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas; en los delitos de lesión o daño cambio tangible y material o solo psíquico. También es resultado el peligro de cambio en los delitos de peligro".²³

El Derecho Penal moderno solo considera al ser humano como sujeto activo del delito, es decir la conducta penal es solo humana. Antiguamente se llegó a consi

21. Op. cit., pp. 197 y 198.

22. Op. cit., p. 143.

23. Op. cit., p. 198.

derar criminal la conducta de animales que eran juzgados y castigados como delincuentes.

De lo ya expuesto, resultan consecuentes los elementos de la conducta penal. Nos referimos para su enunciación al maestro Porte-Petit que dice: "Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad."²⁴

Respecto a la manifestación de voluntad, diremos que la voluntad va encaminada a la conducta, no necesariamente al resultado. Si se quiere la conducta y también el resultado habrá dolo pero si no se quiere el resultado habrá culpa en algunos casos y preterintencionalidad en otros.

Respecto a la acción la entendemos "*lato sensu*" es decir puede esta ser activa u omisiva como ya lo hemos visto. Ya hemos hablado del resultado y de como este debe sobrevenir como consecuencia directa de la conducta, es decir, que debe existir un nexo de causalidad entre conducta y resultado.

Todos los autores consideran a la conducta como uno de los elementos constitutivos del ilícito penal y es que la conducta humana, activa u omisiva es la base indiscutible del delito; faltando la conducta no hay delito. Del mismo modo, como iremos viendo la falta de cualquiera de los elementos constitutivos del delito -

24. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México 1954, ---
p. 34.

impide que este exista. Por lo tanto, repetimos, sin - conducta no hay delito pues esta es, como se dice, "*soporte naturalístico del ilícito penal*". Veamos cuales son - los casos en que se considera que hay ausencia de conducta:

1). "*Vis Absoluta*", o fuerza física exterior irresistible. Nuestro Código Penal vigente en materia Federal para toda la República y en materia común para el Distrito y Territorios Federales en su Artículo 15 fracción I consigna ésta como causa excluyente de responsabilidad penal. Cuando el sujeto activo se ve impulsado por una fuerza tal a cometer un acto tipificado penalmente no puede hablarse de una conducta penal ya que - falta uno de sus elementos: la manifestación de voluntad que quiere la conducta. Puede considerarse que en estos casos el sujeto activo es un mero instrumento de la fuerza en cuestión.

2). "*Vis maior*" o fuerza mayor. Pueden aplicarsele - las mismas consideraciones de la "*vis absoluta*" difiriendo una de la otra en su procedencia pues mientras la - vis absoluta proviene del hombre la vis maior de la naturaleza.

3). Movimientos reflejos. También aquí falta la - manifestación de voluntad, pero si el sujeto puede impedirlos o retardarlos ya no procede la ausencia de - conducta.

Las últimas dos instancias no se encuentran reco-

nocidas por nuestro código pero, aún así, pueden operar porque en ambos casos falta el elemento volitivo.

B) LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA. Hemos hablado del concepto de conducta o acción en el delito, pero, no todos los actos del hombre son delictuosos, se requiere además que estos actos sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad, de acuerdo con lo apuntado, es otro de los elementos constitutivos del delito, por lo tanto, faltando ésta no se puede hablar de delito.

"La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".²⁵ "Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento, con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa".²⁶ Es decir, la tipicidad es la adecuación de una conducta a un supuesto abstracto descrito por la ley penal, es el llevar a la acción la hipótesis legal, el llenar exactamente un molde establecido por la ley. A esa hipótesis legal, a ese supuesto abstracto que la ley describe, a ese molde al que la conducta debe adecuarse para ser delito, en fin, le llamamos tipo. "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".²⁷

La tipicidad tiene una función no solo descripti-

25. Fernando Castellanos Tena, *Op. cit.*, p. 159

26. *Ibid*, p. 160.

27. *Ibid*, p. 159

va, sino también de protección para el individuo ya - que este no podrá ser víctima de inquisición judicial alguna si su conducta no se adecua EXACTAMENTE al tipo legal. Encontramos este principio elevado a norma constitucional en el Art. 14 de nuestra Constitución política que dice a la letra:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

El siguiente cuadro sinóptico de la clasificación de los tipos nos hemos permitido tomarlo de la página-165 del magnífico libro del maestro Castellanos Tena - que nos ha prestado tanta ayuda:

Por su composición.

Normales

Se limitan a hacer una descripción objetiva (Homicidio)

Anormales

Además de los factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro)

Por su ordenación metodológica.

Fundamentales o básicos

Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (Homicidio)

Especiales

Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental,-

al cual subsumen (parricidio)

Complementados.

Se constituyen al lado de un tipo básico (homicidio calificado)

En función de su autonomía o independencia.

Autónomos o independientes

Tienen vida por sí (robo simple)

Subordinados.

Dependen de otro tipo (homicidio en riña).

Por su formulación.

Casuísticos

Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); v. gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativos) ej. vagancia y malvivencia.

Amplios.

Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier modo comisivo.

Por el resultado.

De daño.

Protegen contra la disminución o destrucción del bien. (Homicidio, fraude).

De peligro

Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados - - (omisión de auxilio).

Es necesario distinguir entre la falta del tipo y el elemento negativo de la tipicidad que es la ausencia de tipicidad o atipicidad: Falta el tipo cuando -

una conducta no se encuentra tipificada por la ley penal, tal es el caso del aborto en algunos países o del adulterio en el Estado de Veracruz, es decir, se dice que hay ausencia de tipo cuando accidental o deliberadamente se ha omitido la tipificación de una conducta susceptible de ser considerada criminal. La atipicidad, en cambio, se da cuando la conducta realizada por el sujeto activo no se adecua exactamente a la conducta descrita por la ley; es decir, se ha ejecutado una conducta y la ley penal, a su vez, describe un ilícito, sin embargo, la conducta ejecutada y la conducta descrita por el tipo no se amoldan exactamente produciéndose la atipicidad y, por lo tanto, desapareciendo el delito. Más propio que decir que desaparece el delito es decir que este no surge pues faltando la tipicidad este nunca existió. Como causas de atipicidad anotemos las siguientes:

1). Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo. Ya vimos que el sujeto activo de cualquier delito es, por fuerza, el ser humano, pero además encontramos que la ley exige en ciertos delitos una calidad especial en los sujetos activo y/o pasivo. V.gr. el infanticidio en el que el sujeto activo debe ser un ascendiente directo y el niño no mayor de 72 horas o no se tipifica al infanticidio.

2). Falta de objeto material o jurídico. El objeto material es el bien que se intenta preservar de da-

ño o peligro mientras que el objeto jurídico es el - - bien que tutela el Derecho. V. gr. no hay homicidio si se dispara sobre un cadaver aunque el sujeto activo ignore que ya ha muerto.

3). Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales dadas por el tipo. V. gr. El homicidio no se tipifica si el sujeto pasivo muere después de 60 -- días de haber sido lesionado.

4). Al no realizarse el hecho por los medios comisivos que la ley señala específicamente. V. gr. Para que se configure el disparo de arma de fuego debe ser hecho precisamente con una arma de fuego.

5). Si faltan los elementos subjetivos exigidos - por la ley. V. gr. en el caso de contagio de enfermedades venereas el enfermo debe conocer que esta enfermo (nos referimos, por supuesto, al sujeto activo) faltan do este elemento subjetivo hay atipicidad.

6). Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial. V. gr. el allanamiento de morada en el que la ley establece que deberá ser "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la ley lo permita". Por lo tanto, si se obra justificadamente o en su caso en que la ley lo permita nos encontramos ante un caso de atipicidad y no ante una causa de justificación como lo sería en otro delito.

C). LA ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA. Etimológicamente lo antijurídico es aquello que se opone al Dere-

cho, es decir, cuando se obra de manera contraria al Derecho se obra antijurídicamente. En Derecho Penal se ha argumentado que el delincuente al realizar la conducta tipificada no realiza una conducta contraria al Derecho sino que, en todo caso realiza una conducta -- descrita por el Derecho, pero, la adecuación, en este caso, a la norma jurídica es contraria a los intereses que el Derecho vulnera y, jurídicamente, va contra el Derecho por más que gramaticalmente lo satisfaga. Esto es, la confusión es solo gramatical, pues la ley, al decir, "comete delito de homicidio el que..." quiere en realidad decir: "no mataras..." por lo que hemos de concluir que, en este caso, la ley describe la conducta antijurídica y no la jurídica. Toda conducta típica es antijurídica salvo que esté amparada por una causa de justificación. El tipo legal, como ya dijimos, describe la conducta antijurídica por lo que el sujeto activo de esa conducta estará cometiendo un acto antijurídico salvo que tenga alguna justificación legal para haber obrado así. Por lo expuesto, nos satisface la -- postura de Maestro Porte Petit al decir: "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".²⁸

Pero, veamos, en que consisten las causas de justificación que constituyen como ya vimos el elemento negativo de la antijuricidad. Para Castellanos Tena "las

28. Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958, - p. 285.

causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica".²⁹ En primer lugar es importante decir que las causas de justificación se distinguen de otras excluyentes de responsabilidad por ser objetivas, es decir, se refieren al acto mismo mientras que las causas de inculpabilidad, por ejemplo se basan en circunstancias de índole personal, subjetiva. Para estar amparado por una causa de justificación es menester que haya una declaración legal expresa, lo cual no sucede en el caso de otras causas de exclusión de la responsabilidad. Cabe, además, decir que el que obra amparado de alguna otra excluyente obra perdonado por la ley mientras que quien obra amparado por una causa de justificación obra con Derecho. Las causas de justificación que contempla nuestra legislación positiva son las siguientes:

1). Legítima defensa. Hay cierta uniformidad en cuanto a criterios al definir la legítima defensa. Creemos que bastará para comprenderla el concepto que de ella da el artículo 15, fracción III, párrafo primero de nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales con el cual coinciden gran cantidad de los códigos de las Entidades Federativas:

"Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor y bienes de otro, repeliendo una agresión actual violenta y sin derecho y de la cual resul-

29. Op. cit., p. 175.

te un peligro inminente".

2). Estado de necesidad. Esta causa de justificación se da cuando un bien jurídicamente tutelado se encuentra amenazado y para salvarlo se sacrifica otro -- bien, también jurídicamente tutelado, pero de menor valor. Nuestro Código Penal, también en su Artículo 15, - en la fracción IV reglamenta el Estado de Necesidad:

"La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, - siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial!"

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

3). Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. El artículo 15, fracción V de nuestro código establecen como excluyentes de responsabilidad:

"Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley".

Ejemplos de estas causas de justificación serían las lesiones inferidas en los deportes, las inferidas haciendo uso del derecho de corregir (art. 294), o - - aquellas que son consecuencia de operaciones médico- - quirúrgicas.

4). Impedimento legítimo. Reglamentado por el Artículo 15 fracción VIII:

"Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer

lo que manda, por un impedimento legítimo."

El ejemplo clásico se da cuando una persona se niega a declarar en virtud del secreto profesional. En realidad esta hipótesis queda cubierta por la de cumplimiento de un deber por lo que consideramos innecesaria su enunciación especial. Más aún, si consideramos que todas las causas de justificación tienen como base la protección del interés preponderante podrían agruparse todas bajo el estado de necesidad.

D). IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. Llegamos en este punto a un concepto sumamente debatido dentro del Derecho Penal; el de la Imputabilidad. Podría decirse que la Imputabilidad equivale a decir capacidad dentro del campo penal. El concepto descansa sobre la base de que el ser humano está dotado de libre albedrío, esto es, que está capacitado para optar por la conducta que deberá seguir. De acuerdo con esto, la conducta, para ser delictiva, deberá ser imputable a un ser humano y, solo le será imputable cuando este individuo esté capacitado para optar por esa y no por otra conducta. De acuerdo con esto, un individuo que, por una u otra razón independiente de su voluntad, se encuentra privado de esa capacidad de opción, de su libre albedrío es, lógicamente inimputable.

Nos encontramos ante la polémica de si la imputabilidad es o no un elemento del delito; de si es parte de la culpabilidad, un presupuesto de la misma o si --

guarda independencia de ella. Creemos, por las razones que en seguida exponremos, que la imputabilidad no es un elemento del delito, que no es necesariamente presupuesto de la culpabilidad y que no es parte de ésta, - sino que se trata de un factor independiente.

Hemos visto como la falta de uno de los elementos del delito que hemos mencionado provoca la inexistencia del delito. Es nuestra humilde opinión que un delito cometido por un inimputable subsiste, lo único que varía es la forma en que ese delito ha de ser perseguido. Los tiempos modernos han revolucionado las ideas penales, no nos encontramos ya en los tiempos en que a un delincuente menor se le imponían atroces castigos para escarmiento y ejemplo de los demás; no es ya la época en que las penas se aplicaban solo para satisfacer el clamor del populacho que demandaba la venganza pública sobre la persona del delincuente. Hoy, afortunadamente, cada día nos encontramos con un Derecho Penal más humano; se imponen cada día más las ideas que fundamentan la persecución de los delitos sobre bases científicas. Los delitos se persiguen por dos razones: la defensa social, es decir, la sociedad debe, ante todo ser protegida de los elementos antisociales, la conducta delictiva, como ya vimos, pone en peligro la existencia misma de la sociedad, por lo tanto, el delincente debe ser segregado impidiéndoseles así que despliegue su conducta nociva libremente. La otra razón que aludíamos para la persecución de los delitos -

es la llamada profilaxis social, es decir, al delincuente no debe castigarsele -entendiendo por castigo -aquel que es inseparable del sufrimiento impuesto al -hombre para responder a una acción indeseable- sino -tratar de curarlo, de educarlo, de convertirlo en un -ser útil y no nocivo a la sociedad a la que debemos -reintegrarlo, esto es, el Derecho debe tender a ser -educativo, no punitivo.

Creemos que este tipo de ideas deben ser una meta para todos los que practicamos el Derecho. Y digo una meta porque, a pesar de que no son nuevas, la triste realidad es otra. Las personas que tienen la mala -suerte de ser recluidas en una penitenciaría o un reformatorio lejos de ser educadas y curadas acaban de ser corrompidas saliendo de ahí, valga el decirlo, más delincuentes que cuando entraron.

De cualquier manera cada día se habla en la doctrina menos de las penas y más de las medidas de seguridad, de modo tal, que tal vez no pequemos de optimistas al esperar un futuro en el que podamos decir como Yhering que *"la historia de la pena es la historia de su abolición"*.

Si nos hemos permitido estas consideraciones, que tal vez aparenten estar un poco fuera del tema, es por lo que afirmábamos sobre que el delito cometido por un inimputable subsiste variando solo el método de perseguirlo. Si hemos de seguir con las ideas expuestas re-

lativas a la defensa social y a la reintegración de - los delincuentes a la sociedad fácilmente nos daremos-cuenta que lo mismo opera con respecto a los inimputables. La sociedad pelagra lo mismo ante un homicida imputable que ante un maniático homicida y la defensa social debe funcionar contra ambos. De hecho, así es, el Derecho Penal persigue a ambos homicidas si bien de manera diferente. Al homicida imputable se le recluye en un centro penitenciario el tiempo que la ley establece como necesario para que purgue su pena y pueda reintegrarse a la sociedad. Al homicida maniático, inimputable, también se le segrega de la sociedad recluyéndose le en un sanatorio hasta que puedaser reintegrado a la sociedad sin peligro. Un homicidio, un delito se ha cometido y el Derecho Penal tiene que ocuparse de él ya sea que lo haya cometido una persona imputable o una - inimputable como un alienado o un menor, lo único que-deberá variar es la manera en que la sociedad deberá - ser protegida y que medidas habrán de tomarse para re-tornar, de ser posible, al delincuente a la sociedad - sin que cause más daño.

Estamos conscientes de que nuestra exposición anterior deja muchas lagunas, que es susceptible y, con-razón, de recibir severas críticas. Lo único que podemos decir es que aceptaremos las críticas con la humildad de aquel que como Sócrates -con quien en ningún momento osamos compararnos- solo sabe que no sabe nada, - pero que también está consciente de que debe buscar -

aunque cometa errores porque en el esfuerzo del pensamiento humano hasta los errores suelen, a veces, ser fecundos.

Concluyendo, la conducta típica y antijurídica de un inimputable debe ser, en nuestra opinión, considerada como un delito por más que no se le "castigue" de igual forma porque además, como veremos, la punibilidad no es un elemento del delito.

Por último queda la cuestión de si la imputabilidad es o no presupuesto de la culpabilidad, creemos que no lo es necesariamente. Dijimos que consideramos la imputabilidad como la capacidad de optar consecuencia del libre albedrío, por más que el concepto no sea desconocido a los que se adhieren a la tesis deterministas que reconocen la base de la imputabilidad en el conocimiento y previsibilidad del hecho, pero que considera la conducta delictiva determinada por factores libres de la voluntad del hombre. Así si entendemos la imputabilidad en función del concepto del Maestro Carrancá y Trujillo que dice:

"Será, pues, imputable, todo aquel que posea el tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente;..." (30)

o mejor aún como "la voluntad de entender y de querer" de --

30. Op. cit., p. 222.

que habla el maestro Castellanos Tena nos daremos cuenta de que existen casos de inimputabilidad legal que son la excepción en cuanto a "*la voluntad de entender y querer*"; un menor de 17 años -inimputable por disposición de la ley- tiene sin duda esa capacidad para querer y entender que resulta ausente en la inimputabilidad ideal. El caso se hace más evidente si ese menor está a un día de alcanzar la edad imputable, no se pretenderá que de la noche a la mañana se adquirieran "*las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley*". Creemos que este ejemplo bastará para ilustrar nuestra idea de que, a veces, es posible que un inimputable sea capaz de una conducta culpable. También esperamos, hayamos ilustrado el porque los conceptos de Carrancá y Trujillo y de nuestro querido y admirado maestro Castellanos Tena no nos satisfacen pues - la imputabilidad depende a menudo de disposiciones legales más que de factores puramente psíquicos. En lo personal, repetimos, creemos que la imputabilidad tan solo constituye uno de los factores que determinan el modo en que deberán ser perseguidos las diversas clases de criminales.

En cuanto a las causas de inimputabilidad nuestro Derecho reconoce las siguientes:

- 1). Trastornos mentales permanentes. El Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales - en cuanto a delitos del fuero común y en toda la Repú-

blica para delitos del orden Federal establece en su artículo 68:

"Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo a un regimen de trabajo.."

2). Trastornos mentales transitorios: El Artículo 15 del mismo ordenamiento establece en su fracción II- que es causa de inimputabilidad:

"Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxiinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

3). Miedo grave. Son excluyentes de responsabilidad

"El miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor" (Artículo 15, - - fracción IV)

El maestro Castellanos Tena cita en su obra la diferenciación que de miedo grave y temor fundado hace Octavio Véjar Vázquez: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor con causa externa" (p. 217). Así, mientras el miedo grave que se -

apodera de la persona alternándola hasta hacerla cometer un delito constituye una causa de inimputabilidad—el temor fundado es considerado una causa de inculpabilidad.

4). Sordomudez. Nuestro Código establece en su Artículo 67:

"A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuera necesario para su educación o instrucción".

Esto es a nuestro juicio otro ejemplo en el que — un sujeto legalmente inimputable es perfectamente capaz de una conducta culpable. La ley supone que muchos sordomudos, al igual que muchos menores son, en efecto, incapaces de entender y de querer, pero también hay muchos otros, en ambos casos, que gozan de perfecta capacidad volitiva.

E). CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Desde que empezamos a hablar de imputabilidad nos hemos empezado a — adentrar en los aspectos subjetivos del delito; pero, — como ya dijimos que no consideramos la imputabilidad — como elemento del delito, encontramos en la culpabilidad el elemento subjetivo por excelencia del ilícito — penal. Carrancá y Trujillo define la culpabilidad como *"la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado"*³¹ por otra parte, Cuello Calón considera que el cul
31. *Op. cit.*, p. 221.

pable una conducta "cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente re producida"³². Mientras que, por su parte, el maestro Castellanos Tena define culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"³³

Existen dos corrientes en el estudio de la culpabilidad: La psicologista o psicológica para la cual la culpabilidad descansa sobre bases de carácter psicológico dejando toda consideración jurídica para el estudio de la antijuricidad, así, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo del sujeto activo. La otra corriente es la normativista o normativa que hace descansar el concepto sobre un juicio de reproche; el Maestro Castellanos Tena dice en su obra que para los proselitos de esta tendencia "una conducta es culpable, si un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada" (p. 224). Agrega el eminente jurista que nuestro código recoge en su Artículo 8 la corriente psicologista.

La culpabilidad reviste tres formas: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

El Maestro Luis Jiménez de Asúa define el dolo como "la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstan-

32. Cit. por Castellanos Tena, op. cit., p. 221.

33. Op. cit., p. 222.

cias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad - existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo - exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".³⁴ Por su parte el Maestro Carrancá y Trujillo dice "el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada"³⁵ Es decir, nos encontramos ante el dolo cuando en el sujeto activo existe la intención de cometer un acto delictuoso con plena representación en cuanto al daño y en cuanto al "deber que brantado".

Para ilustrar las diversas especies de dolo nos valdremos de otro de los extraordinarios cuadros sinópticos del Maestro Castellanos Tena.³⁶

Dolo

Directo.

El resultado coincide con el propósito del agente (decide - privar de la vida a otro y lo mata).

Indirecto

El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, se coloca una bomba cerca del motor, - con la certeza de que además de morir ese individuo, perde-

34. Op. cit., p. 459.

35. Op. cit., p. 233.

36. Op. cit., p. 230.

nán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

Indeterminado

Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas).

Eventual.

Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

Encontramos a la culpa ya brillantemente definida por los romanos como "quid, cum a diligente provideri poterit, non esset provissum, aut tum, denuntiatur esset cum periculum evitari non possit".³⁷ Por su parte el maestro Edmundo Mezger la define como "la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado".³⁸ Es decir, nos encontramos ante un delito culposo cuando el sujeto activo realiza una conducta en la que esta obrando imprudente o imprevisoramente y resulta de esa conducta un hecho penalmente tipificado.

La culpa reviste dos formas: culpa con representación y culpa sin representación. La culpa con representación se dá cuando el sujeto activo prevee la posibilidad de que se produzca el resultado típico, sin em-

37. Dig., Lib. VI, tit. II, leg. 31.

38. Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 171, 2a. Ed. Madrid.

bargo, espera que no se produzca. Un ejemplo de culpa con representación es el del maestro de esgrima que enseña unos pases a un alumno sabiendo que corre el peligro de herirlo por no haber protegido la punta del florete con un botón, sin embargo, espera que nada ocurra pero la lesión se produce. La culpa sin representación, por otro lado, es aquella en que el agente no prevee el resultado debiendo preverlo. Un ejemplo es el caso del automovilista que tiene en la carretera un accidente por estar sus llantas -que no revisó antes de salir- en mal estado; no previó el resultado pero debió haberlo hecho.

La preterintencionalidad se da cuando el agente quiere la conducta, pero el resultado sobrepasa la intención. Un ejemplo sería el individuo que tira una pedrada a otro con la sola intención de lesionarlo pero lo mata. Nuestra legislación positiva trata la preterintencionalidad como dolo.

Entre las causas de inculpabilidad distinguimos las siguientes:

1). El error. No todos los errores engendran la inculpabilidad. El error de Derecho, por ejemplo no produce efectos de inculpabilidad ya que "*la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha*". El llamado error natural -- (en el golpe, en la persona o en el delito) tampoco produce efectos de eximente pero puede variar el tipo de delito; por ejemplo si un individuo quiere matar a-

otro pero equivoca el golpe y mata por error a su padre nos encontraremos ante un homicidio pero no ante un parricidio.

El error esencial produce la inculpabilidad siempre que éste sea invencible; por ejemplo, en un torneo de boliche un jugador llega y deja una bola de su propiedad en el casillero asignado a otro jugador que posee una bola idéntica, este último llega y tomándola por la suya se lleva la bola ajena que ha sido dejada en su casillero, el jugador en cuestión no es culpable del delito de robo.

Otro error que anula la culpabilidad es el que se da en las eximentes putativas. El maestro Castellanos-Tena en su obra define las eximentes putativas como -- *"las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, sin serlo"* (p. 245). Por lo tanto, deben anotarse la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber putativos, el impedimento legítimo putativo y el obrar atípico putativo.

2). La no exigibilidad de otra conducta. Esta exigente se da cuando el sujeto activo realiza una conducta típica y antijurídica presionado por una situación especial ante la cual no podía habersele exigido que obrara de otra manera. Dentro de esta categoría consi-

deramos que deben agruparse: a). la obediencia jerárquica cuando el subordinado no tiene el poder de inspección sobre la orden superior; b). el temor fundado que alude la fracción IV del artículo 15 antes mencionada; c). el encubrimiento de parientes y allegados reglamentado por la fracción IX del mismo artículo, al respecto dice el maestro Porte Petit: "*La fracción IX - - constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de - - otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de - - allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviándonos en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria, constituyendo para ella un aspecto negativo de la punibilidad...*"³⁹

3). Estado de necesidad tratándose de bienes de igual valor. Ya vimos que cuando se sacrifica un bien menor Para salvar uno mayor nos encontramos ante una causa de justificación, estado de necesidad basado en el principio del interés preponderante. Tratándose de bienes de igual valía ante la imposibilidad de conservar ambos el Derecho permite que se sacrifique uno de ellos, en realidad se trata de otro caso de no exigibilidad de otra conducta aunque algunos autores consideren que el delito se ha cometido y que el agente se ve beneficiado por una excusa absolutoria. En nuestra opinión el Derecho no puede exigirle a nadie que deje perecer un bien propio para preservar uno ajeno.

39. Importancia de la Dogmática jurídico Penal, p. 54.

F). LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS. Un proverbio alemán afirma que "*ley sin pena es campana sin bandajo*", la coercibilidad es, sin duda, uno de los pilares que sostienen al Derecho y muy especialmente al Derecho Penal. El Maestro Castellanos Tena nos dice que "*la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta*"⁴⁰. No queremos aquí entrar nuevamente en la polémica respecto a las penas y las medidas de seguridad ni respecto a porque la pena moderna no debe constituir la imposición de su sufrimiento como venganza pública, por lo tanto, entendemos la pena en el sentido de medidas de protección de la sociedad contra el delincuente. En este sentido, nos adherimos sin reservas al concepto de punibilidad arriba anotado. Notese que el citado concepto hace depender la punibilidad de la comisión de la infracción y, en efecto, así es, la Punibilidad, más que un elemento del ilícito penal es una consecuencia del mismo y, como veremos, la ausencia de la punibilidad, por medio de una excusa absolutoria, no impide que subsista el ilícito penal.

El aspecto negativo de la punibilidad está constituido por las excusas absolutorias que son aquellas -- que, sin hacer que desaparezca el delito que subsiste a pesar de ellas, evitan que el agente sea castigado por la conducta típica, antijurídica y culpable que se le imputa.

40. Op. cit. P. 253.

Un ejemplo de excusa absolutoria es la que ampara el robo cometido entre ascendientes y descendientes. - Si un hijo roba a su padre la ley determina que no se le sancione, esto, sin embargo, no significa que no se haya cometido el delito de robo, prueba de que se ha cometido es que si el hijo ha tenido un cómplice este si es susceptible de sufrir la pena impuesta por la ley al delito de robo. En todo caso de ausencia de un elemento constitutivo del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad o culpabilidad) el delito es inexistente, por ende, concluimos que la punibilidad no es uno de los elementos constitutivos del ilícito penal.

Algunos otros delitos amparados por excusas absolutorias son el robo cuando es menor en su cuantía de veinticinco pesos y es restituído lo robado antes de que tomen conocimiento las autoridades; el aborto culposo, así como el practicado cuando el embarazo es resultado de una violación y; el fraude y abuso de confianza entre ascendientes y descendientes.

G). LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. Hay algunos delitos que requieren de ciertas condiciones objetivas para ser sancionados. Un ejemplo son los delitos cometidos en el extranjero y que deban ser sancionados en la República; se condiciona la punibilidad de estos delitos a que el acto este tipificado como delito en el país en que se cometió así como en México - (art. 4 fr. III c.p.). Este fenómeno, cuando existe, es más bien un elemento del tipo que un elemento cons-

titutivo del delito; creemos que no es posible considerarlo como tal desde el momento en que por su escasa frecuencia constituye más una excepción que una regla dentro del ilícito penal. Ya hemos visto como cada elemento del delito es requisito "*sine qua non*" para la existencia de este, por lo tanto nos resulta imposible considerar las casi siempre inexistentes condiciones objetivas de punibilidad como elemento constitutivo del delito. Las condiciones objetivas de punibilidad son frecuentemente confundidas con los requisitos de procedibilidad y Colin Sánchez llega hasta a identificarlas con las "*cuestiones prejudiciales*".

5. Concepto de la Dogmática Jurídico-Penal.

Muchos son los autores dentro del campo del Derecho Penal que han pretendido dar a las disciplinas jurídico penales un enfoque de carácter dogmático. Cada uno de ellos a su manera ha pretendido explicar la esencia de la dogmática jurídico-penal.

Para Filippo Grispigni es "*La disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman, en el seno del ordenamiento jurídico positivo, el Derecho Penal*"⁴¹ Mientras, que, por su parte Luis Jiménez de Asúa la define como "*la reconstrucción del Derecho vigente con base científica*"⁴².

En México, quizá el más destacado defensor del enfoque dogmático del Derecho Penal es el ilustre maes--

41. Derecho Penal Italiano, Tomo I, Milano 1947, p. 6.

42. *Op. cit.*, p. 26.

tro Celestino Porte Petit Candaudap. En su obra Importancia de la Dogmática Jurídico Penal nos dice: "*La dogmática jurídico-penal consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo*". (p. 21).

De esta suerte, se ha puesto en boga la erección-en dogma de algunos estudios de Derecho Penal, han adquirido un gran auge los llamados estudios dogmáticos-de los diversos delitos; el propio Maestro Porte Petit ha publicado estudios dogmáticos sobre los delitos contra la vida e integridad de las personas, así como sobre los delitos de violación y estupro. En el seminario de Derecho Penal de la U.N.A.M. se han hecho, asimismo, estudios dogmáticos de todos los delitos y el presente estudio vendrá a engrosar, si bien modestamente, la vastísima bibliografía existente en materia de dogmática jurídico-penal.

Sin embargo, sentimos la necesidad de disentir humildemente de la aplicación que se ha dado a la palabra dogma en el campo de lo jurídico, por más que, nosotros mismos nos hayamos adherido a dicho empleo de la palabra en esta tesis.

La Real Academia de la Lengua Española ha definido la palabra dogma como: "*una proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia*"; -- asimismo nuestro Diccionario define el concepto de dogmático (ca) como "*Intransigente en sus convicciones, senten-*

cioso" y, dogmatismo como la "tendencia a creer y afirmar - sin discutir".

De tal suerte, el empleo de la palabra dogma aplicada así al Derecho nos parece o bien la prostitución de la lengua de Cervantes o, en todo caso, un lamentable desconocimiento de la naturaleza de la Ciencia del Derecho.

Rafael Matos Escobedo dice: "La lealtad a la ley, mirada ésta, con tal acatamiento hasta erigirla en dogma, es la verdadera esencia de la dogmática"⁴³. Esta aseveración nos pasma verdaderamente por su carácter anticientífico y antijurídico. Por mucha lealtad que siéntamos por la ley, no podemos ni debemos erigirla en dogma, no importa hasta que extremo queramos llevar su aplicación. Recordemos lo que nos dice el Diccionario; dogma es una proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia; en el Derecho no hay tal cosa, las ideas penales, como hemos visto, están en constante evolución, en eterna mutación, no hay principios innegables. El dogmatismo, nos dice el diccionario, es la tendencia a creer y afirmar sin discutir y, por lo tanto, tiene por fuerza que esta reñido con el Derecho; puede estar acorde con la naturaleza de la religión cuyo principal pilar es la fé pero el Derecho es una ciencia de ideas siempre discutibles. El Juris-

43. Introducción a la "Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal" de Celestino Porte Petit, México 1954, p. 18.

ta jamas debe ser "*intransigente en sus convicciones, sentencioso*", debe, por el contrario ser un ser de amplio criterio, un ser que mantiene constantemente su mente - - abierta a las nuevas ideas, al eterno fluir del pensamiento humano.

Puede argumentarse que de acuerdo con las definiciones citadas al principio de este capítulo el término dogmática aplicado a las disciplinas jurídico-penales debe ser entendido, no a través de las definiciones que encontramos en los diccionarios de la Lengua Española, sino más bien, como una nueva acepción de la palabra, como una especie de neologismo con un significado diverso que, si bien, aún no han recogido los diccionarios que a veces tardan en reconocer los nuevos usos de una palabra ha tenido ya amplia difusión en -- los medios propios de la ciencia jurídica.

Solo podemos contestar que, sin duda, nos parece que así es, pero que el empleo de una palabra como dogmática, tan reñida con la naturaleza misma del Derecho, nos parece tendenciosa siendo fáciles las malas interpretaciones tales como la citada de Rafael Matos Escobedo.

CAPITULO - SEGUNDO
DE LOS DELITOS SEXUALES

CAPITULO - SEGUNDO

DE LOS DELITOS SEXUALES

1. Concepto de delitos sexuales.

La esfera sexual dentro del Derecho Penal se encuentra, quizás de manera más pronunciada que otras, - bajo el influjo de factores metajurídicos tales como - la moral, la ética o las llamadas buenas costumbres -- que han logrado la tutela de la ley penal. Esto ha provocado que la historia del Derecho Penal Sexual, como veremos más adelante, se encuentre plagada de un Derecho que más que a la técnica jurídica atiende a valores sexuales meta-jurídicos tutelándose jurídicamente valores morales o religiosos. Sin embargo, como Kelsen, consideramos que el Derecho es una ciencia pura, que - - guarda independencia de esos otros factores por más -- que estos deban ser tomados en cuenta como fuentes reales de nuestra ciencia. Por ende, es necesario sostener un criterio científico relativo a los delitos sexales; delimitar los delitos sexuales propiamente dichos de los actos simplemente pecaminosos o inmorales. Es menester, además hacer una distinción de entre lasfiguras delictivas que la doctrina clasifica como delitos sexuales separando los delitos sexuales en sentido estricto de aquellos que solo tienen un contenido o -- una motivación de carácter sexual. No debemos olvidar las palabras del Padre de la Escuela Clásica:

"No podemos hoy mantener en la ciencia una clase especial -

intitulada 'delitos de carne', pero tenemos que declarar delitos- esos hechos cuando lesionan los derechos de alguien y debemos clasificarlos según el canon ya establecido, en razón de la diversidad del derecho violado". (1)

Creemos necesario, por lo tanto, el empleo de un criterio científico para determinar cuales son los delitos sexuales; para esto referimos al lector al concepto desarrollado por el Maestro Francisco González de la Vega:

"En nuestra opinión, para poder denominar con propiedad como delito sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual... queremos expresar que no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos - en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester además que la conducta positiva del delincuente - se manifieste en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se la hacen ejecutar; y, b) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido... Los bienes jurídicos así - susceptibles de lesión por la conducta delincuencia, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la libertad - -

1. Francisco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, Vol II, p.165, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.

sexual o a la seguridad sexual del paciente".²

Es un criterio, como el de González de la Vega, - el que en nuestra opinión debe guiar al legislador para la creación de los tipos penales que señalaran la conducta sexual ilícita; un criterio estrictamente apegado a la ciencia jurídica y no es que sostengamos que el Derecho debe prestar oídos sordos a la moral o a la religión, no, el Derecho debe pugnar por tutelar todos los intereses sociales, pero, no debe pretender hacer el papel de Dios o de conciencia para la sociedad. - - En apoyo de nuestra posición hemos citado ya al genial Carrara, permítasenos ahora reforzarla con las palabras del Don Emilio Pardo Aspe:

"La ley penal no se propone mantener incólumes las virtudes, como lo serían la castidad, la pureza, etc. Estos valores pertenecen a la esfera de la Religión y de la Moral. Hemos dicho en clase, con Manzini, que el Derecho penal tiene por objeto mantener el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social, y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no comprometan ni ataquen ni lesionen determinados órdenes sociales". ⁽³⁾

Por lo tanto, opinamos, con González de la Vega, - que solo nos encontraremos ante un delito sexual cuando la conducta tipificada lesione ya sea la seguridad-

2. Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1968, p. 302.

3. Apuntes del II Curso de Derecho penal, Escuela Libre de Derecho, México 1937/38.

sexual o la libertad sexual del sujeto pasivo y cuando esta conducta *"realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a este se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual"*. De acuerdo con esto y como veremos más adelante de entre los delitos que nuestro código vigente clasifica como sexuales consideramos incorrectamente clasificados el rapto, el adulterio y el incesto.

2.- Diversas denominaciones con que se designan los Delitos Sexuales en el Derecho Comparado.

Hemos creído interesante anotar aquí algunas de las diferentes denominaciones que las leyes de otros países usan para designar los delitos sexuales. En Alemania se les denomina *"crímenes y delitos contra la moral sexual"*; los Códigos Penales de España, Honduras y Argentina coinciden en llamarlos *"delitos contra la honestidad"*; los franceses han dado en llamarlos desde la era Napoleónica *"los attentans aux moeurs"*; en Belgica se encuentran clasificados bajo el título de *"delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública"*; en los Estados Unidos de América, los Códigos de California, Nueva York y Carolina los denominan *"delitos contra la decencia y la moralidad pública"*; en Brasil *"delitos contra la costumbre"*; en Chile se les denomina *"crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública"*; Colombia los llama *"delitos contra la libertad y el honor sexuales"*; el Código Penal Cubano los denomina *"delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias"*; en Guatemala --

son "delitos contra la honestidad y el contagio venereo"; el Derecho Nicaraguense los conoce como "delitos contra el orden de las familias y la moral pública"; el Venezolano como - "delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias"; en Dinamarca se les llama "atentados contra las buenas costumbres"; y en la Unión de Repúblicas Soviéticas - Socialistas, por último, se les denomina "delitos de la esfera de las relaciones sexuales".

3. Los Delitos Sexuales en el Derecho Mexicano.

El Código penal mexicano de 1871 en su Título VI, Libro III bajo la denominación común de "Delitos contra - el orden de las familias, la moral pública o las buenas costum- - bres", tipificaba en el Capítulo III, los atentados al pudor, el estupro y la violación; delitos contra el estado civil de las personas (suposición, supresión, - - substitución, ocultación y robo de infantes, etc.); de litos contra la moral pública y las buenas costumbres- (distribución y exposición de pornografía y ejecución- pública de acciones inmorales -v. gr. exhibicionismo-); corrupción de menores; en el capítulo V se tipifica el delito de rapto; en el VI el adulterio; en el VII Bigamía o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales; y por último, en el VIII provocación de un delito, apología de este o de algún vicio.⁴ Llamamos la atención -- del lector sobre el hecho de que estos delitos, aunque

4. Los capítulos I, II y IV corresponden respectivamente a los Delitos contra el estado civil de las personas, ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres y al delito de corrup- - ción de menores.

agrupados bajo una denominación común, constituyen un conjunto harto heterogéneo cuyo único punto de contacto válido es, quizá, la inmoralidad de los mismos, pero que corresponden a formas muy variadas y los objetos jurídicos de la tutela penal van desde la libertad y seguridad sexuales hasta la prevención general de toda clase de delitos y vicios, pasando por la moral pública y la unidad familiar. Al hablar del carácter inmoral de estos delitos no queremos decir que estos -- sean los únicos delitos que se apartan de la moral, de hecho, puede decirse que todos los delitos vulneran el orden moral; sin embargo, es nuestra muy personal impresión que el legislador de 1871 quiso agrupar en una categoría común los delitos que, además de lesionar un bien jurídicamente tutelado, repugnan a la gatzmoñería y mojigatería de la colectividad.

El Código penal de 1929, haciendo alarde de una mejor técnica jurídica, hace la siguiente clasificación: Título VIII delitos contra la moral pública (ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, - corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio); Título XIII delitos contra la libertad sexual (atentados al pudor, estupro, violación, rapto, incesto) y; Título XIV delitos cometidos contra la familia (delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales).⁵ Estamos-

5. Libro III del Código Penal de 1929.

de acuerdo con la clasificación del adulterio entre - los delitos contra la familia ya que, como veremos más adelante, nuestro código vigente clasifica este delito impropriamente entre los delitos sexuales. Se comete el error de denominar "*delitos contra la libertad sexual*" al título XIII cuando de entre los delitos agrupados bajo - esta clasificación solo los atentados al pudor y la - violación van contra la libertad sexual de las personas.

Nuestro Código Penal vigente, promulgado en 1931, hace la siguiente clasificación de los delitos que hemos venido manejando: Título VIII Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres (ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio); Título XV Delitos sexuales (Atentados al pudor, estupro y violación, rapto, incesto y adulterio) y; Título XVI Delitos contra el estado civil y bigamia. Al respecto de esta división dice Emilio Pardo Aspe en sus - apuntes al II Curso de Derecho Penal:

"El objeto jurídico de estos delitos, o sea el interés penalmente tutelado, tiene como titular inmediato, algunas veces, a la sociedad; en otras, al hombre directamente, por esa razón elogiamos la división que nuestro legislador establece entre los Delitos contra la moral pública, cuyo sujeto pasivo es la sociedad, y los llamados Delitos sexuales, cuyo sujeto pasivo es siempre un individuo determinado, una persona humana".

Por lo tanto, atendiendo a la clasificación plasmada en nuestro código vigente podemos enumerar los -- "delitos sexuales" de la manera siguiente:⁶

- I. Delito de atentados al pudor (en púberes e impúberes) - (art. 260);
- II. Delito de estupro (art. 262);
- III. Delito de violación propiamente dicha (art. 265)
- IV. Delito que se equipara a la vilación o violación impropia (art. 266);
- V. Delitos de raptó (violento o consensual) (art. 267);
- VI. Delito de incesto (entre ascendientes y descendientes o entre hermanos (art. 272); y
- VII. Delito de adulterio (en el domicilio conyugal o con es cándalo) (art. 273)

De acuerdo con el concepto de delitos sexuales - que hemos sustentado (pp. 62, 63 y 64) de entre los de litos clasificados por nuestra ley como sexuales solo- podemos aceptar como tales el delito de atentados al - pudor (en puberes e impuberes), el delito de estupro y el delito de violación (propia o impropia). En todos - estos delitos encontramos las notas características de los delitos sexuales: la lesión a la libertad o seguri dad sexual del sujeto pasivo y la conducta "realizada po sitivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a-

6. Francisco González de la Vega, op. cit., p. 306.

Éste se le hace ejecutar, -es-, directa e inmediatamente de naturaleza sexual".

El rapto, por otro lado, no puede, en nuestra opinión, ser considerado un delito sexual. Si consideramos que comete el delito de rapto el "que se apodere de una mujer por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico -sexual o para casarse" nos damos cuenta de que el tipo penal se colma con el apoderamiento de la mujer, lesionándose su libertad, para que la conducta sea típica no se requiere ninguna actividad sexual por más que el móvil pueda ser, eso sí, de índole sexual; sin embargo, considerar este delito como sexual por el móvil tan solo equivaldría a decir que un homicidio pasional, como en el caso del marido que descubre a su adúltera esposa in fraganti con su amante y los mata, fuese considerado, también como un delito sexual. No existe, de manera necesaria, en este delito conducta erótico-sexual sobre el cuerpo del ofendido directamente o que a este se le haga realizar. En cuanto al bien jurídico lesionado en el rapto creemos que se trata de la libertad de la víctima por más que pueda considerarse un delito de peligro para la libertad y la seguridad sexual esto es accesorio, como lo sería la lesión patrimonial al perforar una bala el saco de la víctima de un homicidio.

El incesto tampoco es, en nuestra opinión, un delito sexual. La conducta en este caso, para que se pue

da colmar el tipo penal es, sin duda, de carácter erótico-sexual. Dijimos, sin embargo, que para un delito sea sexual se requiere que lesione la libertad sexual o la seguridad sexual del sujeto pasivo. Salvo en los casos de incesto con menores o impuesto por la violencia ni la libertad ni la seguridad sexual sufren lesión alguna. Más bien debería considerarse el incesto como un delito contra el orden de las familias ya que se viola el orden exogámico familiar que la moral tradicional y las leyes eugenésicas imponen; el propio Derecho Civil prohíbe el matrimonio entre familiares cercanos para evitar una cópula que repugna a los más primitivos convencionalismos sexuales. Recuerdese que, -- salvo quizá en el antiguo Egipto en que la familia real se consideraba de naturaleza divina y, por lo tanto, -- practicaba el incesto para no mezclar su sangre con la del pueblo, el incesto ha repugnado a prácticamente todos los pueblos en todos los tiempos. La ciencia ha venido a dar la razón a esta repugnancia tradicional al demostrar que, eugenésicamente, las prácticas incestuosas resultan en taras hereditarias, un ejemplo de esto sería el labio leporino de los Hapsburgos.

Lo mismo puede decirse en cuanto al adulterio; a pesar de que la acción típica es, indudablemente, de carácter erótico-sexual no se lesionan en modo alguno bienes jurídicos de naturaleza sexual. La conducta cópula entre persona casada y persona ajena al matrimonio no lesiona ni la libertad ni la seguridad sexual-

de los sujetos activos que son, en este caso, el conyuge adulterero y la persona ajena al matrimonio con quien cohabita ésta. Mucho menos puede hablarse de lesión - de los mencionados objetos jurídico-sexuales en la persona del conyuge ofendido que constituye el sujeto pasivo en este delito. Esto se hace más notorio cuando - en nuestro código, para colmarse el tipo penal es menester que el adulterio se realice en el domicilio conyugal o con escándalo, es decir, no es, en sí, la conducta erótico-sexual por si sola la que se sanciona ya que esta puede realizarse fuera del domicilio conyugal y sin escandalo sin que constituya un delito; lo que - se sanciona es la ignominiosa afrenta que sufre en su dignidad el conyuge inocente por la publicidad escandalosa del adulterio o por la invasión de su domicilio - conyugal para tales fines. Creemos que, como el incesto, el adulterio debía clasificarse como un delito contra el orden de las familias ya que, por su naturaleza misma va contra tal orden cuando el propio código civil lo considera una causal de divorcio; puede argumentarse que no todas las causales de divorcio, por más - que todas vayan contra el orden de las familias, constituyen delitos y que, por lo tanto, es incorrecto clasificarlo como delito contra el orden de las familias. Creemos que toda causal de divorcio que se tipificase como ilícito penal podría ser clasificada de esta suerte. Por su naturaleza afrentosa podría ser clasificado, igualmente como un delito contra el honor.

Hemos expresado que tanto el delito de incesto como el de adulterio son delitos contra el orden de las familias cuando tal clasificación ni siquiera existe en nuestro código. Consideramos que el título XVI de nuestro código vigente debería convertirse en "*delitos contra el estado civil y el orden de las familias*" ya que la bigamia es, también, un delito contra este orden.

Concluyendo, los delitos de raptó, adulterio e incesto están indebidamente clasificados como sexuales en nuestro código vigente, pues más que delitos sexuales son delitos que acusan un simple fondo sexual como podría considerarse que lo hacen, por ejemplo, el delito de lenocinio o el de perversión de menores.

4. Crítica a la denominación legal de "*delitos sexuales*".

Nuestro código penal vigente pretende clasificar los delitos atendiendo al objeto jurídico de la tutela penal. No obstante esto ha denominado, como hemos visto, al Título XV "*delitos sexuales*" ignorando en esta clasificación los bienes jurídicos tutelados en las diversas normas para dar relieve a la naturaleza sexual de los mismos. Nosotros hemos pretendido seguir un criterio más o menos científico para determinar qué es un delito sexual, sin embargo, puede considerarse hasta cierto punto un criterio arbitrario ya que el concepto de "*delito sexual*" en sí no es científico, no es jurídico. Alguien más podría decir que delito sexual es todo aquel que se realiza a través de una conducta erótico-

sexual independientemente de los bienes jurídicos que lesione y, en rigor, su criterio sería tan válido como el nuestro. En realidad, el carácter antijurídico de la expresión "delitos sexuales" da lugar a todas las confusiones a que hemos aludido pues la denominación da suficiente amplitud para agrupar bajo sí a cualquier ilícito penal que acuse un fondo sexual, desde una violación hasta un crimen pasional. Es por esto que no podríamos estar más de acuerdo con Carrara cuando dice

"No podemos hoy mantener en la ciencia una clase especial-intitulada "delitos de carne", pero tenemos que declarar delitos- esos hechos cuando lesionen los derechos de alguien y debemos clasificarlos según el canon ya establecido, en razón de la diversidad del derecho violado". (7)

Al clasificar los delitos que llamamos sexuales, no debemos atender a su carácter sexual sino "a la diversidad del derecho violado", al bien jurídico tutelado que se lesiona. Esto nos dara como resultado una clasificación más científico-jurídica en la que no quepan confusiones y que convertira en sexuales solo aquellos delitos que lesionen un bien jurídico de naturaleza sexual, es decir, la libertad sexual o la seguridad sexual de los sujetos.

"En su Relación al Rey acerca del Código penal italiano, -- Rocco indica que la "expresión delitos sexuales no es jurídica si no simplemente literaria, puesto que únicamente hace referencia -

7. Ya hemos usado esta cita en la p. 62

al móvil o al hecho material y no indica el derecho lesionado". - Pensamos que cuando el Código penal mexicano usa dicho título ha querido expresar: delitos contra la libertad o seguridad sexuales, o contra el orden sexual de las familias". (8)

5. Breve perspectiva histórica de los delitos sexuales.

Puede decirse, en general, que el desarrollo de valores en toda comunidad corresponde al desarrollo cultural que se opere en la misma. No escapan a esta regla los valores sexuales y, es de estos valores, que surgen los bienes jurídicos sexuales que tutela el Derecho Penal y los delitos sexuales que surgen en la vida de una comunidad al ser lesionados estos bienes. Hemos desarrollado un criterio más o menos científico-jurídico para reconocer los delitos sexuales, sin embargo, las ideas penales y los criterios que de ellas emanan son algo en constante evolución y mutación por lo que nuestro criterio deberá ser abandonado al estudiar otras épocas. Así como hoy es universalmente admitido que solo el ser humano es susceptible de ser sujeto activo de un ilícito penal pero antes hubo criterios que conferían imputabilidad penal a animales y hasta a objetos inanimados, así, hoy, podemos sustentar un criterio científico para catalogar los delitos sexuales que se aparta de valores meta-jurídicos pero no siempre fue así. Hubo épocas en que Derecho, religión, moral,-

8. Fco. González de la Vega, *op. cit.*, p. 308

etc. se confundían por lo que no podemos estudiar esta etapa bajo un criterio jurídico moderno que contemple al Derecho como una ciencia pura. Así, el estudio histórico de los delitos sexuales implica un estudio o, - cuando menos una visión, de moral, valores meta-jurídicos, religión, condiciones sociales, etc. ya que todo esto condicionó el Derecho penal sexual de otras épocas.

No es nuestra intención hacer un estudio a fondo de todos los elementos que, en diferentes épocas, condicionaron la tipificación de determinada conducta como delito sexual. Sería apartarnos demasiado de nuestro tema y resultaría incompatible con las limitaciones propias de esta tesis. Sin embargo, consideremos necesaria la mención, si bien de manera somera, de la manera en que el Derecho Penal Sexual ha ido evolucionando hasta nuestros días.

Hemos dicho ya, que el desarrollo de los valores-sexuales o de otra índole- marcha a la par del desarrollo cultural de una comunidad. No es pues de extrañarse que en las hordas primitivas, sin cultura y por lo tanto sin valores, no se conocieran los delitos sexuales. Eran tiempos de lo que se ha dado en denominar hetairismo, o sea promiscuidad sexual absoluta. No - - existían lazos familiares, ética sexual o instituciones sociales que determinaran en modo alguno las relaciones sexuales. Se desconocían por completo los vínculos de sangre y, desde luego, se ignoraban también las

relaciones que guarda la actividad sexual con la reproducción y la génesis del ser humano. Las relaciones sexuales se daban, por lo tanto, en forma promiscua y carente de valores éticos e inclusive, de acuerdo con el Dr. Havelock Ellis,⁹ condicionado a ciclos de periodicidad análogos a los períodos de celo de otros mamíferos. Es decir, valga la comparación, las relaciones sexuales se llevaban a cabo en manera similar al modo en que se realizan entre especies como el perro, por lo que no es de extrañarse que no hubiesen valores o bienes sexuales ni tampoco, consecuentemente, delitos de naturaleza sexual. En esta época no puede hablarse de matriarcado ni de patriarcado pues se desconocía, como hemos visto, la génesis del hombre y se creía que la mujer recibía al hijo por medios exteriores.

De esta fase de hetairismo se pasa a una etapa matriarcal. Es la mujer quien inicia la agricultura mientras el Hombre se dedica a actividades cinegéticas. Como se sabe es la agricultura el factor que convierte a las sociedades primitivas de nómadas a sedentarias por lo que la mujer conquista la hegemonía económica, por otra parte se empiezan a considerar las funciones reproductivas como algo propio de la mujer -se desconoce la importancia de la intervención masculina- contribuyendo a incrementar su prestigio.

Para esto, la periodicidad sexual a que aludíamos

9. Estudio de la Psicología Sexual. El Pudor. La Periodicidad Sexual y el Autoerotismo, Madrid, Reus, 1912.

antes desaparece dejando su lugar a la l**í**bido. Esto ha ce que los seres humanos ya no realicen sus funciones- genésicas de una manera determinada por la naturaleza- y libre de la voluntad de los agentes, las relaciones- sexuales se realizan ahora como una manifestación lí- bre de voluntad los más de los casos; esto da lugar a- la aparición de un valor: el de la libertad sexual cu- ya lesión trae como consecuencia la figura de la viola- ción. La aparición de la l**í**bido trae también la insti- tución del matrimonio ya que si las relaciones sexua- les son resultante de un acto de voluntad la promiscui- dad tiende a desaparecer pues la nueva tónica de las - funciones genésicas implica un acto de voluntad, una - acción intelectual de elección de pareja. Resulta tam- bién un cambio en la estructura de la familia, esta ya existía pues la madre y los hijos que dependían de - ella ya constituían una célula primitiva de familia -- dentro de la horda, pero ahora, con el matrimonio, el- hombre pasa a formar parte de ella.

Debemos anotar que la mujer ha ido perdiendo gra- dualmente su hegemonía. El hombre despliega una mayor- fuerza física en este época en que de la fuerza bruta- depende no solo la seguridad del grupo sino el susten- to mismo. Por otro lado, la mujer padece de limitacio- nes físicas por lo que se refiere a los períodos de -- gestación, así como a sus ciclos menstruales. No que - estos elementos estuviesen ausentes en el matriarcado, solo que consideramos este como un período de transi--

ción al que terminaría por imponerse la fuerza bruta - del varón. Mientras que en el matriarcado se consideraban las funciones reproductorias y la menstruación como una especie de superioridad divina que confería el reverencial temor supersticioso en lo que no se entiende, en el patriarcado, en el que se empieza a entender la función del varón en la reproducción esta pierde su carácter divino exclusivo de la mujer, en cuanto a la menstruación, de ser una manifestación de relaciones con la divinidad pasa a ser, por las limitaciones que impone a quienes la padecen, una señal de ignominia, de impureza sexual, ejemplo de lo cual son las leyes de Manú y los preceptos Biblicos del Levítico Mosaico.

Agreguemos a esto que la regla de la exogamia hace que los hombres busquen sus esposas en otras tribus, raptándolas al principio y a medida que se suavizan y civilizan las costumbres comprándolas. La mujer traída de otra tribu no tiene el status dentro de la tribu -- que la adopta para conservar la egemonía. Asi aparece la figura del rapto y, en los casos de matrimonio endogamico, el incesto. Debe apreciarse que el rapto no constituye aquí un delito sino, por el contrario, es la fórmula de entonces para contraer matrimonio. Aún hoy, en regiones de nuestro propio país se conservan vestigios de estos usos pues el marido debe, antes de contraer matrimonio raptar a su mujer. Con el matrimonio aparece también la figura del adulterio y del rapto de la mujer casada que si es delito. Con la institu

ción del matrimonio y la aparición de la l**í**bido aparece el pudor pues ha desaparecido el estado de promiscuidad y el sexo se considera cuestión privada.

Reproducimos el cuadro cronológico de la aparición de los delitos sexuales del maestro Alberto González Blanco:

"a) El delito de violación surgiría cuando al desaparecer la promiscuidad sexual y ser substituida por la l**í**bido en los albores de la humanidad, el hombre como sujeto sexual, poseyera a la mujer, violentamente, contra su voluntad.

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

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

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

El rapto y el adulterio coinciden con la sociedad patriarcal.

En cuanto al estupro, surge como quebrantamiento del dere--

cho de patria potestad, sobre los hijos". (10)

De acuerdo con el Maestro Francisco González de la Vega los pueblos antiguos "guardaban una actitud de elegante indiferencia ante los problemas de la sexualidad desordenada". Se refiere concretamente a las culturas paganas, especialmente a las ciudades griegas y a la Roma primitiva. Todo parece indicar que, en efecto, así era. En su obra, el historiador Inddro Mantanelli nos da repetidos testimonios de la indulgencia sexual de los griegos, tomemos por ejemplo la siguiente cita:

"Niké (la mujer griega) queda obligada a la fidelidad conyugal. Si no la observa, su marido es llamado 'cornudo' (pues fueron los griegos, no los napolitanos, quienes inventaron esta palabra), y tiene derecho a echarla de casa. Es más, la ley impondría en ese caso el uxoricidio, PERO LOS GRIEGOS FUERON SIEMPRE INDULGENTES SOBRE ESTE PUNTO y habitualmente se contentaban con todo o un pedazo de dota como reparación del honor ofendido. El marido, en cambio, está autorizado a tener una concubina". (11)

Y que decir de los fieros espartanos que estaban obligados a permitir la infidelidad de la esposa si esta lo cometía con un hombre más alto y fuerte que el marido; Licurgo decía que en estos casos los celos eran ridiculos e inmorales.

Recordemos también que el homosexualismo era una-

10. Dr. Alberto González Blanco, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Ed. Porrúa, México 1969, pp. 51-52.

11. Historia de los Griegos, Ed. G. P. 1969, pp. 136-137.

práctica muy difundida entre los griegos y, solo como dato curioso, anotemos que nuestra costumbre de cargar a la novia a través de la puerta en la noche de esponsales data de la Grecia Clásica en que se hacía esto - para simular un rapto.

En cuanto a Roma, recordemos que para fundarse, - ante la carencia de mujeres, se recurre a un rapto colectivo, el de las Sabinas. Las costumbres licenciosas de los romanos han llegado hasta nosotros traídas por los ecos de las orgías neronianas. González de la Vega nos habla del paganismo Greco-Romano en los siguientes términos:

"Si el paganismo es aquella fase de las creencias míticas - en que el hombre politeísta proyecta en sus dioses y héroes semi-divinos los incomprensidos fenómenos y fuerzas de la naturaleza - que lo rodean amenazantes y también el misterio de sus personales pasiones, parece natural que las divinidades se comporten a imitación del hombre y tengan sus mismas inclinaciones y apetencias, - aún las del delito. Así, en el Olimpo, el prepotente Zeus ama corporalmente y llega hasta realizar acciones vedadas, por ilícitas - a los simples mortales: disfrazado de toro, rapta; en forma de -- lluvia de oro, estupra; encarnado en cisne viola; es además, incestuoso y adúltero crónico. Afrodita y Eros simbolizan y prestan su nombre al amor carnal, la celebración de los misterios dionisiacos termina en frenética y promiscua orgía. Todavía buen número de perturbaciones libidinosas derivan sus designaciones de dioses, personajes o lugares paganos: narcisismo, anafrodisia, sati-

riasis, ninfomanía, uranismo o amor socrático, amor lésbico o sáfico, etc. (12)

Así, no es de extrañarse que la ley no fuera muy-estricta en la tutela de los intereses sexuales y si - los romanos tipificaban delitos como la violación, el-rapto, el estupro, el adulterio, el incesto, la pede--rastía y el lenocinio era, de acuerdo con Mommsen,¹³ - porque se violaban intereses ajenos a la moral sexual-ales como la libertad individual, la "manus" ejercida-por el esposo o padre o los impedimentos matrimoniales.

Sin embargo, debemos decir que no todos los pue--blos de la antigüedad fueron paganos y, por lo tanto, - no todos tuvieron una legislación sexual tan indulgente. De hecho, el pueblo Hebreo, primera cultura monoteísta-y, sin duda, una de las más inflenciales para nuestra-cultura occidental, contaba, muchos siglos antes de la-fundación de Roma, con una de las más estrictas legisla-ciones penales en materia sexual de que se tenga noti--cia. Estas normas, conservadas hasta nuestros días a - través de la Biblia, concretamente en los libros Levíti-co y Deuteronomio, denotan una marcada influencia de - normas Egipcias y Babilónicas solo que depuradas y lle-vadas a su máximo extremo. Esta influencia no es de ex-trañarse ya que, según establece la tradición, Moises,

12. *Op. cit.*, p. 309.

13. El Derecho Penal Romano. Trad. Esp. Madrid, sin fecha, tomo - II.

considerado tradicionalmente como el legislador a - - quien se deben dichas leyes, fue educado en Egipto como príncipe por lo que, es de suponerse, le fue impartido un conocimiento profundo de Derecho Egipcio y Babilónico. Parece ser que hay bases para considerar que se trata de algo más que una leyenda; la "Encyclopedia--Americana" dice al respecto:

"... and there are reasons to support the later Jewish and-Christian view according to which Moses was educated in schools - of Egyptian wisdom (Act. 7:22). The pharaohs of the 2d. millenium B.C. trained a large body of public servants for foreign service, specially in the states of the Fertile Crescent". (14)

(Ref. Moses and Egypt por Samuel Terrien)

No quiere esto decir que en Babilonia o en Egipto se dieran las condiciones de estricta moral que caracterizaron al pueblo hebreo, la influencia esta presente pero, como ya dijimos, los hebreos lo llevaron a - sus últimas consecuencias agregando a las bases Egip--cias y Babilónicas una corriente de reacción contra -- las prácticas paganas de que fueron testigos durante - su cautiverio en Egipto.

Ejemplos de la gran influencia a que aludíamos -- los encontramos v. gr. en la historia bíblica del arca de Noe que sin duda fue tomada de la leyenda Babilónica del Guilgamish y, ya en el campo jurídico, la retri

14. *"...hay razones para respaldar los puntos de vista posteriores de Judíos y Cristianos de acuerdo con los cuales Moises - fue educado en escuelas de sabiduría egipcia (acts:7:22).*

butiva ley del Tali3n en la Biblia que proviene del C3digo de Hamu-Rabi. Inclusive hay autores que afirman - que no es remoto que Moises conociera los delirios Monoteístas de Amenhotep IV (Akanathon) y basara en estos su doctrina; sin embargo, son tan diferentes ambas doctrinas que resulta difícil establecer puntos de contacto, además, el Monoteísmo Judaico data de antes del cautiverio en Egipto y, por lo tanto, de Moises.

De este modo, vemos que los hebreos no solamente tipificaron la mayoría de las figuras penales-sexuales conocidas en nuestros días sino que, además, establecieron medidas para sancionarlas sin paralelo en cuanto a su severidad.

El adulterio de mujer casada con hombre extraño - al vínculo matrimonial se castigaba con la muerte a ambos adúlteros (Lv. 20: 10 y Dt. Dt. 22: 22); la muerte era también el castigo para los pederastas (Lv.20: 13); la zoofilia se sancionaba con la muerte del hombre o - mujer y la del animal con el que cohabitara (Lv.20:15-16); la cópula con mujer menstruosa -la mujer en estas circunstancias se consideraba impura- también se sancionaba, dice la Biblia textualmente: "*ambos serán cortados de entre su pueblo*" (Lv. 20: 18).

Los judíos guardaban en muy alta estima la virtud de la castidad por lo que regularon una figura del estu

Los Faraones del 2º milenio a.c. entrenaron a un gran cuerpo de - servidores públicos para el servicio exterior, especialmente en - los estados de la Creciente Fertil. (Ver la "Encyclopedia Americana" tomo XIX, 'Moses and Egypt' por Samuel Terrien).

pro algo curiosa: Si el marido al tomar a su esposa no la hallaba virgen y así lo denunciaba, los padres de la joven ante los ancianos de la ciudad exhibiría las -- pruebas de la virginidad de la muchacha por lo que multarían al marido quien, además no podría repudiar nunca a su mujer; pero si, por otro lado, resultaba cierto que no era virgen, dice la Biblia: "*entonces la sacarán a la puerta de la casa de su padre, y la apedrearán los hombres de su ciudad, y morirá, por cuanto hizo vileza en Israel fornicando en casa de su padre.*" (Dt. 22: 13-22). Así, la muchacha estuprada que se casaba engañando a su marido sobre su virginidad, era condenada a muerte. En cambio, si el estuprador de joven soltera y la estuprada eran sorprendidos en el acto, el estuprador daría al padre de la joven 50 piezas de plata y tomaría a la joven -- por esposa sin poderla repudiar jamás. Lo mismo operaba si se trataba de la violación de una joven soltera. (Dt. 22: 28-29).

En cuanto a la violación de la mujer casada se -- procedía más severamente: Si la violación ocurría en la ciudad el violador y la mujer violada serían sacados a la puerta de la ciudad y apedreados hasta la -- muerte; la mujer por no haber dado voces de auxilio -- pues se supone que dentro de la ciudad no hubiese faltado quien la auxiliara. Si la violación, por el contrario, ocurría en el campo donde, a pesar de las voces de auxilio, no hubiese habido quien prestara la -- ayuda, moriría solo el violador (Dt. 22: 23-27).

La Biblia es sumamente estricta en cuanto al incesto y contiene una larga lista de ayuntamientos sexuales prohibidos que se castigaban con gran severidad, las más de las veces con la muerte. (Lv. 18: 6-18; Lv. 20: 11, 12, 14, 17, 19, 21; Dt. 22; 30; 27:20, 22, 23; etc.).

Si hemos hablado extensamente sobre los delitos sexuales entre los antiguos hebreos es porque, no solamente consideramos que constituyen una excepción de entre los pueblos de su tiempo, sino, además, porque consideramos extraordinario que estas leyes hayan estado vigentes por más de un milenio, recuerdese que entraron en vigor durante el lapso que los judíos permanecieron en el desierto tras su huida de Egipto y que en tiempos de Cristo todavía se apedreaban adúlteras de acuerdo con la ley de Moises.

Es extraordinario que las costumbres no se relajasen al contacto con otros pueblos, durante las luchas contra las tribus moabitas, cananitas, filisteas, etc. cuyas costumbres sexuales eran sumamente licenciosas; durante el exilio a la Babilonia de Nabucodonosor, durante la dominación griega, la persa o, finalmente, la romana. No es aventurado afirmar que, además de esa cualidad de cohesión racial que ha desplegado el pueblo judío a través de los siglos, sea ese singular apego a sus tradiciones, sus creencias y su orden moral lo que ha conservado incolume la cultura judaica hasta

nuestros días no obstante las vicisitudes que ha tenido que atravesar. Es posible que se pueda tachar de demasiado severo el Derecho Penal Sexual judaico, pero, - todos los pueblos de la antigüedad castigaban los delitos con severidad siendo la pena de muerte algo muy común, la diferencia estriba en que es difícil hablar entre los pueblos antiguos de un verdadero Derecho Penal Sexual mientras que entre los hebreos los bienes sexuales y morales se tenían en muy alta estima por lo que se logró una temprana tutela penal de los mismos.

Podemos terminar o, más bien dicho, determinar el momento en que termina, este período que llamaremos -- del Derecho Penal Sexual de la antigüedad con un solotajo: el advenimiento del Cristianismo. Producto del estoicismo impuesto por los romanos al mundo sometido a ellos, de algunas ideas de la Grecia Clásica en voga entre los intelectuales de este tiempo y, sobre todo, - de la doctrina y religión judaica el cristianismo viene a sacudir al mundo. Toda la perspectiva ante el mundo y ante la vida cambia al contacto con la nueva doctrina. En el campo del Derecho Penal Sexual y de la moral es, podemos decirlo en una frase, el freno a la -- concupiscencia pagana de la moral judía. En efecto, el cristianismo trae a esa Roma, ya decadente pero aún -- dueña del mundo, toda la severidad de la moral judía y, al oponerla a la concupiscencia pagana se produce una operación dialéctica, una oposición de los contrarios-- Hegeliana y como una reacción a toda la corrupción del

poderío romano el Cristianismo se apodera de esa Romacadauca y de ahí se disemina por el mundo entero produciendo una sacudida que cambia su faz. El maestro González de la Vega nos dice al respecto:

"Al advenimiento del Cristianismo, con su alta doctrina ascética interdictora de toda concupiscencia sexual, los signos religiosos cambian: el impetu erótico de Zeus y la liviandad de - - Afrodita son substituídos por la castidad de Cristo y por la inmaculada virginidad de la Madre de Dios, pura de todo contacto aún en la concepción. Se necesita la administración de sacramentos para redimir a los hombres de la ilicitud que entraña la fornicación: el bautismo lustra del pecado de origen, que es de incontinencia sexual, y el matrimonio es la única forma de licitud para las relaciones sexuales; además, a lo menos ortodoxamente, se impone a los sacerdotes el celibato y castidad obligatorios. Las legislaciones seculares, influídas por la suprema moral cristiana, incurrieron, sin embargo, en el error de confundir la noción de - pecado de lujuria -acto de fornicación contrario a la ley de Dios con la de delito sexual, asociando la misión ascética de la justicia divina con la misión política de la justicia de los hombres".
[15].

Con esta confusión entre el pecado de lujuria y los delitos sexuales entramos en la etapa en que el Derecho Penal Sexual quiere abarcar el campo del orden moral y confundirse con él. Como en el Israel Mosaico, las virtudes morales y, muy particularmente la casti--

15. Op. cit., p. 310.

dad, adquieren extraordinaria relevancia reclamando -- una tutela de la ley penal excesiva, la pena de muerte, una vez más, se prodiga entre los infelices delincuentes-pecadores con gran frecuencia. Al respecto escribe Garraud:¹⁶

"Dos rasgos comunes caracterizan las disposiciones penales en esta materia: parece, en primer lugar, que las disposiciones de la ley penal han sido desprendidas de una obra teológica; los límites que separan el pecado y el delito no se perciben; lo que la ley castiga es la lujuria, es decir, toda conjunción sexual, toda costumbre carnal ilícita; en segundo lugar, se reprime ese pecado con una severidad extrema, hasta el grado de sancionar la relación erótica fuera del estado matrimonial con la pena capital". (16)

Esta corriente que pretende confundir Derecho y moral dominó al mundo occidental durante todo el medioevo, el renacimiento y no es sino hasta el siglo XVIII, durante la ilustración, que se inicia una reacción contra esta intromisión del Derecho en el campo de la moral. Ya en el Siglo XIX puede reconocerse una corriente definida para separar el orden jurídico del orden moral; de crear un criterio científico como el que hemos aludido para determinar cuando una conducta lesiona un interés que deba tutelar el derecho tipifi-

16. *Traité Théorique et pratique du Droit Pénal Français*, 3a. ed. Recueil Sirey, Paris 1924. Tomo V párrafos 2064-2066. (Cit. por González de la Vega, Op. cit., pp. 310-312).

cando un ilícito penal. Se empieza a ver que el Derecho solo debe, en las palabras de Pardo Aspe, "mantener el mínimo de ética indispensable para la buena convivencia social" Al respecto nos sigue diciendo Garraud:

"Una reacción contra esta intromisión de la ley penal en el dominio de la moral individual se produjo, tanto en Alemania como en Francia, en la segunda mitad del siglo XVIII; pero no es sino hasta el siglo XIX cuando este movimiento ha podido triunfar y -- cuando se ha logrado que los Códigos modernos distingan más y más cada vez lo que pertenece al dominio de la ley moral y lo que pertenece al dominio de la ley social. Todavía en nuestros días las legislaciones de origen germánico conservan, desde el punto de -- vista de los delitos contra las costumbres, una tendencia a la -- vez más extensiva y más represiva que la de los Códigos que han -- tenido su origen en el francés... La separación del Derecho res-- pecto de la moral y de la religión es uno de los rasgos caracte-- rísticos de las legislaciones del siglo XIX al compararlos con -- las legislaciones de siglos pasados. Es, sobre todo, a propósito de los actos contrarios a las buenas costumbres en donde el con-- traste es muy perceptible. Los Códigos modernos pasan indiferen-- tes al lado de esos actos que, en principio, quedan bajo el domi-- nio de la conciencia y no entran bajo la esfera de la ley penal."

En la actualidad, la separación definitiva entre Derecho y moral en el campo de lo sexual casi se ha lo grado, sin embargo, los ecos de aquellos tiempos de un Derecho-moral no se han apagado completamente; aún hoy encontramos residuos de este orden jurídico-moral en -

algunas legislaciones y, si bien cada día esto se desvanece más y más de los ordenamientos penales, persiste, sin embargo, en las mentes de los legos. Y es que el sexo y la vida sexual en general, son algo tan unido, tan subordinado al orden moral que rige a una sociedad que, para el lego, resulta inimaginable una regulación de carácter sexual que no atienda fundamentalmente a bases morales. No obstante esto, el jurista no es un arbitro moral, es un científico cuya misión es ver que no se lesionen aquellos bienes de los cuales depende la existencia misma de las estructuras de nuestra sociedad. Creemos que este concepto esta mejor expresado por las palabras del Maestro Eugenio Cuello Calón:

"El Derecho penal tiene un campo menos vasto que el de la moral, y en esta esfera, peculiar de la vida sexual, no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino tan sólo el de aquellos cuyo cumplimiento reputa necesario para la ordenada convivencia social. En el campo sexual no puede el Derecho penal, ni es su misión, tender a la moralización del individuo, a apartarle del vicio de la sensualidad; su actuación se reduce a la represión de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos individuales y colectivos poniendo en peligro la vida colectiva". (17)

6. Panorama en nuestros días.

Indudablemente, en nuestro mundo occidental esta-

mos viviendo lo que se podría denominar una revolución de la moral sexual. La antigua actitud de secreto que dominaba la esfera sexual, aunque aún predomina, es cada día menos perceptible. Se ha operado la reacción dialéctica a tantos siglos de prejuicios y tabús; de ver el sexo como algo pecaminoso ante el que hay que tomar la actitud de la avestruz ocultando la cabeza y pretendiendo que no existe. Podría quizá decirse que se acerca el fin de los siglos de orgasmos culpables y menstruaciones secretas.

Sigmund Freud escandalizó a sus contemporáneos al afirmar que todo el acontecer humano giraba alrededor de la sexualidad; los mojigatos victorianos de su tiempo lo atacaron duramente por atreverse hablar de sexualidad infantil y aún de sexualidad prenatal. Freud se equivocó, como se demostró más tarde, no todo el acontecer humano gira alrededor de la sexualidad pero ésta constituye uno de los factores más determinantes por lo que respecta a la conducta humana. Bien decía Nietzsche que los errores de los grandes hombres resultan -- más provechosos que los aciertos de los hombres pequeños; el error de Freud fue un error fecundo: abrió las puertas a todo un universo maravilloso y nuevo. Gracias a Freud se aceptó el factor sexual en la vida del hombre ya no como algo puesto ahí para tentarlo hacia la lujuria y el vicio, sino como una parte integral de su vida que constituye una de las facetas más maravillosas de la misma. Trajó al hombre la conciencia de -

que podía vivir su vida sexual abiertamente, sin vergüenza, sin temor y, con esto, trajo el anhelo de conocerse sexualmente mejor para completar la sentencia Sócrática "conocete a tí mismo".

Así, poco a poco se han ido intensificando los estudios sobre sexología y las actitudes y convencionalismos han ido cambiando. No es raro ya encontrar dentro de los programas académicos de las escuelas cursos sobre higiene y educación sexual; se editan folletos para que las jovencitas esperen y entiendan debidamente sus ciclos menstruales; eminentes sexólogos escriben obras al alcance y al nivel de los legos y resulta muy significativo ver que el año pasado una de estas obras ¹⁸ alcanzó las listas de "best sellers" (libros de mayor venta) en los Estados Unidos. Quizá muy pronto resulte equivocada aquella clasificación que hacía el Dr. Frank S. Caprio de las personas en "sexualmente ignorantes y sexualmente mal informadas".

Hasta la Iglesia Católica esta abriéndose a esta nueva corriente, resulta muy significativo el ver que en el Concilio Vaticano II se reconoció a la actividad sexual como una expresión de amor entre los conyuges y ya no solo, como antiguamente, como una función reproductora.

"Make love not war", "Pray for sex" ("hacer el amor y no la

18. Dr. David Reuben, Everything you always wanted to KNOW about sex.

guerra", "rezad por el sexo") claman los jóvenes en rebelión contra la mojigatería y la hipocrecía de los viejos prejuicios.

De que manera afecta toda esta nueva actitud frente al sexo a nuestra disciplina? Como ya hemos dicho esto ha propiciado todo género de estudios sexológicos producto del anhelo del hombre nuevo por conocerse mejor sexualmente; también se ha estudiado, por lo tanto, al delincuente sexual.

El Psicoanálisis, iniciado por Freud y continuado por Jung y Adler entre otros nos ha abierto las puertas de todo un nuevo mundo: el de la conducta humana.- Así, hemos descubierto, con ayuda del psicoanálisis y de otras ciencias tales como la endocrinología que estudia el funcionamiento de las glándulas internas en el cuerpo humano, toda una serie de padecimientos psicósomáticos de relevancia para el estudio del delincuente sexual. Hemos visto que posibles delincentes sexuales -el homosexual, el sátiro, la nimfomaniaca, etc- son, a menudo, enfermos más que delincentes y pertenecen a la clínica y no al penal.

Desde luego, no todos los enfermos sexuales son delincentes sexuales ni todos los delincentes sexuales son enfermos sexuales, pero, pensamos, que aquel enfermo sexual que, a causa de su enfermedad, comete un delito sexual debe ser tratado como un inimputable y ser, de ser posible, curado y reintegrado a la sociedad

dad.

Es importante, en este tiempo de prevención de los delitos, el procurar la atención médico-psiquiátrica de aquellos enfermos sexuales susceptibles de convertirse en criminales sexuales. Sin embargo, estas medidas preventivas deben ser tomadas sin olvidar el reverencial respeto que a todos y, particularmente al jurista, nos deben merecer la libertad y la dignidad del ser humano. Decimos esto por el grotesco testimonio -- que nos trae la historia de los excesos cometidos por el Nacional Socialismo alemán que dió a la resolución del IX Congreso Penal y Penitenciario de Berlín en 1935, que en seguida reproducimos, una tónica racista y violatoria de los más elementales Derechos Humanos:

"Primero, Ha lugar, en todo texto de ley, distinguir claramente los dos términos de esterilización y de castración, que se refieren a operaciones de naturaleza y resultados diferentes.

Segundo. Los buenos resultados terapéuticos preventivos de la castración en las perturbaciones sexuales con tendencia a la delincuencia deben llevar a todos los países a adoptar en sus leyes las modificaciones o adiciones necesarias para que esas operaciones puedan ser practicadas a solicitud del interesado o con su consentimiento, para librar al individuo de sus tendencias sexuales anormales que hagan temer la ejecución de delitos sexuales.

Tercero. Lo mismo debe acontecer para las operaciones de esterilización por motivos sanitarios o higiénicos con el consentimiento del sujeto operable.

Cuarto. La castración por coacción puede ser asimilada a las otras medidas de seguridad ordenadas por las leyes existentes.

La esterilización por coacción o por indicaciones eugenésicas, es una medida preventiva recomendable, porque disminuirán para el porvenir el número de individuos anormales dentro de los cuales se recluta una parte considerable de los criminales.

Quinto. Las medidas legales de seguridad relativas a la esterilización por razones sanitarias o eugenésicas, así como la castración de delincuentes sexuales peligrosos o reincidentes, son oportunas, con la condición de que se tomen serias garantías para la justificación de esas operaciones.

Sexto. Las legislaciones nacionales deberán garantizar, des de todos los puntos de vista, que las operaciones de castración y de esterilización por coacción no tendrán lugar sino con una prudencia extrema y conforme a un procedimiento regular, que preverá un examen cuidadoso del caso por un comité de médicos y juristas".
(19)

Notese que los apartados cuarto y quinto dejan abierta la posibilidad de que operaciones de castración y de esterilización se lleven a efecto coactivamente y, además, por medidas eugenésicas. Bajo estos auspicios Alemania creó leyes tales como las de la defensa de la salud pública y las de "la defensa de la sangre y el honor alemán" (15 de septiembre de 1935). Bajo el amparo de estas leyes se cometieron atrocidades e infa

mias, por todos conocidas, que no pueden menos que -- avergonzarnos, como seres humanos, de que otros hombres, iguales a nosotros, hayan descendido a tales extremos de crueldad.

Otros Estados, tras la citada resolución, adoptaron medidas de esterilización en sus leyes (Estados Unidos, Suiza, Dinamarca, Noruega, Canada, etc.) y algunos inclusive adoptaron medidas de castración para delinquentes sexuales peligrosos (Suiza y Dinamarca). Sin embargo nunca se llegó a los infames extremos de los nazis.

En México, esto solo se podría aplicar con el consentimiento de la persona operable o, en caso de inimputables, de su representante legal ya que su imposición coactiva sería violatoria del artículo 22 Constitucional que prohíbe expresamente las penas trascendentales y la mutilación. Resulta, sin embargo, interesante anotar que en el Estado de Veracruz la ley 121 de 4 de julio de 1932 y sus reglamentos, "*faculta la esterilización para enajenados, idiotas, degenerados o amantes en grado tal que, a juicio de la Sección de Eugenesia e Higiene Mental, la laceración del individuo se considere incurable y transmisible por herencia, siempre que la operación quirúrgica o el procedimiento en -- virtud del cual se realice la esterilización no cause al sujeto -- más que incapacidad genésica, pero le conserve, en cambio, todas las funciones sexuales. Esta ley Veracruzana no ha llegado a tener efectos prácticos por su total desuso*".²⁰

20. F. González de la Vega, op. cit., p. 328.

En lo personal creemos que imponer coactivamente dichas medidas resulta atentatorio contra la dignidad del ser humano y contra los Derechos más elementales del hombre. En cuanto a su aplicación por medidas eugénicas, no solo resulta racista sino que da lugar a delirios atroces de pureza de raza comparables a los de la Alemania de Hitler. Reconocemos, sin embargo, que la eugenesia es una ciencia ajena a todo delirio de raza, pero, por un lado, es una ciencia aún imperfecta y, por el otro, no corresponde al Derecho la tutela penal de las leyes de la herencia aún no perfeccionadas.

CAPITULO - TERCERO
DEL DELITO DE ESTUPRO

CAPITULO - TERCERO
DEL DELITO DE ESTUPRO

1. Concepto.

La palabra estupro proviene del latin (stuprum), - el significado de esta voz es, al decir del Maestro - González de la Vega, de origen etimológico muy dudoso. Commelerán, en su Diccionario Clásico etimológico latino-español afirma que proviene de una voz griega (sigma, tao, upsilón y omega) que significa la erección fálica. Es también probable que tenga su origen en la - voz latina (stupor) que significa estupor o pasmo.

Antiguamente se usaba la palabra estupro para designar cualquier concúbito ilícito, extraconyugal de - tal manera que se designaban como estupros el adulterio, los ayuntamientos contra natura y el incesto. - - Ejemplos de esto los tenemos en las leyes 1º y 7º-, Tit. V, Lib. III del *Fuero Juzgo* que lo identifica con el - incesto y en el *Código de las Partidas* leyes 2ª y 3ª, Tit. XVIII, Part. VII que hace otro tanto.

Indudablemente nuestro Derecho Penal toma la figura jurídica del estupro del Derecho Penal Romano en - donde aparece por vez primera y de donde parte en su - desarrollo hasta los conceptos modernos que las diversas legislaciones sostienen de este ilícito penal. Encontramos la figura de este ilícito penal en el *Digesto* "comete el delito de estupro el que fuera de matrimonio tie-

ne acceso con mujer, de buenas costumbres, exceptuando el caso de la concubina; el adulterio se comete con mujer casada; el estupro, con una viuda, una virgen o una niña". (Ley XXXIV, título V, - libro XLVIII). La Instituta de Justiniano dice, por - - su parte, "La misma ley Julia castiga el delito de estupro, en- que sin violencia se abusa de una doncella o de una viuda que vi- ve honestamente; la pena para gente acomodada es la confiscación- de la mitad de los bienes, y para los pobres pena corporal" (Ley- IV, título VIII, párrafo IV).

"En el mismo sentido -dice González de la Vega¹- para- el Derecho Canónico el estupro es el comercio carnal ilícito con- una mujer virgen o viuda que viva honestamente y que no se parien- te en grado prohibitivo para el matrimonio; esto último, para di- ferenciarlo del incesto".

Las legislaciones modernas acusan discrepancia en cuanto a lo que constituye el delito de estupro y, aun- que todas, como ya dijimos, arrancan de la tradición - romanista en cuanto a la figura del estupro no existe- una unificación de criterios en cuanto a los elementos que lo integran.

Así, encontramos en la legislación española que - bajo la denominación de estupro se agrupan 3 ilícitos- penales diferentes ninguno de los cuales se equipara - exactamente al nuestro:

"En efecto, el artículo 437, sanciona el acceso carnal con-

1. Op. cit., p. 355

doncella mayor de doce y menor de veintitrés años, ejecutado por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de educación o guarda de la víctima, apartándose de esta manera del concepto generalmente aceptado, ya que para la penalidad toma en cuenta las relaciones de dependencia que media entre los sujetos, sin exigir el procedimiento engañoso. En su artículo 438, preve el caso del acceso carnal -- con hermana o descendiente aunque sea mayor de veintitrés años, -- regulando así propiamente el delito de incesto. Por último, en el párrafo I de ese mismo artículo se refiere al acceso carnal cometido por cualquiera otra persona, con mujer mayor de doce y menor de veintitrés años, interviniendo engaño grave, caso este que es el que más se acerca al concepto que en la actualidad se tiene -- del estupro". (2).

Notese que la más similar de las tres hipótesis en relación con nuestro Derecho es la tercera; sin embargo, la norma no habla de que la mujer deba ser casta u honesta por lo que ha sido necesario que la jurisprudencia interpretase la disposición en el sentido de que la víctima debe ser de vida honesta y buenas costumbres, aunque no sea doncella.

El Código Portugués que según Sodi³ viene a ser el antecedente más cercano en relación a nuestro Derecho en la materia describe el estupro como el que comete "aquel que, por medio de seducción, estupra mujer virgen, ma-

2. Alberto González Blanco, *op. cit.*, p. 89.

3. Demetrio Sodi, Nuestra ley penal, tomo II, p. 440

yor de doce y menor de dieciocho años" (art. 392 del Código Penal de Portugal). Nuestra legislación, sin embargo, no requiere que la mujer sea virgen bastando que sea casta y honesta, por otro lado nuestra legislación admite que el consentimiento sea obtenido no solo por seducción sino también por engaño.

El Código Penal argentino reglamenta el estupro en su artículo 120 de la manera siguiente: "*se impondrá al estuprador reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta, mayor de doce y menor de quince años y no se encontrare privada de razón o de sentido o en situación por la cual no pudiere resistir, por enfermedad o cualquier otro motivo*". Falta, como puede verse fácilmente el elemento fraudulento que, en general, caracteriza al estupro pues no se habla de seducción o de engaño. En la última parte del artículo se distingue el delito de estupro de el de violación impropia.

El Código de Defensa social de Cuba mantiene de la legislación española la figura del estupro doméstico (art. 437 Código Español) y agrega en su artículo 436 el cometido mediante seducción, engaño o promesa de matrimonio; contra doncella mayor de doce y menor de dieciseis. Difiere del nuestro en que exige la doncellez de la mujer mientras que el nuestro solo la castidad y honestidad.

Creemos interesante a más de indispensable para nuestro estudio el contemplar la evolución que ha teni

do el concepto del delito de estupro en la legislación mexicana a través de los códigos de 1871, de 1929 y -- del vigente de 1931 mismo en que, de acuerdo con González de la Vega, se "ha llegado al mejor perfeccionamiento legislativo dentro del Derecho comparado".

El Código Penal mexicano de 1871 en su reglamentación del delito de estupro establecía:

"Llábase estupro la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento". (Art. 793)

"El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes:

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

II. Con ocho años de prisión y multa de cien a mil quinientos pesos, si aquella no llegare a diez años de edad;

III. Con arresto de cinco a once meses y multa de cien a -- mil quinientos pesos, cuando la estuprada pase de catorce años, - el estuprador sea mayor de edad, haya dado a aquella por escrito palabra de casamiento y se niegue a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorada por aquél".- (Art. 794).

Aquí, propiamente, el estupro que más se asemeja a nuestra concepción actual que tipifica el artículo - 794 fracción I en que se protege contra la cópula obtenida mediante seducción o engaño a la mujer casta y honesta entre diez y catorce años. La fracción II que ha

bla de las menores de diez años en realidad esta tipificando y la violación impropia; en cuanto a la fracción III se trata de una figura distinta, en ella la edad no tiene límite máximo por lo que puede ser sujeto pasivo cualquier mujer mayor de catorce años, aún una ya vieja, se deshechan la seducción y todos los medios de engaño diversos de la promesa de matrimonio -- por escrito, de modo tal que lo que en realidad se está sancionando es la obtención del consentimiento para la cópula mediante la promesa de matrimonio que no se cumple.

El Código Penal mexicano de 1929, de inspiración positivista, reglamento por su parte el estupro de la manera siguiente:

"La cópula con una mujer que viva honestamente, si se ha empleado la seducción o el engaño para obtener su consentimiento.." (Art. 856).

"el solo hecho de no pasar de dieciseis años la estuprada, se presumirá que el estuprador empleo la seducción o el engaño" (art. 857).

"El estupro será punible sólo cuando la edad de la estuprada no llegue a dieciocho años, y se sancionará del modo siguiente: I. Con tres años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la estuprada fuese impuber; y II. Con un año de arresto y multa de diez a quince días de utilidad si la estuprada fuera puber. Será circunstancia agravante de cuarta clase: ser doncella la estuprada" (Art. 858).

El Código de 1929 mantiene la tendencia de considerar la figura de la llamada violación impropia como un tipo agravado del estupro; protege a las menores entre dieciseis y dieciocho años contra la cópula obtenida mediante seducción o engaño y a las menores de dieciseis años contra toda cópula pues presume en estos casos la seducción o el engaño. Además de esto, tutela la virginidad al constituir este hecho un agravante para la pena.

El Código vigente de 1931 mejora sensiblemente los sistemas anteriores al describir al estupro con un solo tipo eliminando así el casuismo de nuestros códigos anteriores así como de los códigos extranjeros. En su artículo 262 establece:

"Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

En el código vigente la doncellez de la víctima no esta tutelada por el Derecho.

Con base en el citado precepto vigente la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado como elementos del delito de estupro: a) tener cópula con una persona; b) menor de 18 años; c) casta y honesta y - - d) obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño. ⁴

4. *Semanario Judicial de la Federación*, CVII, p. 563

2. La Conducta y su ausencia en el delito de estupro.

La acción humana típica del delito de estupro está constituida por la cópula normal, por más que para muchos autores la cópula pueda ser también anormal. Es necesario hacer la distinción entre (*copula stricto sensu* y *copula lato sensu*).

"El coito o cópula *stricto sensu* se realiza por la introducción del penee en la vagina. Existe la cópula *lato sensu* cuando - la introducción es en el ano o en la boca. No se requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica ni - la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta. (5)

La mayoría de los autores consideran que sólo la cópula *stricto sensu* puede ser elemento objetivo en el delito de estupro, pues, al requerir el tipo legal-honestidad en el sujeto pasivo se considera que la - - aceptación de un acceso carnal contra natura revela - falta de esta cualidad en la mujer que accede a tal re- lación.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta tesis, Ure, por ejemplo dice que el princi- pio puede ser objetivamente acertado pero no conviene - afirmararlo apodícticamente, ya que la víctima puede ser una menor sin experiencia en asuntos sexuales y que, -

5. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, T. III, Buenos Aires, p. 105.

por ello, acepte como naturales cosas que no lo son.⁶

En lo personal, pensamos que los accesos carnales orales o *per anum* no deben considerarse acciones típicas del delito de estupro ya que, en todo caso, constituirían el delito de perversión de menores. Pero, -- pensamos que cuando acompaña a estas acciones la cópula normal esta si debe sancionarse, ya que no nos parece justo que se considere deshonesto a la mujer que -- acepta accesos carnales contra natura. Pensamos, adhiriéndonos a las opiniones de sexólogos tan eminentes -- como Van de Velde y Havelock Ellis, que dentro de la -- relación amorosa no puede haber perversión ni, por lo tanto, falta de honestidad.

En orden a la conducta el delito de estupro es:

a) De acción ya que es inconcebible la comisión -- de este delito en forma omisiva y solo puede realizarse en forma activa.

b) Unisubsistente o plurisubsistente ya que se tipifica mediante uno o varios coitos.

En lo que se refiere al resultado nuestro delito es:

a. Material y no formal, según Alberto González -- Blanco porque *"su ejecución puede extenderse en el tiempo y -- fraccionarse y admitirse en consecuencia la tentativa"*⁷

6. Los delitos de violación y estupro, pp. 69-70, Ed. Ideas. Buenos Aires, 1952.

7. Op. cit., p. 94.

b) Es instantaneo pues se consuma en el momento mismo de la introducción sexual independientemente de su agotamiento fisiológico, es decir, no requiere la "*seminatio intra vas*" y, con independencia también de si el coito tiene o no consecuencias.

c) De lesión y no de peligro pues lesiona el bien objeto de la tutela penal mismo que estudiaremos al referirnos a los elementos del tipo.

Los medios de comisión de la conducta requeridos por la ley son la seducción o el engaño. Por lo tanto nos encontramos ante un delito con medios legalmente limitados y, por lo tanto de formulación casuística.

Existe confusión en la doctrina para determinar la diferencia específica entre engaño y seducción. Sin embargo, ya que el tipo penal de nuestra ley positiva habla de uno y otra haremos un breve estudio de cada uno.

En primer lugar veremos el concepto de seducción a través de las nociones que de la misma han aportado diversos autores:

Para González Blanco "*la seducción en el estupro, es la actividad de cualquier índole realizada por el sujeto activo con el propósito de persuadir al pasivo a la realización de la cópula. La actividad del sujeto activo se proyecta pues, sobre el plano psíquico y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición".⁸*

8. Op. cit., p. 91.

Francisco González de la Vega nos dice: "En su estricto significado jurídico entendemos por seducción: sea la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobre excitar sexualmente la mujer o bien los halagos a la misma destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud la mujer accede a la prestación sexual. Pero, para estimarla como integrante del estupro, nos parece menester que dicha seducción sea a tal punto importante que pueda estimarse como la causa directa, eficiente y determinante de la entrega sexual de la mujer".⁹

Para Fontan Balestra "la seducción no es en realidad un hecho sino el medio para realizar ese hecho". Dice que Carra define la seducción como la constituida por el hecho de lograr sexualmente una mujer honesta, fuera del matrimonio, sin que en la decisión de su voluntad haya intervenido factor alguno que le quite la calidad de espontánea.¹⁰

También la Honorable Suprema Corte de Justicia de la nación ha aportado sus definiciones del concepto de seducción diciendo que "consiste en la acción sugestiva ejercida por una persona en el ánimo de otra, para determinar su conducta en la dirección que el acusado se propone".¹¹ "La seducción es la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobre excitar sexualmente a la mujer, o bien, el halago hacia la misma, destinado a vencer su resistencia psíquica o moral".¹²

9. Op. cit., p. 373

10. C. Fontan Balestra, Delitos Sexuales P. 91 Ed. Arayú, Buenos Aires.

11. Semanario Judicial de la Federación, LXXIV, p. 5263.

12. Semanario Judicial de la Federación, XCIII, p. 2076.

El segundo medio de comisión de la conducta requerido por la ley es el engaño. Don Celestino Porte-Petit nos dice: "Engaño es' la maniobra que se realiza con el fin de que se crea lo que no es'. El engaño, como medio para la ejecución del estupro, consiste en los artificios realizados con la finalidad de obtener el ayuntamiento carnal"¹³.

Para González de la Vega: "El engaño en el estupro -- consiste en una tendenciosa actividad de mutación o alteración de la verdad -presentación como verdaderos de hechos falsos o promesas mentirosas- que producen en la mujer un estado de erreo, confusión, o equivocación, por el que accede a la pretensión erótica de su burlador. Entre la actividad falaz del varón y la aceptación del concúbito venereo por la joven debe existir seria, estricta y directa relación de causalidad, o, en otras palabras, el engaño ha de ser la causa eficiente y determinante de la aceptación de la cópula".¹⁴

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que "el engaño es la tendenciosa actividad seguida - por el agente activo del delito, para alterar la verdad y producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación, para lograr la pretensión erótica".¹⁵

En lo personal, creemos que las diferencias entre ambos conceptos son tan vagas que no resulta difícil -

13. Ensayo dogmático sobre el delito de estupro, Ed. Jurídica Mexicana, México 1967, p. 21.

14. Op. cit., 371.

15. Semanario Judicial de la Federación, T. XCIII, p. 2076.

explicarse la confusión que doctrinariamente se ha dado resultando de esta que algunas legislaciones, como la nuestra, usen ambos términos; otras, como la portuguesa, la seducción únicamente; otras más, como la española solamente el engaño e; inclusive algunas como la argentina ninguno de los dos, dejando la solución del problema a la jurisprudencia. No es difícil que coincidan ambos elementos en la actividad que para lograr el consentimiento al concubito venereo despliega el estuprador dándose lo que González de la Vega llamaría "engaños seductores" o "Seduciones engañadores". El propio Carrara funde ambos conceptos al afirmar:

"La verdadera seducción tiene en el lenguaje jurídico, por su indispensable substrato, al engaño. La mujer que, en vulgar lenguaje, se llama seducida porque su poder fue vencido por el precio, las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente amante, o por la avidez o la excitada exaltación de sus sentidos, no puede decirse que ha sido seducida en el sentido jurídico". (16)

Para terminar este capítulo diremos que es incompatible con la naturaleza de este delito el aspecto negativo de la conducta debido a que el tipo exige que la cópula sea lograda mediante la seducción o el engaño lo cual no es concebible sin que medie la voluntad del sujeto activo.

3. La tipicidad y su ausencia en el delito de estupro.

"Habrá tipicidad, en este delito, cuando se integre el tipo

16. Op. cit., párrafo 1503.

regente descrito en el artículo 262 del Código Penal, o sea, cuando se llenen todos los elementos típicos". ¹⁷

En orden al tipo diremos que el estupro es de tipo fundamental o básico y autónomo o independiente (no subordinado o complementado, por que no deriva ni se integra de otro tipo básico). Es anormal y no normal -ya que su descripción legal incluye tanto elementos objetivos como normativos. Como ya dijimos es un tipo de formulación casuística, o sea, de medios legalmente limitados y es un tipo de formulación alternativa ya que requiere de los medios de seducción o de engaño. Además es un tipo acumulativamente formado ya que exige -que la mujer sea casta y honesta.

A. Objeto jurídico de la tutela penal.

En la designación del bien que tutela el Derecho penal en el delito objeto de nuestro estudio existe -- gran pluralidad de criterios que se reflejan tanto en la doctrina como en las diversas legislaciones.

Para Fonan Balestra: "El estupro ataca en su acción dos bienes jurídicos, a saber: la moral social y la libertad sexual o voluntad sexual. La primera, que puede considerarse violada por casi todos los delitos, lo es, en modo más notorio, por éste que estudiamos, por cuanto a la actividad sexual ejercida con persona incapaz de comprender el acto y cuyo desarrollo biológico no ha llegado aún al momento propicio para esa clase de relaciones, repugna y es peligroso -esto último con criterio genésico- a la so
17. Ensayo dogmático ... p. 23.

*ciudad toda. La libertad sexual es también coartada, en razón de que la víctima, si bien no obra violentada por fuerza o intimidación, lo hace bajo la influencia del engaño, que es la consecuencia del fraude tramado por el sujeto activo".*¹⁸

Humildemente, manifestamos nuestro desacuerdo con el insigne penalista. La moral social, si bien es violada, como él mismo lo dice por casi todos los delitos no es en este delito, ni tampoco en casi todos los demás que la violan el objeto jurídico de la tutela penal pues como ya lo hemos expresado corresponde a la ética o a la religión y no al Derecho el salvaguardarla moral social mientras que al Derecho corresponde asegurar las condiciones necesarias para la convivencia social manteniendo un minimum ético. La libertad sexual de la menor tampoco debe ser considerada el objeto jurídico de la tutela penal ya que la figura del estupro nace, precisamente, de la consideración legal de que la mujer estuprada, debido a su edad, no está capacitada para disponer libremente de sus atributos sexuales, por lo tanto, la ley no puede tutelar una libertad sexual inexistente.

Por su parte el Lic. Porte-Petit estima que: "en el estupro el bien jurídico protegido es la integridad sexual de las menores de 18 años, que no tienen madurez de juicio en lo sexual, a virtud de que la ley estima que no tienen todavía capacidad de determinarse en ese aspecto... En consecuencia, no pueden

18. Op. cit., p. 92.

ser sujetos pasivos las mujeres que, aunque honestas y menores de 18 años, tienen madurez de juicio en lo sexual, como la casada, - la viuda, divorciada, violada, etc".

Hacemos manifiesto nuestro desacuerdo con Porte--Petit; no es la integridad sexual de las menores lo - que se protege ya que nuestro Derecho no protege la - doncellez de la mujer, ni lo que el maestro Porte-Pe--tit llama "madurez de juicio en lo sexual" que el afirma - tienen la viuda; la divorciada, la violada, etc. Deja- mos la discusión de este problema para realizarla de - manera más extensa cuando nos refiramos a la honesti- dad en relación con las mujeres que han estado casadas o que han sido violadas. Bastenos ahora por afirmar, a reserva de fundamentar más adelante nuestra asevera- - ción, que consideramos que las mujeres que han experi- mentado el concúbite venereo en las circunstancias ex- presadas como sujetos pasivos posibles de nuestro deli- to.

Hay también autores como Frias Caballero y Gómez- que sostienen que el bien jurídico tutelado por el es- tupro es la honestidad.¹⁹ Tampoco estamos de acuerdo, pues no todas las mujeres honestas están protegidas si no que solamente aquellas que son menores de cierta - edad, además creemos que no se lesiona la honestidad - de la estuprada cuyo consentimiento ha sido obtenido - mediante un fraude siendo ella -como, en efecto, la -

19. Cit. por C. Porte-Petit, Estudio dogmático..., p. 24.

ley la considera- solo una víctima. Referimos nuevamente al lector a la exposición que más adelante haremos- de la honestidad.

Tanto el Maestro González de la Vega como el Maestro González Blanco afirman que la seguridad sexual de la menor es el objeto de la tutela jurídica, al respecto dice González Blanco:

*"Si la actividad del sujeto activo se proyecta, para obte--
ner la cópula, sobre el plano psíquico del sujeto pasivo y su - -
existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibi---
ción, debemos convenir en que, el bien jurídico tutelado por nuestra
ley penal, no puede ser otro que la seguridad sexual, ya que-
la represión trata de proteger la inesperienza de la mujer que -
no ha logrado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, de
acuerdo con la presunción que se establece al fijar la edad máxi-
ma, para considerarla como sujeto pasivo". (20)*

Nos adherimos sin reservas a esta última tesis; -
indudablemente la ley considera que la menor carece aún
de la madurez y experiencia suficientes para descubrir-
y resistir los engaños y las artimañas seductoras que -
constituyen el fraude sexual por lo que la ley pretende
resguardar y proteger a la menor. El objeto jurídico de
la tutela penal es, por lo tanto, la seguridad sexual -
de la mujer menor de dieciocho años casta y honesta. En
la Jurisprudencia encontramos la siguiente tesis de la-
H. Suprema Corte de Justicia de la nación:

20. Op. cit., p. 96.

"En el delito de estupro el bien jurídico tutelado por la ley cuando ésta no exige la donceller, no es la integridad hime--nal de la mujer sino su seguridad sexual en atención a su edad y en tal concepto el tipo puede configurarse aunque la ofendida ya no fuere virgen al momento de copular!" (21)

B. Sujetos.

El único sujeto activo en el delito de estupro es el hombre pues la conducta prevista por el tipo, es de de cir, la cópula solo puede efectuarla el varón ya que los actos lésbicos no constituyen propiamente una cópu la -recordemos que para que exista cópula es necesaria la introducción del pene en un vaso idoneo o inidoneo- (idoneo o vaginal en el caso del esturpo)- en tal caso nos encontraríamos ante el delito de perversión de me- nores.

El sujeto pasivo de este delito solo puede ser, a diferencia del delito de violación, la mujer tal y como lo exige el tipo penal. El tipo agrega además que la mujer para ser sujeto pasivo de este delito debe ser casta y honesta además de ser menor de dieciocho años de edad.

C. Objeto material.

Porte Petit afirma: "El objeto material en el delito de estupro es el sujeto pasivo: mujer menor de dieciocho años y no me nor de doce, casta y honesta".²²

21. Cit. Por Raul Carranca y Trujillo y Raul Carranca y Rivas, Có digo penal Anotado, Ed. Porrúa 1971, p. 650.

22. Ensayo dogmático..., p. 27.

E. Elemento normativo exigido por el tipo.

El tipo penal descrito por el artículo 262 de - - nuestro código penal exige que la mujer, sujeto pasivo del delito, sea casta y honesta. El elemento normativo esta constituido, por tanto, por las cualidades de castidad y honestidad en la mujer. Algunos códigos en diversas entidades federativas (Campeche, Hidalgo, Puebla y Yucatán) establecen que la mujer debe ser doncella.

González de la Vega y González Blanco²³ estiman que la castidad consiste en la abstención de toda relación sexual ilícita. El concepto, como vemos, no ofrece mayor problema, una mujer casta es, en efecto, la que se abstiene de toda relación sexual ilícita. Para el desarrollo más detallado de este concepto referimos al lector al siguiente extracto de la obra de Demetrio Sodi:

"La castidad consiste en la abstención de los placeres ilícitos. La castidad en las vírgenes, dice San Ambrosio, no es sino la integridad, pura de todo contacto; es la dignidad virginal y la defensa de la fornicación... La castidad puede ser de tres clases: virginal, viudal y conyugal. La primera ya se sabe lo que es; la segunda consiste en la completa abstinencia de placeres sensuales después de la muerte del consorte, y a esta clase pertenece la de aquellas personas solteras que, habiendo tenido un desliz, pasan el resto de su vida castamente; la tercera consiste en la -

23. Obras citadas, pp. 367 y 106 respectivamente.

*absoluta abstención de placeres carnales fuera del matrimonio".*²⁴

Como regla general podemos afirmar que es casta - la mujer que se abstiene de cohabitar extraconyugalmen- te. Al hablar de abstención sobre entendemos un acto - libre de voluntad por lo que constituiría una excep- - ción v. gr. la cópula obtenida mediante violencia (vio- lación) que a pesar de ser fuera del matrimonio no re- sulta en el menoscabo de la calidad de castidad exigida por la ley.

En cuanto a la honestidad nuestros tribunales la- han definido de la manera siguiente:

".. la honestidad dado el tono del precepto es la de carác- ter sexual y consiste en el recato y pudor, es decir, en la com- postura, decencia y moderación de la persona, acciones y palabras, o en otros términos en la buena reputación de la mujer por su co- rrecta conducta erótica. (S. C., tesis relacionada, 6a. época, 2a parte t. XLVI, p. 31)". (25)

Por su parte González-de la Vega habla de la ho- nestidad en los términos siguientes:

"La honestidad, dado el tono del precepto es la de carácter sexual, y consiste, en nuestro concepto, no sólo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos, sino en su correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo eró- tico". (26)

24. Op. cit., t. II, P. 439.

25. Raul Carrancá y Trujillo y Raul Carrancá y Rivas, op. cit. p. 652.

26. Op. cit. p. 369.

De lo anterior podemos concluir que dos son los elementos que integran la honestidad; por una parte la "correcta conducta erótica" consistente en "la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos", es decir la castidad y, por otra parte la correcta actitud moral que se expresa cotidianamente a través de acciones, palabras, costumbres, fama pública, etc. La honestidad, -- por tanto viene a ser el genero y la castidad la especie en cuanto a que la segunda esta contenida en la primera por lo que creemos que sería suficiente que el tipo exigiese la honestidad de la mujer sin hacer referencia a la castidad que ya de por si esta contenida en el concepto de honestidad.

Llegamos al problema consistente en determinar si la viudad, la divorciada, la mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o inexistente, la casada, la mujer violada o la mujer estuprada pueden o no ser sujetos pasivos del delito de estupro.

Indudablemente, ninguna de las mujeres en los casos arriba mencionados debe ser considerada por el solo hecho de estar en una de las situaciones descritas como deshonestas. La honestidad no sufre menoscabo alguno por el hecho de haber experimentado el concúbito venereo dentro del matrimonio, como sucede en los casos de la viuda, la divorciada, la mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o inexistente o, la casada. En los casos de violación o estupro, por otro lado, sería

monstruoso considerar como deshonestas a quien solo puede ser tomada como víctima ya sea de la violencia o del fraude según el caso. No puede, por lo tanto, considerarse a estas mujeres como no susceptibles de ser sujetos pasivos del delito de estupro en función a no cumplir con la característica de honestidad exigida por el tipo.

Ahora bien, se ha dicho que estas mujeres no pueden ser sujetos pasivos del delito en estudio a pesar de no ser deshonestas por diversas razones, trataremos de analizar brevemente cada caso en particular.

Porte Petit considera que la mujer violada no puede ser sujeto pasivo del delito de estupro; esta afirmación la hace en función de considerar, como se recordara, que el bien jurídico tutelado en este delito es la integridad sexual de las menores de 18 años, que no tienen madurez de juicio en lo sexual, por lo tanto y, en base a esto afirma:

"La mujer que ha sido violada no puede ser indudablemente sujeto pasivo del delito de estupro, pues aunque admitamos, como lo es, que por el hecho de ser violada no pierde su castidad y honestidad, la cópula realizada con ella impide que se pueda hablar de una mujer inmadura de juicio en lo sexual; por consiguiente, -teniendo ya conocimiento del acto sexual, no esta tutelada por la ley penal.."(27)

Sin embargo y, como ya dijimos, el bien jurídico

27. Ensayo dogmático..., p. 36.

en este delito es la seguridad sexual de la menor que, por causa de su poco criterio, puede caer ante el fraude sexual. Por otro lado, creemos que si bien la mujer ha tenido ya una experiencia en lo que se refiere al acto sexual esto no basta para darle la madurez de juicio suficiente para descubrir y resistir el fraude, es absurdo el pensar que una niña de doce años que ha sido violada puede ser considerada por este solo hecho una mujer madura y experimentada en lo que se refiere a la sexualidad. Además es inminente que se ha colmado el tipo penal; se ha tenido cópula con una mujer menor de dieciocho años, casta y honesta y, se ha obtenido su consentimiento mediante seducción o engaño; en ningún lugar expresa la ley que la mujer deba estar carente de experiencia sexual.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la menor que ha sido ya estuprada con anterioridad, si bien debe admitirse que esta, por haber sufrido ya un fraude sexual, es menos susceptible de caer en otro por segunda vez por lo que la seducción es difícil de aceptar, sin embargo, como lo veremos en un momento, no resulta difícil que sea engañada.

Las mujeres que han estado casadas pero que son viudas, divorciadas o cuyos matrimonios han sido declarados nulos o inexistentes han adquirido indudablemente gran madurez de juicio en lo sexual durante sus vidas conyugales. Esto no tendría mayor trascendencia ya

que no es la inmadurez de juicio en lo sexual el objeto jurídico de la tutela, pero debe ser tomado en cuenta ya que una mujer que ha pasado por una etapa de actividad venerea cotidiana difícilmente puede ser considerada incapaz de repeler una seducción. El engaño, - sin embargo, no es del todo imposible; un buen ejemplo sería el que da Viada y Vilaseca ²⁸ se refiere a una joven viuda (pero lo mismo puede aplicarse a una divorciada, a una mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o inexistente o a una mujer que ya ha sufrido un estupro con anterioridad) honesta y recogida, un hombre trata de seducirla pero todos sus esfuerzos son infructuosos chocando siempre con el pudor de la joven; ofrecele, por último matrimonio y, accediendo la joven, la lleva ante un falso oficial del registro civil, ante el cual se finge una ceremonia de esponsales, tras de lo cual, la joven se entrega al que cree su marido. En todos estos casos es difícil la seducción y aún el engaño pero, de haberlos, indudablemente se tipifica el delito y resulta inconcebible que se dejase sin sanción un caso análogo al citado por Viada y Vilaseca.

Por lo que se refiere a la mujer casada, se acepta comunmente que esta no puede ser sujeto pasivo del delito de estupro ya que una mujer casada que consiente, por cualquier medio, al concubito venereo con otro que no sea su marido comete adulterio y no puede ser -

28. Código Penal reformado de 1870, t III, pp. 133 - 134, Madrid, 1890.

considerada como honesta. En general estamos de acuerdo con esta opinión sostenida entre otros por Sodi, -- González Blanco y López de Goiocochea, sin embargo, -- pensamos que pueden darse ciertas excepciones pues la mujer casada podría también ser engañada. Un buen ejemplo lo encontraríamos en La Mandragora, aquella fina comedia de Nicolas Maquiavello en que un audaz seductor se vale de mil tretas y engaños para ser admitido en la alcoba de una recatada joven esposa con la anuencia de su celoso marido. Otros dos ejemplos, si bien de laboratorio, casi tomados por los cabellos, serían el del seductor que amparado por la oscuridad de la noche hace suya a una joven honesta haciéndose pasar por el marido de ésta o; el del hombre que sabiendo que una joven se ha casado por poder con un hombre que no conoce se presenta suplantando al marido ausente y valiéndose de este engaño posee a la joven recién desposada. En todos estos ejemplos, difícilmente puede afirmarse que la joven sea deshonesto o sea culpable de adulterio, se colma, indudablemente el tipo penal pues, nuevamente ha habido cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por seducción o engaño; poco importa que esta sea casada o no.

En resumen, consideramos a las mujeres viudas, divorciadas, aquellas cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o inexistente, las violadas, las estupradas y aún las casadas en casos similares a los anotados como su-

jetos pasivos idóneos en el delito de estupro.

Excepciones a esto serían las legislaciones de los Estados de Campeche, Hidalgo, Puebla, y Yucatán -- que exigen que la mujer sea virgen para poder ser sujeto pasivo de este delito. En estos casos podemos decir que la doncellez constituye un bien jurídico tutelado por el Derecho por lo que todo el enfoque del delito cambia y, obviamente, todos los casos de mujeres con experiencia venerea que hemos tratado no podrían ser sujetos pasivos de este delito en los Estados mencionados. No debe, sin embargo, confundirse la castidad con la virginidad; en las legislaciones mencionadas se requiere que la mujer sea virgen mientras que en las demás solo se exige que sea casta no tutelándose la virginidad a la que cada día menos legislaciones en el mundo protegen. Al respecto dicen Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas:

"Desde el punto de vista sexual, castidad es tanto como pureza. Se la identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por lo general otra cosa que el signo externo que la acredita, pudiendo no existir virginidad y si castidad, o bien lo contrario; ejemplos de lo primero, cuando el desgarramiento del himen se ha producido por un accidente o por una violación o por una intervención quirúrgica necesaria, etc., o bien tratándose de la mujer casada cuyo acceso carnal marital sea conforme a las prácticas naturales; y ejemplo de lo segundo, la prostituta que está dotada por la naturaleza de 'himen complaciente'. En la mujer soltera o viuda la castidad existe cuando hay abstinencia de-

acceso carnal con varón o de prácticas erótico-sexuales con varón o mujer". (29)

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado la ley en la forma siguiente:

"Tanto gramatical como jurídicamente, virginidad y castidad tienen una connotación distinta; el estupro no es más que la cópula con mujer casta y honesta, alcanzando su voluntad por medio de fraude, esto es, una mujer viuda a quien se ofrezca palabra de matrimonio para alcanzar su voluntad, sin que se cumpla la promesa u ofrecimiento, es víctima de un estupro". (Semanario Judicial de la Federación, XLIX, p. 447)

"La ley no exige la virginidad como requisito indispensable, pues lo mismo pueden ser víctimas del delito: doncellas, viudas, divorciadas, e incluso aquellas mujeres que, víctimas de una violación, mantienen después un comportamiento decoroso y estrictamente moral". (Semanario Judicial de la federación, T.-VI, P. 142. Segunda Parte. Sexta Epoca).

F. Mínimo y máximo de edad del sujeto pasivo.

El artículo 262 fija como límite máximo de edad del sujeto pasivo la edad de dieciocho años al decir que comete el delito el que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años; la mayor parte de los códigos de las diversas Entidades Federativas se adhieren a esta disposición y fijan la edad máxima del sujeto pasivo en dieciocho años. Constituyen excepciones el códi

29. Op. cit., p. 651.

go de Aguascalientes que la fija en dieciseis años y - el Código de Nuevo León que fija diferencias en cuanto a la sanción si: a) no llega a los diez años, b) si no llega a catorce y c) si pasa de catorce. El Código de Morelos establece que es sujeto pasivo del estupro la mujer menor de edad por lo que, estando fijada la mayoría de edad en dieciocho años se adhiere también al Código para el Distrito y Territorios Federales. En cuanto a la determinación de esta edad diremos que es más o menos arbitraria como lo reconoce Roman Lugo:

"por lo que hace a este límite, sin desconocer que su señalamiento puede considerarse con razón como arbitrario, por cuanto a que no puede establecerse, a priori, la edad en que todas las mujeres han alcanzado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, que les permita sostenerse con eficacia ante los actos fraudulentos contra su honestidad, consideramos, en cambio que es conveniente fijar ese límite". (30)

La determinación de la edad máxima depende mucho de la ideología referente a materia sexual de los diversos pueblos, generalmente se fija entre los quince y los dieciseis años encontrando en la legislación comparada el límite máximo menor en Italia que lo fija en doce años y el mayor en España que lo fija en veintitrés años.

Por lo que respecta al límite de edad nuestro Có-

30. Comentarios al Código Penal del Estado de Veracruz Llave, Jalapa, Veracruz, 1948, pp. 129-130.

digo vigente nada dice pues, si bien, es categórico respecto al límite máximo es omisivo respecto al mínimo. Sin embargo, el límite mínimo se ha fijado en doce años pues a pesar de que la disposición relativa al estupro nada dice se relaciona con el artículo 266 que se refiere a la violación impropia. Otras legislaciones más previsoras como las de Chiapas, Hidalgo, Oaxaca, Puebla, Yucatán (doce años), Nayarit (trece años), Estado de México y Zacatecas (catorce años) fijan expresamente la edad mínima.

En cuanto a la comprobación de la edad de la víctima se hace mediante el acta de nacimiento y, a falta de esta, se demuestra por cualquiera de los medios probatorios aceptados por el Código de Procedimientos Penales. Nuestros tribunales han establecido:

"Para la comprobación del delito de estupro, es requisito indispensable la justificación previa de que la edad de la ofendida es inferior a dieciocho años, conforme al Código Penal vigente del Distrito Federal, y el auto de formal prisión, que se pronuncie sin estar llenado dicho requisito, es violatorio de garantías".
(Semanao Judicial de la Federación, T. LI. p. 1752)

G. Atipicidad en el delito de estupro

La atipicidad en este delito se da, lo mismo que en todos cuando no se colma el tipo descrito por la ley por faltar alguno de sus elementos. Por lo tanto, siguiendo la clasificación que hace el maestro Porte-Pe--

tit habrá atipicidad: 31

a) Cuando falte el elemento normativo de castidad u honestidad.

b) Cuando realizándose la seducción o el engaño, no sea (para algunos) la seducción o el engaño a que alude la ley.

c) Cuando existe el consentimiento sin haber empleado el estuprador la seducción o el engaño originándose una atipicidad por ausencia de los medios exigidos por la ley. El maestro Porte-Petit no esta de acuerdo con que este caso se considere como atípico pues el considera, como ya lo dijimos, que el bien jurídico objeto de la tutela es la inmadurez de juicio en lo sexual y, en este caso la menor es inmadura en este aspecto por lo que su consentimiento, para Porte-Petit, no es válido.

d) Cuando la mujer sea mayor de dieciocho años.

e) Cuando la mujer sea menor de doce años pues, entonces nos encontraríamos ante una violación impropia.

f) Porte-Petit agrega, indebidamente, el caso en que siendo la mujer menor de dieciocho años, casta y honesta y se ha empleado seducción o engaño para la realización de la cópula ya tenga madurez de juicio en lo sexual, sin embargo, como ya hemos visto, se tipifi

31. Ensayo dogmático..., pp. 46 a 49.

ca el delito no obstante dicha madurez como en los casos de la viuda, divorciada, violada, etc.

4. La antijuricidad y su ausencia en el delito de estupro.

La conducta en el delito de estupro es antijurídica siempre que se colma el tipo penal, lesionándose el bien jurídico tutelado, sin que dicha conducta este amparada por una causa de justificación.

La mayoría de los autores, entre ellos González - Blanco y Porte-Petit, consideran que en el estupro no se da el aspecto negativo de la antijuricidad, es decir, que ninguna de las causas de justificación aceptadas en la doctrina y en el Derecho positivo pueden amparar en caso alguno la conducta típica. Creemos que es posible encontrar excepciones en las que operan causas de justificación. Tal es el caso del hombre que casado con una menor que no quiere acceder a la cópula - se vale de la seducción o del engaño para poseerla; indudablemente ha realizado la conducta típica amparado por una causa de justificación: el ejercicio de un Derecho. Otro ejemplo, si bien de laboratorio, es el del agente del gobierno que se ve precisado a seducir a una menor, casta y honesta para obtener información que evite digamos una guerra; no puede discutirse que dicho agente estaría amparado por la eximente de estado de necesidad.

5. La culpabilidad en el delito de estupro y su ausencia.

La culpabilidad en este delito se da cuando el sujeto activo ha querido cohabitar con una mujer sabiendo que se trata de una menor y que es casta y honesta y se ha valido para lograrlo de la seducción o del engaño.

Por requerir el tipo como medios de comisión de la conducta la seducción o el engaño este delito no puede darse en forma culposa, por lo tanto, la única forma de culpabilidad posible es el dolo. El dolo es directo pues el agente quiere, desde el principio, la conducta típica.

Por lo que se refiere al aspecto negativo de la culpabilidad este delito admite el error, por ejemplo, el sujeto activo puede pensar que la víctima es mayor de dieciocho años, si este error esencial es invencible nos encontraremos ante una causa de inculpabilidad.

Pensamos que, en lo que respecta a las causas de justificación anotadas, proceden las correspondientes eximentes putativas.

Porte Petit apunta también la inexigibilidad de otra conducta como posible en el delito de estupro.³² Un ejemplo sería el de un hombre que naufraga y se salva junto con una menor de catorce años llegando a la

32. Ensayo dogmático... p. 51

clásica isla desierta, si después de dos años de estar ahí -teniendo la joven dieciseis años- este la sedujese podría muy bien alegarse la inexigibilidad. Otro ejemplo, si bien nuevamente de laboratorio y, en la realidad, altamente improbable, es el del hombre cuya vida se encuentra amenazada de no seducir por alguna razón, a una menor casta y honesta; nos encontraríamos aquí ante un ejemplo de inexigibilidad por temor fundado.

5. Requisito de procedibilidad.

El artículo 263 establece que: "*No se procederá contra el estuprador, sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, de sus representantes legítimos*". Es decir, el estupro no se persigue de oficio como la mayoría de los delitos, sino que es de los delitos llamados de querrela necesaria. Para algunos autores como Escalante Padilla³³ esto constituye una condición objetiva de punibilidad; nosotros creemos que se trata de un mero requisito de procedibilidad. Estamos de acuerdo con Arturo Gil Ramírez en lo que se refiere a la ausencia de condicionalidad objetiva en el delito de estupro.³⁴

33. El delito de estupro, México 1960, pp. 92 - 93.

34. Ensayo sobre las condiciones objetivas de punibilidad, Tesis-Profesional, UNAM, 1961, p. 111.

6. Punibilidad y su ausencia en el delito de estupro.

El artículo 262 del Código Penal señala de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos para el estuprador.

No se reglamenta excusa absolutoria alguna por lo que se refiere al delito de estupro.

Por otra parte, existen dos causas especiales de extinción de la acción penal:

A) El perdón o el consentimiento del ofendido ya que se trata de un delito que se persigue por querrela de parte (art. 93 del Código Penal. Respecto al consentimiento no puede considerarse el consentimiento que la víctima ha dado para la cópula como consentimiento para el delito en vista de que este consentimiento fue obtenido fraudulentamente mediante seducción o engaño. El perdón se da posterior al delito y es la manifestación de voluntad del ofendido o de sus representantes legales para que cese el procedimiento contra el culpable. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado:

"Aún cuando es cierto que la ofendida manifestó, ante el Ministerio Público, que por su parte otorgaba el más amplio perdón al inculpado, tal perdón no produjo efectos legales, porque la ofendida por su minoría de edad está incapacitada jurídicamente para desistirse de la querrela que formuló su mare como representante legítima, pues la ley únicamente faculta a los menores para

querellarse, a pesar de su incapacidad legal, mas no para desistirse". (Semanao Judicial de la Federaci3n, LIII, p. 44. Segunda parte, Sexta Epoca).

B) El matrimonio con la ofendida ya que la 3ltima parte del art3culo 263 establece expresamente: "pero -- cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, cesar3 toda acci3n para perseguirlo".

7. Tentativa.

"La tentativa en el estupro, es jur3dicamente en los t3rminos del art3culo 12 de nuestra ley penal, siempre que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realizaci3n de la c3pula y 3sta no se lleva a cabo por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como ser3an por ejemplo los casos de quien intentara la c3pula y no lograra efectuarla por excesiva estrechez de la vagina de la v3ctima, en relaci3n con las proporciones de su 3rgano viril, o del que con la finalidad indicada, es sorprendido por tercera persona antes de lograr su objeto y por lo tanto se ve obligado a suspender sus prop3sitos". (35)

Al respecto, El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales han sostenido lo siguiente:

"La discusi3n que en otro tiempo se sostuvo con relaci3n a este y otros delitos sobre que no pod3a tener lugar en ellos la tentativa, era procedente trat3ndose del C3digo Penal de 1871, y

35. Alberto Gonz3lez Blanco, op. cit., p. 113

no lo es ahora que el Código vigente, de 1931, define la tentativa en su artículo 12 distintamente a entonces. Según este artículo, la tentativa consiste en ejecutar hechos encaminados directamente e inmediatamente a la realización del delito, no ejecutándose éste por causas ajenas a la voluntad del agente. Los requisitos - - b) y c) del cuerpo del delito del estupro, deben coexistir necesariamente en todo caso en que se persiga este delito, cualquiera que sea el grado del mismo; pero en cuanto al hecho material contenido en el requisito a), o sea, la realización de la cópula carnal, puede darse plenamente existente o puede no llegar a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, aún cuando hubiese ejecutado hechos encaminados directamente e inmediatamente a la realización de dicha cópula; o lo que es igual, que en este caso si cabe la tentativa en el delito de estupro pero únicamente en lo que se refiere a la cópula carnal y a que se haya realizado, teniendo, o no, pues en cuanto a los requisitos intrínsecos de la persona ofendida y al medio empleado, tanto en la figura del delito consumado como en la tentativa, deben coexistir". (Anales de Jurisprudencia, Año III, T. IX, número 2, pp. 274-275).

8. Participación.

Puede darse en este delito la complicidad ya que el tipo legal alude, además de a la cópula, a medios de comisión de la conducta que son la seducción o el engaño; si un tercero empleara uno de estos medios en ayuda del estuprador para que se hiciera responsable en los términos que establece el artículo 13 fracción III del Código Penal. Un ejemplo de esto sería el ca-

so que aludíamos antes de que un tercero accede a hacerse pasar por oficial del registro Civil y celebrar una boda falsa para que el estuprador logre su propósito; en este caso el tercero sería sin duda un cómplice en el delito.

Siendo el estupro un delito de propia mano, por otra parte, son imposibles la coautoría y la autoría mediata.

9. Reparación del daño.

El artículo 264 del Código Penal establece que: - *"La reparación del daño, en los casos de estupro, comprenderá el pago de alimentos a la mujer, y a los hijos si los hubiere. Dicho pago se hará en la forma y términos que la ley civil fija para los casos de divorcio"*. Son por lo tanto aplicables la primera parte del artículo 288, así como los artículos -- 308, 309, 311, 315 y siguientes del Código Civil.

C O N C L U S I O N E S

C O N C L U S I O N E S

1. Desde un punto de vista estrictamente ético, - se puede afirmar que el crimen se encuentra en la natu raleza por doquier; entendiendo por crimen, todo ata-- que injusto que vulnera los intereses de otro ser, sin embargo, esto no tiene relevancia jurídica alguna y - sirve solo para percatarnos de que hay factores crimi-- nólogos en la naturaleza misma, y por ende, en el hom-- bre.

2. Al hablar de delito se abandona el campo de la naturaleza y se entra en el campo del Derecho; el deli to se da cuando la sociedad ve en un acto del hombre - una amenaza a su existencia o a sus estructuras y, pa-- ra defenderse de tal acto, lo prohíbe y lo sanciona - elevándolo a la categoría jurídica de delito.

3. Aceptando en el hombre el libre albedrío, nos-- encontraremos ante un delito, cuando el hombre ante -- una conducta prohibida por la ley penal opta por la - realización de esa misma conducta.

4. Dentro del enfoque jurídico-substancial del de lito, me adhiero a la concepción analítica o atomizado-- ra, considerando que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Por consiguiente, acepto la - teoría tetratómica que considera como elementos del de lito a la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y - la culpabilidad y niega tal carácter a la imputabili--

dad, a la condicionalidad objetiva de punibilidad y a la punibilidad.

5. A pesar de su empleo en esta tesis, me opongo al uso del término dogmático, tan en boga actualmente, en los estudios de los delitos. Considero que dicho término está reñido, por fuerza, con el Derecho y con la Ciencia en general, ya que se refiere a una tendencia a creer y a afirmar sin discutir, lo cual va en contra del espíritu del Derecho y es, básicamente, anticientífico.

6. La esfera sexual dentro del Derecho Penal se ha encontrado, quizá de manera más pronunciada que otras bajo el influjo de factores meta-jurídicos tales como la moral, la ética y la religión. Es necesario sostener un criterio científico, estrictamente jurídico, en lo que se refiere a los delitos sexuales, coincidiendo con Pardo Aspe en que el Derecho no debe mantener sino el mínimo ético indispensable para la buena convivencia social. Me adhiero al criterio que sostiene González de la Vega en cuanto a la clasificación de los delitos sexuales.

7. De los delitos que nuestro Código vigente clasifica como sexuales, considero que están agrupados in debidamente bajo esta clasificación los delitos de rapto, adulterio e incesto.

8. Considero que la denominación legal de "delitos

sexuales" es en algunos casos impropia, ya que nuestro Código vigente pretende clasificar los delitos en atención al bien jurídico lesionado y la denominación de "*delitos sexuales*" se presta a que se incluya bajo ella cualquier delito de fondo sexual, aunque no lesione bienes jurídicos de naturaleza sexual.

9. La conducta en el delito de estupro está integrada por la acción de cópula normal. En orden a la conducta, este delito es de acción ya que no puede realizarse en las formas de omisión y comisión por omisión; además puede ser unisubsistente o plurisubsistente, ya que se tipifica mediante uno o varios coitos.

10. En orden al resultado, es un delito material y no formal, ya que su ejecución puede extenderse en el tiempo y fraccionarse y admitirse, en consecuencia, la tentativa. Es instantáneo y de lesión, no de peligro.

11. Los medios de comisión de la conducta requeridos por la ley son la seducción y el engaño.

12. En el estupro no se da la forma negativa de la conducta, ya que al requerir la ley seducción o engaño, tiene que estar presente la voluntad del autor.

13. Habrá tipicidad en el estupro cuando se integre el tipo penal que establece el artículo 262 del Código Penal. En orden al tipo se clasifica como fundamental o básico, autónomo o independiente, anormal, de

formulación casuística, de formulación alternativa y - acumulativamente formado. El objeto jurídico de la tutela penal es la seguridad sexual de las mujeres menores de 18 años castas y honestas. El sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo es la mujer, menor de dieciocho años, casta y honesta. El objeto material es - el sujeto pasivo y el elemento normativo exigido por - el tipo es que la mujer sea casta y honesta.

14. Considero que las mujeres divorciadas, viudas, aquellas cuyo matrimonio ha sido anulado, las violadas, las anteriormente estupradas y aún las casadas en casos excepcionales son sujetos pasivos idóneos del delito de estupro; excepción hecha de las entidades federativas en que se exige la doncella de la víctima.

15. El límite máximo de edad del sujeto pasivo es de dieciocho años, mientras que el mínimo es de doce años.

16. La atipicidad en el estupro se da cuando no se forma el tipo descrito por la ley por faltar alguno de sus elementos.

17. La antijuricidad en el delito de estupro se da siempre que se colma el tipo penal y la conducta no está amparada por una causa de justificación, solo excepcionalmente encontramos causas de justificación en este delito, pueden darse, sin embargo, el ejercicio de un derecho y el estado de necesidad.

18. La culpabilidad en el delito de estupro existe cuando el sujeto activo ha querido cohabitar con una mujer, sabiendo que se trata de una menor de diez y ocho años, que es casta y honesta y se ha valido para lograr lo de la seducción o del engaño. Por requerir el tipo la seducción o el engaño, este delito no puede darse en forma culposa; la única forma de culpabilidad posible es el dolo. Por lo que se refiere al aspecto negativo de la culpabilidad, esta existe si hay error esencial o invencible, si se presentan las eximentes putativas correspondientes a las causas de justificación antes anotadas y por inexibilidad de otra conducta.

19. La tentativa en el estupro es posible de acuerdo con los términos del artículo 12 de nuestra Ley Penal.

20. Por su naturaleza el estupro admite la complicidad, pero no la coautoría ni la autoría mediata.

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

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

- ANALES DE JURISPRUDENCIA. Año III, T. IX, No. 2.
- ANTOLISEI, FRANCISCO, Manuale di Diritti Penale. 3a. Ed. - Milano 1955.
- BIBLIA, LA. Sociedades Bíblicas en América Latina. 1960.
- BONNESANA, CESAR. Dei Delitti e Delle Pene. Milano 1949.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. T. I.- Antigua Librería Robledo. México 1958.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. - Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México 1971.
- CARRARA, FRANCISCO. Programa del curso de Derecho Criminal. - Parte Especial. Vol. II. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1945.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES- EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. 1928.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES- EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. 1871.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES- EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. 1929.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES- EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. 1931.

- CODIGO DE LAS PARTIDAS. Leyes 2a. y 3a.. Tit. XVIII. -
Part. VII.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
1917.
- CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. T. I. y II. Madrid
1955.
- DEL ROSAL, JUAN. Principios de Derecho Penal Español. Vol. I
Valladolid 1948.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.-
1971.
- DICCIONARIO NUEVO LAROUSSE MANUAL ILUSTRADO. Ed. Larouss
se. París 1970.
- DIGESTO. Lib. VI. Tit. II. Leg. 31 y ; Lib. XLVIII. Tit.
V. Leg. 34.
- ELLIS, HAVELOCK. Estudio de Psicología Sexual. El Pudor. La pe-
riocidad sexual y el autoerotismo. Madrid Reus 1912.
- ESCALANTE PADILLA. El Delito de Estupro. México 1970.
- FONTAN BALESTRA, C. Delitos Sexuales. Ed. Arayú. Buenos -
Aires.
- FUERO JUZGO. Lib. III. Tit. V. Leyes 1a. y 7a.
- GIL RAMIREZ, ARTURO. Ensayo Sobre las Condiciones Objetivas de
Punibilidad. Tesis Profesional. U.N.A.M. 1961.
- GARRAUD. Traité théorique et pratique du droit pénal francais.
T.V. 3a. Ed. Recuil Sirey. París 1924.

- GOMEZ, EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal. T. III. Buenos Aires.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Ed. Porrúa. México - - 1969.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1968.
- GRISPIGNI, FILIPPO. Derecho Penal Italiano. T. I. Milano - 1947.
- INSTITUTAS DE JUSTINIANO, LAS . Ley IV. Tit. XVIII. Párrafo 4^a.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. Ed. A. Bello.- Caracas 1945.
- LAIGNEL-LAVASTINE, M. y STANCIU, V.V., Compendio de Criminología. Ed. Jurídica Mexicana. México 1959.
- MAQUIAVELLO, NICOLAS. La Mandragora. Ed. Mexicanos Unidos. México 1966.
- MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. TT. I y II. 2a. Ed. Madrid, 1955.
- MOMMSEN, TEODORO. El Derecho Penal Romano. Trad. Esp. Madrid. T. II.
- MONTANELLI, INDRO. Historia de los Griegos. Ed. G.P., 1969.
- PARDO ASPE, EMILIO. Apuntes del II Curso de Derecho Penal. Escuela Libre de Derecho. México 1937 - 38.

- PORTE PETIT, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro. Ed. Jurídica Mexicana. México 1967.
- PORTE PETIT, CELESTINO. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. México 1954.
- PORTE PETIT, CELESTINO. Programa de la Parte General del Derecho Penal. México 1958.
- ROMAN LUGO, FERNANDO. Comentarios al Código Penal del Estado de Veracruz. Jalapa 1948.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO. El Contrato Social. Ed. Nacional.- México 1968.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. CVII, LXXIV, - - XCIII, XLVI, XLIX, VI, LI, LII.
- SODI, DEMETRIO. Nuestra Ley Penal. T. II.
- TERRIEN, SAMUEL. "Moses and egypt" Encyclopedia Americana - T. XIX. N. Y. 1964.
- URE. Los Delitos de Violación y Estupro. Ed. Ideas. Buenos Aires 1952.
- VIADA Y VILLASECA. Código Penal Reformado de 1970. T. III.- Madrid 1890.
- VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. 2a. Ed. Porrúa México 1960.

SUMARIO

Págs.

CAPITULO PRIMERO

DEL DELITO EN GENERAL	4
1. El origen y la naturaleza	5
2. Concepto de delito	7
3. Las Escuelas Penales	12
4. Estudio Jurídico-Substancial del Delito.....	27
5. Concepto de lo Dogmático Jurídico- Penal.....	58

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS DELITOS SEXUALES.....	62
1. Concepto de delitos sexuales.....	63
2. Diversas denominaciones con que se designan los Delitos Sexuales en el Derecho Comparado.....	66
3. Los Delitos Sexuales en el Derecho Mexicano.....	67
4. Crítica a la denominación legal de "Delitos Sexuales".	74
5. Breve perspectiva histórica de los delitos sexuales...	76
6. Panorama en nuestros días.....	93

CAPITULO TERCERO

DEL DELITO ESTUPRO.....	101
1. Concepto.....	102
2. La Conducta y su ausencia en el delito de estupro....	109
3. La tipicidad y su ausencia en el delito de estupro...	114
4. La antijuridicidad y su ausencia en el delito de estupro.....	132
5. La culpabilidad en el delito de estupro y su ausencia	133

Págs.

6. Requisito de procedibilidad.....	134
7. Punibilidad y su ausencia en el delito de estupro.....	135
8. Tentativa.....	136
9. Participación.....	137
10. Reparación del daño.....	138
Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	145